

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

PEDRO CRUZ VILLALÓN

föredraget den 14 september 2010¹

1. Den begäran om förhandsavgörande som Rechtbank Assen (nedan kallad Rechtbank) har hänskjutit till domstolen 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,² i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992³ (nedan kallat direktiv 89/665).

Enligt dessa bestämmelser är allmän domstol som huvudregel behörig när det gäller offentliga upphandlingar, samtidigt som det föreskrivs vissa begränsningar beträffande argumentation och bevisning. Dessutom betraktas dessa åtgärder som självständiga i förhållande till det huvudförfarande där rättsförhållandena slutgiltigt regleras, vilket innebär att de i viss mån kan anses varaktiga.

2. I de fem frågor som ställts, av vilka merparten i sin tur innehåller flera delfrågor, ber Rechtbank domstolen att yttra sig beträffande två klart åtskilda områden.

4. Å andra sidan frågar Rechtbank huruvida unionsrätten för det ändamål som avses i artikel 2.1 c i direktiv 89/665, det vill säga för att ”ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse”, innehåller kriterier för att avgöra ansvarsfrågan samt fastställa och värdera sådana skador.

3. Å ena sidan undrar Rechtbank om de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktiv 89/665, närmare bestämt i artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6, utgör hinder för de processrättsliga bestämmelser rörande säkerhetsåtgärder som tillämpas i Nederländerna.

5. Detta innebär att domstolen i förevarande mål ges möjlighet att precisera vissa delar av direktiv 89/665 som är av stort intresse för att upprätthålla den laglighet som unionsrätten kräver inom området offentlig upphandling.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 395, s. 33.

3 — EGT L 209, s. 1.

I — Bakgrund

6. För att renovera två klaffbroar utmed vattenleden Erica–Ter Apel i kommunen Emmen, beslutade Provincie Drenthe (provinsen Drenthe) (nedan kallad Provincie) att göra en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Upphandlingen offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 18 juli 2007.⁴

7. Projektet beviljades EU-stöd under förutsättning att arbetet hade avslutats inom en angiven frist. Denna frist löpte ut den 1 juli 2008.

8. Fyra anbudsgivare lämnade anbud. Det lägsta budet lämnades av företaget Machinefabriek Emmen B.V. (nedan kallat MFE), medan Combinatie Spijker Infrabouw (nedan kallat Combinatie) avgav det näst lägsta budet.

9. Provincie meddelade den 2 oktober 2007 Combinatie att man ämnade tilldela MFE uppdraget, eftersom detta företag hade lämnat det lägsta budet.

10. Combinatie invände den 18 oktober 2007 mot tilldelningsbeslutet och yrkade att voorzieningenrechter (beteckning för den

domstol som prövar en begäran om interimistiska åtgärder, i detta fall Rechtbank Assen) skulle fastställa att MFE hade lämnat ett ogiltigt anbud och att Combinatie därför hade lämnat det lägsta budet. Vidare yrkade Combinatie att Provincie skulle tilldela Combinatie kontraktet om Provincie gick vidare med upphandlingen.

11. Innan det interimistiska förfarandet hade avslutats meddelade emellertid Provincie den 1 november 2007 samtliga anbudsgivare att man beslutat återkalla upphandlingen och därmed även det tilldelningsbeslut som hade meddelats den 2 oktober 2007. Orsaken var att stora brister i förfarandet hade konstaterats.⁵

12. Combinatie återkallade emellertid inte sin begäran om interimistiska åtgärder. MFE, som först hade tilldelats kontraktet, yrkade den 9 november 2007 hos voorzieningenrechter att företaget skulle tilldelas kontraktet. Provincie anförde att myndigheten inte önskade tilldela någon av anbudsgivarna kontraktet.

13. Voorzieningenrechter meddelade den 28 november 2007 ett beslut (som var

4 — På nationell nivå gavs upphandlingen beteckningen Projekt 1382.

5 — Enligt Provincie var de allvarigaste bristerna att kraven på lämplighet, erfarenhet och omsättning hade ändrats betydligt under förfarandet. Combinatie upplystes även om att det hade gjorts en grundlig genomgång av MFE:s anbud och att den medförde att kontraktet inte kunde tilldelas MFE. Möjligheten av ett nytt anbudsförfarande påpekades därför.

verkställbart i avvaktan på slutligt avgörande), som bland annat hade följande lydelse: Mot bakgrund av att "Provincie den 2 oktober 2007 meddelat att man önskade tilldela Machinefabriek Emmen kontraktet om ett interimistiskt förfarande inte inleddes inom 15 dagar, står det på grund av likabehandlingsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt på grund av att god tro förelåg fram till dess att kontraktet tilldelats inte längre Provincie fritt att i detta skede av upphandlingen vid ett andra anbuds förfarande beträffande samma sak tilldela någon annan kontraktet än den som hade rätt att tilldelas kontraktet vid det första anbudstillfället".⁶ Detta innebar att "kontraktet endast fick tilldelas Machinefabriek".

14. Fem dagar senare, den 3 december 2007, tilldelade Provincie MFE kontraktet.

15. Combinatie vände sig den 11 december 2007 till Gerechtshof Leeuwaarden och begärde verkställighetsförbud av voorzieningenrechers beslut.

16. Gerechtshof Leeuwaarden avslog genom ett icke slutligt beslut av den 30 januari 2008 begäran om verkställighetsförbud med motiveringen att MFE hade ett berättigat intresse av att voorzieningenrechers beslut skulle verkställas. Combinatie hade kunnat gå

vidare med övriga yrkanden vilket skulle ha lett till ett upphävande eller ett fastställande av voorzieningenrechers beslut,⁷ men avstod från att göra det.

17. Därefter väckte Combinatie talan mot Provincie vid Rechtbank och yrkade skadestånd på grund av resultatet av upphandlingen. Ansökan om stämning mot Provincie ingavs den 29 februari 2008. Den 22 december 2008 hänsköt Rechtbank förevarande begäran om förhandsavgörande till domstolen.

II — Tolkningsfrågorna

18. Rechtbank anger i sitt beslut att begära förhandsavgörande, och detta kommer att visa sig vara av särskilt stor betydelse, att Provincies beslut av den 2 oktober 2007 att återkalla tilldelningsbeslutet och inleda ett nytt upphandlingsförfarande var den enda korrekta tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling.

19. Mot bakgrund av detta beslutade Rechtbank att målet skulle vilandeförklaras och

6 — Skäl 4.13 i beslutet av den 27 november 2007.

7 — Den muntliga förhandlingen hade satts ut till den 13 februari.

att följande tolkningsfrågor skulle ställas till domstolen med stöd av artikel 267 FEUF:

1.
 - a. ”Ska artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665/EEG tolkas så, att dessa bestämmelser inte har följts om det rättsliga skydd som ska tillhandahållas av nationella domstolar vid tvister om gemenskapsrättsliga upphandlingsförfaranden försämrats av att beslut som strider mot varandra kan fattas i ett system i vilket både förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar kan ha behörighet med avseende på samma beslut och dess verkningar?
 - b. Är det i detta sammanhang tillåtet att förvaltningsdomstolen endast får göra en bedömning av och besluta om upphandlingsbeslutet, och, om svaret är jakande, varför och under vilka förutsättningar?
 - c. Är det i detta sammanhang tillåtet att det i Algemene wet bestuursrecht, som allmänt reglerar möjligheten att väcka talan vid förvaltningsdomstol, utesluts en sådan möjlighet beträffande ingående av avtal mellan den upphandlande myndigheten och en av anbudsgivarna, och, om svaret är jakande, varför och under vilka förutsättningar?
2.
 - a. Ska artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665/EEG tolkas så, att dessa bestämmelser inte har följts om det enda förfarande som är tillgängligt för att få ett snabbt avgörande kännetecknas av att det i princip utgörs av en interimistisk åtgärd, att det inte föreligger någon rätt till meningsutbyte mellan advokater, att det som regel endast förekommer skriftlig bevisning och att lagstadgade bevisregler inte tillämpas?
 - b. Om svaret är nekande, gäller ovanstående även om avgörandet inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena och inte heller ingår i ett förfarande som utmynnar i ett sådant avgörande?
 - c. Påverkas svaret av om avgörandet endast är bindande mellan parterna medan tredje man inte berörs?
3. Är det förenligt med direktiv 89/665/EEG att en domstol under ett interimistiskt förfarande lämnar anvisningar
 - d. Har svaret på fråga 2 någon betydelse i detta sammanhang?

till den upphandlande myndigheten att fatta ett upphandlingsbeslut som senare vid sakprövningen anses strida mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling?

III — Förfarandet vid domstolen

- 4 a. Om svaret på ovanstående fråga är nekande, ska den upphandlande myndigheten i så fall anses ansvarig, och, om svaret är jakande, på vilket sätt?
- b. Gäller detta även om svaret på frågan är jakande?
- c. Om den upphandlande myndigheten är skyldig att betala skadestånd, fastställs då kriterier för fastställande och värdering av denna skada i gemenskapsrätten och, om svaret är jakande, vilka är dessa kriterier?
- d. Om den upphandlande myndigheten inte kan anses vara ansvarig enligt gemenskapsrätten kan då någon annan utpekats som ansvarig och på vilken rättslig grund?
5. Hur ska den nationella domstolen agera om det visar sig vara omöjligt eller ytterst svårt enligt nationell rätt eller med ledning av svaren på ovannämnda frågor att fastställa vem som bär ansvaret?"
20. Rechtbanks beslut att begära förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 22 december 2008.
21. Combinatie, Provincie, den nederländska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.
22. Efter domstolens allmänna sammanträde den 1 december 2009 beslutade domstolen med stöd av artikel 104.5 i dess rättegångsregler att anmoda Rechtbank att göra vissa preciseringar beträffande det ekonomiska värdet av Provincies upphandling. I ett svar som registrerades vid domstolens kansli den 2 februari 2010 klargjorde Rechtbank att kontraktet ingår i ett större bygg- och anläggningsprojekt rörande vattenleden Erica–Ter Appel, vars sammanlagda värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till 6 100 000 euro.
23. Målet behandlades åter vid domstolens allmänna möte den 23 mars 2010 och domstolen beslutade då att ställa ett antal frågor till dem som yttrat sig i målet rörande verkställighet av interimistiska åtgärder i den nederländska lagstiftningen, vilka möjligheter den erbjuder för att få kontraktet ogiltigförklarat samt vilka alternativ som stod till buds för Provincie efter beslutet om interimistiska åtgärder.

24. De sista svaren översatta till franska inkom den 7 juni 2010. Eftersom ingen hade begärt muntlig förhandling var målet därefter färdigt för detta förslag till avgörande.

5 278 000 euro för offentliga byggtreprenadkontrakt.”⁹

IV — Tillämpliga bestämmelser

2. Direktiv 89/665

A — Unionsrätten

1. Direktiv 2004/18/EG⁸

25. I artikel 7 c anges tröskelvärden för offentliga byggtreprenadkontrakt:

26. I artikel 1.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande: ”Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG, kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.”¹⁰

”Detta direktiv skall tillämpas på offentliga kontrakt som inte skall undantas ... och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

8 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (nedan kallat direktiv 2004/18) (EUT L 134, s. 114).

9 — Detta belopp, som gällde då meddelandet om upphandling offentliggjordes, fastställdes genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som skall tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 333, s. 28).

10 — I dess lydelse enligt artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Enligt artikel 33 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), artikel 36 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) och artikel 82 andra stycket i direktiv 2004/18, samt enligt de jämförelsetabeller som återfinns i bilagorna till ovan nämnda direktiv, ska hänvisningarna till direktiven 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG som återfinns i artikel 1.1 i direktiv 89/665 anses som hänvisningar till direktiv 2004/18.

27. I artikel 1.3 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning.”

- b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,
- c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

...

28. Artikel 2.1, 2.5 och 2.6:

”1. Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

5. Medlemsstaterna får bestämma att, i de fall skada görs gällande på grund av att beslut tillkommit i strid mot lag, det överklagade beslutet först skall upphävas av ett organ med nödvändig behörighet för detta.

6. Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag.

- a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upp-

handlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.

EEG, eftersom den nederländska lagstiftningen ansågs uppfylla villkoren i direktivet.¹²

...

3. Artikel 2.7 i direktiv 92/13/EEG¹¹

29. I denna artikel föreskrivs följande: ”Har någon begärt skadestånd som svarar mot kostnaderna för att förbereda anbud eller deltaga i ett upphandlingsförfarande, skall denne för att få sina kostnader täckta behöva visa endast att en överträdelse skett av gemenskapsregler om upphandling eller av nationella regler som införlivar sådana gemenskapsregler, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.”

31. Särdraget i den nederländska lagstiftningen inom detta område ligger i att offentlig upphandling regleras i privaträtten¹³ och att de föregående beslut som myndigheter fattat inom ramen för ett upphandlingsförfarande¹⁴ enbart betraktas som preliminära beslut inför en privaträttslig rättshandling.

32. Således är det där enbart allmänna domstolar¹⁵ som är behöriga att pröva tvister rörande tilldelning av offentliga kontrakt, såväl beträffande interimistiska åtgärder som beträffande sakfrågan, som endast avser yrkanden om att erhålla ersättning för liden skada.

B — Den nederländska lagstiftningen

30. Nederländerna vidtog inte några särskilda åtgärder för att införliva direktiv 89/665/

11 — Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127).

12 — I skälen till ramlag för tillämpning av gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling (Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, een kaderwet voor de implementatie van communautaire aanbestedingsregels) (nedan kallad Raamwet) bekräftas detta genom att det anges att ”det inte krävs några ändringar av regelverket för att genomföra [direktiv 89/665/EEG]. ... De rättsmedel som enligt direktivet ska finnas tillgängliga för de berörda parterna finns redan i det nederländska rättssystemet”.

13 — Detta framgår av rättspraxis från Raad van State (den högsta förvaltningsdomstolen).

14 — Däribland beslut att tilldela en viss anbudsgivare ett kontrakt.

15 — Av Raamwet och av artikel 8.3 i den allmänna förvaltningslagen (Algemene Wet Bestuursrecht) framgår att talan inte kan väckas vid (förvaltnings)domstol mot ett föregående beslut som ett offentligt organ fattat för att förbereda en civilrättslig rättshandling.

33. Förvaltningsdomstolarna saknar helt behörighet,¹⁶ såvitt inte annat föreskrivs i en speciallag.¹⁷

planerade byggentreprenadkontraktets värde inte framgår av beslutet att begära förhandsavgörande. Därför krävs först ett klargörande.

34. I artiklarna 254–260 i Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (den nederländska civilprocesslagen, nedan kallad civilprocesslagen) regleras förfarandet för interimistiska åtgärder. Det får endast tillämpas i brådskande fall och det är därför avsett att vara snabbt. Förfarandet är till största delen muntligt och det finns särskilda bestämmelser om bevisning som skiljer sig från bestämmelserna för vanliga förfaranden.

36. En förutsättning för att direktiv 89/665 ska kunna tillämpas i förevarande mål är att Provincies upphandling överstiger det lägsta tröskelvärdet som föreskrivs i direktiv 2004/18 och som, såsom tidigare nämnts, vid den aktuella tidpunkten uppgick till 5 278 000 euro för offentliga byggentreprenadkontrakt.

V — Hinder för att ta upp begäran till sakprövning

37. Vidare ska enligt artikel 9 i direktiv 2004/18 beräkningen av det uppskattade värdet av ett offentligt kontrakt grunda sig på det totala beloppet efter avdrag för mervärdesskatt som ska betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning (punkt 1) och ingen byggentreprenad får delas upp ”i avsikt att kringgå tillämpningen av detta direktiv” (punkt 3). Om en planerad byggentreprenad kan innebära att flera kontrakt tilldelas samtidigt i form av delkontrakt, ”skall det uppskattade värdet av samtliga delkontrakt beaktas” (punkt 5 a).

A — En inledande fråga: projektets värde

35. Kommissionen och den nederländska regeringen påpekar i sina yttranden att det

38. De klargöranden som Rechtbank har inkommit med beträffande detta visar att den byggentreprenad som målet vid den nationella domstolen avser ingår i ett större projekt för att bygga en internationell vattenled för turister mellan Tyskland och Nederländerna. Arbetet har delats upp i flera olika faser, men målet är detsamma i funktionellt hänseende. I enlighet med ovannämnda bestämmelser bör man därför undvika att dela upp det totala projektet vid en värdering. Mot

16 — Inte ens beträffande upphandlingsorganens förberedande beslut, exempelvis beslut att upphandla.

17 — Den nederländska regeringen klargjorde i sitt yttrande att förvaltningsdomstolar emellertid i undantagsfall kan vara behöriga om en viss lag tillerkänner dem behörighet, vilket är fallet med tilldelning av koncessioner med stöd av 2000 års lag om persontransporter (Wet Personenvervoer de 2000).

bakgrund av den hänskjutande domstolens uppgifter och med hänsyn till att det behöriga organ som hade ansvaret för genomförandet angav de bidragsgrundande kostnaderna till 6 100 000 euro, bör det samlade värdet av projekten gott och väl anses överstiga det ovannämnda tröskelvärdet.

påpekats, i Nederländerna regleras i privaträtten. Rechtbank ställer emellertid i den första tolkningsfrågan ett antal frågor som inte har något samband (eller enbart ett avlägset sådant) vare sig med förfarandets verkliga karaktär eller med tvisten vid den nationella domstolen, vilket innebär att de inte kan tas upp till sakprövning.¹⁸

39. Med hänsyn till värdet av det offentliga byggtreprenadkontrakt som avser renovering av två klaffbroar utmed vattenleden Erica–Ter Apel, omfattas detta av direktiv 2004/18 och följaktligen av de garantier beträffande rättsmedel som föreskrivs i direktiv 89/665.

B — *Den första frågans hypotetiska karaktär*

40. Rechtbank har ställt en rad detaljerade frågor till domstolen, av vilka den första, som framgår nedan, har visat sig vara av rent hypotetisk karaktär och därför inte kan tas upp till sakprövning.

41. Det bör till att börja med erinras om att det nationella mål som föranlett denna begäran om förhandsavgörande är ett civilrättsligt förfarande som rör en skadeståndstalan på grund av att käranden inte har tilldelats ett offentligt kontrakt som, såsom tidigare

42. Rechtbank utgår (i punkt a i den första tolkningsfrågan) från att vissa bestämmelser i direktiv 89/665 kan åsidosättas om det rättsliga skyddet försämras (vilket Rechtbank för in som ett värdeomdöme i själva frågeställningen) till följd av att både allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar enligt nederländsk lag får fatta ”beslut som strider mot varandra”. I de tre därpå följande punkterna i den första tolkningsfrågan håller Rechtbank i stort sett fast vid denna utgångspunkt, vilket framgår av att var och en av dem inleds med formuleringen ”i detta sammanhang”. Rechtbank frågar där huruvida det är tillåtet å ena sidan att förvaltningsdomstolen endast får göra en bedömning av och besluta om upphandlingsbeslutet (punkt b) och å andra sidan att den

18 — Domstolens dom av den 4 oktober 2007 i mål C-429/05, Rampion och Godard (REG 2007, s. I-8017), punkterna 23 och 24, av den 11 december 2008 i mål C-387/07, M.L.V.E.R. och Antonelli (REG 2008, s. I-9597), punkt 15, av den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser (REG 2009, s. I-8377), punkterna 33 och 34, och av den 19 november 2009 i mål C-314/08, Fikiplak (REG 2009, s. I-11049), punkterna 40–42.

allmänna förvaltningslagen utesluter möjligheten att väcka talan vid förvaltningsdomstol beträffande myndighetens upphandlingsbeslut (punkt c).¹⁹ Slutligen vill Rechtbank veta (i punkt d) huruvida svaren på den första tolkningsfrågan påverkas av om domstolen, i enlighet med den andra tolkningsfrågan, slår fast att unionsrätten har åsidosatts genom det sätt på vilket de interimistiska åtgärderna är utformade i det nederländska rättssystemet.

43. Det råder ingen tvekan om att samtliga punkter i den första tolkningsfrågan är hypotetiska. Det räcker i det här sammanhanget att peka på att såväl voorzieningenrechter som Gerechtshof Leeuwarden (första tvistemålsavdelningen, i egenskap av appellationsdomstol) och Rechtbank (den hänskjutande domstolen, vid vilken skadeståndstalan har väckts), det vill säga samtliga domstolar som har varit inblandade sedan Combinatie anhänggjorde tvisten, är allmänna domstolar.

44. Även om parterna i sin redogörelse för den nederländska lagstiftningen²⁰ har visat att både förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar i undantagsfall kan ha behörighet,

19 — Till att börja med är punkterna b och c i den första tolkningsfrågan något motsägelsefulla. I punkt b anges att "förvaltningsdomstolen endast får göra en bedömning av och besluta om upphandlingsbeslutet", medan det i punkt c anges att den allmänna förvaltningslagen utesluter möjligheten att "väcka talan vid förvaltningsdomstol beträffande ingående av avtal mellan den upphandlande myndigheten och en av anbudsgivarna".

20 — I Nederländerna saknar förvaltningsdomstolarna behörighet att pröva frågor om offentlig upphandling. De utövar endast kontroll över vissa offentliga koncessioner, ett rättsbegrepp som är förvaltningsrättsligt till sin karaktär och som är mycket vanligt förekommande inom den offentliga sektorn. Detta undantag anges redan i skälen till den allmänna förvaltningslagen, som, vilket den nederländska regeringen påpekar, för att undvika oönskade konflikter inte medger överlappande behörighet mellan allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar.

är så inte fallet i förevarande mål. Rechtbanks beslut visar snarast på motsatsen. I beslutet finns inget som tyder på att någon förvaltningsdomstol skulle ha varit inblandad i förevarande mål och själva formuleringen av punkt a i den första tolkningsfrågan, där det anges att domstolarna "kan ha behörighet", förefaller vara uttryck för en ren hypotes. Inte heller anges det vilket detta "samma beslut" är, med avseende på vilket de båda domstolskategorierna kan ha behörighet. Dessutom är föremålet för den talan som väckts vid voorzieningenrechter (beslutet att tilldela MFE kontraktet) ett annat än föremålet för den talan som väckts vid Rechtbank, vilken endast avser skadestånd. Av detta kan slutsatsen dras att det – i förevarande mål – inte har meddelats motstridiga avgöranden beträffande ett och samma beslut, eftersom föremålen för talan och de framställda yrkandena i allt väsentligt skiljer sig åt.

45. Eftersom det är uppenbart att någon förvaltningsdomstol, vilket frågorna i den första tolkningsfrågan kretsar kring, inte har varit inblandad i förevarande mål och eftersom det enligt artikel 267 FEUF inte är domstolens uppgift att avge rådgivande utlåtanden i

allmänna eller hypotetiska frågor,²¹ anser jag att denna tolkningsfråga inte bör tas upp till sakprövning.

skriftlig bevisning och att lagstadgade bevisregler inte tillämpas, är förenligt med artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665. Rechtbank undrar också huruvida detta gäller om domstolsavgörandet genom vilket de interimistiska åtgärderna godkänns inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena och endast är bindande mellan parterna och inte berör tredje man.

VI — Prövning i sak

46. Bortsett från vissa oklarheter beträffande innebörden kan de övriga fyra frågorna som Rechtbank har ställt delas in i tre grupper för att prövas mot bakgrund av direktiv 89/665: A) bestämmelser om interimistiska åtgärder, B) avsaknad av annan sakprövning än prövning av talan om skadestånd och C) fastställande av ansvar och vilka konsekvenser det får för ett eventuellt skadestånd.

48. Kanske är det på grund av det företräde som de interimistiska åtgärderna ges i det nederländska rättssystemet, vilket den hänkskjutande domstolen är fullt medveten om, som denna enbart på grundval av de skäl som anges i föregående punkt ifrågasätter den processrättsliga utformningen av systemet med interimistiska åtgärder mot bakgrund av unionsrätten.

A — Bestämmelser om interimistiska åtgärder: svaret på den andra frågan

47. I den andra tolkningsfrågan undrar Rechtbank huruvida ett summariskt förfarande rörande interimistiska åtgärder som är skilt från den eventuella sakprövningen, som syftar till att få ett snabbt avgörande och som kännetecknas av att det inte sker något muntligt meningsutbyte, endast förekommer

49. Det bör till att börja med påpekas att direktiv 89/665 ger medlemsstaterna ett betydande handlingsutrymme när det gäller att fastställa vilka domstolar som ska vara behöriga att pröva frågor om de processrättsliga skyddsreglerna i direktivet och hur dessa ska utformas.

50. I avsaknad av unionsrättsliga bestämmelser tillkommer det således varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning fastställa rättegångsreglerna för sådan talan som är avsedd att säkerställa skyddet av de rättigheter som

21 — Dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 18.

skapas för de enskilda genom unionsrätten,²² förutsatt att principerna om effektivitet²³ och likvärdighet²⁴ respekteras vid skyddet av dessa rättigheter.

om sådana åtgärder skiljer sig från de normala förfarandena. Dessutom uppmuntrar direktiv 89/665 just till snabba förfaranden beträffande interimistiska åtgärder. Genom detta direktiv samordnas medlemsstaternas lagstiftningar, bland annat för att åtgärder ska vidtas ”så tidigt som möjligt”.²⁶

51. Det bör påpekas att den enda bedömningsgrund som Rechtbank hänvisar till är direktiv 89/665, som inte innehåller några föreskrifter beträffande detta. Det finns således inga skäl för kritik, eftersom det i Rechtbanks begäran om förhandsavgörande inte anges huruvida just denna processrättsliga utformning ger upphov till negativa konsekvenser för de grundläggande rättigheterna för enskilda, särskilt för rätten till effektivt domstolskydd genom att principerna om likvärdighet och effektivitet åsidosätts.

53. Dessutom tas i punkten b i den andra tolkningsfrågan upp den omständigheten att ”avgörandet (om interimistiska åtgärder) inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena”.

52. Utan att gå närmare in på bevisföringen, hur principen om ett kontradiktoriskt förfarande mellan parterna tar sig uttryck eller verkan av de interimistiska åtgärderna,²⁵ förefaller det logiskt med hänsyn till deras syfte och karaktär att förfaranden för att besluta

54. Denna nyansering hänger samman med det interimistiska förfarandets självständiga karaktär i den nederländska processrättsliga arkitekturen, vilken inte ger skäl för kritik utifrån de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, utan utgör ett krav i den rättspraxis genom vilken den tolkas. Just på grund av att domstolen har betraktat

22 — Domstolens dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12, av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 39, av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 28, och av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact (REG 2008, s. I-2483), punkt 44.

23 — Domstolens dom i det ovannämnda målet Peterbroeck, punkt 14, och av den 3 september 2009 i mål C-2/08, Falimento Olimpiclub (REG 2009, s. I-7501), punkt 27.

24 — Domstolens dom av den 15 september 1998 i mål C-231/96, Deis (REG 1998, s. I-4951), punkt 36, av den 1 december 1998 i mål C-326/96, Levez (REG 1998, s. I-7835), punkt 41, och av den 19 september 2006 i de förenade målen C-392/04 och C-422/04, i-21 Germany och Arcor (REG 2006, s. I-8559), punkt 62.

25 — Dessa aspekter bör domstolen inte yttra sig över hypotetiskt.

26 — Artikel 2.1 a. Min kursivering. Dessutom får medlemsstaterna enligt artikel 2.4 i direktiv 89/665 då de godtar en interimistisk åtgärd ”ta hänsyn till de sannolika konsekvenserna av åtgärden för alla berörda intressen inklusive det allmännas intresse. Staten får underkänna en sådan åtgärd, om de negativa följderna väger tyngre än de positiva.” Även om det i samma punkt klargörs att “[e]tt beslut att underkänna en interimistisk åtgärd ... ej [skall] ... påverka andra yrkanden från den part som sökt åtgärden”, anges det inte genom vilka förfaranden som dessa åtgärder ska prövas.

förfarandet rörande interimistiska åtgärder som en underordnad fråga i förhållande till sakprövningen i stället för att se det som ett helt självständigt förfarande, har domstolen vid några tillfällen bifallit kommissionens talan om fördragsbrott.²⁷

55. Den omständigheten att åtgärderna vidtas interimistiskt visar att de är avsedda att vara tillfälliga, vilket framgår av artikel 2.1 a i direktivet där det uttryckligen talas om "interimistiska åtgärder".²⁸ Det innebär i princip att de rättsförhållanden som åtgärderna avser inte påverkas slutgiltigt.

56. Sammanfattningsvis framstår till och med några av dessa kännetecken, vilka den hänskjutande domstolen nästan beskriver som sjukdomar i den andra tolkningsfrågan, som oskiljaktiga delar av de interimistiska åtgärderna.

57. Jag föreslår således att domstolen besvarar den andra tolkningsfrågan så, att eftersom det inte har styrkts att unionsrättens verkan skadas utgör artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665 inte hinder för nationella bestämmelser, enligt vilka det bara finns ett enda förfarande för att få till stånd

27 — Exempelvis i domstolens dom av den 19 september 1996 i mål C-236/95, kommissionen mot Grekland (REG 1996, s. I-4459), punkt 11, och av den 15 maj 2003 i mål C-214/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4667), punkt 98, av vilka framgår att interimistiska åtgärder bör kunna vidtas oberoende av något föregående väckande av talan.

28 — Min kursivering.

en interimistisk åtgärd, vilket syftar till att få ett snabbt avgörande och kännetecknas av att något meningsutbyte mellan advokater inte får förekomma, att som regel endast skriftlig bevisning är tillåten och att lagstadgade bevisregler inte tillämpas (punkt a), även om avgörandet inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena och inte ingår i det förfarande där dessa rättsförhållanden slutgiltigt regleras (punkt b) eller endast är bindande mellan parterna (punkt c).

B — Motsättningen mellan det interimistiska förfarandet och sakprövningen: svaret på den tredje frågan

1. Inledande anmärkningar

58. I den tredje frågan undrar Rechtbank huruvida det är förenligt med direktiv 89/665 att en domstol under ett interimistiskt förfarande lämnar anvisningar till den upphandlande myndigheten att fatta ett upphandlingsbeslut som senare vid prövning av saken anses strida mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

59. Alla som har yttrat sig i förevarande mål om förhandsavgörande – med undantag av

Provincie – gör gällande att beslutet av den 28 november 2007 i själva verket inte innebär att Provincie åläggs att tilldela MFE kontraktet och att denna fråga därför behöver omformuleras.²⁹ De anser att Rechtbank har utgått från ett felaktigt antagande då frågan formulerats.

60. Förfar man vid denna begäran om förhandsavgörande på ett sådant sätt som kommissionen och Nederländerna föreslår, riskerar man att förvränga den hänskjutande domstolens avsikt. Vad den hänskjutande domstolen i själva verket vill är att närmare få prövat det som jag kallar motsättningen mellan det interimistiska förfarandet och sakprövningen.

61. Artikel 267 FEUF grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen och den sistnämnda är endast behörig att uttala sig om tolkningen eller giltigheten av en unionsrättsakt mot bakgrund av de faktiska omständigheter som den nationella domstolen upplyst om. I detta sammanhang ankommer det på den nationella domstolen att bedöma de faktiska omständigheter som gett upphov till

tvisten och därav dra vederbörliga slutsatser för det avgörande den har att fatta.³⁰

62. Följaktligen anser jag att domstolen inte kan göra prövningen i Rechtbanks ställe, vilket den skulle göra om den omformulerade frågan på grund av att den anser att det i begäran om förhandsavgörande finns en felaktig tolkning av ett tidigare domstolsavgörande,³¹ vilket dessutom härrör från dess egen sfär (i egenskap av domstol i ett interimistiskt förfarande). Domstolen bör i stället begränsa sig till att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar som bygger på en samlad bedömning av omständigheterna i målet.³²

2. Olika slutsatser i det interimistiska förfarandet och vid sakprövningen

63. Till skillnad från vad voorzieningenrechter enligt Rechtbanks uppfattning beslutade, anser Rechtbank i skäl 4.18 i sitt beslut att ”Provincies beslut av den 2 oktober 2007 att återkalla tilldelningsbeslutet och att inleda ett nytt upphandlingsförfarande var den enda korrekta tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling”.

29 — De omformuleringar av denna fråga som kommissionen och Nederländerna har föreslagit, nämligen huruvida direktiv 89/665 åsidosätts om en domstol under ett interimistiskt förfarande tillämpar unionsrätten på ett sätt som domstolen som handlägger saken senare anser felaktigt, skulle vara lätta att besvara. Det är uppenbart att om åtskillnad görs mellan de underordnade processrättsliga bestämmelser som finns i direktiv 89/665 – beträffande möjligheter till prövning – och de materiella bestämmelserna rörande offentlig upphandling, innebär en interimistisk åtgärd som grundar sig på en felaktig tolkning av den tillämpliga materiella rätten inte i sig ett åsidosättande av direktiv 89/665.

30 — Domstolens dom av den 2 juni 1994 i mål C-30/93, ACATEL Electronics Vertriebs (REG 1994, s. I-2305), punkterna 16 och 17, och av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkterna 29 och 30.

31 — För att kunna fastställa att en sådan ”felaktig tolkning” föreligger, skulle domstolen behöva pröva sådana aspekter som endast får prövas av den nationella domstolen.

32 — Domstolens dom av den 8 februari 1990 i mål C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe (REG 1990, s. I-285; svensk specialutgåva, volym 10, s. 295), punkt 11.

64. Görs en ordagrann tolkning av den tredje tolkningsfrågan förefaller det inte råda några större oklarheter.

65. Hur självständigt det interimistiska förfarandet än är, är de beslut som meddelas under ett sådant förfarande av tillfällig karaktär (när allt kommer omkring är de ju interimistiska) och de kan återkallas, ändras eller fastställas vid en eventuell sakprövning om en behörig part yrkar det.³³ En eventuell motsättning borde således inte orsaka några problem.

66. Denna lösning förefaller komma till uttryck i själva beslutet att begära förhandsavgörande (skäl 4.18 *in fine*), där det står att (den slutliga) domen ”ersätter voorzieningen-rechters avgörande”.

67. Om så är fallet kan man fråga sig vad problemet är. Svaret står att finna i Rechtsbanks beslut. Där anges att om olika slutsatser nås i det interimistiska förfarandet och vid sakprövningen uppstår det problem. ”I en sådan situation föreligger det två självständiga avgöranden som har eller kan ha olika verkningar för parterna och tredje man” (skäl 4.8). När

33 — Det finns processrättsliga system, till exempel det spanska, där dessa ändringar sker automatiskt så snart en lagkraftvunnen dom meddelats.

domen avseende saken meddelas har dessutom ”kontraktet redan tilldelats, arbetet eventuellt avslutats och följaktligen återstår endast frågan om skadestånd till Combinatie” (skäl 4.18 *in fine*).

68. Sammanfattningsvis ger dessa frågor underförstått en vink om en annan aspekt som skulle kunna utgöra hinder för ett nekande svar på den tredje tolkningsfrågan: det är förenligt med direktiv 89/665/EEG att en domstol under ett interimistiskt förfarande lämnar anvisningar till den upphandlande myndigheten att fatta ett upphandlingsbeslut som senare vid prövning i sak anses strida mot unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, under förutsättning att verkningarna av den interimistiska åtgärden kan ersättas av den nya situation som följer av avgörandet i sak.

69. Jag kan när allt kommer omkring inte undgå att ta hänsyn till att det enda verkningfulla rättsmedlet i Nederländerna under tiden mellan offentliggörandet av tilldelningsbeslutet och kontraktet för att hindra att kontraktet ingås är att ansöka om intermistiska åtgärder, eftersom det inte finns någon möjlighet att väcka talan mot tilldelningsbeslutet, varken före eller efter det att det meddelats. Detta bekräftas också av den nederländska regeringen.³⁴ I ett unionsrättsligt perspektiv

34 — Särskilt i dess förtydliganden i svaren (punkt 18 och följande punkter) på de frågor som domstolen ställde. Den nederländska regeringen har förklarat att man i det nederländska rättssystemet gör åtskillnad mellan (det förvaltningsrättsliga) beslutet att tilldela ett kontrakt, å ena sidan, och den privaträttsliga rättshandling genom vilken denna tilldelning genomförs (ingående av kontraktet), å andra sidan. Den nederländska regeringen har därefter klart fastslagit att det inte går att väcka talan om undanröjande mot något av dessa beslut.

är det däremot kontraktets ingående som är den tidsmässiga och funktionella brytpunkten för möjligheterna att väcka talan om undanröjande av tilldelningsbeslutet. Visserligen kräver unionsrätten inte att en talan om undanröjande ska kunna väckas när kontraktet väl har ingåtts, men däremot krävs det att medlemsstaterna ska ge den skadelidande möjlighet att dessförinnan väcka talan om undanröjande av tilldelningsbeslutet.³⁵

70. Den omständigheten att tilldelningsbeslutet enligt nederländsk lag inte kan undanröjas av en myndighet eller domstol innan kontraktet ingås,³⁶ har emellertid ingen större betydelse med hänsyn till omständigheterna i målet.³⁷

71. För det första bör det erinras om att Combinatie frivilligt återkallade sitt överklagande

35 — Domstolens dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkterna 35, 37, 38 och 43.

36 — Den nederländska regeringen har – som jag tidigare nämnt – hela tiden under sin intervention betonat att förvaltningsdomstolarna saknar behörighet att undanröja beslut om tilldelning av kontrakt, eftersom sådana beslut bara är en förberedelse för en civilrättslig rättshandling. De allmänna domstolarna kan emellertid inte heller undanröja tilldelningsbeslut eftersom de härrör från en myndighet. Men inte ens en allmän domstol kan pröva en talan om undanröjande mot ingäendet av ett kontrakt (en rättshandling som regleras i privaträtten): såsom den nederländska regeringen anger i punkt 20 i sitt förtydligande utgör Hoge Raads rättspraxis hinder för en sådan prövning och ett kontrakt kan inte annat än i undantagsfall angripas för att det strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Orsaken är att den som eventuellt skulle kunna angripa de rättsliga bristerna i avtalet eller det föregående förfarandet, det vill säga den utslutna anbudsgivaren, saknar saklegitimation eftersom den inte är part i kontraktet ur ett privaträttsligt perspektiv.

37 — För övrigt har ingen av parterna tagit upp denna problematik.

till Gerechtshof Leeuwarden och i stället valde att väcka skadeståndstalan.³⁸ För det andra kunde talan om undanröjande av beslutet inte längre väckas enligt artikel 2.5 och 2.6 i direktiv 89/665, eftersom skadeståndstalan hade väckts och kontraktet redan hade ingåtts (den 3 december 2007). Det sistnämnda förhållandet visar dessutom att Rechtbanks synpunkter i skäl 4.14 till beslutet saknar betydelse. Där anges att det vore lämpligt att tilldelningsbeslutet ogiltigförklarades innan skadestånd kunde yrkas.³⁹

72. Med tanke på hur Rechtbank har formulerat sina frågor är det uppenbart att dessa två argument är riktiga, eftersom principerna om effektivitet och likvärdighet i detta fall inte har åsidosatts. Dessa principer utgör i grund och botten gränserna för de nationella domstolarnas autonomi och därför är avsaknaden av bestämmelser om talan om undanröjande inte av avgörande betydelse för svaret här.

38 — Trots att det knappast kunde få till följd att de interimistiska åtgärderna återkallades, fastställdes eller ändrades, eftersom föremålen och yrkandena i de båda förfarandena skilde sig åt och dessutom kunde beröra olika parter, vilket jag tidigare har påpekat.

39 — Enligt Rechtbank skulle problemet i fråga inte uppstå "om tilldelningsbeslutet endast kunde angripas vid en enda domstol i ett enda förfarande och möjligheten att yrka skadestånd var beroende av att denna domstol först ogiltigförklarade det angripna beslutet".

73. Mot bakgrund av alla dessa överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tredje tolkningsfrågan så att direktiv 89/665 inte utgör hinder mot att den domstol som handlägger det interimistiska förfarandet och den som handlägger saken drar olika slutsatser, förutsatt att det inte påverkar de resultat som eftersträvas med direktiv 89/665, i synnerhet de tre garantier som föreskrivs i artikel 2.1, såsom de har tolkats i gemenskapens rättspraxis.

tre är att det nederländska systemet för interimistiska åtgärder inte är förenligt med direktiv 89/665 (fråga 4a), dels om svaret är att det är det (fråga 4b). Rechtbank frågar även om någon annan kan utpekas som ansvarig ”om den upphandlande myndigheten inte kan anses vara ansvarig” (fråga 4d). I fråga 4c utgår Rechtbank från att ”den upphandlande myndigheten är skyldig att betala skadestånd” och undrar vilka kriterier som finns i unionsrätten för att fastställa och värdera den aktuella skadan.

C — Fastställande av ansvar och vilka konsekvenser det får för skadestånd: svaret på den fjärde och den femte tolkningsfrågan

75. Den femte tolkningsfrågan fungerar som slutkläm i förhållande till de föregående frågorna. Där undrar Rechtbank ”hur den nationella domstolen ska agera” om det ”visar sig vara omöjligt eller extremt svårt” enligt nationell rätt eller med ledning av svaren på frågorna ”att fastställa vem som bär ansvaret”.

1. EU-domstolens avsaknad av behörighet att fastställa ansvar i tvisten vid den nationella domstolen

74. I den fjärde tolkningsfrågan begär Rechtbank att domstolen ska yttra sig över vem som kan anses ansvarig för de eventuella skador som Combinatie har lidit. Rechtbank undrar om den upphandlande myndigheten kan anses ansvarig – dels om svaret på fråga

76. Enligt min bedömning kan EU-domstolen inte ge Rechtbank anvisningar om vem som är ansvarig för de skador som Combinatie kan ha lidit på grund av att upphandlingsbestämmelserna har åsidosatts, eftersom detta är kärnpunkten i målet vid den nationella domstolen. Samma skäl som jag ovan anfört för att tillbakavisa den tredje tolkningsfrågan och som går ut på att det är den nationella domstolen som är behörig att pröva de faktiska omständigheterna i det mål som den

handläggare, visar att EU-domstolen inte är behörig att fastställa ansvaret hos de olika aktörer som medverkat i upphandlingen av arbetena i Emmen.

på ett åsidosättande av unionsrätten, ankommer det⁴¹ – såvitt är av störst intresse här – dessutom enbart på medlemsstaten att pröva denna talan i enlighet med de nationella bestämmelserna om skadeståndsansvar.⁴²

77. Enligt min uppfattning är det endast Rechtbank som får pröva⁴⁰ frågor som huruvida det förelåg något ansvar och om det i sådant fall var Provincie, staten – på grund av domstolens agerande i det interimistiska förfarandet – eller någon annan som var ansvarig, samt pröva de omständigheter som visat sig vara av intresse: det förhållandet att Provincie inte väntade med att tilldela kontraktet och inte överklagade de interimistiska åtgärderna, de eventuella alternativen (om några sådana finns) till att tilldela MFE kontraktet, eller, å andra sidan, omständigheterna kring det interimistiska verkställandet av voozieningenrechers beslut och Combinaties val att dra tillbaka sitt överklagande av beslutet.

79. Således anser jag att domstolen inte bör svara på den del av frågorna fyra och fem som kräver ett ställningstagande till vem som bör anses ansvarig i målet vid den nationella domstolen.

2. Kriterier för fastställande av ansvar och skadans omfattning

78. I den mån den talan som väckts i målet vid den nationella domstolen kan grunda sig

80. Oaktat vad som ovan anförts bör domstolen klargöra för Rechtbank huruvida unionsrätten innehåller kriterier för att fastställa om en skada föreligger, vem som i så fall bär ansvar för skadan och hur omfattande den är.

40 — Vid denna bedömning ska den nationella domstolen ta hänsyn till alla omständigheter som kännetecknar situationen i fråga, "särskilt den överträdas regelns grad av klarhet och precision, överträdelsens avsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av rättsvillfarelsen, den ståndpunkt som en gemenskapsinstitution i förekommande fall intagit och den aktuella domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande enligt artikel [267 FEUF]" (domstolens dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239), punkt 55). En överträdelse av unionsrätten är tillräckligt klar "då avgörandet i fråga uppenbart har fattats i strid med domstolens rättspraxis på området". (Domstolens dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 57, och den ovan nämnda domen i målet Köbler, punkt 56.)

41 — Förutsatt att de villkor är uppfyllda som följer av domstolens fasta rättspraxis: att syftet med den unionsrättsliga bestämmelsen som har överträtts är att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen av denna bestämmelse är tillräckligt klar och att det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som de enskilda har lidit.

42 — I detta sammanhang får villkoren vid åsidosättande av unionsrätten inte vara mindre förmånliga än de som avser nationella bestämmelser (likvärdighetsprincipen) och inte vara utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd (effektivitetsprincipen). (Se bland annat domstolens dom i det ovan nämnda målet Köbler (REG 2003, s. I-10239), punkt 58, och av den 13 mars 2007 i mål C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (REG 2007, s. I-2107), punkt 123.)

a) Inledande anmärkningar

81. Det måste till att börja med klarläggas vad Rechtbank är ute efter då den i fråga 4c frågar domstolen om det i unionsrätten fastställs kriterier för fastställande och värdering av skada "om den upphandlande myndigheten är skyldig att betala skadestånd".

82. I princip skulle man kunna tänka sig att Rechtbank utgår från ett jakande svar beträffande den upphandlande myndighetens ansvar som förutsättning för svaret på fråga 4c.

83. Så bör frågan emellertid inte tolkas. Rechtbank förutsätter visserligen i fråga 4c att Provincie skulle kunna anses ansvarig, men utesluter samtidigt inte att detta ansvar skulle kunna ligga på andra aktörer som på ett eller annat sätt har medverkat i upphandlingsförfarandet. Frågan skulle därför kunna tolkas så att den hänskjutande domstolen generellt vill veta, i det fall det fastställs att det föreligger ett ansvar, vilka kriterier för att bevilja skadestånd som finns i unionens bestämmelser om offentlig upphandling.

84. Det bör erinras om att man först måste klarlägga om det föreligger en skada innan det kan fastställas om det föreligger ett

skadeståndsansvar. Finns det ingen skada bör ingen mekanism för utomobligatoriskt skadeståndsansvar aktiveras. I detta skede hamnar frågorna om skadornas omfattning och värderingen av dessa i främsta rummet.

85. Vid offentliga upphandlingar är detta förknippat med stora svårigheter. Även om man utgår från att bestämmelserna i unionsrätten har åsidosatts, måste man göra en regelrätt sannolikhetsbedömning för att kunna dra slutsatsen att den uteslutna anbudsgivaren (i det här fallet *Combinatie*) i slutändan skulle ha tilldelats kontraktet om upphandlingsprocessen hade genomförts på ett korrekt vis.

86. Sådana svårigheter föreligger inte bara i det aktuella fallet utan även i ett stort antal andra situationer med utomobligatoriskt skadeståndsansvar.⁴³ Det tvingar den domstol som prövar själva sakfrågan att använda sig av abstraktionsmetoder som bygger på de uppgifter som domstolen har kännedom om, för att med en grad av sannolikhet som gränssar till visshet kunna slå fast att den uteslutna anbudsgivaren skulle ha tilldelats kontraktet om upphandlingsbestämmelserna hade följts.

⁴³ — Ett exempel på detta är fall med ansvar för skador som uppkommit i sjukvård som inte anses följa god praxis.

87. Ett annat problem är att avgöra vad skadorna består i. När ett skadestånd ska fastställas kan detta variera beroende på om man bara beaktar de objektiva kostnader som anbudsgivaren har ådragit sig till följd av att han deltagit i det offentliga upphandlingsförfarandet (*damnum emergens*) eller även andra aspekter som är svårare att styrka, exempelvis utebliven vinst (*lucrum cessans*) till följd av att han blivit utesluten på ett rättsstridigt vis.

— Det andra området utgörs av de mer specifika reglerna för de olika förfarandena i medlemsstaterna. Eftersom bestämmelserna i direktiv 89/665 enbart syftar till att få till stånd en tillnärmning av de nationella processrättsliga instrumenten för att säkerställa att unionens bestämmelser om offentlig upphandling följs, är det uppenbart att det ankommer på medlemsstaterna att fastställa hur de förfaranden som syftar till att genomföra bestämmelserna i artikel 2.1 c i direktiv 89/665 ska utformas och vilka steg de ska innehålla. Sådana specifika processrättsliga bestämmelser återfinns inte i direktivet.

88. Mot bakgrund av detta måste man tydligt skilja mellan tre olika områden som har anknytning till direktiv 89/665:

- Det första området utgörs av direktiv 89/665 i sig, vilket syftar till att stärka de befintliga mekanismerna, såväl de nationella som unionens, för att säkerställa en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven.⁴⁴ Det föreskrivs därför i direktivet att medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa att ett rättsstridigt beslut som har fattats av en upphandlande myndighet kan angripas på ett effektivt sätt och så snabbt som möjligt. I artikel 2.1 c föreskrivs också uttryckligen att personer som har skadats av överträdelse ska kunna få ersättning.
 - Det tredje området handlar om de materialrättsliga aspekter som gör det möjligt att utreda detta ansvar och som uppenbarligen faller utanför direktiv 89/665.
- b) Tillämpningen av artikel 2.7 i direktiv 92/13

89. Det kan förefalla som att denna tydligt definierade modell, vilken unionsrätten inte påverkar direkt utan genom principerna om effektivitet och likvärdighet, har rubbats av direktiv 92/13/EEG, om det beaktas

44 — Domstolens dom av den 4 februari 1999 i mål C-103/97, Köllensperger och Atzwanger (REG 1999, s. I-551), punkt 3, och av den 14 oktober 2004 i mål C-275/03, kommissionen mot Portugal (ej publicerad i rättsfallssamlingen), punkt 28.

att artikel 2.7 i detta direktiv innehåller vissa riktlinjer för att fastställa skador och deras omfattning.

För det tredje orsakssambandet, nämligen att överträdelsen minskat denna realistiska möjlighet att erhålla kontraktet.

90. Som framgår nedan är så inte riktigt fallet.

91. Frågan är om det finns något samband mellan denna bestämmelse och villkoren för att fastställa och värdera skador vilkas ersättning garanteras av direktiv 89/665. Kort sagt: vilken betydelse har denna artikel i direktiv 92/13 för direktiv 89/665?

92. Domstolen har ännu inte uttalat sig beträffande detta.

93. Artikel 2.7 innehåller tre urskiljbara beståndsdelar. För det första en viss typ av skada, motsvarande kostnaderna för att förbereda anbud. För det andra bevisdelen, vilken begränsar sig till att den som begärt skadestånd dels behöver visa att det skett en överträdelse av unionsrätten och dels att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

94. Även om offentliga upphandlingar inom de särskilda sektorerna (vatten-, energi-, transport- och postsektorerna, vilka omfattas av direktiv 2004/17⁴⁵) skiljer sig från övriga offentliga upphandlingar (vilka regleras i direktiv 2004/18) beträffande kasuistik och karaktär, är det svårt att förstå varför möjligheterna att begära skadestånd, som i förevarande fall, endast borde regleras beträffande de förstnämnda upphandlingarna och inte beträffande de sistnämnda.

95. Det bör påpekas att dessa två direktiv ändrats genom direktiv 2007/66⁴⁶, men denna ändring medförde inte att unionslagstiftaren förde in någon bestämmelse liknande den i artikel 2.7 i direktiv 92/13 i direktiv 89/665. Av detta kan underförstått slutsatsen dras att lagstiftaren inte ville föra in någon sådan bestämmelse beträffande skador vars ersättning garanteras genom direktiv 89/665 och att frågan om fastställande av sådan ersättning medvetet lämnades öppen.

45 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1).

46 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG 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, s. 31).

96. Beträffande omfattningen av de skador som ska ersättas är det uppenbart att direktiv 89/665 lämnar den frågan öppen. Det innebär till att börja med att medlemsstaterna är fria att ta hänsyn till såväl faktiska skador (*damnum emergens*) som utebliven vinst (*lucrum cessans*). Inte heller direktiv 92/13 inskränker emellertid medlemsstaternas handlingsutrymme. Det innehåller enbart vissa kriterier beträffande orsakssamband och bevisning för att underlätta för anbudsgivarna att få ersättning för kostnader som de har ådragit sig, men det ger inga anvisningar om skadornas eller ersättningens omfattning eller hur ansvar ska fastställas. Enligt detta direktiv krävs bara en rättslig argumentation – om unionsrätten har överträtts – och att anbudsgivaren mer eller mindre fullständigt kan visa att han haft möjlighet att erhålla kontraktet.⁴⁷

heller minskar detta den frihet som unionsrätten genom den processuella autonomi ger medlemsstaterna att kräva eller inte kräva att orsakssambandet styrks⁴⁸ beträffande olika typer av skador eller deras omfattning, eller att beakta andra skador än de som enbart rör kostnader, exempelvis utebliven vinst.

c) Fastställande av skada

98. Således bör svaret på fråga 4c beträffande fastställande av skada sökas i principen om medlemsstaternas processuella autonomi, eftersom det ankommer på medlemsstaterna att fastställa kriterier för beviljande av skadestånd enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665.

97. Följaktligen anser jag att betydelsen av artikel 2.7 i direktiv 92/13 bör nyanseras i förevarande fall. Jag anser emellertid att varken rättssäkerheten eller respekten för den institutionella jämvikten skulle åsidosättas om man för tolkningsändamål på direktiv 89/665 skulle tillämpa de aspekter artikel 2.7 innehåller beträffande orsakssamband och bevisning avseende den objektiva skadan i form av kostnaden för att delta i upphandlingen. Inte

99. Direktiv 89/665 innehåller inga ansvars-kriterier för att fastställa skadan. Unionen kan emellertid inte hållas helt utanför detta,

47 — Beträffande kriterierna för hur skador ska fastställas, liknar den underliggande enkelheten i artikel 2.7 den som domstolen gav uttryck för i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, i vilket domstolen visserligen inte yttrade sig över förekomsten av ett objektiva ansvar, men där utformningen av kriterierna för fastställande av skador ur praktisk synvinkel förefaller begränsa sig till ett konstaterande av att unionsrätten har överträtts.

48 — Beträffande detta fastslog domstolen i enlighet med likvärdighetsprincipen (om än inom konkurrensområdet) i sin dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi m.fl. (REG 2006, s. I-6619), punkt 99, att "om särskilda skadestånd, såsom sådana som döms ut för att statuera exempel eller som bestraffning, kan dömas ut i mål enligt nationell rätt som liknar mål där talan väckts med stöd av gemenskapens ... regler, måste detta vara möjligt även i den senare typen av mål. Gemenskapsrätten hindrar emellertid inte nationella domstolar från att övervaka att skyddet för de rättigheter som gemenskapsrätten ger inte leder till en obehörig vinst för rättighetsinnehavarna".

eftersom det alltid måste krävas att de gränser respekteras som jag redogör för i detta förslag till avgörande och som representeras av de behov som principerna om likvärdighet och effektivitet ger upphov till, för att hjälpa de nationella domstolarna att upprätthålla rätten till ett effektivt skydd för de rättigheter som unionsrätten föreskriver.

100. Till exempel låg effektivitetskriteriet till grund för domstolens fällande dom mot Republiken Portugal.⁴⁹ Portugal hade i sin nationella lagstiftning föreskrivit att det måste styrkas att det förelegat uppsåt eller oaktsamhet för att skadestånd skulle kunna medges på grund av överträdelse av unionens bestämmelser om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelser som införlivar dessa. Domstolen fann att detta villkor inte var förenligt med ett adekvat system för domstolskydd, eftersom det riskerade att frånta de skadelidande anbudsgivarna rätten att kräva skadestånd eller fördröja medgivandet av sådant skadestånd.⁵⁰

101. I målet T-Mobile Netherlands m.fl.,⁵¹ som rörde ett annat område, prövade domstolen frågan huruvida en nationell domstol enligt artikel 81.1 EG vid ”bedömningen av orsakssambandet” mellan företagens samordning och beteende på marknaden, är skyldig att tillämpa presumptionen om orsakssamband i vissa fall,⁵² eller om den beträffande bevisbördan får tillämpa bestämmelserna i den nationella rätten. Domstolen fann att presumptionen om orsakssamband följer av artikel 81.1 EG och att den ”således utgör en integrerad del av tillämplig gemenskapsrätt”.

102. Domen i målet T-Mobile Netherlands m.fl., i vilken domstolen fann att fastställandet av ett orsakssamband genom presumption ska ske på unionsrättslig (konkurrensrättslig) nivå, skiljer sig från domen i målet ERG m.fl.⁵³ i vilket domstolen med avseende på den skyldighet att avhjälpa miljöskador som följer av direktiv 2004/35/EG⁵⁴ slog fast att det måste föreligga ett orsakssamband,⁵⁵ men att medlemsstaterna får presumera ett

49 — Den ovannämnda domen i målet kommissionen mot Portugal.

50 — I sin dom av den 10 januari 2008 i mål C-70/06, kommissionen mot Portugal (REG 2008, s. I-1), det andra i denna rad av mål, i vilket Portugal fälldes för att man inte vidtagit de åtgärder som krävdes för att följa den ovannämnda domen av den 14 oktober 2004 (i mål C-275/03), upprepar domstolen att kravet att visa att det förelegat uppsåt eller oaktsamhet ”innebär att det blir svårare och dyrare för enskilda att vidta rättsliga åtgärder, även om den inte innebär att det blir omöjligt för enskilda att vidta sådana åtgärder. Denna underlåtenhet kan därmed hindra att gemenskapens politik om offentlig upphandling får full verkan” (punkt 42).

51 — Dom av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl. (REG 2009, s. I-4529).

52 — Närmare bestämt när företagen fortsätter att vara aktiva på marknaden och tar hänsyn till informationsutbytet med sina konkurrenter.

53 — Dom av den 9 mars 2010 i mål C-378/08, ERG m.fl. (REU 2010, s. I-1919).

54 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/35/EG av den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador (EUT L 143, s. 56).

55 — Mellan verksamhetsutövarnas verksamhet och de uppkomna föroreningarna.

sådant samband. En sådan presumtion måste dock byggas på vissa trovärdiga uppgifter som anges i domen.

således inga hinder för att utsträcka denna tanke till att omfatta andra nationella villkor, exempelvis generella villkor rörande styrkan- de eller fastställande av skador.

103. Även om den inte handlar om offentlig upphandling bekräftar således domen i målet T-Mobile Netherlands m.fl. unionsrättens betydelse när det gäller att fastställa orsaks- sambandet, trots att det enligt principen om medlemsstaternas processuella autonomi borde ligga på medlemsstaterna. Det saknas inte skäl för att inta en sådan ståndpunkt. På konkurrensrättens område har artikel 81 EG, det vill säga en primärrättslig bestämmelse, en direkt inverkan.⁵⁶ Artikel 81 EG är emel- lertid av en helt annan karaktär än bestäm- melserna i ett direktiv och det är därför som domstolen på sekundärrättslig nivå har vissa förbehåll (som i målet ERG m.fl.) mot att på ett sådant direkt vis gripa in i en sådan rent processrättslig fråga.

105. För att besvara de delar av frågorna 4 och 5 som rör kriterierna för fastställande av skadan, bör en princip härledas som särskilt avspeglar unionsrättens krav på effektivitet: principen om att beviskraven beträffande så- dana skador som avses i artikel 2.1 c i direktiv 89/665 inte får vara så stränga att det inverkar menligt på dess effektivitet.

d) Skadornas omfattning

104. I enlighet med direktiv 89/665 fann domstolen i de ovannämnda målen kom- missionen mot Portugal med hjälp av regeln om begränsningar av den processuella auto- nomin, att ett nationellt villkor för att fast- ställa ansvar, nämligen att det har visats att det förelegat uppsåt eller oaktsamhet, inte kunde godtas. Utifrån det perspektivet ser jag

106. Direktiv 89/665 ger inte heller någon vägledning om vad som kan ingå i begrep- pet skador och det innebär att allt som rör begreppets omfattning får anses ligga på det nationella planet.

107. Även här har emellertid domstolen fastställt att det under vissa omständighe- ter föreligger särskilda skyldigheter beträff- ande skadestånd, särskilt på konkurrens- rättens område, för att skydda de intressen som skadats till följd av en överträdelse av unionsrätten.

56 — Vilken förutom att det är en bestämmelse som hänför sig till grunderna för rättsordningen (*ordre public*) har direkt effekt för enskilda och ska tillämpas *ex officio* av de natio- nella domstolarna. Se den ovannämnda domen i målet T-Mobile Netherlands m.fl., punkterna 44–53.

108. I domen i målet *Courage och Crehan*⁵⁷ slog domstolen fast att den fulla verkan av artikel 85 i fördraget (nu artikel 101 FEUF) kräver att varje person kan begära ersättning för en skada som ett avtal eller ett handlande som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen påstås ha orsakat honom. Det var dock först i den ovannämnda domen i målet *Manfredi m.fl.* som domstolen slog fast att i avsaknad av gemenskapsrättsliga bestämmelser på detta område ”skall varje medlemsstats interna rättsordning ange kriterierna för att bestämma storleken på ersättningen för en skada som orsakats ... under förutsättning att likvärdighets- och effektivitetsprinciperna iaktas” (punkt 98).

109. I domen i målet *Manfredi m.fl.* slog domstolen fast att ”en begäran om ersättning för en skada som har orsakats av ett avtal eller ett beteende som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen” är en ”rätt för var och en”. Domstolen klargjorde vidare att ”de personer som har lidit skada måste kunna begära ersättning inte bara för faktisk skada (*damnum emergens*) utan även för utebliven vinst (*lucrum cessans*) samt ränta” (punkt 95).

110. Eftersom det vid överträdelse av unionsrätten i praktiken ska kunna gå att få ersättning för en skada, kan det inte tillåtas att

utebliven vinst helt utesluts som ersättningsgill skada.⁵⁸

111. Jag anser det än mer uppenbart att det finns ett behov av att inkludera tillämpliga räntor, beroende på vilka nationella bestämmelser som är tillämpliga och för att säkerställa en effektiv ersättning. Som framgår av domen i målet *Marshall*⁵⁹ måste dessa ”anses utgöra ett väsentligt element i en ersättning”.

112. Jag föreslår att domstolen besvarar den fjärde och femte tolkningsfrågan så att enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665 ska kriterierna för fastställande och värdering av den skada som skadeståndsanspråket avser och som har uppstått till följd av överträdelse av unionsrätten inom området offentlig upphandling fastställas i nationell rätt, även om unionsrättens effektivitetsprincip innebär att kraven för att styrka skadorna inte får vara så stränga att bestämmelsens effektivitet inskränks, att tillämpliga räntor ska inkluderas och avslutningsvis att möjligheten att ta hänsyn till utebliven vinst inte utesluts.

⁵⁷ — Domstolens dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, *Courage och Crehan* (REG 2001, s. I-6297), punkt 26.

⁵⁸ — Den ovannämnda domen i målet *Brasserie du pêcheur och Factortame*, punkt 87, dom av den 8 mars 2001 i de förnämnda målen C-397/98 och C-410/98, *Metallgesellschaft m.fl.* (REG 2001, s. I-1727), punkt 91, och den ovannämnda domen i målet *Manfredi m.fl.*, punkt 96.

⁵⁹ — Domstolens dom av den 2 augusti 1993 i mål C-271/91, *Marshall* (REG 1993, s. I-4367; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-315), punkt 31, vilken visar att behovet av en effektiv ersättning för skador även utgör ett krav inom andra områden än det konkurrensrättsliga, eftersom målet *Marshall* handlade om en skada som en person lidit till följd av en diskriminerande uppsägning.

VII — Förslag till avgörande

113. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska

1. avvisa den första tolkningsfrågan,

2. besvara de övriga frågor som Rechtbank har ställt på följande vis:
 - a) Jag föreslår att domstolen

besvarar den andra tolkningsfrågan så att eftersom det inte har styrkts att unionsrättens verkan åsidosätts utgör artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665 inte hinder för nationella bestämmelser, enligt vilka det bara finns ett enda förfarande för att få till stånd en interimistisk åtgärd, vilket syftar till att få ett snabbt avgörande och kännetecknas av att något meningsutbyte mellan advokater inte får förekomma, att som regel endast skriftlig bevisning är tillåten och att lagstadgade bevisregler inte tillämpas (punkt a), även om avgörandet inte slutgiltigt reglerar rättsförhål-

landena och inte ingår i det förfarande som utmynnar i ett sådant avgörande (punkt b) eller endast är bindande mellan parterna (punkt c).

b) Jag föreslår att domstolen

besvarar den tredje tolkningsfrågan så att direktiv 89/665 inte utgör hinder mot att den domstol som handlägger det interimistiska förfarandet och den som handlägger saken drar olika slutsatser, förutsatt att det inte påverkar de resultat som eftersträvas med direktiv 89/665, i synnerhet de tre garantier som föreskrivs i artikel 2.1, såsom de har tolkats i gemenskapens rättspraxis.

c) Jag föreslår att domstolen besvarar den fjärde och den femte tolkningsfrågan så

att domstolen förklarar sig sakna behörighet för att yttra sig över vem som ska anses ansvarig i tvisten vid den nationella domstolen,

att enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665 ska kriterierna för fastställande och värdering av den skada som ska ersättas till följd av överträdelse av unionsrätten inom området offentlig upphandling fastställas i nationell rätt, även om unionsrättens effektivitetsprincip innebär att kraven för att styrka skadorna inte får vara så stränga att bestämmelsens effektivitet inskränks, att tillämpliga räntor ska inkluderas och avslutningsvis att möjligheten att ta hänsyn till utebliven vinst inte utesluts.