



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 7 augusti 2018*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Överklagande – Direktiv 89/665/EG – Skadeståndstalan – Artikel 2.6 – Nationell lagstiftning enligt vilken det för att en skadeståndstalan ska kunna tas upp till prövning krävs att det tidigare slutgiltigt konstaterats att det beslut av den upphandlande myndigheten som ligger till grund för skadeståndstalan är rättsstridigt – Talan om ogiltigförklaring – Tidigare talan vid överklagandenämnd – Rättslig prövning av överklagandenämndens avgöranden – Nationell lagstiftning enligt vilken nya grunder som inte åberopats vid överklagandenämnden inte kan åberopas – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Rätt till ett effektivt domstolsskydd – Effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen”

I mål C-300/17,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Kúria (Högsta domstolen, Ungern) genom beslut av den 11 maj 2017, som inkom till domstolen den 24 maj 2017, i målet

Hochtief AG

mot

Budapest Főváros Önkormányzata

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Bay Larsen, samt domarna J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby och M. Vilaras (referent),

generaladvokat: M. Wathelet,

justitiesekreterare: justitiesekreterare: handläggaren R. Șereș,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 30 april 2018,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Hochtief AG, genom A. László, ügyvéd, och I. Varga, konzulens,
- Ungerns regering, genom M.Z. Fehér och G. Koós, båda i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: ungerska.

- Greklands regering, genom M. Tassopoulou, D. Tsagkaraki, E. Tsaousi och K. Georgiadis, samtliga i egenskap av ombud,
 - Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
 - Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,
 - Europeiska kommissionen, genom P. Ondrůšek och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 7 juni 2018 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3 s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1) (nedan kallat direktiv 89/665).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Hochtief AG och Budapest Főváros Önkormányzata (kommunstyrelsen i Budapest, Ungern) (nedan kallad den upphandlande myndigheten) om skadestånd med anledning av den skada som Hochtief åsamkats till följd av ett åsidosättande av bestämmelserna om offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 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 [Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG] eller direktiv [2014/23] kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.”

- 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, 2.2 och 2.6 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

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

...

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

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

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

...

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

Ungersk rätt

6 I 108 § punkt 3 közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. törvény (lag CXXIX från 2003 om offentlig upphandling, *Magyar Közlöny* 2003/157) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), föreskrivs följande:

”Anbudssökanden kan ändra sin anbudsansökan fram till utgången av tidsfristen för inlämnandet av denna ansökan.”

7 I 350 § i nämnda lag föreskrivs följande:

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

8 351 § lagen om offentlig upphandling har följande lydelse

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

a) att den upphandlande myndigheten åsidosatt en bestämmelse avseende offentlig upphandling eller tilldelningsförfarandet,

b) att vederbörande hade en faktisk möjlighet att tilldelas kontraktet, och

c) att åsidosättandet minskat vederbörandes möjligheter att tilldelas kontraktet.”

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

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

Bakgrunden till målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 10 Den 5 februari 2005 offentliggjorde den upphandlande myndigheten en inbjudan att delta i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt byggentreprenadkontrakt till ett värde som översteg det tröskelvärde som föreskrivs i unionsrätten, enligt ett förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling. Inom den föreskrivna fristen inkom fem ansökningar, varav en från konsortiet ”HOLI” (nedan kallat konsortiet), som leds av Hochtief.
- 11 Den 19 juli 2005 informerade den upphandlande myndigheten konsortiet om att dess ansökan var ogiltig eftersom den inte uppfyllde kraven och därför hade avslagits. Beslutet motiverades av den omständigheten att konsortiet som projektledare hade utsett en expert som hade deltagit i den upphandlande myndighetens förberedande av upphandlingen.
- 12 Konsortiet överklagade detta beslut till Közbeszerzési Döntőbizottság (överklagandenämnden för offentlig upphandling, Ungern) (nedan kallad överklagandenämnden). Överklagandenämnden ogillade överklagandet genom beslut av den 12 september 2005. Överklagandenämnden ansåg att utnämningen av experten i ansökan om att få delta inte kunde betraktas som ett administrativt fel, såsom Hochtief hade gjort gällande. Om Hochtief hade beretts möjlighet att rätta detta fel hade detta inneburit en ändring i ansökan, vilket inte är tillåtet enligt 108 § punkt 3 i lagen om offentlig upphandling. Den ansåg även att den upphandlande myndigheten inte hade handlat rättsstridigt genom att fortsätta förfarandet med endast två anbudssökande, eftersom det i 130 § punkt 7 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs att om det finns kvar ett tillräckligt antal anbudssökande som inkommit med en godkänd ansökan om att få delta, ska dessa inbjudas att lämna anbud.
- 13 Genom dom av den 28 april 2006 avslog Fővárosi Bíróság (Förstainstansdomstolen i Budapest, Ungern) det överklagande som ingetts av konsortiet mot beslutet av den 12 september 2005.
- 14 Genom beslut av den 13 februari 2008 beslutade Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen, Budapest, Ungern), i mål om överklagande av domen av den 28 april 2006 som ingetts av konsortiet, att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen, vilken gav upphov till dom av den 15 oktober 2009, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).
- 15 Under 2008 konstaterade kommissionen, i samband med granskningen av upphandlingsförfarandet i det nationella målet, att den upphandlande myndigheten hade åsidosatt bestämmelserna om offentlig upphandling dels genom att offentliggöra ett meddelande om ett förhandlat förfarande, dels genom att under det förberedande urvalet utesluta en av anbudssökandena utan att ge vederbörande möjlighet att i enlighet med domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127), visa att medverkan av den expert som utsetts som projektchef inte kunde leda till en snedvridning av konkurrensen.
- 16 Den 20 januari 2010, efter domen av den 15 oktober 2009, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), meddelade Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen, Budapest, Ungern) en dom i vilken domen av den 28 april 2006, fastställdes. Denna domstol angav bland annat att den inte prövat huruvida den upphandlande myndigheten, när den konstaterade att konsortiets ansökan inte kunde godtas, gjort sig skyldig till ett åsidosättande genom att inte ge konsortiet tillfälle att försvara sig, eftersom den invändningen inte angetts i ansökan i första instans. Det var först i överklagandet som Hochtief för första gången gjorde gällande att förbudet för konsortiet att delta utgjorde en oproportionerlig begränsning av vederbörandes rätt att inkomma med en ansökan eller lämna ett anbud, vilket strider mot artikel 220 EG, artikel 6 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, 1993, s. 54) och domstolens praxis.

- 17 Genom dom av den 7 februari 2011 fastställde Legfelsőbb Bíróság (tidigare benämning på Högsta domstolen, Ungern) den dom som meddelats av Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) den 20 januari 2010.
- 18 Den 11 augusti 2011 lämnade Hochtief på grundval av kommissionens konstateranden in en resningsansökan avseende den dom som hade meddelats av Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest).
- 19 Genom beslut av den 6 juni 2013 avslog Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Förvaltnings- och arbetsdomstolen i Budapest, Ungern) resningsansökan och detta beslut fastställdes av Fővárosi Törvényszék (domstol i Budapest, Ungern), som dömer i sista instans.
- 20 Med åberopande av kommissionens konstateranden ingav Hochtief en ny talan med yrkande om att den upphandlande myndigheten ska förpliktas att betala ett skadestånd på 24 043 685 ungerska forinter (HUF) (cirka 74 000 euro) motsvarande Hochtiefs kostnader för deltagande i upphandlingsförfarandet.
- 21 Denna talan ogillades i första instans och i överklagandet. Hochtief överklagade till den hänskjutande domstolen med åberopande av, bland annat, ett åsidosättande av artikel 2.1 i direktiv 89/665 och artikel 2.1 i 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, 1992, s. 14).
- 22 Den hänskjutande domstolen har angett att enligt direktiv 89/665 får medlemsstaterna föreskriva att för att väcka talan om skadestånd ska det ifrågasatta beslutet först undanröjas av en myndighet eller en domstol (dom av den 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 35), vilket innebär att artikel 2 i nämnda direktiv i princip inte förefaller utgöra hinder för en sådan nationell bestämmelse som 350 § lagen om offentlig upphandling. När sistnämnda bestämmelse tillämpas i förening med andra bestämmelser i lagen om offentlig upphandling och civilprocesslagen kan detta emellertid hindra möjligheten för en anbudssökande i ett förhandlat upphandlingsförfarande, vars anbud inte godtagits, såsom Hochtief, att väcka skadeståndstalan, eftersom vederbörande inte kan åberopa ett beslut i vilket det slutgiltigt fastställts att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts. Det kan under dessa omständigheter vara motiverat att antingen införa en möjlighet att använda andra bevismedel eller underlåta att tillämpa den nationella bestämmelsen med beaktande av effektivitetsprincipen eller också tolka denna bestämmelse mot bakgrund av unionsrätten.
- 23 Mot denna bakgrund beslutade Kúria (Högsta domstolen, Ungern) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
 - ”1. Utgör unionsrätten hinder för en processrättslig lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av en bestämmelse avseende offentlig upphandling är beroende av att överklagandenämnden för offentlig upphandling eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden för offentlig upphandling – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts?
 2. Kan en bestämmelse i en medlemsstat enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av en bestämmelse avseende offentlig upphandling är beroende av att överklagandenämnden för offentlig upphandling eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden för offentlig upphandling – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts ersättas med en annan regel enligt unionsrätten? Eller med andra ord, finns det en möjlighet för den skadelidande att på annat sätt styrka åsidosättandet av bestämmelsen?

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

Begäran om att återuppta den muntliga delen av förfarandet

24. Genom skrivelser som inkom till domstolens kansli den 12 och den 27 juli 2018 begärde Hochtief att den muntliga delen av förfarandet skulle återupptas i enlighet med artikel 83 i domstolens rättegångsregler.
25. Hochtief åberopade till stöd härför i första hand den begäran om förhandsavgörande som ingetts av Székesfehérvári Törvényszék (Domstolen i Székesfehérvár, Ungern) genom beslut av den 6 december 2017, vilken inkom till domstolen den 5 juni 2018 och som registrerats under målnummer C-362/18. Hochtief har gjort gällande att svaret på de frågor som ställts i förevarande mål är beroende av svaret på frågorna i mål C-362/18 och att för att säkerställa en enhetlig rättspraxis ska parterna ges möjlighet att yttra sig rörande det sistnämnda målet.
26. Hochtief anser vidare att domstolen, för att avgöra förevarande begäran om förhandsavgörande, måste beakta omständigheter som inte avhandlats mellan parterna. I synnerhet önskar Hochtief framföra sina synpunkter avseende ett yttrande av den ungerska regeringen vid förhandlingen, enligt vilket domen av den 15 oktober 2009, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), som avkunnades under den tid förfarandet vid de ungerska domstolarna pågick, varit föremål för en dom i ungersk domstol. Enligt Hochtief är det av avgörande betydelse för svaret på de två första frågorna i förevarande mål att fastställa hur de ungerska domstolarna bedömt nämnda dom.
27. Det ska i detta hänseende erinras om att domstolen enligt artikel 83 i rättegångsreglerna, efter att ha hört generaladvokaten, när som helst får besluta att den muntliga delen av förfarandet ska återupptas, bland annat om domstolen anser att den inte har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet, eller om en part, efter det att den muntliga delen har förklarats avslutad, har lagt fram en ny omständighet som kan ha ett avgörande inflytande på målets utgång, eller om målet ska avgöras på grundval av ett argument som inte har avhandlats mellan parterna eller de berörda som avses i artikel 23 i stadgan.
28. I förevarande mål anser domstolen, efter att ha hört generaladvokaten, att den har kännedom om samtliga omständigheter som krävs för att besvara begäran om förhandsavgörande och att det saknas anledning att uttala sig på grundval av ett argument som inte avhandlats vid domstolen.
29. Tvärtemot vad Hochtief har gjort gällande är svaret på frågorna i förevarande mål inte beroende av svaret på de frågor som ställts i mål C-362/18. Den nationella tvisten i förevarande mål och den nationella tvisten i mål C-362/18 uppvisar visserligen likheter med varandra men som Hochtief angett i sin begäran, rör frågorna i mål C-362/18 huvudsakligen en medlemsstats ansvar för ett åsidosättande av unionsrätten som kan tillskrivas en nationell domstol som dömer i sista instans, vilket skiljer sig från frågorna i förevarande mål, vilka avser villkoren för att en skadeståndstalan mot en upphandlande myndighet ska kunna tas upp till prövning.

- 30 Dessutom behöver förevarande begäran om förhandsavgörande inte prövas mot bakgrund av en omständighet som inte avhandlats mellan parterna. I synnerhet har domen av den 15 oktober 2009, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), vilken åberopats av Hochtief till stöd för sin begäran att den muntliga delen av förfarandet ska återupptas, angetts av den hänskjutande domstolen i begäran om förhandsavgörande. Parterna i det nationella målet, liksom alla berörda parter som anges i artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol, har haft möjlighet att yttra sig härvidlag såväl muntligt som skriftligt.
- 31 Mot denna bakgrund finner domstolen att det saknas anledning att återuppta den skriftliga delen av förfarandet.

Den första och den andra frågan

- 32 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 2.6 i direktiv 89/665 ska tolkas så att den utgör hinder för en nationell processrättslig lagstiftning, såsom den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av bestämmelser om offentlig upphandling och kontraktstilldelning är beroende av att överklagandenämnden för offentlig upphandling eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden för offentlig upphandling – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts.
- 33 Det ska inledningsvis erinras om att enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 får medlemsstaterna föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.
- 34 Det följer således av själva lydelsen i denna bestämmelse att medlemsstaterna i princip har rätt att anta en sådan nationell processrättslig bestämmelse som 350 § lagen om offentlig upphandling, enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av en bestämmelse avseende offentlig upphandling är beroende av att överklagandenämnden för offentlig upphandling eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts (se, analogt, dom av den 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 36).
- 35 Det ska vidare, såsom domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast, erinras om att det i direktiv 89/665 endast fastställs de minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla för att säkerställa att unionsrättens regler för offentlig upphandling uppfylls (se, bland annat, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl., C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 42 och där angiven rättspraxis).
- 36 Således begränsas artikel 2.6 i direktiv 89/665 till att ge medlemsstaterna möjlighet föreskriva att möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk är beroende av att ett behörigt organ upphävt det omtvistade beslutet, utan att det i denna artikel anges någonting avseende de eventuella villkor eller begränsningar som i förekommande fall ska åtfölja införlivandet och genomförandet av nämnda bestämmelse.
- 37 Härav följer, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 39 i sitt förslag till avgörande, att det står medlemsstaterna fritt att fastställa på vilka villkor nationella bestämmelser som införlivar artikel 2.6 i direktiv 89/665 ska tillämpas i deras rättsordning, liksom de begränsningar, undantag eller avvikelser som i förekommande fall ska åtfölja införlivandet.

- 38 Det är riktigt, såsom domstolen vid upprepade tillfällen slagit fast, att det ankommer på medlemsstaterna när de definierar villkoren för rättsmedel avsedda att skydda de rättigheter som unionsrätten tillerkänner anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter, att se till att den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 inte påverkas, och detsamma gäller även enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, *Star Storage m.fl.*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkterna 43 och 44).
- 39 Domstolen har i detta avseende slagit fast att den möjlighet medlemsstaterna ges enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 inte är obegränsad och att den villkoras av att en föregående talan om ogiltigförklaring innan skadeståndstalan väcks måste vara effektiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, punkterna 36–44). Medlemsstaterna ska särskilt, säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, *Star Storage m.fl.*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 46).
- 40 I förevarande fall ska det konstateras att en nationell processrättslig lagstiftning, enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk vid åsidosättande av bestämmelserna om offentlig upphandling är beroende av att åsidosättandet dessförinnan har fastställts slutgiltigt, inte fråntar den berörda anbudsgivaren rätten till ett effektivt rättsmedel.
- 41 Följaktligen ska den första och den andra frågan besvaras på följande sätt: artikel 2.6 i direktiv 89/665 ska tolkas så att den inte utgör hinder för en nationell processrättslig lagstiftning, såsom den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av bestämmelser om offentlig upphandling och kontraktstilldelning är beroende av att överklagandenämnden för offentlig upphandling eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts.

Den tredje frågan

- 42 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida unionsrätten ska tolkas så att den, vad gäller en skadeståndstalan, utgör hinder mot en nationell processrättslig bestämmelse som begränsar domstolsprövningen av ett avgörande från en överklagandenämnd som har att i första instans pröva beslut av upphandlande myndigheter i förfaranden för offentlig upphandling till de rättsliga argument som anförts under förfarandet i överklagandenämnden för offentlig upphandling.
- 43 Vad gäller det nationella målet ska det först noteras att, såsom framgår av begäran om förhandsavgörande, de nationella domstolar som har att pröva avgörandena från överklagandenämnderna, vilka i första instans prövar talan om ogiltigförklaring av beslut som fattats av en upphandlande myndighet vid ett offentligt upphandlingsförfarande, med stöd av 339/A § civilprocesslagen ska avvisa alla nya grunder som inte framförts vid överklagandenämnden.
- 44 Det var med tillämpning av denna bestämmelse som Fővárosi Ítélotábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) ogillade klagandens överklagande av den dom i vilken Fővárosi Bíróság (Förstainstansdomstolen i Budapest) ogillade överklagandet av överklagandenämndens ursprungliga avgörande. Det var också på grundval av denna bestämmelse Legfelsőbb Bíróság (tidigare benämning på Högsta domstolen, Ungern) ogillade klagandens överklagande av den dom som meddelats av Fővárosi Ítélotábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest).

- 45 Enligt den hänskjutande domstolen kan emellertid följderna av en tillämpning av 339/A § civilprocesslagen jämförd med 350 § lagen om offentlig upphandling vara oförenliga med unionsrätten.
- 46 Den hänskjutande domstolen har härvidlag påpekat, med hänvisning till punkt 39 i domen av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), att kraven på rättssäkerhet vad gäller villkoren för upptagande till provning inte är desamma om det är fråga om en skadeståndstalan eller om det är fråga om en talan om ogiltigförklaring av ett kontrakt. Det är nämligen, mot bakgrund av de krav på rättssäkerhet som borde gälla i avtalsförhållanden, motiverat med ett restriktivt synsätt vad gäller möjligheterna till överklaganden som syftar till att ogiltigförklara kontrakt mellan en upphandlande myndighet och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Däremot är det, då skadeståndstalan i princip inte påverkar verkan av redan ingångna avtal, omotiverat att uppställa lika stänga villkor som de som gäller talan avseende kontraktets giltighet eller verkställighet.
- 47 I detta avseende ska det erinras om att domstolen i punkterna 41–44 i domen av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), slagit fast att effektivitetsprincipen under vissa omständigheter utgör hinder för en nationell processrättslig lagstiftning enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i ett åsidosättande av en bestämmelse avseende offentlig upphandling är beroende av att rättsstridigheten tidigare har fastställts.
- 48 Det ska emellertid påpekas att domstolen drog denna slutsats i ett mycket speciellt sammanhang, som kännetecknas av den omständigheten att den tidigare talan i vilken det slagits fast att upphandlingsförfarandet var rättsstridigt, en rättsstridighet som bestod i att ett föregående meddelande om upphandling inte hade offentliggjorts, var föremål för en preklusionsfrist på sex månader som började löpa dagen efter tilldelningen av det aktuella kontraktet, oberoende av hurvida den skadelidande hade kunnat få kännedom om den rättsstridighet som påverkade tilldelningsbeslutet eller inte. I ett sådant sammanhang kan nämligen en period på sex månader riskera att göra det omöjligt för en skadelidande person att samla in nödvändig information för att bestrida lagenligheten av det upphandlingsförfarande som avses, vilket därmed kan hindra ett överklagande och således medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rätten att väcka skadeståndstalan.
- 49 De aktuella omständigheterna i det nationella målet skiljer sig dock avsevärt från omständigheterna i det mål som gav upphov till domen av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779).
- 50 Det ska noteras att, till skillnad från den frist som var i fråga i det mål som gav upphov till domen av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), påverkar den processuella regeln i 339/A § civilprocesslagen, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 47–49 i sitt förslag till avgörande, inte rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol som garanteras genom artikel 47 första och andra styckena i stadgan (se, analogt, dom av den 26 september 2013, Texdata Software, C 418/11, EU:C:2013:588, punkt 87).
- 51 Vidare är det visserligen riktigt att denna nationella processrättsliga regel innebär att de grunder som åberopats vid överklagandenämnden måste överensstämma med de grunder som åberopas vid de domstolar som har att pröva överklagandenämndens avgöranden och att det inte är möjligt för den enskilde att åberopa nya grunder under förfarandet, men likväl bidrar denna nationella regel, såsom generaladvokaten har angett i punkt 49 i sitt förslag till avgörande, till att bevara den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665, vars syfte såsom domstolen redan slagit fast är att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl., C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

- 52 Domstolen har slagit fast att principen att parterna förfogar över processen, vilken innebär att domstolen är bunden av föremålet för talan och måste grunda sitt avgörande på de omständigheter som lagts fram vid domstolen och inte får agera ex officio, annat än undantagsvis för att i allmänintresset skydda rätten till försvar och säkerställa att förfarandet löper korrekt, bland annat genom att förhindra förseningar på grund av att nya grunder ska prövas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 1995, van Schijndel och van Veen, C-430/93 och C-431/93, EU:C:1995:441, punkterna 20 och 21, och dom av den 7 juni 2007, van der Weerd m.fl., C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, punkterna 34 och 35).
- 53 I förevarande mål har det inte, såsom framgår av de handlingar som inkommit till domstolen, varit omöjligt för Hochtief att väcka talan om ogiltigförklaring mot den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut, varken vid överklagandenämnden eller därefter, vid de nationella domstolar som har att överpröva överklagandenämndens avgöranden.
- 54 Det kan inte anses att Hochtief var förhindrat att i tid ta upp den grund som i huvudsak avser att Hochtief inte hade haft möjlighet att anföra bevisning avseende den omständigheten att den expert som Hochtief utsett till projektledare och som haft uppdrag för den upphandlande myndighetens räkning inte kunde snedvrída konkurrensen, i enlighet med vad som anges i dom av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkterna 33–36).
- 55 Det är nämligen fast rättspraxis att den tolkning som domstolen gör, vid utövandet av den behörighet som den har tilldelats enligt artikel 267 FEUF, av en unionsrättslig bestämmelse, när så krävs, klargör och preciserar innebörden och räckvidden av denna bestämmelse, såsom den ska eller skulle ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande (se, bland annat dom av den 27 mars 1980, Denavit italiana, 61/79, EU:C:1980:100, punkt 16, och dom av den 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, EU:C:2004:17, punkt 21).
- 56 Av detta följer att en anbudsgivare såsom Hochtief, i en sådan situation som den i det nationella målet, hade möjlighet att göra gällande invändningen att vederbörande inte haft möjlighet att visa att den omständigheten att den expert som Hochtief utsett till projektledare och som haft uppdrag för den upphandlande myndighetens räkning inte kunde snedvrída konkurrensen, även utan relevant praxis från domstolen i detta avseende.
- 57 Det är visserligen riktigt att domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127) inte fanns tillgänglig på ungerska förrän efter det att Hochtief väckt talan vid överklagandenämnden och inte heller vid överklagandet av dess avgörande vid den nationella domstolen i första instans. Enbart denna omständighet kan emellertid inte i sig leda till slutsatsen att det var omöjligt att göra en sådan invändning gällande.
- 58 Av det anförda följer att unionsrätten, och i synnerhet artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665, jämförd med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så att den vad gäller en skadeståndstalan inte utgör hinder mot en nationell processrättslig bestämmelse, såsom den i det nationella målet, som begränsar domstolsprövningen av ett avgörande från en överklagandenämnd som har att i första instans pröva beslut av upphandlande myndigheter i förfaranden för offentlig upphandling till de rättsliga argument som anförts under förfarandet i överklagandenämnden för offentlig upphandling.

Rättegångskostnader

- 59 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

- 1) Artikel 2.6 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner ska tolkas så att den inte utgör hinder för en nationell processrättslig lagstiftning, såsom den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av bestämmelser om offentlig upphandling och kontraktstilldelning är beroende av att överklagandenämnden för offentlig upphandling eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts.
- 2) Unionsrätten, och i synnerhet artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2014/23, jämförd med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så att den vad gäller en skadeståndstalan inte utgör hinder mot en nationell processrättslig bestämmelse, såsom den i det nationella målet, som begränsar domstolsprövningen av ett avgörande från en överklagandenämnd som har att i första instans pröva beslut av upphandlande myndigheter i förfaranden för offentlig upphandling till de rättsliga argument som anförts under förfarandet i överklagandenämnden för offentlig upphandling.

Underskrifter