

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 9 december 2010 (\*)

”Offentlig upphandling – Prövningsförfarande vid offentlig upphandling av byggentreprenader – Direktiv 89/665/EEG – Skyldighet för medlemsstaterna att föreskriva ett prövningsförfarande – Nationell lagstiftning enligt vilken en domstol med behörighet att fatta beslut om interimistiska åtgärder kan godkänna ett beslut i ett upphandlingsförfarande vilket vid senare prövning i sak kan anses vara oförenligt med unionsrätten – Förenlighet med direktivet – Skadestånd till anbudsgivare som lidit skada – Villkor”

I mål C-568/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Rechtbank Assen (Nederländerna) genom beslut av den 17 december 2008, som inkom till domstolen den 22 december 2008, i målet

Combinatie Spijker Infrabouw–De Jonge Konstruktie,

Van Spijker Infrabouw BV,

De Jonge Konstruktie BV

mot

Provincie Drenthe,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.N. Cunha Rodrigues (referent) samt domarna A. Arabadjiev, A. Rosas, A. Ó Caoimh och P. Lindh,

generaladvokat: P. Cruz Villalón,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Combinatie Spijker Infrabouw–De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV och De Jonge Konstruktie BV, genom H. Hoogwout, advocaat,
- Provincie Drenthe, genom M. Mutsaers och A. Hoekstra–Borzymowska, advocaten,
- Nederländernas regering, genom C. Wissels och Y. de Vries, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom M. Konstantinidis och S. Noë, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 14 september 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

## Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 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 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) (nedan kallat direktiv 89/665).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Combinatie Spijker Infrabouw–De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV och De Jonge Konstruktie BV (nedan kallade Combinatie) och å andra sidan Provincie Drenthe (provincen Drenthe, nedan kallad Provincie), angående tilldelning av ett offentligt entreprenadkontrakt.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionslagstiftningen*

- 3 Femte skälet i direktiv 89/665 har följande lydelse:
 

”Eftersom upphandlingsförfarandet för varje särskilt kontrakt är kortvarigt, måste ett sakkunnigt prövningsorgan bl.a. vara behörigt att vidta interimistiska åtgärder i syfte att uppskjuta förfarandet hos myndigheten eller verkställigheten av dess beslut. Med hänsyn till tidsfaktorn måste vidare ges möjlighet att snabbt ingripa mot nämnda överträdelser.”
- 4 I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:
 

”1. 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.

...

3. 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.”
- 5 Artikel 2.1–6 i direktiv 89/665 har följande lydelse:
 

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

  - 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,
  - 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.

2. Behörighet enligt punkt 1 får ges till separata organ med ansvar för olika sidor av prövningsförfarandet.

3. Prövningsförfarandet i sig behöver inte automatiskt bidra till att upphandlingen skjuts upp.

4. Medlemsstaterna får bestämma att ett ansvarigt organ, som vid sin prövning överväger en interimistisk åtgärd, får 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. Ett beslut att underkänna en interimistisk åtgärd skall ej påverka andra yrkanden från den part som sökt åtgärden.

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.

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.”

6 Med stöd av artikel 36 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, s. 54) och av 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), upphävdes rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 185, s. 5) och rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, s. 1).

7 I artikel 82 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) föreskrivs att direktiv 92/50, med undantag av artikel 41, samt direktiven 93/36 och 93/37 ska upphöra att gälla. Hänvisningar till samtliga upphävda direktiv ska därefter anses som hänvisningar till direktiv 2004/18.

8 Enligt artikel 7 c i direktiv 2004/18, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 (EUT L 333, s. 28), skulle detta direktiv mellan den 1 januari 2006 och den 31 december 2007 tillämpas på offentliga byggtreprenadkontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknades uppgå till minst 5 278 000 euro.

9 I artikel 9.5 a i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”Om en planerad byggtreprenad eller ett planerat köp av tjänster kan innebära att flera kontrakt tilldelas samtidigt i form av delkontrakt skall det uppskattade värdet av samtliga delkontrakt beaktas.

...”

*Den nationella lagstiftningen*

10 Vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen hade Konungariket

Nederländerna inte antagit några särskilda bestämmelser för att införliva direktiv 89/665 med nationell rätt, då det ansågs att den befintliga nederländska lagstiftningen redan uppfyllde direktivets krav.

- 11 Enligt handlingarna i målet hör offentlig upphandling till privaträttens område, och tilldelning av offentliga kontrakt utgör en privaträttslig handling. De förberedande beslut som fattas av förvaltningsorgan före tilldelningen av ett offentligt kontrakt betraktas som förberedande privaträttsliga handlingar. De allmänna domstolarna är behöriga att pröva mål om offentlig upphandling, såväl vad avser säkerhetsåtgärder som sakfrågan. Förvaltningsdomstolar saknar behörighet om inte annat anges i lag.

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

- 12 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Provincie hade beslutat att renovera två klaffbroar över vattenleden Erica-Ter Apel i kommunen Emmen (Nederländerna). Denna vattenled är av stor internationell betydelse. Europeiska unionen hade beviljat ett stöd till projektet med villkoret att arbetena skulle genomföras före en viss tidsfrist, nämligen den 1 juli 2008.
- 13 Renoveringen av de två klaffbroarna blev föremål för offentlig upphandling på europainivå. Meddelandet om upphandling av den 13 juli 2007 offentliggjordes i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning*.
- 14 Anbudsgivarna förelades vissa villkor, bland annat vad gäller teknisk kapacitet, redbarhet och solvens. Andra villkor avsåg anbudet, bland annat vad gäller de bevis som dessa skulle innehålla. Tilldelningskriteriet utgjordes av lägsta pris.
- 15 Meddelandet om upphandling ändrades genom meddelande av den 23 juli 2007.
- 16 Anbudet, som skulle inges före den 19 september 2007, öppnades samma dag och Provincie upprättade, då anbudsöppningen avslutats, ett protokoll över densamma. I protokollet angavs bland annat att fyra anbudsgivare hade inkommit med anbud och att det lägsta anbudet, med ett belopp om 1 117 200 euro, hade lämnats av Machinefabriek Emmen BV (nedan MFE), medan Combinaties anbud, med ett belopp om 1 123 400 euro, kom på andra plats.
- 17 Genom skrivelse av den 2 oktober 2007 meddelade Provincie – utan att ge några ytterligare förklaringar – Combinatie att den avsåg tilldela MFE kontraktet eftersom MFE:s anbud var det lägsta.
- 18 Combinatie invände mot beslutet genom skrivelse av den 9 oktober 2007 och gjorde gällande att det förelåg allvarliga tvivel på huruvida MFE uppfyllde tilldelningskriterierna. Denna skrivelse gav upphov till ett telefonsamtal med de regionala myndigheterna. Under samtalet väcktes frågan huruvida ett företag som övertagit ett annat företag kan göra gällande det övertagna företags referenser.
- 19 Den 18 oktober 2007 inledde Combinatie ett interimistiskt förfarande mot Provincie vid Rechtbank Assen, en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder. Combinatie yrkade att denna domstol skulle slå fast att MFE hade lämnat ett ogiltigt anbud, att Combinatie hade lämnat det lägsta anbudet och att Provincie var skyldig att vid kontraktstilldelningen tilldela Combinatie kontraktet.
- 20 Genom skrivelse av den 1 november 2007 meddelade Provincie samtliga anbudsgivare att den beslutat att återkalla sin anbudsinfordran, med motiveringen att det, efter en analys som Provincie gjort av upphandlingsförfarandet, framgick att det förekommit sådana brister i förfarandet att detta inte kunde fullföljas. Enligt den aktuella skrivelsen var de främsta bristerna följande. För det första hade kravet på erfarenhet minskats från 60 procent till 50 procent av värdet på det aktuella kontraktet, och kravet avseende omsättningen hade minskats från

- 150 procent till 125 procent av detta belopp. För det andra hade referensperioden för beräkningen av omsättningen utsträckts från 3 år till 5 år. För det tredje hade kriteriet avseende erfarenhet ändrats så att det inte längre helt och fullt motsvarade det ursprungliga kriteriet. För det fjärde hade dessa ändringar angetts på webbplatsen [www.aanbestedingskalender.nl](http://www.aanbestedingskalender.nl), men inte på den webbplats där anbudsinfordran hade offentliggjorts, det vill säga [www.ted.europa.eu](http://www.ted.europa.eu). Provincie angav i samma skrivelse att den studerade möjligheten att genomföra en ny anbudsinfordran.
- 21 Combinatie fann att skrivelsen av den 1 november 2007 inte var tillräcklig för att begäran om interimistiska åtgärder skulle återkallas, men Combinatie justerade sina yrkanden.
- 22 MFE intervenerade den 9 november 2007 i det interimistiska förfarandet på inrådan av Provincie, och yrkade att MFE skulle tilldelas kontraktet.
- 23 Genom interimistiskt beslut av den 28 november 2007 slog Rechtbank Assen fast att MFE, genom de handlingar som lämnats in under upphandlingsförfarandet och som kommenterats under förhandlingen, hade framfört övertygande argument för att de entreprenader som utförts tidigare av Machinefabriek Hidding BV, som under år 2005 fick firman Synmet Engineering & Production BV, kunde tillräknas MFE. Denna domstol fann även att MFE uppfyllde de krav som ställts av Provincie i anbudsinfordran och att nödvändiga uppgifter lämnats i tid, att det skulle anses tillräckligt att deklaration i enlighet med förlaga K hade undertecknats av MFE:s företrädare och att MFE lämnat det lägsta anbudet.
- 24 Rechtbank Assen slog fast att Provincie inte hade varit konsekvent när den fastställde kraven avseende omsättning och erfarenhet och att det gjorts ändringar i sak i anbudsinfordran. Rechtbank påpekade emellertid att ändringarna hade gjorts i ett tidigt skede av upphandlingsförfarandet, att det inte visats att dessa ändringar gjorts i syfte att gynna en av anbudsgivarna eller att en tredje part lämnat ett anbud efter det att ändringarna gjorts. Mot denna bakgrund slog Rechtbank fast att ändringarna inte var av sådan betydelse att det kan leda till bedömningen att anbudsförfarandet inte präglats av tillräcklig öppenhet.
- 25 Rechtbank Assen fann att – mot bakgrund av likhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt på grund av att god tro förelåg fram till dess att kontraktet tilldelats – det inte längre stod Provincie fritt att i detta skede av upphandlingen, efter ett andra anbudsförfarande, tilldela samma kontrakt till ett annat företag än det som uppfyller kraven i det första anbudsförfarandet.
- 26 Rechtbank Assen förbjöd följaktligen, genom ett interimistiskt beslut som var verkställbart i avvaktan på slutligt avgörande, Provincie att tilldela ett annat företag än MFE kontraktet.
- 27 Provincie tilldelade MFE kontraktet den 3 december 2007.
- 28 Den 11 december 2007 väckte Combinatie talan vid Gerechtshof Leeuwarden och yrkade uppskov med verkställigheten av det interimistiska avgörandet av den 28 november 2007.
- 29 Gerechtshof Leeuwarden avslog genom icke-slutligt beslut av den 30 januari 2008 begäran om uppskov, med motiveringen att MFE hade ett skyddsvärt intresse av att det interimistiska avgörandet skulle verkställas.
- 30 Gerechtshof Leeuwarden angav att det kontrakt som i mellantiden ingåtts mellan Provincie och MFE ska anses vara giltigt och att med undantag av särskilda fall är den omständigheten att det begåtts fel i anbudsförfarandet inte sådan att kontraktets giltighet kan ifrågasättas. Gerechtshof slog fast att Combinatie, för det fall det skulle slås fast att bestämmelserna om offentlig upphandling hade åsidosatts, endast kunde väcka skadeståndstalan
- 31 Den 19 december 2007 överklagade Combinatie återigen det interimistiska avgörandet för att få detta upphävt och för att tilldelas kontraktet. Företaget återkallade detta överklagande efter att det fått kännedom om Gerechtshof Leeuwardens avslagsbeslut av den 30 januari 2008 och

- beslutade att väcka skadeståndstalan mot Provincie vid Rechtbank Assen. Stämning utfärdades den 29 februari 2008.
- 32 Rechtbank Assen anser att Provincies beslut av den 1 november 2007 att återkalla tilldelningsbeslutet av den 2 oktober 2007 och inleda en ny anbudsinfordran är den enda korrekta tillämpningen av upphandlingsrätten. Rechtbank Assen anser att Provincie inte kunde sänka kravet på erfarenhet från 60 procent till 50 procent och kravet på omsättning från 150 procent till 125 procent, att Provincie inte kunde utsträcka referensperioden för omsättning från 3 år till 5 år och att dessa ändringar i anbudsinfordran borde ha offentliggjorts på samma webbplats som denna hade offentliggjorts på. Rechtbank Assen har angett att den av dessa skäl avser avkunna en slutlig dom som ersätter det interimistiska avgörandet. Rechtbank Assen anser att eftersom kontraktet har tilldelats och entreprenaden redan har påbörjats och eventuellt även avslutats, återstår endast möjligheten att eventuellt tildöma Combinatie skadestånd.
- 33 Rechtbank Assen frågar sig huruvida det rättsstridiga agerandet kan läggas Provincie till last mot bakgrund av de bakomliggande omständigheterna och konstruktionen av det rättsliga skyddet. Enligt Rechtbank kan de betydande sociala intressen som åberopas av Provincie och det interimistiska avgörandet samt den nederländska lagstiftarens val att inrätta ett sådant rättsligt system utgöra motivering.
- 34 Mot denna bakgrund beslutade Rechtbank Assen att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- "1 a. Ska artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665 tolkas så, att dessa bestämmelser inte har följts om det rättsliga skydd som ska tillhandahållas av nationella domstolar vid tvister om upphandlingsförfaranden på europarättslig nivå försämras 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 tilldelningsbeslutet, 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 kontrakt mellan den upphandlande myndigheten och en av anbudsgivarna, och, om svaret är jakande, varför och under vilka förutsättningar?
- d. Har svaret på fråga 2 någon betydelse i detta sammanhang?
- 2 a. Ska artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665 tolkas så, att dessa bestämmelser utgör hinder för ett system enligt vilket det enda förfarande som är tillgängligt för att få ett snabbt avgörande kännetecknas av att det i princip kan leda till en skyndsam 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 för parterna trots att det kan finnas andra intressenter?
3. Är det förenligt med direktiv 89/665 att en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder lämnar anvisningar till den upphandlande myndigheten att fatta ett tilldelningsbeslut som senare vid sakprövningen anses strida mot unionsbestämmelserna

om offentlig upphandling?

- 4
  - a. Om svaret på fråga [3] 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 fråga [3] är jakande?
  - c. Om den upphandlande myndigheten är skyldig att betala skadestånd, fastställs då kriterier för fastställande och beräkning av skadestånd i gemenskapsrätten och, om svaret är jakande, vilka är dessa kriterier?
  - d. Om den upphandlande myndigheten inte kan anses vara ansvarig, kan då någon annan enligt gemenskapsrätten utpekas 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 enligt svaren på ovannämnda frågor (eller enligt båda dessa) att utkräva ansvar?"

### Prövning av tolkningsfrågorna

#### *Inledande anmärkning*

- 35 Direktiv 89/665 är enligt artikel 1.1 i direktivet tillämpligt på förfaranden för offentlig upphandling som omfattas av direktiv 71/305, vilket ersatts av direktiv 93/37, vilket i sin tur ersatts av direktiv 2004/18.
- 36 Direktiv 2004/18 var enligt artikel 7 c i detta direktiv, såväl vid tidpunkten för offentliggörandet av meddelandet om upphandling som vid den aktuella kontraktstilldelningen, tillämpligt på offentlig upphandling av byggtreprenader vars värde exklusive mervärdesskatt uppgick till minst 5 278 000 euro.
- 37 Det vinnande anbudet i den i målet vid den nationella domstolen aktuella upphandlingen uppgick enligt beslutet om hänskjutande till 1 117 200 euro inklusive mervärdesskatt.
- 38 Frågan uppkommer följaktligen huruvida det aktuella kontraktet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 eller ej.
- 39 EU-domstolen begärde den 8 december 2009, i enlighet med artikel 104.5 i domstolens rättegångsregler, ett klarläggande från den nationella domstolen vad avser det uppskattade värdet av det aktuella kontraktet, och särskilt huruvida detta kontrakt utgjorde en del av en byggtreprenad i den mening som avses i artikel 9.5 a i direktivet, med följd att det totala värdet av byggtreprenaden ska beaktas.
- 40 Genom skrivelse av den 28 januari 2010, som inkom till EU-domstolens kansli den 2 februari 2010, angav den nationella domstolen att det aktuella kontraktet utgjorde en del av ett större projekt, nämligen renoveringen av vattenleden Erica-Ter Apel, med ett uppskattat värde av 6 100 000 euro.
- 41 Det är av detta svar möjligt att dra slutsatsen att det aktuella kontraktet utgör en del av en byggtreprenad i den mening som avses i artikel 9.5 a i direktiv 2004/18, vars totala värde uppgår till minst tröskelvärdet för tillämpning av direktivet. Kontraktet omfattas således av direktivets tillämpningsområde och följaktligen av tillämpningsområdet för direktiv 89/665.

#### *Den första frågan*

- 42 Enligt fast rättspraxis ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt

för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen (se, bland annat, dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman, REG 1995, s. I-4921, punkt 59, och av den 2 april 2009 i mål C-459/07, Elshani, REG 2009, s. I-2759, punkt 40).

- 43 Domstolen har emellertid ansett att den inte kan avgöra en fråga som en nationell domstol har ställt, när det är uppenbart att den tolkning eller bedömning av giltigheten av en unionsrättslig bestämmelse som den nationella domstolen har begärt inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se domarna i de ovannämnda målen Bosman, punkt 61, och Elshani, punkt 41).
- 44 Såsom framgår av beslutet om hänskjutande grundar sig den första frågan på antagandet att både förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar enligt den nationella rätten kan ha behörighet med avseende på samma beslut inom ramen för en offentlig upphandling, vilket kan leda till motstridiga domstolsavgöranden.
- 45 Det framgår emellertid av de yttranden som ingetts till EU-domstolen av den nederländska regeringen och av Europeiska gemenskapernas kommission att det enligt nederländsk rätt som huvudregel endast är de allmänna domstolarna som är behöriga att pröva tvister om offentlig upphandling. Enligt dessa yttranden är förvaltningsdomstolarna behöriga om denna behörighet särskilt föreskrivs i lag, i vilket fall dessa domstolar ensamma är behöriga. Enligt nederländsk rätt kan inte allmän domstol och förvaltningsdomstol samtidigt vara behöriga i samma tvist om offentlig upphandling.
- 46 Domstolen kan inte inom ramen för ett mål om förhandsavgörande ta ställning till tolkningen av nationella rättsregler (se dom av den 13 oktober 1976 i mål 32/76, Saieva, REG 1976, s. 1523, punkt 7, av den 9 oktober 1984 i de förenade målen 91/83 och 127/83, Heineken Brouwerijen, REG 1984, s. 3435, punkt 10, samt av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins m.fl., REG 1993, s. I-5145, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 14, s. 351).
- 47 Det är emellertid utrett att det i tvisten vid den nationella domstolen inte finns någon risk för motstridiga avgöranden på grund av att en förvaltningsdomstol skulle pröva fallet, eftersom samtliga förfaranden äger rum vid allmän domstol.
- 48 Enligt de upplysningar som EU-domstolen har tillgång till har den i den första frågan begärda tolkningen av unionsrätten således inget samband med tvisten vid den nationella domstolen.
- 49 Den första frågan kan följaktligen inte prövas i sak.

#### *Den andra frågan*

- 50 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan, punkt a, för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665 utgör hinder för ett system enligt vilket det enda förfarande som är tillgängligt för att få ett snabbt avgörande kännetecknas av att det kan leda till en skyndsamt 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.
- 51 I likhet med vad som anges i femte skälet i direktiv 89/665 måste, eftersom upphandlingsförfarandet är kortvarigt, det med hänsyn till tidsfaktorn ges möjlighet att snabbt ingripa mot överträdelser av unionsrätten.
- 52 Det är mot bakgrund av detta syfte som det i artikel 1.1 i direktiv 89/665 föreskrivs att det i medlemsstaterna ska inrättas ett effektivt prövningsförfarande, och särskilt att prövning ska kunna ske så skyndsamt som möjligt av beslut som kunnat medföra överträdelser av



unionsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

- 53 Enligt artikel 2.1 a i direktivet ska medlemsstaterna föreskriva att prövningsförfarandet ska innefatta behörighet att "så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelse eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen".
- 54 I artikel 2.2 i direktivet föreskrivs att behörighet enligt artikel 2.1 får ges till separata organ med ansvar för olika sidor av prövningsförfarandet. Härav följer bland annat att medlemsstaterna får ge behörighet att förordna om interimistiska åtgärder och utdöma skadestånd till separata organ.
- 55 I artikel 2.3 i direktiv 89/665 föreskrivs att prövningsförfarandet i sig inte automatiskt behöver bidra till att upphandlingen skjuts upp. Härav följer att det enligt direktivet är tillåtet för medlemsstaterna att i sin nationella lagstiftning föreskriva att interimistiska åtgärder, i förekommande fall, kan begäras i andra förfaranden än dem i vilka anbuds-förfaranden prövas i sak.
- 56 I artikel 2.4 i direktivet anges att ett beslut att underkänna en interimistisk åtgärd ej ska påverka andra yrkanden från den part som sökt åtgärden. Även detta medför att det kan förekomma ett förfarande för att pröva frågan i sak som är skilt från det interimistiska förfarandet.
- 57 Enligt direktiv 89/665 ges medlemsstaterna således befogenhet att företa en skönsmässig bedömning vad avser valet av processrättsliga skyddsregler och dithörande formkrav.
- 58 Eftersom särdragen i det interimistiska förfarande som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen är nödvändiga i förfaranden som syftar till att så skyndsamt som möjligt anta interimistiska åtgärder, är de som sådana förenliga med artikel 1.1 och artikel 2.1 a i direktiv 89/665.
- 59 Av det anförda följer att direktiv 89/665 inte utgör hinder för ett system enligt vilket det enda förfarande som är tillgängligt för att få ett snabbt avgörande kännetecknas av att det kan leda till en skyndsamt 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.
- 60 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan, punkt b, för att få klarhet i huruvida ovanstående bedömning gäller även om det interimistiska avgörandet inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena och inte heller ingår i ett förfarande som utmynnar i ett sådant avgörande.
- 61 Det ligger i dess natur att en interimistisk åtgärd inte reglerar rättsförhållandena slutgiltigt. Verkan av det beslutsförfarande i vilket denna åtgärd ingår följer vidare av den berörda statens nationella rättsordning. Direktiv 89/665 utgör följaktligen inte hinder mot att en sådan åtgärd vidtas.
- 62 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan, punkt c, för att få klarhet i huruvida svaret påverkas av att det interimistiska avgörandet endast är bindande för parterna trots att det kan finnas andra intressenter.
- 63 Denna punkt c i den andra frågan grundar sig på ett antagande som saknar stöd i omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen. I denna tvist begränsas nämligen inte det interimistiska förfarandet till sökanden och motparten, det vill säga Combinatie och Provincie. En tredje part, nämligen MFE, har tvärtom kunnat intervensera för att tillvarata sina intressen, för övrigt framgångsrikt.
- 64 Det saknas följaktligen anledning att besvara punkt c i den andra frågan.
- 65 Av det anförda följer att den andra frågan ska besvaras på följande sätt. Artikel 1.1 och 1.3

och artikel 2.1 och 2.6 i direktiv 89/665 utgör inte hinder för ett system enligt vilket det enda förfarande som är tillgängligt för att få ett snabbt domstolsavgörande kännetecknas av att det kan leda till en skyndsam åtgärd, att det inte föreligger någon rätt till meningsutbyte mellan advokater, att det som regel endast förekommer skriftlig bevisning, att lagstadgade bevisregler inte tillämpas och att avgörandet inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena och inte heller ingår i ett förfarande som utmynnar i ett sådant avgörande.

*Den tredje frågan*

- 66 Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665 ska tolkas så, att det utgör hinder för att en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder lämnar anvisningar till den upphandlande myndigheten att fatta ett tilldelningsbeslut som senare vid sakprövningen anses strida mot direktiv 2004/18.
- 67 Såsom har anmärkts i punkt 42 i förevarande dom ankommer det på den nationella domstolen att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen.
- 68 Den nationella domstolens tredje fråga grundar sig på antagandet att domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, i det nationella målet, lämnat anvisningar till den upphandlande myndigheten att tilldela MFE det aktuella kontraktet.
- 69 Såsom framgår av vad som konstaterats i beslutet om hänskjutande är detta antagande felaktigt. I likhet med vad den nationella domstolen har konstaterat har Provincie i det interimistiska beslutet förbjudits att tilldela ett annat företag än MFE kontraktet. Det framgår emellertid inte av handlingarna i målet att Provincie i detta beslut förelagts att tilldela MFE kontraktet.
- 70 Combinatie, den nederländska regeringen och kommissionen har som svar på en fråga från EU-domstolen gjort gällande att Provincie hade flera andra möjligheter att efterkomma det interimistiska beslutet av den 28 november 2007 än att tilldela MFE det aktuella kontraktet.
- 71 Det framgår vidare av svaren som inkommit till EU-domstolen att Provincie hade kunnat avstå från att tilldela kontraktet eller väcka talan vid den domstol som har att pröva frågan i sak eller överklaga det interimistiska beslutet av den 28 november 2007. Provincie hade även kunnat vänta med kontraktstilldelningen tills ett eventuellt överklagande av det interimistiska avgörandet ingetts av Combinatie.
- 72 Vad gäller det fjärde alternativet framgår det av handlingarna i målet att Combinatie faktiskt överklagade det interimistiska beslutet den 11 december 2007, medan Provincie tilldelade MFE kontraktet den 3 december 2007.
- 73 Av detta följer att antagandet att en domstol med behörighet att fatta beslut om interimistiska åtgärder har lämnat anvisningar till den upphandlande myndigheten att fatta ett tilldelningsbeslut inte har stöd i omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.
- 74 För att EU-domstolen ska kunna lämna ett användbart svar till den nationella domstolen måste således den tredje frågan omformuleras. Den nationella domstolen har nämligen ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665 ska tolkas så, att det utgör hinder för att en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, när den beslutar om interimistiska åtgärder, tolkar direktiv 2004/18 på ett sätt som senare fastställs vara felaktigt av den domstol som prövar målet i sak.
- 75 Såsom angetts i punkterna 52–54 i förevarande dom ska medlemsstaterna enligt direktiv 89/665 införa ett interimistiskt förfarande mot beslut avseende offentlig upphandling vilka kan innebära en överträdelse av unionsrätten eller av nationella regler om införande av sådan.

- 76 I artikel 2.2 i direktivet föreskrivs att talan i sådana fall får prövas av andra organ än de organ som har att pröva målet i sak, såsom skadeståndstalan.
- 77 Det kan mot bakgrund av möjligheten att inrätta ett sådant system inte uteslutas att domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder och den domstol som senare har att pröva samma tvist i sak gör olika tolkningar av de tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna. Dels ska domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder fatta ett beslut i ett skyndsamt förfarande där såväl bevisupptagning som prövning av parternas grunder nödvändigtvis är mer summariska än då målet prövas i sak. Dels har den prövning som görs av domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, till skillnad från den som görs av den domstol som har att pröva målet i sak, inte till syfte att slutligt avgöra de anspråk som framställts, utan att interimistiskt skydda de aktuella intressena och, i förekommande fall, göra en avvägning mellan dessa.
- 78 Unionslagstiftaren har erkänt den speciella naturen hos den uppgift som åvilar domstolen med behörighet att fatta beslut om interimistiska åtgärder i artikel 2.1 a och 2.4 i direktiv 89/665, genom att ange att de åtgärder som denna domstol vidtar är av interimistisk karaktär.
- 79 Det är en nödvändig följd av det prövningsförfarande som föreskrivs i direktivet att den domstol som har att pröva målet i sak kan göra en annan tolkning av unionsrätten, särskilt av direktiv 2004/18, än den som görs av domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder. En sådan skillnad i bedömningen innebär inte att ett domstolssystem som det här aktuella inte uppfyller kraven i direktiv 89/665.
- 80 Den tredje frågan ska således besvaras på följande sätt. Direktiv 89/665 ska tolkas så, att det inte utgör hinder för att en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, när den beslutar om interimistiska åtgärder, tolkar direktiv 2004/18 på ett sätt som senare fastställs vara felaktigt av den domstol som prövar målet i sak.

*Den fjärde frågan*

- 81 Den nationella domstolen har ställt den fjärde frågan, punkterna a och b, för att få klarhet i huruvida en upphandlande myndighet ska anses ansvarig när den fattat ett tilldelningsbeslut till följd av ett föreläggande från en domstol med behörighet att fatta beslut om interimistiska åtgärder och det vid en senare sakprövning slås fast att detta beslut är oförenligt med unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.
- 82 Dessa frågor grundar sig på antagandet att domstolen med behörighet att fatta beslut om interimistiska åtgärder, i det nationella målet, lämnat anvisningar till den upphandlande myndigheten att tilldela en viss aktör det aktuella kontraktet.
- 83 Detta antagande, som framgår av punkterna 69–73 i förevarande dom, saknar dock stöd i omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.
- 84 Det saknas mot denna bakgrund anledning att besvara den fjärde frågan, punkterna a och b.
- 85 Den nationella domstolen har ställt den fjärde frågan, punkt c, för att få klarhet i huruvida – för det fall den upphandlande myndigheten är skyldig att betala skadestånd vid överträdelse av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling – det i unionsrätten fastställs kriterier för fastställande och beräkning av skadestånd och, om svaret är jakande, vilka dessa kriterier är.
- 86 I artikel 2.1 c i direktiv 89/665 anges tydligt att medlemstaterna ska se till att det är möjligt att få skadestånd vid överträdelse av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. I bestämmelsen preciseras emellertid inte villkoren för att en upphandlande myndighet ska hållas ansvarig och inte heller med vilket belopp det eventuella skadeståndet ska utges.
- 87 Denna bestämmelse utgör en konkretisering av principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av unionsrätten som kan tillskrivas staten.

Enligt rättspraxis som utvecklats efter antagandet av direktiv 89/665, men som därefter är att anse som fast rättspraxis, är denna princip en inneboende del av unionens rättsordning. Domstolen har slagit fast att skadelidande enskilda personer har rätt till skadestånd när tre förutsättningar är uppfyllda, nämligen att syftet med den unionsbestämmelse 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 (dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl., REG 1991, s. I-5357, punkt 35, svensk specialutgåva, volym 11, s. 435, 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, punkterna 31 och 51, samt av den 24 mars 2009 i mål C-445/06, Danske Slagterier, REG 2009, s. I-2119, punkterna 19 och 20).

- 88 Mer detaljerade kriterier för hur skadestånd inom området för offentlig upphandling ska fastställas och beräknas framgår för närvarande inte av domstolens praxis.
- 89 Vad avser unionslagstiftningen, har direktiv 89/665 i hög grad ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG (EUT L 335, s. 31), vilket antogs efter de omständigheter som gett upphov till tvisten vid den nationella domstolen. Unionslagstiftaren avstod emellertid från att vid detta tillfälle anta bestämmelser i detta avseende.
- 90 I avsaknad av unionsbestämmelser på området ankommer det på varje medlemsstat att i sin rättsordning ange de kriterier som gör det möjligt att fastställa och beräkna skadestånd vid överträdelser av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling (se, analogt, dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6351, punkt 46, samt av den 30 september 2010 i mål C-314/09, Strabag m.fl., REU 2010, s. I-0000, punkt 33), under förutsättning att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iaktas (se, för ett liknande resonemang, 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 98).
- 91 Det framgår av fast rättspraxis att de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten varken får vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (se, bland annat, dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe-Zentralfinanz och Rewe-Zentral, REG 1976, s. 1989, punkt 5, svensk specialutgåva, volym 3, s. 261, av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271, punkt 43, av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact, REG 2008, s. I-2483, punkt 46, samt av den 8 juli 2010 i mål C-246/09, Bulicke, REU 2010, s. I-0000, punkt 25).
- 92 Den fjärde frågan, punkt c, ska följaktligen besvaras på följande sätt. Vad avser statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av unionsrätten som kan tillskrivas staten, har skadelidande enskilda personer rätt till skadestånd, när syftet med den unionsbestämmelse som har överträtts är att ge enskilda rättigheter, när överträdelsen av denna bestämmelse är tillräckligt klar och när det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som de enskilda har lidit. I avsaknad av unionsbestämmelser på området ankommer det på varje medlemsstat, när dessa villkor är uppfyllda, att i sin rättsordning ange de kriterier som gör det möjligt att fastställa och beräkna skadestånd vid överträdelser av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, under förutsättning att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iaktas.
- 93 Mot bakgrund av detta svar saknas anledning att besvara den fjärde frågan, punkt d.

*Den femte frågan*

- 94 Den nationella domstolen har ställt den femte frågan för att få klarhet i hur den nationella domstolen ska agera om det visar sig vara omöjligt eller ytterst svårt i praktiken att utkräva ansvar.
- 95 Mot bakgrund av svaren på de föregående frågorna och mot bakgrund av handlingarna i målet, finns det ingenting som tyder på att så skulle vara fallet i målet vid den nationella domstolen.
- 96 Det saknas följaktligen anledning att besvara denna fråga.

**Rättegångskostnader**

- 97 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 (andra avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 och 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 rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992, utgör inte hinder för ett system enligt vilket det enda förfarande som är tillgängligt för att få ett snabbt domstolsavgörande kännetecknas av att det kan leda till en skyndsam åtgärd, att det inte föreligger någon rätt till meningsutbyte mellan advokater, att det som regel endast förekommer skriftlig bevisning, att lagstadgade bevisregler inte tillämpas och att avgörandet inte slutgiltigt reglerar rättsförhållandena och inte heller ingår i ett förfarande som utmynnar i ett sådant avgörande.**
- 2) **Direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 92/50, ska tolkas så, att det inte utgör hinder för att en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, när den beslutar om interimistiska åtgärder, tolkar Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster på ett sätt som senare fastställs vara felaktigt av den domstol som prövar målet i sak.**
- 3) **Vad avser statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelse av unionsrätten som kan tillskrivas staten, har skadelidande enskilda personer rätt till skadestånd när syftet med den unionsbestämmelse som har överträtts är att ge enskilda rättigheter, när överträdelsen av denna bestämmelse är tillräckligt klar och när det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som de enskilda har lidit. I avsaknad av unionsbestämmelser på området ankommer det på varje medlemsstat, när dessa villkor är uppfyllda, att i sin rättsordning ange de kriterier som gör det möjligt att fastställa och beräkna skadestånd vid överträdelse av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, under förutsättning att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iakttas.**

Underskrifter

---

\* Rättegångsspråk: nederländska.

