



Datum van inontvangstneming : 21/06/2016

**Zaak C-76/16****Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

11 februari 2016

**Verwijzende rechter:**

Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slowakije)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

28 januari 2016

**Verzoekende partijen:**

INGSTEEL spol. s r. o.

Metrostav a. s.

**Verwerende partij:**

Úrad pre verejné obstarávanie

---

**Najvyšší súd****Slovenskej republiky****BESCHIKKING**

In de zaak tussen de vennootschappen 1) **INGSTEEL spol. s r.o.**, [OMISSIS], en 2) **Metrostav, a.s.**, als verzoekende partijen [OMISSIS], en **Úrad pre verejné obstarávanie**, als verwerende partij [OMISSIS], met Slovensky futbalový zväz [OMISSIS] als interveniënt, betreffende **de wettigheidstoets van een besluit** van de bestuursautoriteit inzake overheidsopdrachten, in het kader van een door verzoeksters ingesteld beroep tegen het besluit van de Krajského súdu v Bratislave (regionale rechter Bratislava) van 13 januari 2015 [OMISSIS] en een verzoek tot **opschorting van uitvoering**, heeft de Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek), in zijn hoedanigheid van rechter in hoger beroep, **de volgende beschikking** gegeven:

I. De Najvyšší súd Slovenskej republiky **schorst de behandeling van de zaak.**

II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen **verzocht**:

1. Handelt een nationale autoriteit in overeenstemming met het doel van artikel 47, met name leden 1, onder a), en 4, van 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, wanneer zij vaststelt dat een inschrijver voor een opdracht waarvan de waarde op 3 miljoen EUR wordt geschat, niet aan het selectiecriterium inzake de economische en financiële draagkracht voldoet, terwijl de verklaring op eer die hij heeft afgeleverd en de verklaring die hij van zijn bank heeft gekregen, bevestigen dat hij in staat is om krachtens een banklening die niet voor een bepaald doel is bestemd, bedragen op te nemen tot een limiet die hoger is dan de waarde van de opdracht? [**Or. 2**]

2. Is de gedraging van een bank op de markt van bankdiensten van een lidstaat die in het kader van een bindende toezegging om te lenen, de ter beschikkingstelling van de gevraagde middelen onderwerpt aan voorwaarden voor het toekennen van een lening die niet specifiek in de leningovereenkomst zijn bepaald op het moment van de aanbestedingsprocedure, een gegronde reden in de zin van artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 waardoor de inschrijver niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, zodat de inschrijver zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met een verklaring op eer die bevestigt dat de kredietrelatie tussen de inschrijver en de bank volstaat?

3. Wordt de nationale rechter geconfronteerd met een objectief beletsel dat hem verhindert te voldoen aan artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 1, en artikel 2, leden 3, 6, 7 en 8, 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, indien hij zich moet uitspreken over een beroep van een door een besluit van de bestuursautoriteit inzake overheidsopdrachten uitgesloten inschrijver, wanneer de uitvoering van de verschillende opdrachten door de gekozen inschrijver bijna is voltooid?

[OMISSIS]

### **Motivering:**

- 1 De Najvyšší súd Slovenskej republiky [hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek] (hierna: „**Najvyšší súd**”) verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „**Handvest**”), gelezen in samenhang

met de betrokken bepalingen van 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 (hierna: „**richtlijn 2004/18**”) en 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 (hierna: „**richtlijn 89/665**”), zoals van toepassing op de inschrijvers van de verschillende lidstaten van de Unie. [**Or. 3**]

- 2 De onderhavige prejudiciële verwijzing strekt ertoe de dubbelzinnigheden te verduidelijken die zijn aangevoerd in het kader van de onderhavige zaak – tussen, enerzijds, een consortium van ondernemingen, te weten de handelsvennootschappen **INGSTEEL spol. s r.o.**, Bratislava (Slowakije) en **Metrostav, a.s.**, Praag (Tsjechië), (hierna: □ „**inschrijver**” of „**uitgesloten inschrijver**”) en, anderzijds, de Úradu pre verejné obstarávanie [toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten] (hierna: „**de toezichthoudende autoriteit**”), waarin de Slovenského futbalového zväzu [Slovaakse voetbalbond], als aanbestedende dienst (hierna: „**aanbestedende dienst**”), is geïntervenieerd – betreffende de uitsluiting van een inschrijver van de overheidsopdracht „Heropbouw, modernisering en bouw van voetbalstadions” (hierna: „**overheidsopdracht**” of „**betrokken overheidsopdracht**”), waarvan het bericht door de aanbestedende dienst is gepubliceerd overeenkomstig artikel 50, lid 4, onder b), van wet nr. 25/2006 [OMISSIS] inzake overheidsopdrachten, tot wijziging en aanvulling van bepaalde andere wetten, zoals gewijzigd (hierna: „**wet nr. 25/2006**”), in het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 november 2013 [OMISSIS] en op dezelfde datum [OMISSIS] in het Slowaakse Bulletin van aankondigingen van overheidsopdrachten [OMISSIS].

## Toepasselijke bepalingen

### *Unierecht*

- 3 Artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest, met als opschrift „Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht”, luidt:
- „1. Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.
2. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.”

- 4 Overweging 39 van richtlijn 2004/18, die de richtsnoeren voor beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers bevat, bepaalt:

„(39) De beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers, in het geval van openbare procedures, en van de gegadigden, in het geval van niet-openbare procedures, procedures van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, en concurrentiegerichte dialoog, alsmede hun selectie, dienen op transparante wijze te geschieden. Daartoe dienen niet-discriminerende criteria te worden aangegeven die de aanbestedende diensten kunnen gebruiken [Or. 4] om de mededingers te selecteren, alsmede de middelen die de ondernemers kunnen gebruiken om aan te tonen dat zij aan deze criteria voldoen. Uit dit oogpunt van transparantie dient de aanbestedende dienst gehouden te zijn vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die hij voor de selectie zal hanteren, alsmede het niveau van specifieke bekwaamheden dat hij eventueel van ondernemers eist opdat deze tot de aanbestedingsprocedure kunnen worden toegelaten.”

- 5 Artikel 47, lid 1, van richtlijn 2004/18 luidt:

„1. In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door een of meer van de volgende referenties:

a) passende bankverklaringen of, in voorkomend geval, het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;

b) overlegging van balansen of van balansuittreksels, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft;

c) een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.”

- 6 Artikel 47, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„4. De aanbestedende diensten geven in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot inschrijving de in lid 1 bedoelde referentie of referenties aan die zij verlangen, evenals de andere bewijsstukken die ter inzage moeten worden overgelegd.

5. Wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn

economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht.”

7 Artikel 1 van richtlijn 89/665 luidt:

„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, **[Or. 5]** 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.”

8 Artikel 2, leden [1,] 3, 6 tot en met 8, van richtlijn 89/665, dat voor de onderhavige zaak relevante bepalingen bevat, bepaalt:

„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.

[...]

3. De beroepsprocedures behoeven niet per se een automatische opschortende werking te hebben voor de aanbestedingsprocedures waarop zij betrekking hebben.

[...]

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.

Behalve indien vóór de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending werd gelaedeerd.

7. De lidstaten zorgen ervoor dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd. **[Or. 6]**

8. Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed. Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.

Voor de benoeming en de beëindiging van het mandaat van de leden van deze onafhankelijke instantie gelden dezelfde voorwaarden als voor rechters, voor wat betreft de voor de benoeming bevoegde autoriteit, de duur van hun mandaat en hun afzetbaarheid. Ten minste de voorzitter van deze onafhankelijke instantie moet dezelfde juridische en beroepskwalificaties hebben als een rechter. De onafhankelijke instantie neemt haar besluiten na een procedure op tegenspraak en deze besluiten zijn, met middelen die door elke lidstaat worden vastgesteld, juridisch bindend.”

### *Slowaaks recht*

- 9 Artikel 2, lid 2, van de grondwet van Slowakije (hierna: „grondwet”), dat deel uitmaakt van de afdeling met als opschrift „Grondbepalingen”, luidt:

„2. De overheid handelt enkel krachtens de grondwet, binnen haar beperkingen en haar werkingssfeer, overeenkomstig de door de wet vastgestelde middelen.”

- 10 Artikel 46, leden 1, 2 en 4, van de grondwet, dat deel uitmaakt van de afdeling met als opschrift „Recht op voorziening in rechte en andere vormen van rechtsbescherming”, bepaalt:

„1. Eenieder kan eisen dat zijn zaak overeenkomstig de door de wet bepaalde procedure door een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank wordt gehoord of, in bepaalde door de wet vastgestelde gevallen, door een andere instantie van de Slowaakse Republiek.

2. Wie ook meent in zijn rechten te zijn benadeeld door een besluit van een overheidsinstantie, kan zich tot de bevoegde rechtbank wenden teneinde de wettigheid van dat besluit door de rechtbank te laten onderzoeken, tenzij de wet anders bepaalt. Het onderzoek van de besluiten inzake de grondrechten en fundamentele vrijheden kan echter niet aan de bevoegdheid van de rechtbank worden onttrokken.

4. De voorwaarden en modaliteiten van de voorziening in rechte en van de andere vormen van juridische bescherming worden door de wet vastgesteld.”[Or. 7]

- 11 De versie van artikel 9, lid 3, van wet nr. 25/2006 die op het hoofdgeding van toepassing is, luidt:

„3. De aanbesteding van overheidsopdrachten moet de beginselen van gelijkheid van behandeling, van non-discriminatie van de inschrijvers of gegadigden, van transparantie, van doeltreffendheid en van efficiëntie naleven.”

- 12 Artikel 27 van wet nr. 25/2006, met als opschrift „Financiële en economische situatie”, bepaalt:

„1. De rechtvaardiging van de financiële en economische draagkracht kan in de regel bestaan in:

- a) verklaringen van banken of van filialen van buitenlandse banken, zoals een leningsverbintenis van de bank of van het filiaal van een buitenlandse bank;
- b) het bewijs van een aansprakelijkheidsverzekering voor schade veroorzaakt bij beroepsverrichtingen of het bewijs van een aansprakelijkheidsverzekering voor schade veroorzaakt door de ondernemer, wanneer een dergelijke verzekering door een bijzonder wet wordt vereist;
- c) de overlegging van de balansen of de staat van activa en passiva of uittreksels ervan of
- d) een verklaring betreffende het totale omzetcijfer of, desgevallend, het omzetcijfer van de soort activiteit die het voorwerp van de opdracht is, van maximaal de drie laatste beschikbare boekjaren, afhankelijk van de datum van oprichting of het begin van de activiteiten van de ondernemer.

2. Een inschrijver of gegadigde kan zich beroepen op de financiële draagkracht van andere instellingen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die instellingen. In dat geval moet hij bij de aanbestedende dienst aantonen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van de persoon waarop hij een beroep doet, om zijn financiële en economische



draagkracht aan te tonen. Dit bewijs wordt geleverd door het overleggen van een geschreven overeenkomst met de persoon waarop hij een beroep doet om zijn financiële en economische draagkracht aan te tonen, waarbij die persoon belooft die middelen te verstrekken voor de hele duur van de contractuele relatie. De instelling waarop aldus een beroep wordt gedaan om de financiële en economische draagkracht te bewijzen, moet voldoen aan de deelnemingsvoorwaarden als omschreven in artikel 26, lid 1, onder f), voor wat betreft dat deel van de opdracht waarvoor het de nodige middelen heeft verstrekt.

3. Wanneer de inschrijver of de gegadigde om gegronde redenen niet in staat is de gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht [Or. 8] aantonen met om het even welk ander document dat zijn economische en financiële draagkracht aantoont.”

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 13 De uitgesloten inschrijver heeft een beroep ingesteld bij de Krajský súd Bratislava (regionale rechter Bratislava) (hierna: „Krajský súd”) en vervolgens bij de Najvyšší súd (hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek) tegen het besluit van de aanbestedende dienst om hem van de betrokken opdracht uit te sluiten omdat hij noch aan de deelnamevoorwaarde van artikel 27, lid 1, onder a), van wet nr. 25/2006 betreffende de financiële en economische draagkracht van de inschrijver voldeed noch aan die van artikel 28, lid 1, onder b), van die wet, betreffende de technische (professionele) bekwaamheid van die laatste.

Voor zover de vraag betreffende de technische (professionele bekwaamheid) in het kader van de bestuurlijke beroepsprocedure in het voordeel van de inschrijver is beslecht, betreft het enige punt waar betwisting over bestaat en dat door de voornoemde rechterlijke instanties is onderzocht, de uitsluiting van de inschrijver op basis van de argumenten van de aanbestedende dienst, die hierna worden vermeld, en die door de toezichthoudende autoriteit zijn bevestigd.

- 14 De aanbestedende dienst eiste in het bericht van aanbesteding dat de volgende deelnamevoorwaarde zou worden vervuld:

„Artikel 27, lid 1, onder a) – verklaringen van banken of filialen van buitenlandse banken betreffende de toekenning van een lening met een minimumbedrag van 3 miljoen EUR voor de duur van de uitvoering van de opdracht (48 maanden).

Betreffende de waarde van de opdracht geschat op 10 miljoen EUR die boven een vastgestelde drempel ligt, mag de aanbestedende dienst enkel de in artikel 27, lid 1, onder a), bedoelde referenties aanvaarden om de door een derde aangebrachte economische en financiële draagkracht na te gaan.

Bewijs: bankattest (leningovereenkomst of kredietopeningsovereenkomst) waarmee de bank zich ertoe verbindt dat de inschrijver in staat zal zijn om een financiële garantie te verstrekken van minimaal 3 miljoen EUR met het oog op de uitvoering van de opdracht. Het bewijs moet toelaten de beschikbaarheid van de middelen van de inschrijver na de sluiting van de overeenkomst in te schatten. Het bewijs moet voor echt worden verklaard door een persoon die daartoe door de bank is gemachtigd” [Or. 9]

- 15 De Najvyšší súd oordeelt dat de argumenten van de toezichhoudende autoriteit en van de aanbestedende dienst er duidelijk op wijzen dat zij de verklaring van de bank van de uitgesloten inschrijver niet hebben aanvaard – die bovendien informatie bevatte over de opening van een krediet als rekening-courant voor een bedrag van meer dan 5 miljoen EUR – volgens welke de inschrijver alle betrokken voorwaarden vervulde, en evenmin de verklaring op eer die de inschrijver heeft verstrekt, volgens welke zijn rekening op de datum van de sluiting van de overeenkomst met minimaal 3 miljoen EUR zou worden gecrediteerd, en dit gedurende de hele periode van de uitvoering van de opdracht, wat overeenkwam met het bedrag van de gevraagde lening.
- 16 De uitgesloten inschrijver is van oordeel dat het besluit onwettig is, hoewel de wettigheid van het besluit om hem van de opdracht uit te sluiten, door de toezichhoudende autoriteit is bevestigd, omdat de overeenkomst voor de opening van een krediet als rekening-courant een ondubbelzinnige verbintenis inhield dat de bank de gevraagde middelen ter beschikking zou stellen.

Vervolgens heeft de uitgesloten inschrijver, teneinde een gegronde reden aan te voeren om de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties niet te kunnen verkrijgen, verschillende keren gewezen op de verklaringen van de door de aanbestedende dienst ondervraagde Slowaakse banken, namelijk dat een bindende verbintenis om te lenen enkel mogelijk is wanneer de krediettransactie is goedgekeurd en alle door de bank opgelegde vereisten met het oog op het sluiten van de leningovereenkomst, zijn nagekomen.

- 17 De kamer [omissis] van de Najvyšší súd acht het in dat geval, na achter gesloten deuren te hebben beraadslaagd, noodzakelijk de hierboven aangehaalde prejudiciële vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht aan het Hof voor te leggen teneinde in de onderhavige zaak een oordeel te kunnen uitspreken.

### **Eerste vraag**

- 18 De Najvyšší súd is zich bewust van het feit dat wanneer hij een prejudiciële vraag aan het Hof voorlegt waarvan de rechtsgrond in het Handvest ligt, het Hof over de nakoming van de werkingssfeer van het Handvest zal oordelen op grond van artikel 51, lid 1, van het Handvest, dat voorziet dat de bepalingen van het Handvest uitsluitend tot de lidstaten zijn gericht wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen (zie arrest C-617/10, EU:C:2013:105, en beschikking

Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio, C-258/13, EU:C:2013:810).

De Najvyšší súd vraagt het Hof daarom niet om een uitlegging op zich van de rechten die aan de uitgesloten inschrijvers zijn toegekend door het Handvest, zoals het recht op een eerlijk proces, of de rechten die de richtlijnen 2004/18 en 89/2006 hun toekent, maar onderstreept dat het geding dat voor de nationale rechter is gebracht, de beoordeling betreft van de wettelijkheid van het besluit tot uitsluiting van een inschrijver die op het moment van de feiten over een verbintenis om te lenen van de bank voor een bedrag van meer dan 5 miljoen EUR beschikte. **[Or. 10]**

- 19 De Najvyšší súd heeft reeds aangegeven dat de aanbestedende dienst de economische en financiële vereisten van de opdracht had vastgesteld door de waarde van de opdracht op 3 miljoen EUR te schatten. Dat is de reden waarom de Najvyšší súd de nadruk legt op de uitlegging van artikel 47 van richtlijn 2014/18, met name leden 1, onder a), en 4, wanneer hij wenst te weten of een nationale autoriteit overeenkomstig die bepalingen handelt wanneer zij vaststelt dat de economische en financiële situatie van een inschrijver voor een overheidsopdracht niet beantwoordt aan de deelnamevoorwaarde die de overlegging inhoudt van een bewijs met een door de wet bepaalde vorm en inhoud, terwijl de inschrijver een aantal schriftelijke referenties heeft meegedeeld, met inbegrip van een attest van zijn bank dat het bestaan van een lening bevestigt.

Aldus vormen de argumenten van, enerzijds, de toezichhoudende autoriteit en de aanbestedende dienst en, anderzijds, de uitgesloten inschrijver, die zich benadeeld acht door het besluit om hem van de opdracht uit te sluiten wegens niet-nakoming van de voornoemde deelnamevoorwaarde, de rechtsgrond van de onderhavige zaak.

### **Tweede vraag**

- 20 De Najvyšší súd onderstreept ook de argumenten van de aanbestedende dienst die zijn gebaseerd op zijn eis om de bindende verbintenis om te lenen over te leggen waarvan hierboven sprake is, als bewijs voor de economische en financiële draagkracht van de inschrijver. Volgens die argumenten heeft de toezichhoudende overheid zich gebaseerd op een verklaring van twee Slowaakse banken betreffende de mogelijkheid om een bindende en een niet-bindende verbintenis om te lenen te verkrijgen en de verschillen tussen die twee types verbintenissen.

De inschrijver klaagt niet de verklaring van die banken aan, maar wel de argumenten van de toezichhoudende autoriteit, die zijn gebaseerd op de niet-overlegging van het vereiste bewijs, door aan te voeren dat, ondanks de bewoordingen van de bindende verbintenissen om te lenen, zoals vermeld door de toezichhoudende overheid, volgens welke: „*de andere voorwaarden van de*

10

*toekenning van de lening aan de klant zullen worden omschreven in de leningovereenkomst zelf, overeenkomstig het bindende leningbod*”, de toezichthoudende autoriteit de inschrijver verwijt dat hij de bindende verbintenis om te lenen niet heeft overgelegd, zoals bij een andere overheidsopdracht het geval was. De verbintenis om te lenen van de bank wordt daardoor formeel bindend, maar blijft evenwel voorwaardelijk uit het oogpunt van haar inhoud.

- 21 De Najvyšší súd acht het in dat geval noodzakelijk, teneinde in de onderhavige zaak een oordeel te kunnen uitspreken, het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de vraag of artikel 47 van richtlijn 2004/18 aldus dient te worden uitgelegd dat de gedraging van een bank op de markt van bankdiensten van een lidstaat die nadat zij haar handeling formeel als een bindende verbintenis om te lenen heeft gekwalificeerd, de ter beschikkingstelling van de gevraagde middelen, uit materieel oogpunt, onderwerpt aan voorwaarden voor het toekennen van een lening die schriftelijk zijn vastgesteld in de leningovereenkomst, die op het moment van de aanbestedingsprocedure slechts in wording was en waarvan de inhoud niet op voorhand was vastgesteld [Or. 11], een gegronde reden vormt waardoor de inschrijver niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, zodat de inschrijver zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met een verklaring op eer die bevestigt dat de lening tussen de inschrijver en de bank volstaat.

### **Derde vraag**

- 22 De Najvyšší súd is van oordeel dat de rechtsbescherming die op nationaal niveau is ingesteld door de artikelen 46 en volgende van de grondwet, binnen de limieten van de in artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU neergelegde procedurele autonomie van de lidstaten, in het gebied afgebakend door artikel 47 van het Handvest (met name de tweede alinea ervan) ook doeltreffend is wanneer uit extern oogpunt blijkt dat het niet gaat om een daadwerkelijke voorziening in rechte die toelaat de door de uitgesloten inschrijver aangeklaagde schending recht te zetten, maar om louter theoretische juridische overwegingen zonder werkelijke invloed op de uitoefening van om het even welk rechtsmiddel om de effecten van de schadelijke situatie te verzachten.
- 23 Dit standpunt wordt echter met name door de aanbestedende dienst betwist, die in zijn verweerschrift van 16 juni 2015 de volgende argumenten aanvoert:

„Aangezien de opdracht de heropbouw, de modernisering en de bouw van voetbalstadions als voorwerp heeft en de klachten- en beroepsprocedure, die maanden heeft geduurd, de aanbestedende dienst kostbare tijd heeft doen verliezen die nodig was voor de uitvoering van de opdracht, nadat het besluit van de toezichthoudende autoriteit die zich heeft uitgesproken over de klacht, definitief is geworden, heeft de aanbestedende dienst beslist de

openbare aanbestedingsprocedure te hernemen overeenkomstig de bepalingen van de wet die van toepassing zijn.

In de huidige stand van zaken:

De aanbestedende dienst heeft op 3 augustus 2014 een kaderakkoord gesloten op basis waarvan 4 opdrachten voor werken voor de volgende stadions zijn gegund:

- NTC Poprad op 15 augustus 2014
- Voetbalstadion Bardejov op 24 februari 2015
- Voetbalstadion Zvolene op 20 mei 2015
- Voetbalstadion Podbrezová op 22 mei 2015

Rekening houdend met wat voorafgaat, kan ervan worden uitgegaan dat de huidige juridische situatie een onomkeerbaar proces is dat niet kan worden gewijzigd, ook niet in geval van [Or. 12] herbeoordeling door de raad van de toezichthoudende autoriteit, zodat de beoordeling van de gegrondheid van het besluit van de voornoemde raad een geschikt onderzoek van het algemeen en economische belang impliceert dat de voortzetting van de contractuele relatie rechtvaardigt, zoals verklaard in het akkoord dat op 22 mei 2013 tussen het ministerie van Onderwijs, Wetenschappen, Onderzoek en Sport, enerzijds, en de Slowaakse voetbalbond, anderzijds, is gesloten.”

- 24 Daarom wenst de Najvyšší súd met zijn laatste vraag te vernemen of de voorziening in rechte, die op nationaal niveau is uitgeoefend in het kader van de bescherming die het Unierecht toekent, doeltreffend is wanneer het voorwerp van de voorziening is verdwenen en de voortzetting van de openbare aanbestedingsprocedure of een nieuwe aanbestedingsprocedure wegens de uitvoering van de opdracht door de gekozen inschrijver onmogelijk is.

De verschillende bepalingen van richtlijn 89/665 (zoals artikel 1 en met name artikel 2) verplichten de lidstaten de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend beroep kan worden ingesteld.

- 25 Teneinde een juiste toepassing van het recht op een eerlijk proces (artikel 47 van het Handvest) te verzekeren, wenst de Najvyšší súd te vernemen of de situatie waarin de rechter moet oordelen over een door een uitgesloten inschrijver ingesteld beroep tegen het besluit van de nationale aanbestedende diensten, terwijl de uitvoering van de verschillende opdrachten bijna is beëindigd door de gekozen inschrijver of aan de gang is, een objectief beletsel is voor de voortzetting van de vordering in rechte die door de uitgesloten inschrijver is ingesteld.

- 26 Wegens de twijfels aangaande de uitlegging van het gemeenschapsrecht heeft de Najvyšší súd besloten de voornoemde prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen.

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 13]**

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 14]**

[OMISSIS]

[OMISSIS]