

Sag C-303/22**Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

9. maj 2022

Forelæggende ret:

Krajský soud v Brně (Den Tjekkiske Republik)

Afgørelse af:

5. maj 2022

Sagsøger:

CROSS Zlín a.s.

Sagsøgte:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

KENDELSE

Krajský soud v Brně (den regionale ret i Brno, Den Tjekkiske Republik) [...] har i sagen

sagsøger: **CROSS Zlín, a. s.**

[...]

mod

sagsøgte: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**

[...]

med deltagelse af: **Statutární město Brno**

[...]

om en appelsag til prøvelse af formanden for modpartens afgørelse 9. november 2020, sagsnummer ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

afsagt følgende kendelse:

I. Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende præjudicielle spørgsmål:

Er en tjekkisk retsforordning, som giver den ordregivende mulighed for at indgå en offentlig kontrakt inden der er blevet iværksat en appelsag ved den kompetente domstol til prøvelse af beslutningen om at udelukke en tilbudsgiver, som er truffet i anden instans af Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (myndigheden for konkurrencebeskyttelse, Den Tjekkiske Republik), forenelig med artikel 2, stk. 3, og artikel 2a, stk. 2, i direktiv 89/665/EØF i lyset af artikel 47 i Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder?

II. [...]

Begrundelse:**I. Hovedsagens genstand**

- 1 I den foreliggende sag indledte den ordregivende myndighed Statutární město Brno (statuarbyen Brno, Den Tjekkiske Republik) den 27. september 2019 et offentligt udbud om tildeling af en offentlig kontrakt med titlen »ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ« (udvidelse af funktionerne i trafiklyssystemets trafikkontrolcenter), som blev offentliggjort i Věstník veřejných zakázek (tidende for offentlige indkøb) under nr. Z2019–034002 og i Den Europæiske Unions Tidende under nr. 2019/S 190–461538. Formålet med den offentlige kontrakt var at udvide det eksisterende trafikkontrolcenter samt levering af tjenesteydelser bestående i at integrere alle den ordregivende myndigheds trafiklys til dette center, at integrere trafikkontrolcentret med DIC 2 Brno-systemet, at integrere trafikkontrolcentret med bykamarasystemet, at yde teknisk support, at oplære personale samt at levere løbende service. Den anslåede værdi af den offentlige kontrakt udgjorde 13 805 000 CZK eksklusiv moms.
- 2 Inden for den fastsatte frist modtog den ordregivende myndighed to tilbud på det offentlige udbud, navnlig sagsøgeren CROSS Zlín, a. s.' tilbud med den laveste tilbudte pris og Siemens Mobility, s. r. o.'s tilbud med den næstlaveste tilbudte pris. Den økonomiske fordel ved tilbuddene skulle ifølge udbudsmaterialet vurderes efter kriteriet om laveste tilbudspris. Ved meddelelse af 6. april 2020 udelukkede den ordregivende myndighed selskabet CROSS Zlín fra udbudsproceduren på grund af manglende opfyldelse af betingelserne for deltagelse i udbudsproceduren. Selskabet Siemens Mobility blev dernæst den 7. april 2020 valgt som entreprenør. Selskabet CROSS Zlín klagede over meddelelsen om udelukkelse af tilbuddet, som den ordregivende myndighed afviste ved beslutning af 4. maj 2020. Efterfølgende indgav selskabet CROSS Zlín en klage til Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (myndigheden for konkurrencebeskyttelse, herefter »konkurrencemyndigheden«) til prøvelse af den

ordregivende myndigheds adfærd og krævede, at meddelelsen om selskabets udelukkelse og om valget af selskabet Siemens Mobility som entreprenør blev ophævet. I den administrative procedure for konkurrencemyndigheden, blev der den 3. juli 2020 iværksat en midlertidig foranstaltning ex officio, som forbød den ordregivende myndighed at indgå en offentlig kontrakt indtil den administrative procedure fik retskraft. Ved beslutning af 5. september 2020 forkastede konkurrencemyndigheden klagen. Selskabet CROSS Zlín indgav en administrativ klage til prøvelse af beslutningen, som blev truffet i første instans, som formanden for konkurrencemyndigheden forkastede ved beslutning af 9. november 2020, og stadfæstede samtidig beslutningen truffet i første instans; formanden for konkurrencemyndighedens beslutning fik retskraft den 13. november 202[0]. Den 18. november 2020 indgik den ordregivende myndighed en offentlig kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

- 3 Den 13. januar 2021 iværksatte sagsøgeren CROSS Zlín en appel ved Krajský soud v Brně (den regionale ret i Brno) til prøvelse af beslutning truffet af formanden for modparten. Samtidig med appellen begærede sagsøgeren, at sagen fik opsættende virkning, og at der blev truffet midlertidige foranstaltninger med henblik på at forbyde den ordregivende myndighed i at indgå den offentlige kontrakt, subsidiært at forbyde opfyldelsen af kontrakten. Ved kendelse af 11. februar 2021 forkastede retten påstanden om opsættende virkning og afslog at træffe midlertidige foranstaltninger med den begrundelse, at eftersom kontrakten allerede var blevet indgået, ville det være uden genstand at forbyde den ordregivende myndighed i at indgå kontrakten. Selv hvis appellen blev taget til følge, og retten ville annullere formanden for modpartens beslutning, ville konkurrencemyndigheden fastslå, at det er uforholdsmæssigt at træffe afgørelse i sagen, efter at denne ville være hjemvist på grundlag af § 257, litra j), i zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (lov nr. 134/2016 om offentlige udbud, herefter »lov nr. 134/2016«), og ville således ikke længere tage sig af selve sagen. Det er rettens opfattelse, at den ordregivende myndighed ikke kan forhindres i at opfylde kontrakten, da der ikke var nogen retlig hindring for, at kontrakten kunne indgås på daværende tidspunkt (efter formanden for konkurrencemyndighedens beslutning blev endelig).
- 4 Ved skrivelse af 28. mart 2022 meddelte retten sagens parter, at den påtænkte at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse, og fastsatte en frist for at indgive bemærkninger til hensigten om at træffe denne foranstaltning. Den 8. april 2022 oplyste modparten retten om, at denne først vil komme med specifikke bemærkninger til denne hensigt i sagen om det præjudicielle spørgsmål, hvis en sådan sag bliver indledt. Sagsøgeren gjorde i sit standpunkt af 26. april 2022 opmærksom på, at denne ved indgivelsen af begæringen om midlertidige foranstaltninger uden held forsøgte at forhindre indgåelsen af den offentlige kontrakt, efter at modpartens beslutning var blevet endelig. Indgåelsen af offentlige kontrakter efter at modpartens beslutning er blevet endelig er en fast praksis hos de ordregivende myndigheder, som tilsidesætter den udelukkede tilbudsgivers ret til effektiv retsbeskyttelse og en retfærdig rettergang. Sagsøgeren modsatte sig derfor ikke indgivelsen af anmodningen om præjudiciel afgørelse.

Sagsøgeren gjorde imidlertid gældende, at dette problem ville kunne løses, hvis modparten i klageproceduren om den ordregivende myndigheds adfærd havde truffet en midlertidig foranstaltning indtil udløbet af fristen for at anlægge søgsmål til den administrative domstol. [...]

II. De nationale retsfor skrifter og EU-retsfor skrifter, som finder anvendelse

- 5 Det følger af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665/EØF, at medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne skade som følge af en påstået overtrædelse.
- 6 Det følger desuden af artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665/EØF, at når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.
- 7 Artikel 2a, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF fastsætter, at medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 3, omhandlede personer har tilstrækkelige frister, som sikrer effektiv mulighed for at klage over ordregivende myndigheders tildelingsbeslutninger, idet de vedtager de nødvendige bestemmelser, som opfylder mindstekravene i stk. 2 og i artikel 2c.
- 8 Det fremgår af artikel 2a, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF, at en kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, først kan finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages. Tilbudsgivere anses for at være berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længere kan blive genstand for klageprocedure.
- 9 I henhold til artikel 47, stk. 2, i Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, herefter »chartret om grundlæggende rettigheder«, har enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov. Enhver skal have mulighed for at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret.

- 10 Beskyttelsen mod den ordregivende myndigheds ulovlige adfærd er reguleret i national ret i del 13 i lov nr. 134/2016. Klager over den ordregivende myndigheds adfærd kan indgives inden for en frist på 15 dage fra det tidspunkt, hvor klageren er blevet bekendt med den ordregivende myndigheds tilsidesættelse af loven (lovens §§ 241 og 242).
- 11 I henhold til § 245, stk. 1, i lov nr. 134/2016 sender den ordregivende myndighed beslutningen om klagen til klageren inden for en frist på 15 dage efter modtagelsen af klagen. I beslutningen angives, om klagen tages til følge eller om den forkastes; en væsentlig del af beslutningen er begrundelsen, hvori den ordregivende myndighed detaljeret og på en forståelig måde skal gøre rede for samtlige forhold, som klageren har fremført i sin klage. Hvis den ordregivende myndighed tager klagen til følge, skal den samtidig angive de afhjælpende foranstaltninger, den træffer.
- 12 Det følger dernæst af § 245, stk. 4, i lov nr. 134/2016, at såfremt den ordregivende myndighed forkaster klagen, skal klageren i beslutningen om klagen oplyses om muligheden for at indgive en klage til konkurrencemyndigheden inden for den frist, som er fastsat i § 251, stk. 2, til prøvelse af den ordregivende myndigheds adfærd samt om forpligtelsen til at forkynde en kopi af denne klage til den ordregivende myndighed inden for samme frist.
- 13 Det følger af § 246, stk. 1, i lov nr. 134/2016, at den ordregivende myndighed ikke kan indgå en kontrakt med en økonomisk aktør: a) inden udløbet af fristen for indgivelse af klager over beslutninger om udelukkelse af deltagere i udbudsproceduren, om valget af den økonomiske aktør eller over den frivillige meddelelse om hensigten om at indgå en kontrakt, b) indtil beslutningen om klagen er meddelt klageren, såfremt der er indgivet en klage, c) inden udløbet af fristen for at indgive en klage til prøvelse af den ordregivende myndigheds adfærd, såfremt myndigheden har forkastet den indgivne klage) inden for en frist på 60 dage efter påbegyndelsen af klageproceduren til prøvelse af den ordregivende myndigheds adfærd, såfremt klagen er indgivet rettidigt; den ordregivende myndighed kan dog indgå en kontrakt inden udløbet af denne frist, hvis konkurrencemyndigheden har afvist klagen eller at det i den administrative procedure fastslås, at det er ufornuddent at træffe afgørelse, og at beslutningen i sagen således bliver endelig. I henhold til stk. 2 i denne bestemmelse kan den ordregivende myndighed heller ikke indgå en kontrakt med en økonomisk aktør inden for en frist på 60 dage fra tidspunktet for indledningen af proceduren for prøvelsen af den ordregivende myndigheds adfærd, såfremt konkurrencemyndigheden har indledt en sådan procedure ex officio; den ordregivende myndighed kan imidlertid indgå en kontrakt inden udløbet af denne frist, såfremt der i den administrative procedure fastslås, at det er ufornuddent at træffe afgørelse, og at beslutningen i sagen således bliver endelig.
- 14 Det fremgår af § 254, stk. 1, i lov nr. 134/2016, at en anmodning om nedlæggelse af et forbud mod en offentlig kontrakts opfyldelse kan indgives af en tilbudsgiver, som påstår, at den ordregivende myndighed har indgået kontrakten: a) uden

forudgående offentliggørelse [...], b) til trods for forbuddet mod dens indgåelse i henhold til denne lov eller midlertidige foranstaltninger, c) ved at foretage handlinger uden for rammerne af udbudsproceduren, [...], eller d) ved at foretage handlinger i henhold til § 135, stk. 3, eller § 141, stk. 4 [...].

- 15 Det følger af § 264, stk. 1, i lov nr. 134/2016, at konkurrencemyndigheden i procedurer, som er indledt i henhold til § 254, forbyder den ordregivende myndighed i at opfylde kontrakten, hvis den offentlige kontrakt eller rammeaftalen er blevet indgået i henhold til proceduren fastsat i § 254, stk. 1. Det antages, at en kontrakt, som konkurrencemyndigheden har nedlagt forbud mod at blive opfyldt, er ugyldig fra dens indgåelse uden at det er nødvendigt at indlede proceduren i henhold til stk. 3. Det følger endvidere af stk. 2, i den nævnte regulering, at en offentlig kontrakt kun bliver ugyldig henset til dens tilsidesættelse af loven i tilfælde, hvor konkurrencemyndigheden forbyder dens opfyldelse i henhold til stk. 1. Dette påvirker ikke ugyldighed af andre årsager.
- 16 I henhold til § 257, litra j), i lov nr. 134/2016 kan konkurrencemyndigheden ved kendelse fastslå, at det er fornødent at træffe afgørelse i den indledte procedure, hvis den ordregivende myndighed under den administrative procedure har indgået en kontrakt om opfyldelse af genstanden for den pågældende offentlige kontrakt.
- 17 Ifølge § 61 i zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (lov nr. 500/2004 om forvaltningsproceduren, herefter »lov nr. 500/2004«) kan den administrative myndighed under sagsbehandlingen ex officio eller efter begæring fra en deltager træffe afgørelse om en midlertidig foranstaltning, hvis det er nødvendigt for midlertidigt at afhjælpe de berørte parter situation [...]. En midlertidig foranstaltning kan have til formål at pålægge deltageren eller en anden person at foretage sig noget, afholde sig fra noget eller at tåle noget, samt at beslaglægge ting, som kan tjene som bevis, eller ting, som kan være genstand for tvangsfuldbyrdelse (stk. 1). En afgørelse om en deltagers begæring om midlertidige foranstaltninger skal træffes inden for en frist på 10 dage. Beslutningen meddeles kun til den, beslutningen vedrører, og eventuelt også til den deltager, der har anmodet om den midlertidige foranstaltning. En klage over afgørelsen om at træffe midlertidige foranstaltninger har ikke opsættende virkning; det er kun deltageren, som beslutningen er meddelt til, som kan indgive klagen (stk. 2). Den administrative myndighed ophæver den midlertidige foranstaltning ved afgørelse, så snart årsagen til, at den er truffet, er bortfaldet. Såfremt dette ikke sker, bortfalder den midlertidige foranstaltning på det tidspunkt, hvor beslutningen i den pågældende sag er blevet eksigibel eller er begyndt at afføde andre retsvirkninger (stk. 3)
- 18 Det følger af § 38 zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (lov nr. 150/2002 om forvaltningspleje, herefter »lov nr. 150/2002«), at såfremt der er iværksat en appel og det er nødvendigt midlertidigt at regulere deltagernes forhold på grund af den overhængende fare for en alvorlig skade, kan retten ved kendelse efter begæring træffe midlertidige foranstaltninger, som pålægger deltagerne at foretage sig noget, afholde sig fra noget eller at tåle noget. Af samme grunde kan retten også

pålægge tredjemand en sådan forpligtelse, hvis det med rimelighed kan forlanges af den pågældende (stk. 1). Om nødvendigt anmoder retten de øvrige deltagere om at komme med bemærkninger til begæringen om midlertidige foranstaltninger (stk. 2). Retten træffer afgørelse i sagen om begæring om midlertidige foranstaltninger uden unødigt ophold; hvis der ikke er nogen risiko forbundet med en længere behandling af begæringen, træffer retten afgørelse inden 30 dage efter indgivelsen heraf. En kendelse om begæring om midlertidige foranstaltninger skal altid være begrundet (stk. 3). Retten kan ophæve eller omgøre en kendelse om en midlertidig foranstaltning hvis forholdene ændrer sig, selv om der ikke er indgivet begæring herom. Den midlertidige foranstaltning bortfalder senest den dag, hvor den afgørelse, der er truffet af den ret, der afslutter sagen, bliver eksigibel (stk. 4)

- 19 I henhold til § 72, stk. 1, i lov nr. 150/2002 kan en appel iværksættes inden for to måneder fra det tidspunkt, hvor beslutningen er blevet meddelt den appellerende part ved udlevering af en genpart heraf eller i øvrigt fastsat i loven, medmindre der i en særlov er fastsat en anden frist.
- 20 Det fremgår af § 78, stk. 1, i lov nr. 150/2002, at såfremt der gives medhold i appellen, skal retten annullere den anfægtede beslutning på grund af dens ulovlighed eller procedurefejl. Retten annullerer også den anfægtede beslutning henset til dens ulovlighed, hvis den finder, at den administrative myndighed har overskredet de lovbestemte grænser for administrativt skøn, eller har misbrugt dem. Stk. 4 bestemmer endvidere, at retten ved at annullere beslutningen samtidig hjemviser sagen til fornyet behandling ved modparten.

III. Bedømmelse

- 21 I den foreliggende sag er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt den tjekkiske lovgivning, som giver den ordregivende myndighed mulighed for at indgå offentlige kontrakter, inden der er foretaget en domstolsprøvelse af konkurrencemyndighedens beslutning om en administrativ klage og eventuelt inden retten når at træffe afgørelse om anvendelsen af en midlertidig foranstaltning, som forbyder den ordregivende myndighed at indgå kontrakten inden afgørelsen i appelsagen er blevet endelig, er i overensstemmelse med kravene i direktiv 89/665/EØF samt kravet om at sikre en effektiv domstolsprøvelse, som omhandlet i chartrets artikel 47.
- 22 Når en offentlig udbudsprocedure fører til udelukkelse af en tilbudsgiver, som det er tilfældet i den foreliggende sag, gælder der en standstill-periode på 60 dage, mens den udelukkede tilbudsgivers klageprocedure ved konkurrencemyndigheden verserer, inden for hvilken det ikke er tilladt at indgå en offentlig kontrakt (§ 246, stk. 1, litra d), i lov nr. 134/2016). Konkurrencemyndigheden kan forlænge denne periode ved at iværksætte en midlertidig foranstaltning i henhold til § 61 i lov nr. 500/2004, der består i at forbyde den ordregivende myndighed at indgå en offentlig kontrakt, indtil konkurrencemyndighedens beslutning er blevet endelig. Den anvendte midlertidige foranstaltning bortfalder senest, når formanden for

konkurrencemyndighedens beslutning om den administrative klage bliver endelig. Når formanden for konkurrencemyndighedens beslutning om den administrative klage bliver endelig, er der intet til hinder for, at den ordregivende myndighed indgår en offentlig kontrakt. I forbindelse hermed opstår der ofte situationer, hvor den ordregivende myndighed indgår en offentlig kontrakt før der iværksættes en appel til prøvelse af formanden for konkurrencemyndighedens beslutning om den administrative klage. En appel kan iværksættes for den administrative domstol inden for to måneder fra det tidspunkt, hvor beslutningen, som er truffet i anden instans, er meddelt den appellerende part (§ 72, stk. 1, i lov nr. 150/2002), og kan kombineres med en begæring om midlertidige foranstaltninger, der består i at forbyde den ordregivende myndighed i at indgå en offentlig kontrakt under retssagen. Der kan ikke indgives en begæring om midlertidige foranstaltninger før en appel er blevet iværksat (§ 38 i lov nr. 150/2002).

- 23 Hvis der inden iværksættelsen af en appel kombineret med en begæring om midlertidige foranstaltninger indgås en offentlig kontrakt, kan retten i henhold til fast retspraksis ikke længere anvende midlertidige foranstaltninger, da der i en sådan situation ikke længere er behov for midlertidigt at regulere forholdet mellem deltagerne i sagen (jf. f.eks. kendelse truffet af Krajský soud v Brně (den regionale ret i Brno) af 26. november 2020, sagsnummer 30 Af 66/2020–88). Såfremt det fastslås, at konkurrencemyndigheden har foretaget en fejlagtig vurdering af lovligheden af udelukkelsen af en tilbudsgiver, annullerer retten konkurrencemyndighedens beslutning henset til dens ulovlighed, og hjemsender sagen til fornyet behandling (§ 78, stk. 1 og 4, i lov nr. 150/2002). Hvis en offentlig kontrakt imidlertid er blevet indgået på et tidligere tidspunkt, foretager konkurrencemyndigheden efter at have fået sagen hjemsendt til fornyet behandling ikke en fornyet prøvelse af realiteten i klagesagen om den ordregivende myndigheds adfærd for så vidt angår rettens opfattelse, men fastslår, at det er ufornuddent at træffe afgørelse i klagesagen i henhold til § 257, litra j), i lov nr. 134/2016. Der kan således opstå en situation, hvor retten tager den udelukkede deltagers argumentation om, at den ordregivende myndigheds udelukkelse af deltageren var i strid med loven, til følge, og annullerer beslutningen truffet i anden instans af konkurrencemyndigheden henset til dennes ulovlighed, og til trods herfor vil den udelukkede deltager ikke have mulighed for at opnå den offentlige kontrakt, da der i mellemtiden, mellem konkurrencemyndighedens endelige beslutning om den administrative klage og rettens potentielle afgørelse om anvendelsen af midlertidige foranstaltninger under retssagen, er blevet indgået en offentlig kontrakt. I henhold til tjekkisk ret har en sådan tilbudsgiver således alene ret til at kræve erstatning for den skade, der er forårsaget af den ordregivende myndigheds ulovlige adfærd, i en civil retssag i henhold til zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (lov nr. 99/1963, den civile retsplejelov). I en sag om skadeserstatning vil en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet udelukket fra en offentlig udbudsprocedure, dog kun opnå et positivt resultat, hvis det kan bevises, at: 1) den ordregivende myndighed har handlet i strid med loven, 2) der er opstået en skade, 3) der er årsagssammenhæng mellem skadevolderens ulovlige adfærd og den opståede skade, og om nødvendigt også 4) skadevolderens er skyldig i henhold til § 2911 zákon č. 89/2012 Sb., občanský

zákoník (lov nr. 89/2012, civillovbogen) (med henvisning til Den Europæiske Unions Domstols, herefter »Domstolens«, dom af 30.10.2010, Strabag m.fl., sag C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567, bør det dog fastslås, at den ordregivende myndighed i tilfælde af overtrædelse af lov om offentlige kontrakter være ansvarlig for en sådan skade uden videre). I praksis er det undertiden vanskeligt for en tilbudsgiver, der ulovligt er blevet udelukket fra en offentlig udbudsprocedure, at påvise en faktisk skade og en årsagssammenhæng mellem den ordregivende myndigheds ulovlige adfærd og skaden. Det er således ikke tilstrækkeligt blot at påvise, at der kan foreligge et tab, som er forårsaget af den ordregivende myndigheds ulovlige adfærd, men den faktiske opståen af skaden og årsagssammenhængen skal kunne fastslås med sikkerhed.

- 24 I henhold til tjekkisk ret er konkurrencemyndigheden »klageinstans« som omhandlet i direktiv 89/665/EØF. Dette fremgår også af reglen i § 246 i lov nr. 134/2016, hvori det fastslås inden for hvilke frister, det er forbudt den ordregivende myndighed at indgå en kontrakt under proceduren for konkurrencemyndigheden. Konkurrencemyndigheden kan dog ikke anses for at være en uafhængig og upartisk domstol, der er oprettet ved lov, som omhandlet i i chartrets artikel 47.
- 25 Domstolen fastslog ved dom af 21.12.2021, Randstad Italia, sag C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, præmis 73, at artikel 2a, stk. 2, i direktiv 89/665/EØF skal fortolkes i lyset af chartrets artikel 47, stk. 2. Ifølge Domstolen skal udtrykket »uafhængig klageinstans« under disse omstændigheder som omhandlet i artikel 2a, stk. 2, i direktiv 89/665/EØF med henblik på at afgøre, om udelukkelsen af en tilbudsgiver er blevet endelig, forstås således, at det henviser til en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov, som omhandlet i chartrets artikel 47.
- 26 Behovet for at fortolke udtrykket »uafhængig klageinstans« i lyset af i chartrets artikel 47 ses også i Domstolens dom af 15.9.2016, Star Storage, forenede sager C-439/14 og C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688, som både vedrørte fortolkningen af direktiv 89/665/EØF såvel som Rådets direktiv 92/13/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Det fremgår af denne doms præmis 41, at formålet med direktivet er at sikre, »at der findes effektive klagemuligheder i alle medlemsstaterne med henblik på at sikre en effektiv anvendelse af EU-reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør«. Ifølge Domstolen skal »de ansøgere og tilbudsgivere, der bebyrdes af de ordregivende myndigheders beslutninger, skal [medlemsstaterne] derfor sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, som er fastsat i chartrets artikel 47« (jf. præmis 46).
- 27 Hvis princippet om, at en »uafhængig klageinstans« i henhold til artikel 2a, stk. 2, alternativt i henhold til artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665/EØF, indebærer, at der skal være tale om en uafhængig domstol, vil tjekkisk ret, der muliggør indgåelsen

af en offentlig kontrakt straks efter, at formanden for konkurrencemyndighedens beslutning om den administrative klage er blevet endelig, og dermed inden indledningen af et søgsmål ved en domstol, der er oprettet ved lov i henhold til i chartrets artikel 47, være uforenelig med artikel 2a, stk. 2, i direktiv 89/665/EØF, og vil ikke sikre, at tilbudsgivere, der er blevet udelukket fra proceduren for tildeling af en offentlig kontrakt, har adgang til en effektiv domstolsprøvelse. Kravet om at sikre en effektiv domstolsbeskyttelse, der er fastsat i chartrets artikel 47, bekræftes såvel af præmis 58-57 i den ovenfor nævnte Randstad-dom, som af Domstolens dom af 17.7.2014, Sánchez Morcillo og Abril García, sag C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, præmis 35–36.

- 28 Vurderingen af, om national ret er i overensstemmelse med kravene i direktiv 89/665/EØF har afgørende betydning for domstolsprøvelsen af lovligheden af beslutningen, som er anfægtet ved appellen. Hvis Domstolen finder, at den tjekkiske lovgiver ikke har gennemført direktivet i tilstrækkeligt omfang, er det den forelæggende rets vurdering, at såfremt det fastslås, at den anfægtede beslutning er ulovlig, bør den i sin dom binde konkurrencemyndigheden til en retlige bedømmelse, hvilket vil medføre, at konkurrencemyndigheden vil skulle undlade at anvende de bestemmelser i national ret, som har ført til overtrædelsen (jf. Domstolens dom af 18.5.2021, Asociația »Forumul Judecătorilor din România«, de forenede sager C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 og C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, præmis 250-251). I den foreliggende sag synes den eneste rimelige konsekvens, som respekterer princippet om effektiv domstolsprøvelse, at være, at konkurrencemyndigheden, efter at dens beslutning er blevet annulleret i retssagen vedrørende dens ulovlighed, og efter at sagen er blevet hjemsendt til fornyet behandling, undlader at anvende bestemmelserne om muligheden for at fastslå, at det er uforholdt at træffe afgørelse henset til indgåelsen af en offentlig kontrakt i henhold til § 257, litra j), i lov nr. 134/2016, men at fastslå, at kontrakten, som er indgået inden iværksættelsen af appellen, er ugyldig, og at forbyde dens opfyldelse under henvisning til § 254, stk. 1, litra b), sammenholdt med § 264, stk. 1, og 2, i lov nr. 134/2016, analogt. Dernæst burde konkurrencemyndigheden foretage en fornyet prøvelse af lovligheden af tilbudsgiverens udelukkelse på linje med rettens bindende retlige bedømmelse. På denne måde bevarer tilbudsgiveren muligheden for at vinde den offentlige udbudsprocedure.

IV. Konklusion

29 [...]

30 [...]

31 [...]

[...]