



Datum van inontvangstneming : 07/10/2022

Zaak C-547/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

17 augustus 2022

Verwijzende rechter:

Okresný súd Bratislava II (Slowakije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

22 juli 2022

Verzoekende partij:

INGSTEEL spol. s r. o.

Verwerende partij:

Slowaakse Republiek, vertegenwoordigd door de Úrad pre verejné obstarávanie

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Vergoeding van schade die is veroorzaakt bij de uitoefening van het openbare gezag door de vaststelling van een onrechtmatig besluit tot uitsluiting van een inschrijver van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, waarbij de berokkende schade volgens de gelaedeerde bestaat in de uitgebleven mogelijkheid om door de uitvoering van de opdracht winst te maken.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Krachtens artikel 267 VWEU gevraagde uitlegging van artikel 2, lid 1, onder c), gelezen in samenhang met artikel 2, leden 6 en 7, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen

en voor de uitvoering van werken¹, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten².

Prejudiciële vragen

1. Is de praktijk van een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding betreffende een vordering tot vergoeding van schade die is berokkend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht waarbij de toekenning van een vergoeding voor het verlies van een kans (*loss of opportunity*) wordt geweigerd, verenigbaar met artikel 2, lid 1, onder c), gelezen in samenhang met artikel 2, leden 6 en 7, van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?
2. Is de praktijk van een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding betreffende een vordering tot vergoeding van schade die is berokkend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht waarbij de schadevordering zich niet uitstrekt tot de winst die is gederfd als gevolg van de uitgebleven mogelijkheid om aan een overheidsopdracht deel te nemen, verenigbaar met artikel 2, lid 1, onder c), gelezen in samenhang met artikel 2, leden 6 en 7, van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

- 1 Richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66: artikel 2, lid 1, onder c), en artikel 2, leden 6 en 7.
- 2 Artikel 19, lid 3, en artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

¹ PB 1989, L 395, blz. 33.

² PB 2007, L 335, blz. 31.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

- 3 Grondwet van de Slowaakse Republiek, nr. 460/1992 Zb.:
- artikel 7, lid 2, waarin is bepaald dat de Slowaakse Republiek de uitoefening van een deel van haar rechten kan overdragen aan de Europese Gemeenschappen en aan de Europese Unie. Juridisch bindende handelingen van de Europese Gemeenschappen en de Europese Unie hebben voorrang boven de wetten van de Slowaakse Republiek. De omzetting van juridisch bindende handelingen die uitvoering behoeven, geschiedt bij wet of bij regeringsbesluit;
 - artikel 144, lid 1, waarin is bepaald dat de rechters bij de uitoefening van hun ambt onafhankelijk zijn en dat zij bij hun beslissingen gebonden zijn door de grondwet, de constitutionele wet, de in artikel 7, leden 2 en 5, genoemde internationale overeenkomst of de wet.
- 4 Zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (wet nr. 514/2003 betreffende de aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt bij de uitoefening van het openbare gezag):
- § 1, onder a), waarin is bepaald dat deze wet de aansprakelijkheid van de staat vastlegt voor schade die wordt veroorzaakt door overheidsinstanties bij de uitoefening van het openbare gezag;
 - § 3, lid 1, onder a), waarin is bepaald dat de staat aansprakelijk is voor schade die door overheidsinstanties is veroorzaakt als gevolg van de vaststelling van een onrechtmatig besluit;
 - § 3, lid 2, van deze wet, waarin is bepaald dat de aansprakelijkheid niet kan worden afgewezen;
 - § 5, lid 1, waarin is bepaald dat een deelnemer aan een procedure die als gevolg van een in de procedure gegeven onrechtmatig besluit schade heeft geleden, recht heeft op vergoeding van de door dat besluit veroorzaakte schade;
 - § 6, lid 1, waarin is bepaald dat het recht op vergoeding van de door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade in beginsel alleen kan worden ingeroepen wanneer het definitieve schadebrengende besluit door de bevoegde instantie is ingetrokken of gewijzigd wegens de onrechtmatigheid ervan; de rechter die beslist over de vergoeding is aan het besluit van deze instantie gebonden;
 - § 15, lid 1, waarin is bepaald dat de gelaedeerde zich voor een vergoeding van de door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade eerst met een schriftelijk verzoek tot de bevoegde instantie moet wenden;

- § 16, lid 4, waarin is bepaald dat de gelaedeerde, wanneer de bevoegde instantie een verzoek om vergoeding niet inwilligt of het verzoek slechts gedeeltelijk inwilligt binnen een periode van zes maanden na de datum van ontvangst van het verzoek of indien de bevoegde instantie de gelaedeerde schriftelijk mededeelt dat zijn verzoek niet zal worden ingewilligd, vergoeding van de schade of van het niet vergoede deel daarvan in rechte kan uitoefenen;
 - § 17, lid 1, waarin is bepaald dat werkelijk geleden schade en gederfde winst worden vergoed, tenzij in bijzondere bepalingen anders is bepaald.
- 5 Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (wet nr. 40/1964 – burgerlijk wetboek): § 442, lid 1, waarin is bepaald dat bij de vergoeding van schade rekening wordt gehouden met de werkelijk geleden schade en de gederfde winst.
- 6 Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (wet nr. 25/2006 inzake overheidsopdrachten; hierna: „ZoVO”):
- § 27, lid 1, onder a), waarin is bepaald dat een financiële en economische situatie over het algemeen kan worden aangetoond door middel van een verklaring van de bank of van een bijkantoor van een buitenlandse bank en dat deze verklaring een kredietbelofte van de bank of van het bijkantoor van de buitenlandse bank kan zijn;
 - § 28, lid 1, onder b), waarin is bepaald dat een technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid kan worden aangetoond door middel van een lijst van werken, vergezeld van verklaringen van de goede uitvoering ervan;
 - § 33, lid 1, waarin is bepaald dat de aanbestedende dienst beoordeelt of aan de voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure is voldaan overeenkomstig de aankondiging van de opdracht en de documenten van de aanbesteding; wanneer de voorwaarden voor deelname aan de procedure zijn vastgesteld in de aanbestedingsdocumenten, mogen deze niet in strijd zijn met de aankondiging van de opdracht.
 - § 33, lid 6, waarin is bepaald dat de aanbestedende dienst een inschrijver of belanghebbende van de aanbestedingsprocedure uitsluit indien deze
 - a) niet heeft voldaan aan de voorwaarden voor deelneming daaraan,
 - b) ongeldige documenten heeft overgelegd,
 - c) de ingediende documenten niet binnen de gestelde termijn heeft verduidelijkt of aangevuld nadat hem daar schriftelijk om is verzocht, of
 - d) valse of onjuiste informatie heeft verstrekt.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 7 De aanbestedende dienst, de Slovenský futbalový zväz (Slowaakse voetbalbond; hierna: „SFZ”), heeft verzoeker uitgesloten van de aanbesteding „Reconstructie, modernisering en bouw van voetbalstadions”, die op 16 november 2013 onder nummer 2013/S223-387597 is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (hierna: „aanbestedingsprocedure”). De reden hiervoor was dat niet was voldaan aan de voorwaarden voor deelname wat betreft (i) de financiële en economische draagkracht overeenkomstig § 27, lid 1, onder a), ZoVO en (ii) de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid overeenkomstig § 28, lid 1, onder b), ZoVO.
- 8 Verzoekster heeft bezwaar tegen deze uitsluiting gemaakt bij de Úrad pre verejné obstarávanie (bureau voor openbare aanbestedingen; hierna: „ÚVO”), die bij besluit van 9 mei 2014 de SFZ heeft gelast (i) de uitsluitingsgrond inzake de niet-ervulling van de voorwaarde inzake technische bekwaamheden of beroepsbekwaamheden buiten toepassing te laten en (ii) de aanbestedingsprocedure voort te zetten.
- 9 Aangezien de ÚVO de uitsluitingsgrond inzake de niet-ervulling van de voorwaarde van financiële en economische draagkracht niet heeft ingetrokken, heeft verzoekster dit besluit aangevochten bij de Raad van de ÚVO. Naar aanleiding van het op 7 juli 2014 gegeven besluit tot afwijzing van dit bezwaar heeft verzoekster bij de Krajský súd v Bratislave (rechter in eerste aanleg Bratislava, Slowakije) beroep tot toetsing van de rechtmatigheid van het besluit van de Raad van de ÚVO ingesteld.
- 10 Bij vonnis van 13 januari 2015 heeft de Krajský súd v Bratislave dit beroep afgewezen. Verzoekster heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek; hierna: „NSSR”), die het Hof om een prejudiciële beslissing heeft verzocht met het oog op de uitlegging van de Unierechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.
- 11 Naar aanleiding van het arrest van 13 juli 2017, Ingsteel en Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, heeft de NSSR het besluit van de Raad van de ÚVO en het besluit van de ÚVO nietig verklaard en de zaak voor verdere afdoening terugverwezen naar de ÚVO. Op 3 april 2018 heeft de ÚVO een nieuw besluit vastgesteld, waarbij de nietigverklaring van de door de SFZ verrichte uitsluiting van verzoekster van de aanbestedingsprocedure is gelast.
- 12 Aangezien de aanbestedingsprocedure reeds was afgesloten en al een raamovereenkomst met de enige andere inschrijver was gesloten, heeft verzoekster bij de nationale rechter, die het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend, een vordering ingesteld tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door de vaststelling van het onrechtmatige besluit van de ÚVO en door het onrechtmatige besluit van de Raad van de ÚVO.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 13 Verzoekster betoogt in wezen dat zij als gevolg van het onrechtmatige besluit schade heeft geleden die bestaat in het verlies van een kans om winst te maken. Naast verzoekster had slechts een andere inschrijver een offerte ingediend en deze offerte was volgens verzoekster minder gunstig. Verzoekster betoogt dat zij de gekozen inschrijfster zou zijn geweest indien zij niet op onrechtmatige wijze van de procedure was uitgesloten. Zij is van mening dat hierdoor sprake is van een oorzakelijk verband tussen het onrechtmatige besluit en de door haar geleden schade.
- 14 Volgens de nationale wetgeving worden werkelijk geleden schade en gederfde winst vergoed. De vermindering van het vermogen van de gelaedeerde is werkelijke schade. Gederfde winst houdt in dat een gelet op het normale verloop der dingen verwachte vermogenstoename zich niet heeft voorgedaan. Verzoekster heeft de gederfde winst door middel van een deskundigenonderzoek geraamd op een bedrag van 819 498,10 EUR, zonder de belasting over de toegevoegde waarde. Bovendien vordert zij vergoeding van de kosten van het deskundigenonderzoek.
- 15 De SFZ betwist verzoeksters argumenten. De beoordeling van de selectiecriteria is slechts de eerste fase van een aanbestedingsprocedure. Vervolgens wordt nagegaan of de offerte overeenstemt met het voorwerp van de opdracht en of de voorgestelde prijs niet buitensporig laag is. Verzoeksters offerte is in dit opzicht niet onderzocht. Verzoeksters deelname heeft niet automatisch tot gevolg dat de opdracht aan haar wordt gegund. Zij kan derhalve geen aanspraak maken op de sluiting van een raamovereenkomst met de SFZ.
- 16 Voorts betoogt de SFZ in wezen dat de bond niet verplicht was om naar aanleiding van de sluiting van de raamovereenkomst werken te bestellen, dat wil zeggen om het volledige financiële volume van de raamovereenkomst uit te putten. De SFZ betoogt dat de kwantificering van de gederfde winst op fictieve gegevens berust en dat de ingestelde schadevordering zuiver hypothetisch is. Hij verwijst in dit verband naar het arrest van het Gerecht van 17 maart 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commissie, T-160/03, EU:T:2005:107, waarin volgens de SFZ vergoeding van gederfde winst is geweigerd op grond dat deze louter hypothetisch van aard was, aangezien niet kon worden aangetoond dat in het kader van de betreffende aanbestedingsprocedure daadwerkelijk een overeenkomst met de verzoeker zou zijn gesloten.
- 17 Verzoekster antwoordt dat het objectief niet mogelijk is om winstderving met 100 % zekerheid aan te tonen. De aanbestedingsprocedure is door het onrechtmatige besluit van de SFZ geschonden en deze onrechtmatigheid kon niet meer ongedaan worden gemaakt. Verzoekster betwist dat haar vordering hypothetisch van aard is. Integendeel, zij benadrukt dat de verwachte toename van haar vermogen in het geval dat het onrechtmatige besluit niet was gegeven gegrond is.

- 18 Verzoekster is het er niet mee eens dat zij zelfs als gekozen inschrijfster geen aanspraak op de sluiting van een raamovereenkomst en op de uitvoering van heel de opdracht had kunnen maken. De SFZ was wettelijk verplicht om met de gekozen inschrijver een overeenkomst te sluiten. Verzoekster voegt daaraan toe dat de omvang van de aanbesteding niet is gewijzigd en dat de SFZ verwacht dat deze opdracht zal worden uitgevoerd en gebruikmaakt van het bepaalde financiële volume.
- 19 Verzoekster heeft verduidelijkt dat zij krachtens richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, een vordering wegens een uitgebleven kans kan instellen. Deze vordering is volgens haar in wezen een bijzonder soort vordering tot vergoeding van gedeelde winst in de zin van het nationale recht.
- 20 Volgens verzoekster is het met betrekking tot aanbestedingsprocedures al lang vaste rechtspraak van het Hof dat een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een aanbestedingsprocedure vergoeding van schade kan vorderen wegens het verlies van een kans (*loss of opportunity*) om een opdracht uit te voeren. Een dergelijke vordering kan niet worden gelijkgesteld met een vordering uit hoofde van winstderving (*loss of profit*). Het betreft namelijk waarschijnlijke winst, gelet op het verlies van de mogelijkheid om winst te maken (*loss of opportunity*), en in een dergelijk geval volstaat een geringere waarschijnlijkheid van vermogenssucces. Het betreft derhalve een vergoeding van de kans om winst te maken en niet een compensatie van de winst zelf.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 21 Volgens de nationale rechter staat vast dat verzoekster krachtens een onrechtmatig besluit is uitgesloten van een aanbestedingsprocedure. Tevens staat vast dat het als gevolg van de uitspraak van de NSSR van 2018 niet meer mogelijk was om verzoekster toe te staan om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Deze procedure was namelijk reeds afgesloten.
- 22 Bij de nationale rechter is twijfel gerezen over de vraag of § 17, lid 1, van de zákon o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci verenigbaar is met artikel 2, lid 1, onder c), gelezen in samenhang met artikel 2, leden 6 en 7, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66. De prejudiciële procedure is in wezen bedoeld om te verduidelijken of de uitgebleven mogelijkheid om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure tot de te vergoeden schade moet worden gerekend.