



Datum van inontvangstneming : 10/07/2017

Zaak C-300/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

24 mei 2017

Verwijzende rechter:

Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 mei 2017

Verzoekende partij:

Hochtief AG

Verwerende partij:

Budapest Főváros Önkormányzata (gemeentebestuur van Boedapest, Hongarije)

Beschikking van de Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) op een beroep in cassatie

(omissis) **Verzoekster:**

HOCHTIEF Aktiengesellschaft [(omissis) Essen, Duitsland, (omissis)]

(omissis) **Verweerder:**

Budapest Főváros Önkormányzata (gemeentebestuur van Boedapest, Hongarije) [(omissis) Boedapest, (omissis)]

(omissis) **Voorwerp van het geding:**

Vordering tot schadevergoeding

Partij die het beroep in cassatie instelt:

Verzoekster

(omissis) **Dictum**

De Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) (omissis) maakt bij het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële procedure aanhangig.

Prejudiciële vragen

- 1. Verzet het Unierecht zich tegen een procedurele bepaling van een lidstaat die de instelling van een burgerlijke rechtsvordering wegens schending van een regel inzake overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten – definitief vaststelt dat die regel is geschonden?**
- 2. Kan een bepaling van een lidstaat die de instelling van een vordering tot schadevergoeding afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten – definitief vaststelt dat de regel is geschonden, overeenkomstig het Unierecht worden vervangen door een andere bepaling? Anders gezegd, kan de gelaedeerde de schending van de regel op een andere wijze aantonen?**
- 3. Is een procedurele bepaling van een lidstaat in strijd met het Unierecht, in het bijzonder met het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel, of kan zij een met het Unierecht en die beginselen strijdig effect hebben in het kader van een schadevergoedingsprocedure, wanneer op grond van die bepaling tegen een administratieve beslissing alleen in rechte kan worden opgekomen met de middelen die in de procedure voor de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten zijn aangevoerd, ook al kan de gelaedeerde de onwettigheid van zijn uitsluiting wegens een belangenconflict overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie slechts op zodanige wijze als grond voor de door hem gestelde schending van de regel aanvoeren dat hij, volgens de specifieke regels voor de procedure van gunning via onderhandelingen, om een andere reden – namelijk een wijziging van zijn verzoek tot deelname – van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht wordt uitgesloten?**

(omissis) [procedurele aspecten]

Motivering

I. Voorwerp van het geding en relevante feiten

- 1 Op 5 februari 2005 heeft verweerder gebruikgemaakt van een procedure van gunning via onderhandelingen met bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving voor de uitvoering van werken waarvan de waarde de communautaire drempel overschreed. Binnen de gestelde termijn zijn vijf inschrijvingen ingediend, waarvan een door het door verzoekster geleide consortium „HOLI”, dat Miklós Szántó, een van de projectleiders, als hoofdingenieur heeft aangesteld. Op 19 juli 2005 heeft verweerder het consortium onder leiding van verzoekster meegedeeld dat zijn verzoek tot deelname wegens een belangenconflict onaanvaardbaar was en was uitgesloten. Die beslissing was gebaseerd op het feit dat het consortium Szántó, die namens de aanbestedende dienst had deelgenomen aan de voorbereiding van de aanbesteding, onder de deskundigen die waren voorgesteld voor de uitvoering van het werk als projectleider had aangesteld.
- 2 Het consortium onder leiding van verzoekster is tegen de beslissing van de aanbestedende dienst opgekomen bij de Közbeszerzési Döntőbizottság (arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten; hierna: „arbitragecommissie”). Bij beslissing van 12 september 2005 (omissis) heeft de arbitragecommissie het bezwaar van het consortium afgewezen, op grond dat de persoonlijke aanstelling van Szántó in het verzoek tot deelname niet als administratieve fout kon worden aangemerkt, aangezien de niet-inaanmerkingneming van die persoon op die grond zou hebben geleid tot een volgens § 108, lid 3, van de közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (wet CXXIX van 2003 inzake overheidsopdrachten; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”) onaanvaardbare wijziging van het verzoek tot deelname. In die beslissing heeft zij erop gewezen dat de aanbestedende dienst niet onrechtmatig had gehandeld door de procedure voort te zetten met de twee geschikte gegadigden, aangezien § 130, lid 7, van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalt dat, indien er een toereikend aantal gegadigden overblijft die een verzoek tot deelname hebben ingediend dat aan de voorschriften voldoet, de gegadigden moet worden verzocht een inschrijving te doen.
- 3 De leden van het consortium zijn tegen de beslissing van de arbitragecommissie opgekomen bij de Fővárosi Bíróság (hoofdstedelijke rechtbank). Bij vonnis van 28 april 2006 (omissis) heeft de Fővárosi Bíróság hun beroep verworpen. De Fővárosi Ítéltábla (hoofdstedelijk hof van beroep), waarbij verzoekster hoger beroep had ingesteld, heeft bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) een prejudiciële procedure aanhangig gemaakt. In het arrest in zaak C-138/08 (EU:C:2009:627) heeft het Hof als volgt geoordeeld:

„1) Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, is niet van toepassing

op een beslissing die een aanbestedende dienst bij de plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken heeft genomen vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van deze richtlijn.

2) Artikel 22, lid 3, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, moet aldus worden uitgelegd dat wanneer een opdracht wordt geplaatst volgens de procedure van gunning via onderhandelingen en het aantal geschikte gegadigden de voor de betrokken procedure vastgestelde benedengrens niet bereikt, de aanbestedende dienst de procedure toch kan voortzetten door de geschikte gegadigde(n) uit te nodigen om over de voorwaarden van die opdracht te onderhandelen.

3) Richtlijn 93/37, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, moet aldus worden uitgelegd dat aan de verplichting om erop toe te zien dat een werkelijke mededinging wordt gewaarborgd, is voldaan, wanneer de aanbestedende dienst gebruikmaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen onder de in artikel 7, lid 2, van genoemde richtlijn bedoelde voorwaarden.”

- 4 Na afloop van de prejudiciële procedure heeft de Fővárosi Ítéletábla de behandeling van de zaak hervat en [een] arrest (omissis) gewezen waarbij het vonnis in eerste aanleg is bevestigd. Die rechter heeft erop gewezen dat hij niet had onderzocht of de aanbestedende dienst een inbreuk had gepleegd door vast te stellen dat er sprake was van een belangenconflict, zonder verzoekster de mogelijkheid te bieden zich te verdedigen, aangezien dat middel niet was aangevoerd ter ondersteuning van het bezwaar en de administratieve beslissing derhalve geen bepaling bevatte die de rechter in eerste aanleg in dat verband had kunnen toetsen. Verzoekster heeft artikel 220 EG, artikel 6 van richtlijn 93/37 en de rechtspraak van het Hof voor het eerst voor de rechter in tweede aanleg aangevoerd, waarbij zij betoogde dat het categorische verbod een onevenredige beperking vormde van haar recht om een verzoek tot deelname in te dienen of in te schrijven. De rechter in tweede aanleg heeft dat middel evenwel niet onderzocht, op grond dat hij in het kader van het hoger beroep tegen het vonnis van de rechter in eerste aanleg zich niet kon uitspreken over een kwestie die in de administratieve procedure niet aan de orde was gekomen.
- 5 De Legfelsőbb Bíróság [vroegere benaming van de Kúria], waarbij beroep in cassatie was ingesteld tegen het arrest van de rechter in tweede aanleg, heeft bij arrest (omissis) van 7 februari 2011 dat eindarrest bevestigd. Die rechter heeft herhaald dat de rechterlijke toetsing van een administratieve beslissing niet onbeperkt is en geen betrekking kan hebben op feiten, gegevens, omstandigheden of beoordelingen die tijdens de administratieve procedure niet zijn onderzocht door de bestuursautoriteit.

- 6 De Europese Commissie (directoraat-generaal Regionaal Beleid) heeft de gunningsprocedure voor het litigieuze project onderzocht. Tijdens dit onderzoek heeft zij erop gewezen dat verweerder, als aanbestedende dienst, volgens haar de regeling inzake overheidsopdrachten had geschonden, doordat hij had gebruikgemaakt van een procedure van gunning via onderhandelingen en in de voorselectiefase een gegadigde had uitgesloten zonder hem de mogelijkheid te bieden tegenbewijs te leveren overeenkomstig de rechtspraak van het Hof in het arrest *Fabricom* (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127), dat wil zeggen zonder hem de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat de door hem opgedane ervaring in de concrete omstandigheden van de zaak de concurrentie niet verstoort.
- 7 Onder verwijzing naar de conclusies van de Europese Commissie heeft verzoekster een verzoek tot herziening ingediend, dat bij beschikking (omissis) van 6 juni 2013 is afgewezen door de Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (bestuurs- en arbeidsrechter), op grond dat een verzoek tot herziening alleen kan worden ingediend met betrekking tot feitelijke aangelegenheden en moet gebaseerd zijn op gronden die verband houden met de door de rechter in eerste aanleg vastgestelde feiten. De rechter is gebonden door het aan hem gedane verzoek en kan de beslissing waarvan de herziening wordt gevraagd, slechts binnen de grenzen van dat verzoek toetsen. De Fővárosi Törvényszék (hoofdstedelijk hof, Hongarije) heeft de beslissing van de rechter in eerste aanleg bij beschikking (omissis) bevestigd op grond dat die beslissing goed onderbouwd was.

Verzoek en verweerders argumenten

- 8 Gelet op de hierboven uiteengezette feiten, heeft verzoekster op grond van § 351 van de wet inzake overheidsopdrachten en § 339 van de Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (wet IV van 1959 tot vaststelling van het burgerlijk wetboek) een gewijzigd verzoek ingediend, waarbij zij vroeg om verweerder te veroordelen tot een schadevergoeding van 24 043 685 HUF, overeenkomend met de uitgaven naar aanleiding van de oproep tot mededinging en de deelname aan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht. Onder verwijzing naar de conclusies van de Europese Commissie, heeft verzoekster betoogd dat verweerder de regels inzake de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht had geschonden doordat hij, ten eerste, had gekozen voor een procedure van gunning via onderhandelingen in plaats van een openbare procedure; ten tweede, het consortium onder leiding van verzoekster op onrechtmatige wijze had uitgesloten wegens het vermeende bestaan van een belangenconflict, zonder de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat de opgedane ervaring in de concrete omstandigheden van de zaak de concurrentie niet zou verstoren, en, ten derde, na de onrechtmatige uitsluiting de procedure met minder dan drie inschrijvers had voortgezet en uiteindelijk slechts één inschrijving had beoordeeld.
- 9 Verzoekster heeft betoogd dat de instelling van een vordering op grond van § 351 van de wet inzake overheidsopdrachten niet afhankelijk is gesteld van de

voorwaarde dat de arbitragecommissie of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie – overeenkomstig § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten definitief vaststelt dat een regel is geschonden, en dat de [inschrijver] die in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht schade heeft geleden, ook op een andere wijze aan de bewijsplicht van § 351, onder a), van de wet inzake overheidsopdrachten kan voldoen.

- 10 In zijn verweerschrift heeft verweerder verzocht om afwijzing van het verzoek. Hij heeft aangevoerd dat voor de instelling van de vordering tot schadevergoeding krachtens § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten vereist is dat in een administratieve procedure definitief wordt vastgesteld dat de regel inzake overheidsopdrachten is geschonden. Hij heeft hieraan toegevoegd dat verzoekster niet had aangetoond dat sprake was van de overige in § 351 van de wet inzake overheidsopdrachten genoemde omstandigheden. Voorts heeft hij aangevoerd dat de vordering was verjaard.

Beslissingen in eerste en in tweede aanleg

- 11 De rechter in eerste aanleg heeft het beroep verworpen bij een vonnis dat in tweede aanleg is bevestigd.
- 12 Volgens het eindarrest is verzoeksters vordering niet verjaard, maar rechtvaardigt de door verzoekster gestelde schending – die erin bestaat dat verweerder op onwettige wijze heeft gebruikgemaakt van een procedure van gunning via onderhandelingen met bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving in plaats van een openbare procedure en dat verweerder, na verzoekster op onwettige wijze te hebben uitgesloten, de procedure met minder dan drie inschrijvers heeft voortgezet en uiteindelijk slechts één inschrijving heeft beoordeeld – niet de noodzaak om een prejudiciële procedure aanhangig te maken, aangezien die omstandigheden niet relevant zijn. Volgens § 351, onder c), van de wet inzake overheidsopdrachten kan een partij waaraan de opdracht niet is gegund of die van de procedure is uitgesloten, haar vordering niet op om het even welke schending van de regel baseren, maar alleen op een schending die de kans heeft verkleind dat de opdracht aan haar zou worden gegund. Aangezien verweerder verzoekster heeft uitgesloten, zijn het feit dat verweerder een openbare procedure dan wel een procedure van gunning via onderhandelingen heeft gevolgd en het aantal [inschrijvers] waarmee de procedure is voortgezet, niet relevant voor verzoekster. Die omstandigheden hadden geen invloed op de kans dat de overheidsopdracht aan haar zou worden gegund. Voorts was in verband met de administratieve procedure reeds een prejudiciële vraag gesteld over het aantal [inschrijvers].
- 13 De door verzoekster gestelde schending, die erin bestaat dat zij wegens het bestaan van een belangenconflict is uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht, zonder dat haar de mogelijkheid is geboden tegenbewijs te leveren, heeft de kans dat de overheidsopdracht aan haar zou worden gegund, daadwerkelijk beïnvloed. Niettemin is het niet noodzakelijk om

het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken, aangezien over de correcte toepassing van het Unierecht in casu geen twijfel bestaat en voorts het Hof zich over deze kwestie reeds heeft uitgesproken. Het Hof heeft geoordeeld dat een uitlegging van het nationale recht die een partij wier rechten zijn geschonden, belet een vordering in te stellen, in strijd is met het Unierecht. Het Unierecht wordt werkelijk geschonden wanneer in het nationale recht, door de vaststelling van termijnen en andere eisen, is voorzien in een rechtsregeling die, toegepast op en uitgelegd in het licht van de concrete feiten, een persoon die schade heeft geleden en die geen fout kan worden verweten, in een situatie plaatst waarin hij geen vordering kan instellen.

- 14 In casu is verzoekster evenwel niet door het nationale recht of een met het Unierecht strijdige uitlegging van het nationale recht ervan weerhouden haar vordering in te stellen, maar wel door het feit dat in een eerdere procedure tot vaststelling van een schending, zoals vereist door het nationale recht, haar vordering niet is gehonoreerd. De reden voor en de grondslag van de voor verzoekster ongunstige beslissing kunnen evenwel niet worden onderzocht in het onderhavige geding. De rechter bij wie een vordering tot schadevergoeding is ingesteld, is niet bevoegd om zich uit te spreken over de vraag of door de aanbestedende dienst of de betrokken bestuursautoriteit en rechterlijke instanties had moeten worden erkend dat de uitlegging van de uitsluitingsregels in strijd was met het Unierecht, of over de vraag of zij het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht hebben uitgelegd door verzoekster niet toe te staan schending van het Unierecht aan te voeren.

Beroep in cassatie en verweerschrift

- 15 Verzoekster heeft tegen het eindarrest beroep in cassatie ingesteld, waarbij zij heeft verzocht om vernietiging van dat arrest en van het vonnis van de rechter in eerste aanleg. Voorts heeft zij verzocht om de zaak terug te verwijzen naar de rechter in eerste aanleg opdat de procedure zou worden overgedaan en een nieuwe beslissing zou worden gegeven. Verzoekster heeft schending gesteld van de volgende wettelijke bepalingen: §§ 350 en 351 van de wet inzake overheidsopdrachten, § 221, lid 1, van de polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (wet III van 1952 tot vaststelling van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „wetboek van burgerlijke rechtsvordering”), artikel 2, lid 1, 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 werken, en artikel 2, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. Volgens verzoekster is ten onrechte geoordeeld dat § 351 van de wet inzake overheidsopdrachten niet autonoom kon worden toegepast.

Artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 en artikel 2, lid 1, onder d), van richtlijn 92/13 machtigen de lidstaten om erin te voorzien dat de nietigheid wagens schending van de regeling inzake overheidsopdrachten in een afzonderlijke procedure wordt uitgesproken. Indien dergelijke regels van de lidstaat, zoals § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten, het voor een partij onmogelijk of uiterst moeilijk maken om de haar door het Unierecht verleende rechten uit te oefenen, mogen zij evenwel niet worden toegepast. Verzoekster heeft hieraan toegevoegd dat de fout met betrekking tot de procedure van gunning via onderhandelingen en het feit dat de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht met minder dan drie inschrijvers was voortgezet, volgens haar relevant waren voor haar vordering tot schadevergoeding.

- 16 In haar beroep in cassatie heeft verzoekster om een prejudiciële verwijzing verzocht, op grond dat er geen duidelijk en ondubbelzinnig rechtskader bestaat met betrekking tot de in het geding aan de orde zijnde relevante aspecten van het Unierecht en in de rechtspraak van het Hof nog geen uitlegging is gegeven met betrekking tot de opgeworpen rechtsvragen. De Kúria is verplicht om een prejudiciële beslissing te verzoeken.
- 17 In zijn verweerschrift op het beroep in cassatie heeft verweerder verzocht om bevestiging van het eindarrest. Hij is van mening dat verzoekster niet heeft aangetoond dat er een reële kans bestond dat de overheidsopdracht aan haar zou worden gegund, aangezien zij reeds in de fase van de voorselectie van de inschrijvers was uitgesloten.

II. Toepasselijke bepalingen

- 18 *Richtlijn 89/665*

Artikel 1

„(1) De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, voor wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG en 77/62/EEG, tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

(2) De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

(3) De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen.”

Artikel 2

„(1) De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

- a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;
- b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

[...]

(5) De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd door een instantie die daartoe bevoegd is.

(6) De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald.”

19 Hongaarse wet die van toepassing is op de litigieuze rechtsbetrekking: *wet inzake overheidsopdrachten*

§ 350: De instelling van een burgerlijke rechtsvordering wegens schending van regels inzake overheidsopdrachten of inzake de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, is afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten – definitief vaststelt dat de regel is geschonden.

§ 351: Indien een inschrijver de aanbestedende dienst alleen verzoekt om vergoeding van de uitgaven in verband met het opstellen van de inschrijving en de deelname aan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht, volstaat het voor de instelling van die vordering tot schadevergoeding dat die inschrijver aantoont dat:

- a) de aanbestedende dienst een wettelijke bepaling inzake overheidsopdrachten of de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten heeft geschonden,
- b) er een reële kans bestond dat de opdracht aan hem zou worden gegund, en
- c) de schending de kans heeft verkleind dat de opdracht aan hem zou worden gegund.

§ 108, lid 3

Tot het verstrijken van de termijn voor de indiening van een verzoek tot deelname kan een gegadigde zijn verzoek tot deelname wijzigen.

Wetboek van burgerlijke rechtsvordering

§ 339/A: Tenzij anders is bepaald, toetst de rechter de administratieve beslissing in het licht van de geldende regeling en de ten tijde van de vaststelling ervan bestaande feitelijke situatie.

III. Motivering van de prejudiciële verwijzing

- 20 Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 legt de lidstaten de verplichting op de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat tegen de met het Unierecht onverenigbare besluiten van de aanbestedende diensten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld en de beroepsprocedures breed toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd (arresten van 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 43, en 26 november 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 28). Hiertoe voorziet artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 in drie soorten beroepen: voorlopige maatregelen, nietigverklaring van onwettige besluiten en schadevergoeding (arrest van 26 november 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 29).
- 21 Uit artikel 2, leden 5 en 6, van richtlijn 89/665 blijkt dat de vraag of, als voorafgaande voorwaarde voor de instelling van een vordering tot schadevergoeding, de bestreden beslissing nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is, alsook de juridische gevolgen van die nietigverklaring, door de lidstaten moeten worden onderzocht in het kader van hun procedurele autonomie. Dat betekent in wezen dat bij gebreke van een relevante regeling van de Unie, de nationaalrechtelijke procedureregels van toepassing zijn

(arrest van 7 december 2010, VEBIC, C-439/08, EU:C:2010:739, punten 63 en 64).

- 22 In artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is het beginsel van een doeltreffende voorziening in rechte neergelegd. Indien de vordering haar grondslag rechtstreeks in het Unierecht vindt, maar de procedurele voorwaarden voor de instelling ervan in het nationale recht zijn vastgesteld, vereisen het beginsel van een doeltreffende voorziening in rechte en het recht op een effectief beroep in rechte dat de procedureregels van de lidstaat niet minder gunstig zijn dan de procedureregels die gelden voor soortgelijke nationale situaties (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dat zij de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie met betrekking tot de inhoud van die twee beginselen, arresten van 23 april 2009, Angelidaki e.a., C-378/07–C-380/07, EU:C:2009:250, punt 159; 4 juli 2006, Adeneler e.a., C-212/04, EU:C:2006:443, punt 95; 7 september 2006, Marrosu en Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punt 52, en 7 september 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punt 37, en beschikking van 12 juni 2008, Vasilakis e.a., C-364/07, EU:C:2008:346, punt 126).
- 23 Om die reden kunnen bepalingen van een lidstaat zoals §§ 350 en 351 van de wet inzake overheidsopdrachten niet los van het Unierecht en in het bijzonder van de rechtspraak van het Hof worden uitgelegd. Dit is vooral zo indien de uitlegging ervan in samenhang met nationale bepalingen zoals § 108, lid 3, van de wet inzake overheidsopdrachten en § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, betreffende administratieve beroepen, tot gevolg heeft dat, hoewel een verzoek om schadevergoeding slechts ontvankelijk is indien bij een beslissing het bestaan van een schending is vastgesteld, het voor de gelaedeerde in de praktijk onmogelijk is om een dergelijke beslissing te verkrijgen.
- 24 Verzoekster is reeds in de onderhandelingsfase van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht uitgesloten wegens het bestaan van een belangenconflict, zonder te zijn gehoord en zonder dat haar de mogelijkheid is geboden tegenbewijs te leveren. Vast staat dat verzoekster, wanneer zij tegen de beslissing opkwam bij de arbitragecommissie, zich in haar bezwaar, op basis van de uitlegging van het Hof in het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127) (destijds reeds beschikbaar), ter betwisting van de wettigheid van die beslissing niet erop heeft beroepen dat haar in de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht de mogelijkheid had moeten worden geboden aan te tonen dat haar medewerking aan de oproep tot mededinging in de concrete omstandigheden de concurrentie niet verstoort.
- 25 Aangezien verzoekster zich tot staving van haar vordering niet beroept op een administratieve fout of op de omstandigheid dat haar verzoek tot deelname aan de aanbesteding voldoet aan de in de oproep tot mededinging gestelde eisen indien gewoonweg geen rekening wordt gehouden met de persoon die de oorzaak van dat belangenconflict vormt, maar zij aanvoert dat haar uitsluiting wegens een

belangenconflict onwettig was, aangezien zij niet de mogelijkheid had om tegenbewijs te leveren, moet evenwel worden benadrukt dat de volledige aanvaarding van dat middel de door verzoekster verlangde effectieve en passende rechtsbescherming evenmin zou hebben gegarandeerd, aangezien dat onvermijdelijk had kunnen worden beschouwd als een wijziging van haar inschrijving, die ook zou hebben geresulteerd in de uitsluiting van verzoekster van de procedure krachtens § 108, lid 3, van de wet inzake overheidsopdrachten. Bijgevolg kon verzoekster haar rechten in de praktijk niet doen gelden.

- 26 Het bestuursorgaan en de rechterlijke instanties die betrokken zijn bij het hoofdgeding hebben, wat de procedurekwesties betreft, alleen de nationale regeling in aanmerking genomen. Bij de toepassing van de procedureregels van de lidstaat, kon de rechter bij wie beroep was ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie, volgens § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering alleen de als basis voor de vaststelling van die beslissing aangevoerde feiten en rechtsgrondslag onderzoeken. Voorts heeft het verzoek tot herziening verzoekster evenmin een effectieve rechtsbescherming geboden, aangezien het is afgewezen.
- 27 Zowel het Hof, in punt 39 van het arrest van 26 november 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, als advocaat-generaal Kokott, in de punten 39 en 40 van haar conclusie van 21 mei 2015 in die zaak (EU:C:2015:348), heeft erop gewezen dat de mate waarin rechtszekerheid is vereist in het kader van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor beroepen, niet dezelfde is voor schadevorderingen als voor beroepen die ertoe strekken een overeenkomst onverbindend te verklaren. De aanbestedende dienst en de persoon waarmee hij een overeenkomst heeft gesloten, hebben beide een duidelijke en legitieme behoefte aan rechtszekerheid met betrekking tot de tussen hen gesloten overeenkomst. Een latere onverbindendverklaring van die overeenkomst houdt voor hen een ernstig en drastisch rechtsgevolg in. Daarom is het gerechtvaardigd om op beperkende wijze vorm te geven aan de rechtsmiddelen tot onverbindendverklaring van overeenkomsten (primaire rechtsbescherming) (zie arresten van 16 december 1976, *Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral*, 33/76, EU:C:1976:188, punt 5; 17 november 1998, *Aprile*, C-228/96, EU:C:1998:544, punt 19, en 8 juli 2010, *Bulicke*, C-246/09, EU:C:2010:418, punt 36; alsook, wat meer in het bijzonder de rechtsmiddelenrichtlijn betreft, arresten van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punt 76; 27 februari 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, punt 52; 11 oktober 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, punten 50 en 51, en 12 maart 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 51).
- 28 Beroepen tot schadevergoeding (secundaire rechtsbescherming) laten de rechtsgeldigheid van reeds gesloten overeenkomsten daarentegen in beginsel onverlet. De belangen van de partijen bij de overeenkomst worden veel minder geschaad door een mogelijke schadevergoeding dan door de nietigverklaring van de overeenkomst. Hieruit vloeit voort dat het evenwicht tussen de overwegingen van rechtszekerheid en de vereisten van effectieve rechterlijke bescherming in

schadevergoedingsprocedures niet op dezelfde wijze kan worden bereikt als in procedures tot onverbindendverklaring van een overeenkomst. Sterker nog, in schadevergoedingsprocedures moet veel meer gewicht worden gegeven aan de vereisten van effectieve rechterlijke bescherming en het zou niet gerechtvaardigd zijn om de nadere regels met betrekking tot die rechtsmiddelen even strikt te maken als de regels om overeenkomsten aan te vechten.

- 29 Bijgevolg moet, rekening houdend met de doelstellingen van de rechtsmiddelenrichtlijnen, worden nagegaan of het, wat beroepen tot schadevergoeding betreft, in ieder geval gerechtvaardigd is de ontvankelijkheid van die beroepen afhankelijk te stellen van het bestaan van een beslissing waarbij definitief wordt vastgesteld dat een regel is geschonden, dan wel of, ter waarborging van een effectieve secundaire rechtsbescherming, zelfs uitzonderlijk, moet worden toegestaan dat de gelaedeerde de schending op een andere wijze aantoot.
- 30 Indien een algemene afwijking van de ontvankelijkheidsvoorwaarde niet is gerechtvaardigd, moet worden nagegaan of de procedurele autonomie van de lidstaat in het concrete geval kan worden beperkt ter waarborging van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel (arresten van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 39, en 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 46). In casu is het immers mogelijk dat verzoekster door het gecombineerde effect van de nationale procedureregels en de reeds voltooide procedures in de praktijk de haar door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet kan uitoefenen.

IV. Korte uiteenzetting van het standpunt van de verwijzende rechter

- 31 Wat vorderingen tot schadevergoeding betreft, is de verwijzende rechter van oordeel dat uit richtlijn 89/665 volgt dat een nationale regeling het instellen van een dergelijke vordering afhankelijk stelt van de voorafgaande nietigverklaring van het aangevochten besluit door een bestuursorgaan of een rechter (arrest van 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 35). Daarom verzet artikel 2 van richtlijn 89/665 zich in beginsel niet tegen een bepaling van nationaal recht (arrest van 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 36) zoals § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten, waarin wordt bepaald dat de instelling van een burgerlijke rechtsvordering wegens schending van regels inzake overheidsopdrachten of inzake de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten afhankelijk is gesteld van de voorwaarde dat de arbitragecommissie of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie – de schending definitief heeft vastgesteld.
- 32 Ook al is een dergelijke regeling van de lidstaat in het algemeen niet in strijd met het Unierecht, de toepassing ervan samen met andere bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten en van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering kan ertoe leiden dat de gelaedeerde de onwettigheid van zijn uitsluiting van de

procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht niet kan aantonen door middel van een beslissing waarbij de schending definitief is vastgesteld. Bij ontbreken van een beslissing waarbij de onwettigheid is vastgesteld, waarvan het bestaan als voorwaarde is gesteld voor de instelling van een vordering tot schadevergoeding, kan een dergelijke vordering niet worden gehonoreerd, zodat het gerechtvaardigd kan zijn hetzij een ander bewijsmiddel toe te staan, hetzij de nationale regel op grond van het doeltreffendheidsbeginsel buiten toepassing te laten, hetzij die regel uit te leggen in het licht van het Unierecht.

V. Slotoverwegingen (informatie, waarschuwing)

33 (omissis) [procedurele aspecten]

Boedapest, 11 mei 2017.

(omissis) [ondertekeningen]

(omissis)