

## DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 30 september 2010 (\*)

”Direktiv 89/665/EEG – Offentlig upphandling – Förfaranden för prövning av offentlig upphandling – Skadeståndstalan – Rättsstridig tilldelning – Nationell regel om ansvar som grundas på en presumtion att den upphandlande myndigheten har varit försumlig”

I mål C-314/09,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Oberster Gerichtshof (Österrike) genom beslut av den 2 juli 2009, som inkom till domstolen den 7 augusti 2009, i målet

**Stadt Graz**

mot

**Strabag AG,****Teerag-Asdag AG,****Bauunternehmung Granit GesmbH,**

ytterligare deltagare i rättegången:

**Land Steiermark,**

meddelar

## DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts (referent) samt domarna E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz och D. Šváby,

generaladvokat: V. Trstenjak,

justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 24 juni 2010,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Stadt Graz, genom K. Kocher, Rechtsanwalt,
- Strabag AG, Teerag-Asdag AG och Bauunternehmung Granit GesmbH, genom W. Mecenovic, Rechtsanwalt,
- Land Steiermark, genom A.R. Lerchbaumer, Rechtsanwalt,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom B. Schima och C. Zadra, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

## Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 1.1, 2.1 c och 2.7 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 Stadt Graz (staden Graz) (Österrike), å ena sidan, och Strabag AG, Teerag-Asdag AG och Bauunternehmung Granit GesmbH (nedan tillsammans kallade Strabag m.fl.), å andra sidan, som rör att staden Graz tilldelat ett kontrakt på ett rättsstridigt sätt.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätten*

- 3 I tredje och sjätte skälen i direktiv 89/665 anges följande:

”Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.

...

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

- 4 Artikel 1.1 i direktivet har följande lydelse:

”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.”

- 5 Artikel 2.1 och 2.5–2.7 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”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.

...

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.

7. Medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds.”

#### *Den nationella lagstiftningen*

6 Unionsrättens regler för offentlig upphandling har i delstaten Steiermark införlivats genom 1998 års lag om offentlig upphandling (Steiermärkisches Vergabegesetz 1998, nedan kallad StVergG).

7 115 § punkt1 StVergG har följande lydelse:

”För det fall att en upphandlande myndighet på ett försumligt sätt åsidosätter denna lag eller dess tillämpningsföreskrifter har en anbudssökande eller en anbudsgivare, vars anbud inte har antagits, rätt till ersättning för sina kostnader för att utarbeta sitt anbud och övriga kostnader som denna har ådragit sig genom att delta i upphandlingsförfarandet från den upphandlande myndighet som ansvarar för underordnade organs beteende. Anspråk på rätt till ersättning, däribland ersättning för utebliven vinst, görs genom talan vid allmän domstol.”

8 1298 § i den österrikiska civillagen (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, nedan kallad ABGB) har följande lydelse:

”Den som påstår sig ha förhindrats att uppfylla sina skyldigheter enligt lag eller avtal utan att någon försummelse ligger denne till last har bevisbördan härför. Om denne enligt avtal endast är ansvarig för grov oaktsamhet, måste denne även bevisa att detta villkor inte är uppfyllt.”

9 1299 § ABGB har följande lydelse:

”Den som offentligt utövar ett ämbete eller ägnar sig åt en konst, ett yrke eller ett hantverk eller som frivilligt tar på sig att genomföra ett uppdrag som kräver egen konstnärlig erfarenhet eller ovanlig fallenhet därför, visar därigenom att han anser sig uppfylla dessa krav på erfarenhet eller ovanlig fallenhet; denne ansvarar således för brister på detta område. Om uppdragsgivaren kände till hans oerfarenhet eller genom normal uppmärksamhet borde ha upptäckt den, är uppdragsgivaren ansvarig för uppdragstagarens brister.”

#### **Bakgrunden till målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

10 Stadt Graz offentliggjorde år 1998, för hela Europeiska unionen, ett meddelande om anbudsinfordran avseende produktion och leverans av bituminös varmblandning av asfalt enligt bestämmelserna i StVergG. I anbudsinfordran, som offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* samt i *Grazer Zeitung*, angavs som ort för fullgörande ”Graz, Österrike” och under rubriken ”kort beskrivning (prestationens karaktär, allmänna egenskaper, arbetenas eller byggnadstjänsterna föremål)” angavs att det rörde sig om leverans av bituminös varmblandning av asfalt under år 1999. I anbudsinfordran angavs under rubriken

- "frister för fullgörandet" även följande uppgift "Påbörjande: 1 mars 1999, slutförande: 20 december 1999".
- 11 Totalt inkom 14 anbud. Det bästa anbudet lämnades av byggnadsföretaget Held & Francke Bau GmbH (nedan kallat HFB). I begäran om förhandsavgörande anges att om anbudet från detta företag hade förkastats, skulle det gemensamma anbudet från Strabag m.fl. ha antagits.
  - 12 HFB hade bifogat ett följebrev till sitt anbud i vilket företaget "kompletterande" meddelade att dess nya anläggning för asfaltsblandning, som skulle börja byggas de närmast veckorna i kommunen Großwilfersdorf, skulle tas i bruk från och med den 17 maj 1999. Strabag m.fl. saknade kännedom om denna skrivelse.
  - 13 Den 5 maj 1999 anförde Strabag m.fl. klagomål vid Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark (nämnden för kontroll av upphandlingar i delstaten Steiermark) och gjorde gällande att HFB inte förfogade över någon anläggning för varmblandning av asfalt i Steiermark och att det följaktligen var tekniskt omöjligt för bolaget att utföra uppdraget. Bolagets anbud borde därför ha förkastats.
  - 14 Strabag m.fl. framställde parallellt med nämnda förfarande ett interimistiskt yrkande, vilket Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark biföll genom ett beslut av den 10 maj 1999, i vilket Stadt Graz förbjöds att fullfölja tilldelningen av avtalet till dess ärendet hade avgjorts i sak.
  - 15 Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark lämnade i sitt beslut av den 10 juni 1999 klagomålet från Strabag m.fl. helt utan bifall, bland annat vad gäller yrkandet om att inleda en omprövning och undanta HFB:s anbud från upphandlingen. Vergabekontrollsenat ansåg att HFB hade tillstånd att tillverka asfalt och att det vore oproportionerligt att kräva att HFB förfogar över en anläggning för bituminös varmblandning av asfalt när anbudsinfordran inleddes, när man ser till upphandlingsobjektet, samt att ett sådant krav skulle strida mot normal praxis inom näringslivet.
  - 16 Stadt Graz tilldelade den 14 juni 1999 HFB kontraktet.
  - 17 Strabag m.fl. överklagade detta beslut till Verwaltungsgerichtshof, som genom beslut av den 9 oktober 2002 upphävde Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut, med motiveringen att HFB:s anbud inte uppfyllde anbudsinfordrans krav, eftersom detta företag hade tillgång till sin nya anläggning för asfaltsblandning först den 17 maj 1999, medan leverans enligt upphandlingen skulle ske under perioden från den 1 mars 1999 till den 20 december 1999.
  - 18 Unabhängiger Verwaltungssenat für die Steiermark (den oberoende administrativa avdelningen för delstaten Steiermark), som år 2002 övertog Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks uppgifter, förklarade i beslut av den 23 april 2003 att Stadt Graz beslut att tilldela HFB kontraktet var rättsstridigt, eftersom StVergG hade åsidosatts.
  - 19 Strabag m.fl. väckte talan vid allmän domstol med yrkande att Stadt Graz skulle förpliktas att betala dem 300 000 euro i skadestånd. Som grund för talan angavs att HFB:s anbud borde ha avisats på grund av en irreparabel brist och att deras anbud således borde ha antagits i dess ställe. Enligt Strabag m.fl. hade Stadt Graz gjort sig skyldig till en försummelse genom att inte konstatera att HFB:s anbud inte uppfyllde kraven i anbudsinfordran. Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut innebär inte att Stadt Graz fritas från sitt ansvar, utan staden har agerat på eget ansvar.
  - 20 Stadt Graz gjorde, å sin sida, gällande att staden är bunden av Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut och att det är Land Steiermark som bär ansvaret för att detta beslut eventuellt är rättsstridigt, eftersom Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark hör under denna delstat. Stadens egna myndigheter hade däremot inte begått något fel eller någon försummelse.

- 21 Underrätten förklarade i ett interimistiskt beslut att ansökan om ersättning från Strabag m.fl. var välgrundad, med motiveringen att Stadt Graz gjort sig skyldig till en försummelse genom att inte kontrollera anbudet och genom att tilldela HFB kontraktet, trots att det var uppenbart att HFB:s anbud var behäftat med ett fel och trots att tidsfristen för att överklaga Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut inte hade gått ut.
- 22 Detta beslut fastställdes i överrätten. Överrätten förklarade emellertid att dess avgörande kan överklagas till Oberster Gerichtshof, eftersom denna högsta domstol dittills inte hade uttalat sig om ansvaret för en upphandlande myndighets försummelse i en situation, som den här aktuella, där Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark vid den tidpunkt då kontraktet tilldelades det företag som hade lämnat det bästa anbudet i ett beslut hade anslutit sig till den upphandlande myndighetens ståndpunkt.
- 23 Överrätten ansåg att allmänna domstolar är bundna av Unabhängiger Verwaltungssenat für die Steiermarks beslut av den 23 april 2003, i vilket denna hade fastställt att den upphandlande myndighetens beslut är rättsstridigt, och att det föreligger ett orsakssamband mellan Stadt Graz rättsstridiga beteende och den skada som Strabag m.fl. har förorsakats. Trots detta fann överrätten att det ändå är oklart huruvida Stadt Graz har gjort sig skyldig till en försummelse genom att redan den 14 juni 1999 tilldela HFB kontraktet, utan att beakta den omständigheten, vilken inte togs upp i Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut av den 10 juni 1999, att det i ett följebrev till detta företags anbud angavs att företaget inte hade möjlighet att verkställa kontraktet inom de tidsramar som föreskrevs.
- 24 Stadt Graz överklagade överrättens avgörande till Oberster Gerichtshof.
- 25 Den hänskjutande domstolen är för det första tveksam till huruvida 115 § punkt 1 StVergG är förenlig med direktiv 89/665. Den ställer sig – med hänvisning till domstolens dom av den 14 oktober 2004 i mål C-275/03, kommissionen mot Portugal (ej publicerad i rättsfallssamlingen), och av den 10 januari 2008 i mål C-70/06, kommissionen mot Portugal (REG 2008, s. I-1) – frågan huruvida varje nationell bestämmelse som på något sätt villkorar anbudsgivares rätt till skadestånd med att den upphandlande myndigheten måste ha gjort sig skyldig till en försummelse strider mot direktivet, eller om detta endast gäller bestämmelser som innebär att anbudsgivaren har bevisbördan för att det är fråga om en sådan försummelse.
- 26 Den hänskjutande domstolen har härvid understrukit att 1298 § ABGB medför en omvänd bevisbörda, och innebär en presumtion att den upphandlande myndigheten är ansvarig för statliga organs försummelse. Den upphandlande myndigheten har dessutom inte rätt att göra gällande individuell oförmåga, eftersom dess ansvar ska jämföras med ansvaret för en expert, i den mening som avses i 1299 § ABGB. Stadt Graz kan emellertid uppfylla sin bevisbörda genom att visa att den är helt och faktiskt bunden av Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks formellt sett verkställbara beslut.
- 27 För det andra, och för det fall att direktiv 89/665 inte utgör hinder för en nationell bestämmelse av det slag som här är i fråga, vill den hänskjutande domstolen – som i likhet med Verwaltungsgerichtshof och överrätten inte anser att den upphandlande myndigheten i förevarande fall är bunden av ett beslut av det slag som Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark meddelade den 10 juni 1999 – få klarhet i huruvida antagandet att denna myndighet inte är bunden av ett sådant beslut, och därför kunde eller till och med borde ha tilldelat en annan anbudsgivare kontraktet, inte är ägnat att försvåra att det mål som anges i artikel 2.7 i direktivet uppnås, nämligen att se till att granskningsorganens beslut verkligen åtlöds.
- 28 För det tredje, och för det fall att denna andra fråga besvaras jakande, menar den hänskjutande domstolen att Strabag m.fl., liksom överrätten, gör gällande att Stadt Graz har tilldelat HFB kontraktet utan att ha beaktat den omständigheten, vilken inte har tagits upp av Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark i sitt beslut av den 10 juni 1999, att detta företag enligt egen uppgift inte hade möjlighet att fullgöra kontraktet inom de tidsramar som anges i anbudsinfördran. Den vill därför få klarhet i huruvida den upphandlande myndigheten, med

hänsyn till artikel 2.7 i direktiv 89/665, även om den var bunden av ett beslut från ett organ som Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, ändå kunde eller till och med borde kontrollera huruvida ett sådant beslut är välgrundat och/eller grundas på en fullständig bedömning.

29 Under dessa omständigheter beslutade Oberster Gerichtshof att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Utgör artikel 1.1 och artikel 2.1 c i ... direktiv 89/665 ... eller andra bestämmelser i detta direktiv hinder mot att det i en nationell lagstiftning, för rätt till skadestånd när en upphandlande myndighet har åsidosatt gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling, uppställs ett krav att detta åsidosättande måste ha sin grund i en försummelse, när det vid tillämpningen av denna lagstiftning i princip presumeras att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till försummelse och denna inte har möjlighet att åberopa individuell oförmåga och således göra gällande avsaknad av subjektivt ansvar för det påstådda åsidosättandet?

2) För det fall att svaret på fråga 1 är nekande:

Ska artikel 2.7 i ... direktiv 89/665 ... tolkas så, att beslut från en myndighet som är tillsynsmyndighet vad avser upphandlingar är bindande för alla parter som deltar i förfarandet, följaktligen även för den upphandlande myndigheten, i enlighet med det krav som föreskrivs där, nämligen att medlemsstaterna ska se till att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds?

3) För det fall att fråga 2 besvaras jakande:

Är det förenligt med artikel 2.7 i direktiv 89/665 ... att den upphandlande myndigheten underlåter att beakta – och är den rent av skyldig att underlåta att beakta – ett verkställbart beslut från en myndighet som kontrollerar upphandlingen, och i så fall under vilka förutsättningar?"

### Prövning av tolkningsfrågorna

#### *Den första tolkningsfrågan*

30 Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665 ska tolkas så, att det utgör hinder mot en nationell lagstiftning som – för rätt till skadestånd på grund av att en upphandlande myndighet har åsidosatt lagstiftningen om offentlig upphandling – uppställer krav på att detta åsidosättande har sin grund i en försummelse, inklusive när det vid tillämpningen av denna lagstiftning presumeras att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till försummelse och denna inte har möjlighet att åberopa individuell oförmåga och således göra gällande avsaknad av subjektivt ansvar för det påstådda åsidosättandet.

31 Domstolen vill härvid inledningsvis erinra om att medlemsstaterna enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 är skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att det föreligger effektiva prövningsförfaranden och att prövningen sker så skyndsamt som möjligt vad rör beslut från en upphandlande myndighet som innebär en överträdelse av unionsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationella regler om införlivande av unionsrätten. I tredje skälet i direktivet understryks vidare att snabba och effektiva rättsmedel måste stå till buds i händelse av överträdelse av unionsrätten eller dessa nationella regler.

32 Vad särskilt avser talan om ersättning föreskrivs i artikel 2.1 c i direktiv 89/665 att medlemsstaterna ska se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att ge ersättning åt en person som skadats av en överträdelse.

33 I direktiv 89/665 fastställs emellertid endast 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 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex, REG 2003, s. I-1877, punkt 47, och dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6351, punkt 45). I avsaknad av särskilda bestämmelser på området ankommer det således på varje enskild medlemsstat att i sin nationella lagstiftning fastställa vilka åtgärder som behövs för att säkerställa att prövningsförfarandena verkligen medför en möjlighet att bevilja ersättning till personer som skadats av en överträdelse av reglerna för offentlig upphandling (se, analogt, domen i det ovannämnda målet GAT, punkt 46).
- 34 Det står klart att frågan hur artikel 2.1 c i direktiv 89/665 ska genomföras i princip omfattas av medlemsstaternas processuella autonomi, vilken begränsas av principerna om likvärdighet och effektivitet. Det måste emellertid undersökas huruvida denna bestämmelse, tolkad utifrån det sammanhang och de allmänna målsättningar som gäller för rättsmedel som syftar till att skadestånd ska utdömas, utgör hinder för en nationell bestämmelse, av det slag som är i fråga i målet vid den hänskjutande domstolen, som innehåller ett krav, som närmare beskrivs i punkt 30 ovan, på att den upphandlande myndigheten måste ha gjort sig skyldig till en försummelse när den åsidosatte reglerna för offentlig upphandling för att skadestånd ska kunna utdömas.
- 35 Det ska härvid inledningsvis anmärkas att ordalydelsen i artiklarna 1.1, 2.1, 2.5 och 2.6 samt sjätte skälet i direktiv 89/665 inte innehåller någon föreskrift om att en överträdelse av lagstiftningen om offentlig upphandling som kan ge den skadelidande rätt till skadestånd måste kännetecknas av särskilda omständigheter, som att överträdelsen måste ha samband med en försummelse, bevisad eller presumerad, från den upphandlande myndighetens sida, eller att överträdelsen inte omfattas av något undantag från ansvar.
- 36 Denna analys stöds av det sammanhang och de allmänna målsättningar som gäller för rättsmedel som syftar till att skadestånd ska utdömas enligt direktiv 89/665.
- 37 Enligt fast rättspraxis har medlemsstaterna nämligen – samtidigt som de är skyldiga att föreskriva rättsmedel som gör det möjligt att få ett beslut från en upphandlande myndighet upphävt om det strider mot lagstiftningen om offentlig upphandling – rätt att, med hänsyn till kravet på skyndsamhet i direktiv 89/665, fastställa rimliga tidsfrister för sådana rättsmedel, vid äventyr att vederbörande förlorar sin rätt att utnyttja rättsmedlet om tidsfristerna inte iakttas, detta för att förhindra att det uppstår en situation där anbudssökande och anbudsgivare när som helst kan göra gällande överträdelser av denna lagstiftning och därigenom tvinga den upphandlande myndigheten att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, REG 2002, s. I-11617, punkterna 74–78, domen i det ovannämnda målet *Santex*, punkterna 51 och 52, dom av den 11 oktober 2007 i mål C-241/06, *Lämmerzahl*, REG 2007, s. I-8415, punkterna 50 och 51, och av den 28 januari 2010 i mål C-406/08, *Uniplex (UK)*, REU 2010, s. I-0000, punkt 38).
- 38 Enligt artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 får medlemsstaterna dessutom, sedan ett upphandlingsavtal har genomförts, begränsa prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning.
- 39 I detta sammanhang kan den möjlighet att väcka skadeståndstalan som föreskrivs i artikel 2.1 c i direktiv 89/665, i förekommande fall, utgöra ett processuellt alternativ som är förenligt med den effektivitetsprincip som ligger bakom direktivets mål att säkerställa effektiva rättsmedel (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Uniplex (UK)*, punkt 40), endast under förutsättning att möjligheten att få skadestånd när reglerna för offentlig upphandling har överträtts inte är avhängig av att det fastställs att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en försummelse, på samma sätt som fallet är med övriga rättsmedel som föreskrivs i samma artikel 2.1.
- 40 Såsom Europeiska kommissionen har anmärkt spelar det härvid liten roll att den här aktuella

lagstiftningen, till skillnad från vad som var fallet i det mål som gav upphov till domen av den 14 oktober 2004 i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, inte föreskriver att den skadelidande har bevisbördan för att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en försummelse, utan i stället föreskriver att denna myndighet måste bryta presumtionen att den har gjort sig skyldig till sådan försummelse, varvid antalet skäl som kan åberopas i det avseendet är begränsat.

- 41 Även en sådan lagstiftning medför nämligen en risk för att den anbudsgivare som drabbats av ett rättsstridigt beslut från en upphandlande myndighet ändå fräntas rätten att beviljas skadestånd på grund av den skada denne har drabbats av genom detta beslut, för det fall att den upphandlande myndigheten lyckas bryta presumtionen om försummelse. Såsom framgår av begäran om förhandsavgörande och de upplysningar som har lämnats vid den muntliga förhandlingen är det, i förevarande fall, inte uteslutet att så kan ske, eftersom Stadt Graz har möjlighet att göra gällande att den påstådda felaktiga rättstillämpningen är ursäktlig med hänsyn till Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut av den 10 juni 1999, där denna avlog klagomålet från Strabag m.fl.
- 42 Anbudsgivaren riskerar i vart fall enligt samma lagstiftning att få vänta länge innan denne tillerkänns skadestånd, eftersom ett tvistemål om fastställelse av att den påstådda överträdelsen har sin grund i en försummelse kan ta lång tid att genomföra.
- 43 Oavsett vad som här är fallet strider en sådan situation mot det i artikel 1.1 och i tredje skälet angivna syftet med direktiv 89/665, nämligen att garantera att det föreligger effektiva prövningsförfaranden och att prövningen sker så skyndsamt som möjligt vad rör beslut från en upphandlande myndighet som innebär en överträdelse av reglerna för offentlig upphandling.
- 44 Även om det antas att Stadt Graz i förevarande fall i juni 1999 hade grund för att anse att den var skyldig att omedelbart följa Vergabekontrollsenat des Landes Steiermarks beslut av den 10 juni 1999 – utan att invänta utgången av fristen för att väcka talan mot detta beslut – med hänsyn till det effektivitetsmål som ligger bakom de förfaranden som rör offentlig upphandling, så kvarstår ändå, såsom kommissionen har understrukit vid den muntliga förhandlingen, faktum att frågan huruvida det kan konstateras att en skadeståndstalan från en anbudsgivare, vars anbud inte har antagits sedan beslutet har upphävts av en förvaltningsdomstol, ska bifallas, i sin tur inte kan vara avhängig, utan hänsyn till ordalydelsen i, kontexten till och syftet med bestämmelserna i direktiv 89/665, där det föreskrivs en rätt till sådant skadestånd, av huruvida den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en försummelse genom sitt beteende.
- 45 Den första tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Direktiv 89/665 ska tolkas så, att det utgör hinder mot en nationell lagstiftning som – för rätt till skadestånd på grund av att en upphandlande myndighet har åsidosatt lagstiftningen om offentlig upphandling – uppställer krav på att detta åsidosättande har sin grund i en försummelse, inklusive när det vid tillämpningen av denna lagstiftning presumeras att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till försummelse och denna inte har möjlighet att åberopa individuell oförmåga och således göra gällande avsaknad av subjektivt ansvar för det påstådda åsidosättandet.

#### *Den andra och den tredje tolkningsfrågan*

- 46 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas det anledning att besvara de två andra frågorna.

#### **Rättegångskostnader**

- 47 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:

**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, ska tolkas så, att det utgör hinder mot en nationell lagstiftning som – för rätt till skadestånd på grund av att en upphandlande myndighet har åsidosatt lagstiftningen om offentlig upphandling – uppställer krav på att detta åsidosättande har sin grund i en försummelse, inklusive när det vid tillämpningen av denna lagstiftning presumeras att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till försummelse och denna inte har möjlighet att åberopa individuell oförmåga och således göra gällande avsaknad av subjektivt ansvar för det påstådda åsidosättandet.**

Underskrifter

---

\* Rättegångsspråk: tyska.

