

Zaak C-303/22

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

9 mei 2022

Verwijzende rechter:

Krajský soud v Brně (Tsjechië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 mei 2022

Verzoekende partij:

CROSS Zlín a.s.

Verwerende partij:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

BESLISSING

De Krajský soud v Brně (rechter in eerste aanleg Brno, Tsjechië; hierna: „Krajský soud”) [...] heeft in de zaak van

CROSS Zlín, a.s., verzoekster

[...]

tegen

de **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** (Tsjechische mededingingsautoriteit; hierna ook: „Bureau”), verweerster,

[...]

in tegenwoordigheid van de **Statutární město Brno** (statutaire stad Brno, Tsjechië)

[...]

betreffende het beroep tegen het besluit van de president van verweerster van 9 november 2020, zaaknummer ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

beslist:

I. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

Is de Tsjechische wettelijke regeling krachtens welke een aanbestedende dienst een overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan sluiten voordat beroep is ingesteld bij de rechter die bevoegd is om na te gaan of een door de Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Tsjechische mededingingsautoriteit) gegeven secundair besluit tot uitsluiting van een inschrijver rechtmatig is, verenigbaar met artikel 2, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665/EEG, uitgelegd in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie?

II. [...]

Motivering

I. Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

- 1 In de onderhavige zaak heeft de aanbestedende dienst, de Statutární město Brno, op 27 september 2019 een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven met het oog op de gunning van de overheidsopdracht met als titel „ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ” (uitbreiding van de functies van de verkeerslichtencentrale), die onder nr. Z2019–034002 in de Věstník veřejných zakázek (publicatieblad voor overheidsopdrachten) en onder nr. 2019/S 190–461538 in het Publicatieblad van de Europese Unie is bekendgemaakt. De overheidsopdracht betrof de uitbreiding van de bestaande verkeerscentrale en de verlening van diensten bestaande in de aansluiting van alle verkeerslichten van de aanbestedende dienst op deze centrale, de aansluiting van de verkeerscentrale op het systeem DIC 2 Brno, de aansluiting van de verkeerscentrale op het stedelijke camerasysteem, het bieden van technische bijstand, de opleiding van operatoren en de verrichting van permanent onderhoud. De geraamde waarde van de overheidsopdracht bedroeg 13 805 000,00 Tsjechische kroon (CZK) exclusief belasting over de toegevoegde waarde.
- 2 Binnen de gestelde termijn heeft de aanbestedende dienst twee inschrijvingen op de overheidsopdracht ontvangen, te weten die van verzoekster CROSS Zlín, a. s., die de laagste biedprijs bevatte, en die van Siemens Mobility, s. r. o., die de op een na laagste biedprijs bevatte. Volgens de aanbestedingsdocumenten diende de economische voordeligheid van de inschrijvingen te worden beoordeeld aan de hand van het criterium van de laagste biedprijs. Bij mededeling van 6 april 2020 heeft de aanbestedende dienst de vennootschap CROSS Zlín van de procedure

uitgesloten op grond dat zij niet voldeed aan de voorwaarden voor deelname aan de aanbesteding. Vervolgens is op 7 april 2020 de vennootschap Siemens Mobility als contractant geselecteerd. CROSS Zlín heeft tegen de mededeling van uitsluiting van haar inschrijving een klacht ingediend, maar deze klacht is bij besluit van 4 mei 2020 door de aanbestedende dienst afgewezen. Vervolgens is CROSS Zlín bij het Bureau tegen de handeling van de aanbestedende dienst opgekomen en heeft zij verzocht om intrekking van de mededeling inzake haar uitsluiting en de selectie van Siemens Mobility als contractant. In de bestuurlijke procedure die op 3 juli 2020 bij het Bureau aanhangig was, is ambtshalve een voorlopige maatregel toegepast waarbij het de aanbestedende dienst werd verboden om tot aan de definitieve beëindiging van de bestuurlijke procedure een overeenkomst inzake de overheidsopdracht te sluiten. Bij besluit van 5 augustus 2020 heeft het Bureau het administratief beroep afgewezen. CROSS Zlín heeft tegen het primaire besluit een bestuurlijk rechtsmiddel (rozklad) ingesteld, maar dit is door de president van het Bureau afgewezen bij besluit van 9 november 2020, waarbij tegelijkertijd het primaire besluit is bevestigd; het besluit van de president van het Bureau is op 13 november 2020 definitief geworden. Op 18 november 2020 heeft de aanbestedende dienst met de geselecteerde inschrijver een overeenkomst inzake de overheidsopdracht gesloten.

- 3 Op 13 januari 2021 heeft CROSS Zlín tegen het besluit van de president van het Bureau beroep ingesteld bij de Krajský soud. Gelijktijdig met de instelling van het beroep heeft verzoekster verzocht schorsende werking aan dit beroep te verlenen en een voorlopige maatregel toe te passen teneinde de aanbestedende dienst te verbieden de overeenkomst inzake de overheidsopdracht te sluiten en, subsidiair, de uitvoering van de gesloten overeenkomst te verbieden. Bij beslissing van 11 februari 2021 heeft de rechter het verzoek om schorsende werking aan het beroep te verlenen en een voorlopige maatregel op te leggen afgewezen op grond dat, aangezien de overeenkomst reeds was gesloten, het aan de aanbestedende dienst op te leggen verbod om een overeenkomst te sluiten zonder voorwerp was. Zelfs indien het beroep zou zijn toegewezen en de rechter het besluit van de president van verweerster nietig zou hebben verklaard, zou het Bureau, nadat de zaak naar het Bureau was terugverwezen, de procedure hebben beëindigd onder verwijzing naar § 257, onder j), van de zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (wet nr. 134/2016 inzake de gunning van overheidsopdrachten; hierna: „wet nr. 134/2016”) en zich niet meer met de zaak hebben beziggehouden. De rechter was van oordeel dat de aanbestedende dienst evenmin kon worden verboden de gesloten overeenkomst uit te voeren, aangezien er op dat ogenblik (na het definitief worden van het besluit van de president van het Bureau) geen enkele juridische belemmering was die aan de sluiting van de overeenkomst in de weg stond.
- 4 Bij brief van 28 maart 2022 heeft de rechter aan de deelnemers aan de procedure meegedeeld dat hij overwoog om een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen en heeft hij hun een termijn gegeven om op dit voornemen te reageren. Verweerster heeft op 8 april 2022 aan de rechter meegedeeld dat zij pas in het kader van de eventuele prejudiciële procedure gedetailleerd op dit voornemen zou

reageren. Verzoekster heeft er in haar conclusie van 26 april 2022 op gewezen dat zij met de indiening van een verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel tevergeefs heeft getracht te voorkomen dat een overeenkomst inzake de overheidsopdracht zou worden gesloten nadat het besluit van verweerster definitief was geworden. Het sluiten van overeenkomsten inzake overheidsopdrachten nadat een besluit van verweerster definitief is geworden is een vaste praktijk van de aanbestedende diensten en maakt inbreuk op het recht van een uitgesloten inschrijver op effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces. Verzoekster heeft zich derhalve niet tegen de indiening van het verzoek om een prejudiciële beslissing verzet. Zij heeft evenwel aangevoerd dat dit probleem kan worden opgelost indien verweerster in het kader van de procedure van het administratief beroep tegen de handeling van de aanbestedende dienst een voorlopige maatregel oplegt totdat de termijn voor het instellen van beroep bij de bestuursrechter is verstreken. [...]

II. Toepasselijke bepalingen van Unierecht en nationaal recht

- 5 Overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG dragen de lidstaten er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.
- 6 Uit artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG volgt voorts dat, wanneer bij een instantie van eerste aanleg, die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, een beroep wordt ingesteld aangaande een besluit tot gunning van een opdracht, de lidstaten ervoor zorgen dat de aanbestedende dienst de overeenkomst niet kan sluiten voordat de beroepsinstantie een besluit heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen of het beroep. De opschorting eindigt niet voordat de in artikel 2 bis, lid 2, en artikel 2 quinquies, leden 4 en 5, bedoelde opschortende termijn is verstreken.
- 7 Artikel 2 bis, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de in artikel 1, lid 3, bedoelde personen over voldoende tijd beschikken om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten tot gunning van een opdracht, door de noodzakelijke bepalingen vast te stellen die voldoen aan de in lid 2 van het dit artikel en in artikel 2 quater bepaalde minimumvoorwaarden.
- 8 Overeenkomstig artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665/EEG kan het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning van een onder richtlijn 2014/24/EU of richtlijn 2014/23/EU vallende opdracht niet geschieden vóór het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht per faxbericht of langs elektronische weg aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, vóór het verstrijken

van een termijn van hetzij ten minste 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden, of, hetzij van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen. Inschrijvers worden geacht bij de procedure betrokken te zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. De uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en wanneer de uitsluiting [rechtmatig] is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.

- 9 Volgens artikel 47, tweede alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) heeft eenieder 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.
- 10 De bescherming tegen onregelmatige handelingen van een aanbestedende dienst is in de nationale wetgeving geregeld in deel 13 van wet nr. 134/2016. Tegen een handeling van een aanbestedende dienst kan een klacht worden ingediend binnen 15 dagen na de datum waarop de klagende partij van de door de aanbestedende dienst gepleegde inbreuk op de wet kennis heeft gekregen (§§ 241 en 242 van de wet).
- 11 Overeenkomstig § 245, lid 1, van wet nr. 134/2016 stelt de aanbestedende dienst de klager binnen 15 dagen na de datum van betekening van de klacht in kennis van zijn besluit op die klacht. In zijn besluit geeft de dienst aan of hij de klacht toewijst of afwijst; het besluit bevat een motivering waarin de aanbestedende dienst op gedetailleerde en begrijpelijke wijze ingaat op alle omstandigheden die de klager in zijn klacht aanvoert. Indien de aanbestedende dienst de klacht toewijst, geeft hij in zijn besluit tevens te kennen welke corrigerende maatregelen hij zal treffen.
- 12 Voorts volgt uit § 245, lid 4, van wet nr. 134/2016 dat indien de aanbestedende dienst de klacht afwijst, hij de klager in zijn besluit op de klacht in kennis stelt van de mogelijkheid om binnen de in § 251, lid 2, gestelde termijn bij het Bureau op te komen tegen de handeling van de aanbestedende dienst en van de verplichting om binnen diezelfde termijn een afschrift van het beroepschrift aan de aanbestedende dienst te doen toekomen.
- 13 In § 246, lid 1, van wet nr. 134/2016 is bepaald dat de aanbestedende dienst geen overeenkomst met een contractant mag sluiten: a) vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van een klacht tegen een besluit tot uitsluiting van een deelnemer aan de procedure tot het gunnen van de betreffende overheidsopdracht of het selecteren van een contractant of tegen de vrijwillige bekendmaking van zijn voornemen om een dergelijke overeenkomst te sluiten, b) vóór het besluit op de klacht ter kennis van de klager is gebracht, indien een klacht is ingediend, c)

vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van administratief beroep tegen de handeling van de aanbestedende dienst, indien deze de ingediende klacht heeft afgewezen, d) binnen 60 dagen na de aanvang van de procedure inzake het administratief beroep tegen de handeling van de aanbestedende dienst, indien het beroepschrift tijdig is ingediend; de aanbestedende dienst kan evenwel vóór het verstrijken van deze termijn een overeenkomst sluiten indien het Bureau het administratief beroep heeft verworpen of indien de bestuurlijke procedure betreffende het administratief beroep is beëindigd en het besluit dienaangaande definitief is geworden. Voorts mag de aanbestedende dienst overeenkomstig lid 2 van deze paragraaf geen overeenkomst met een contractant sluiten binnen 60 dagen na de datum waarop een controleprocedure met betrekking tot de handeling van de aanbestedende dienst is ingeleid, indien deze procedure ambtshalve door het Bureau is ingeleid; de aanbestedende dienst kan evenwel ook een overeenkomst sluiten voordat de termijn is verstreken, indien de bestuurlijke procedure is beëindigd en het besluit dienaangaande definitief is geworden.

- 14 Uit § 254, lid 1, van wet nr. 134/2016 volgt dat een verzoek tot oplegging van een verbod op het uitvoeren van een overeenkomst inzake van een overheidsopdracht kan worden ingediend door een inschrijver die betoogt dat de aanbestedende dienst de overeenkomst heeft gesloten: a) zonder voorafgaande aankondiging [...], b) ondanks een uit deze wet of uit de toegepaste voorlopige maatregelen voortvloeiend verbod op het sluiten van een dergelijke overeenkomst, c) buiten de procedure tot het gunnen van de betreffende overheidsopdracht om, [...] of d) overeenkomstig § 135, lid 3, of § 141, lid 4 [...].
- 15 In § 264, lid 1, van wet nr. 134/2016 is bepaald dat het Bureau in het kader van een procedure die overeenkomstig § 254 op verzoek is ingeleid, de aanbestedende dienst verbiedt de gesloten overeenkomst uit te voeren, indien de overeenkomst inzake de overheidsopdracht het raamcontract is gesloten volgens de procedure van § 254, lid 1. Een overeenkomst waarvan de uitvoering door het Bureau is verboden wordt geacht van meet af aan nietig te zijn, zonder dat een procedure overeenkomstig lid 3 vereist is. Voorts bepaalt lid 2 van de aangehaalde regeling dat een overeenkomst inzake een overheidsopdracht alleen nietig wordt wegens inbreuk op deze wet in gevallen waarin het Bureau de uitvoering ervan verbiedt overeenkomstig lid 1. Dit laat de ongeldigheid op andere gronden onverlet.
- 16 Overeenkomstig § 257, onder j), van wet nr. 134/2016 beëindigt het Bureau de ingeleide procedure bij besluit, indien de aanbestedende dienst in de loop van de bestuurlijke procedure een overeenkomst ter uitvoering van het voorwerp van de onderzochte overheidsopdracht heeft gesloten.
- 17 Overeenkomstig § 61 van de zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (wet nr. 500/2004, wetboek bestuursprocesrecht; hierna: „wet nr. 500/2004”) kan een bestuursorgaan in de loop van een procedure ambtshalve of op verzoek van een deelnemer bij besluit een voorlopige maatregel toepassen, indien dit noodzakelijk is om de situatie van de deelnemers aan de procedure tijdelijk te regelen [...]. Een voorlopige maatregel kan ertoe strekken een deelnemer of een andere persoon te

gelasten iets te doen, zich van iets te onthouden of zich iets te laten welgevalen, alsmede beslag te leggen op een zaak die als bewijsmiddel kan dienen of die vatbaar is voor executie (lid 1). Over het verzoek van de deelnemer tot het toepassen van een voorlopige maatregel wordt binnen 10 dagen een besluit gegeven. Het besluit wordt uitsluitend meegedeeld aan de betrokkene en eventueel ook aan een andere deelnemer die om een dergelijk besluit heeft verzocht. Het maken van bezwaar tegen een besluit tot het toepassen van een voorlopige maatregel heeft geen schorsende werking; bezwaar kan alleen worden gemaakt door een deelnemer aan wie het besluit is meegedeeld (lid 2). Het bestuursorgaan trekt de voorlopige maatregel bij besluit in zodra de reden waarom de maatregel is toegepast niet meer bestaat. Indien het orgaan dit niet doet, vervalt de voorlopige maatregel op de datum waarop het besluit dienaangaande uitvoerbaar is geworden of andere rechtsgevolgen is gaan sorteren (lid 3).

- 18 Uit § 38 van de zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (wet nr. 150/2002, wetboek bestuursrechtelijke procedure, hierna: „wet nr. 150/2002”) volgt dat, indien beroep is ingesteld en het wegens de dreiging van ernstige schade noodzakelijk is om de betrekkingen tussen de deelnemers tijdelijk te regelen, de daartoe aangezochte rechter bij beslissing een voorlopige maatregel kan toepassen waarbij de deelnemers wordt gelast iets te doen, zich van iets te onthouden of zich iets te laten welgevalen. Om dezelfde redenen kan een rechter een dergelijke verplichting tevens opleggen aan een derde, indien zulks redelijkerwijs van deze persoon kan worden verlangd (lid 1). Zo nodig verzoekt de rechter de andere deelnemers hun standpunt over het verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel kenbaar te maken (lid 2). De rechter beslist onverwijld over het verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel; indien geen risico bestaat dat de behandeling van het verzoek langer zal duren, beslist de rechter binnen 30 dagen na de datum van indiening ervan. Een beslissing inzake een verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel moet altijd met redenen worden omkleed (lid 3). De rechter kan zijn beslissing inzake de voorlopige maatregel intrekken of wijzigen indien de omstandigheden veranderen en kan dit ook doen zonder daarom te zijn verzocht. De voorlopige maatregel vervalt uiterlijk op de datum waarop de rechterlijke beslissing tot beëindiging van de procedure uitvoerbaar is geworden (lid 4).
- 19 Overeenkomstig § 72, lid 1, van wet nr. 150/2002 kan hoger beroep worden ingesteld binnen twee maanden na de datum waarop de beslissing ter kennis van de verzoekende partij is gebracht door middel van toezending van een afschrift ervan of op enige andere bij wet vastgestelde wijze, tenzij een bijzondere wet in een andere termijn voorziet.
- 20 Uit de bepaling van § 78, lid 1, van wet nr. 150/2002 volgt dat de rechter, indien het beroep gegrond is, het bestreden besluit nietig verklaart wegens de onwettigheid ervan of wegens schending van de procedurevoorschriften. De rechter vernietigt het bestreden besluit eveneens wegens de onwettigheid ervan, wanneer hij vaststelt dat de bestuurlijke autoriteit de grenzen van de haar bij wet verleende bestuurlijke bevoegdheden heeft overschreden of misbruikt. Voorts

bepaalt lid 4 dat de rechter bij de nietigverklaring van het besluit tegelijkertijd verklaart dat de zaak voor verdere afdoening naar de verwerende partij wordt terugverwezen.

III. Analyse van de prejudiciële vraag

- 21 In de onderhavige zaak is bij de verwijzende rechter twijfel gerezen over de vraag of de Tsjechische wettelijke regeling krachtens welke een aanbestedende dienst een overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan sluiten voordat er een gerechtelijke procedure ter toetsing van het besluit van het Bureau op een ingesteld bestuurlijk rechtsmiddel (rozklad) is ingeleid en, subsidiair, voordat de rechter zich heeft kunnen uitspreken over het toepassen van een voorlopige maatregel die de aanbestedende dienst verbiedt een overeenkomst te sluiten totdat de uitspraak op het ingestelde beroep definitief is geworden, voldoet aan de vereisten van richtlijn 89/665/EEG en aan het in artikel 47 van het Handvest neergelegde vereiste van effectief rechterlijk toezicht.
- 22 Indien, zoals het geval was in de onderhavige zaak, een inschrijver in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, geldt voor de duur van de bij het Bureau aanhangige procedure inzake het administratief beroep van de uitgesloten inschrijver een blokkeringstermijn van 60 dagen gedurende welke het niet is toegestaan een overeenkomst inzake de overheidsopdracht te sluiten [§ 246, lid 1, onder d), van wet 134/2016]. Het Bureau kan deze termijn verlengen door een voorlopige maatregel toe te passen overeenkomstig § 61 van wet nr. 500/2004. Een dergelijke maatregel bestaat erin de aanbestedende dienst te verbieden een overeenkomst inzake de overheidsopdracht te sluiten totdat het besluit van het Bureau betreffende het aangetekende administratief beroep definitief is geworden. De toegepaste voorlopige maatregel vervalt uiterlijk op het tijdstip waarop het besluit van de president van het Bureau betreffende het ingestelde bestuurlijke rechtsmiddel (rozklad) definitief is geworden. Wanneer het besluit van de president van het Bureau betreffende het bestuurlijke rechtsmiddel (rozklad) definitief is geworden, staat niets er nog aan in de weg dat de aanbestedende dienst een overeenkomst inzake de overheidsopdracht sluit. Bijgevolg doen zich vaak situaties voor waarin een aanbestedende dienst een overeenkomst inzake een overheidsopdracht sluit voordat bij de rechter beroep is ingesteld tegen het besluit van de president van het Bureau op een bestuurlijk rechtsmiddel (rozklad). Beroep kan bij de bestuursrechter worden ingesteld binnen twee maanden na de datum waarop het secundaire bestuurlijke besluit aan de verzoeker is betekend (§ 72, lid 1, van wet nr. 150/2002) en kan worden gecombineerd met een verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel waarbij de aanbestedende dienst voor de duur van de procedure voor de rechter wordt verboden een overeenkomst inzake de betreffende overheidsopdracht te sluiten. Een verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel kan niet worden ingediend voordat beroep is ingesteld (§ 38 van wet nr. 150/2002).

- 23 Indien een overeenkomst inzake de betreffende overheidsopdracht is gesloten alvorens beroep is ingesteld in combinatie met een verzoek om toepassing van een voorlopige maatregel, gelast de rechter volgens vaste rechtspraak niet meer dat er een voorlopige maatregel wordt toegepast, aangezien de betrekkingen tussen de deelnemers aan de procedure in een dergelijke situatie niet langer voorlopig hoeven te worden geregeld (zie bijvoorbeeld beslissing van de Krajský soud van 26 november 2020, zaaknummer 30 Af 66/2020-88). Indien wordt geoordeeld dat het Bureau de rechtmatigheid van de uitsluiting van een inschrijver onjuist heeft beoordeeld, verklaart de rechter het besluit van het Bureau nietig wegens de onrechtmatigheid ervan en verwijst hij de zaak voor verdere afdoening terug naar het Bureau (§ 78, leden 1 en 4, van wet nr. 150/2002). Indien reeds eerder een overeenkomst inzake de betreffende overheidsopdracht is gesloten, toetst het Bureau, nadat de rechter de zaak voor verdere afdoening naar het Bureau heeft terugverwezen, de gegrondheid van de klacht tegen de handeling van de aanbestedende dienst niet opnieuw overeenkomstig het standpunt van de rechter, maar beëindigt het de klachtprocedure op grond van § 257, onder j), van wet nr. 134/2016. Derhalve kan zich een situatie voordoen waarin de rechter instemt met het betoog van een uitgesloten inschrijver dat de handeling van de aanbestedende dienst waardoor hij is uitgesloten onrechtmatig was en de rechter het secundaire besluit van het Bureau nietig verklaart op grond van de onrechtmatigheid ervan, maar de uitgesloten inschrijver desondanks niet langer kans maakt op gunning van de betreffende overheidsopdracht, aangezien in de tussentijd, tussen het ogenblik waarop het besluit van het Bureau over het bestuurlijk rechtsmiddel (rozklad) definitief is geworden en de eventuele beslissing van de rechter om gedurende de gerechtelijke procedure een voorlopige maatregel toe te passen, een overeenkomst inzake de overheidsopdracht is gesloten. Volgens het Tsjechische recht kan een dergelijke inschrijver voor de schade die door de onrechtmatige handeling van de aanbestedende dienst is veroorzaakt derhalve alleen schadevergoeding vorderen in het kader van een procedure voor een civiele rechterlijke instantie overeenkomstig de zákon č. 99/1963 Sb., Občanský soudní řád (wet nr. 99/1963 houdende het wetboek van burgerlijke rechtsvordering). In het kader van een schadevergoedingsprocedure kan een inschrijver die op onrechtmatige wijze van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht is uitgesloten evenwel alleen een gunstige uitkomst voor zichzelf verkrijgen indien hij aantoont dat: 1) de gedraging van de aanbestedende dienst onrechtmatig was, 2) er schade is ontstaan, 3) er een causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging van de veroorzaker van de schade en het ontstaan ervan en, in voorkomend geval, tevens 4) de veroorzaker van de schade daar overeenkomstig § 2911 van de zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (wet nr. 89/2012, burgerlijk wetboek) schuld aan heeft (onder verwijzing naar het arrest van 30 oktober 2010, Strabag e.a., C-314/09, EU:C:2010:567, zij evenwel vastgesteld dat de aanbestedende dienst in het geval van vergoeding van schade die is veroorzaakt door een inbreuk op het aanbestedingsrecht van voren af aansprakelijk is voor dergelijke schade). In de praktijk is het voor een inschrijver die op onrechtmatige wijze van een aanbestedingsprocedure is uitgesloten vaak moeilijk om aan te tonen dat hij daadwerkelijk schade heeft

geleden en dat er een causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging van de aanbestedende dienst en het ontstaan van de schade. Het volstaat namelijk niet om enkel de mogelijkheid van het ontstaan van schade als gevolg van de onrechtmatige handeling van de aanbestedende dienst aan te tonen. Veeleer moeten het daadwerkelijke ontstaan van de schade en het oorzakelijke verband met zekerheid worden aangetoond.

- 24 De Tsjechische wetgeving beschouwt het Bureau als een „beroepsinstantie” in de zin van richtlijn 89/665/EEG. Dit volgt tevens uit de regeling van § 246 van wet nr. 134/2016, waarin de termijnen zijn vastgesteld waarbinnen het de aanbestedende dienst verboden is om in de loop van een procedure voor het Bureau een overeenkomst te sluiten. Het Bureau kan evenwel niet als een bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig gerecht in de zin van artikel 47 van het Handvest worden beschouwd.
- 25 Het Hof heeft in het arrest van 21 december 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, punt 73, uiteengezet dat artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665/EEG moet worden uitgelegd in het licht van artikel 47, tweede alinea, van het Handvest. Het Hof is van oordeel dat, om te bepalen of de uitsluiting van een inschrijver definitief is geworden, de woorden „onafhankelijke beroepsinstantie” in de zin van artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665/EEG in die omstandigheden aldus moeten worden begrepen dat daarmee wordt bedoeld op een vooraf bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig gerecht in de zin van artikel 47 van het Handvest.
- 26 De conclusie dat het begrip „onafhankelijke beroepsinstantie” moet worden uitgelegd in het licht van artikel 47 van het Handvest vloeit tevens voort uit het arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, gevoegde zaken C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, dat betrekking had op de uitlegging van zowel richtlijn 89/665/EEG als 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. In punt 41 van dit arrest is aangegeven dat de richtlijnen tot doel hebben te garanderen „dat in alle lidstaten doeltreffende voorzieningen in rechte beschikbaar zijn, teneinde een daadwerkelijke naleving van de voorschriften van de Unie inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt”. Naar het oordeel van het Hof dienen de lidstaten ten aanzien van de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers te waarborgen dat het in artikel 47 van het Handvest [neergelegde] recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht wordt geëerbiedigd (zie punt 46).
- 27 Indien het beginsel van toepassing is dat de „onafhankelijke beroepsinstantie” in de zin van artikel 2 bis, lid 2, en, subsidiair, van artikel 2, lid 3, van richtlijn

89/665/EEG een onafhankelijke rechterlijke instantie moet zijn, is de Tsjechische wettelijke regeling, krachtens welke een overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden gesloten wanneer het besluit van de president van het Bureau betreffende een ingesteld bestuurlijk rechtsmiddel (rozklad) definitief is geworden, en derhalve voordat de procedure voor een bij wet ingesteld gerecht in de zin van artikel 47 van het Handvest is ingeleid, in strijd met artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665/EEG en wordt ten aanzien van inschrijvers op overheidsopdrachten die van een aanbestedingsprocedure zijn uitgesloten geen effectieve rechterlijke toetsing gewaarborgd. Het in artikel 47 van het Handvest neergelegde vereiste van waarborging van een doeltreffende rechtsbescherming wordt bevestigd in zowel de punten 57-58 van het hierboven aangehaalde arrest *Randstad Italia* als bijvoorbeeld in het arrest van 17 juli 2014, *Sánchez Morcillo en Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, punten 35-36.

- 28 De beoordeling of de nationale wettelijke regeling voldoet aan de vereisten van richtlijn 89/665/EEG is van doorslaggevend belang voor het verloop van de rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van het besluit waartegen beroep is ingesteld. Indien het Hof oordeelt dat de Tsjechische wetgever de richtlijn in onvoldoende mate heeft omgezet, is de verwijzende rechter van oordeel dat hij, indien het bestreden besluit onrechtmatig wordt bevonden, het Bureau in zijn beslissing dient te binden aan de bindende rechtsopvatting krachtens welke het de bepalingen van nationaal recht die tot de inbreuk hebben geleid buiten toepassing moet laten (zie arrest van 18 mei 2021, *Asociația „Forumul Judecătorilor din România” e.a.*, gevoegde zaken C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 en C-397/19, EU:C:2021:393, punten 250-251). In de onderhavige zaak lijkt de enige redelijke consequentie die het beginsel van de doeltreffendheid van rechterlijke toetsing eerbiedigt erin te bestaan dat het Bureau, nadat zijn besluit in het kader van een gerechtelijke procedure nietig is verklaard wegens de onrechtmatigheid ervan en de zaak voor verdere afdoening is terugverwezen, geen toepassing geeft aan de regeling krachtens welke de procedure kan worden beëindigd omdat er een overeenkomst inzake de betreffende overheidsopdracht is gesloten overeenkomstig § 257, onder j), van wet nr. 134/2016, maar dat het de overeenkomst die is gesloten voordat beroep is ingesteld nietig acht en de tenuitvoerlegging ervan verbiedt onder overeenkomstige toepassing van § 254, lid 1, onder b), gelezen in samenhang met § 264, leden 1 en 2, van wet nr. 134/2016. Vervolgens dient het Bureau de rechtmatigheid van de uitsluiting van de inschrijver opnieuw te onderzoeken in overeenstemming met de rechtsopvatting van de rechter waardoor het is gebonden. Op deze wijze maakt de inschrijver in het kader van de aanbestedingsprocedure nog kans op gunning van de overheidsopdracht.

IV. Conclusie

29 [...]

30 [...]

31 [...]

[...]

WERKDOCUMENT