



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

18 januari 2024*

„Prejudiciële verwijzing – Beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken – Richtlijn 89/665/EEG – Toegang tot beroepsprocedures – Artikel 2, lid 3 en artikel 2 bis, lid 2 – Verplichting voor de lidstaten om te voorzien in een beroepsprocedure met opschortende werking – Beroepsinstantie in eerste aanleg – Beroep betreffende het besluit tot gunning van een opdracht – Artikel 2, lid 9 – Voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie die geen rechterlijke instantie is – Sluiting van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht vóór de instelling van beroep in rechte tegen een besluit van die instantie – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Effectieve rechterlijke bescherming”

In zaak C-303/22,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajský soud v Brně (rechter in eerste aanleg Brno, Tsjechië) bij beslissing van 5 mei 2022, ingekomen bij het Hof op 9 mei 2022, in de procedure

CROSS Zlín a.s.

tegen

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,

in tegenwoordigheid van:

Statutární město Brno,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: C. Lycourgos (rapporteur), kamerpresident, O. Spineanu-Matei, J.-C. Bonichot, S. Rodin en L. S. Rossi, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Lamote, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 25 mei 2023,

* Procestaal: Tsjechisch.

gelet op de opmerkingen van:

- CROSS Zlín a.s., vertegenwoordigd door M. Šimka en L. Vaculínová, advokáti,
- Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, vertegenwoordigd door P. Mlsna en I. Pospíšilíková als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door L. Halajová, M. Smolek en J. Vláčil als gemachtigden,
- de Cypriotische regering, vertegenwoordigd door N. Ioannou, D. Kalli en E. Zachariadou als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en G. Wils als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 september 2023,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2, 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 (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 (PB 2014, L 94, blz. 1) (hierna: „richtlijn 89/665”), alsook van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen CROSS Zlín a.s. en de Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (mededingingsautoriteit, Tsjechië; hierna: „ÚOHS”) over de bevestiging door de voorzitter van de ÚOHS van het feit dat het beroep wordt verworpen dat CROSS Zlín had ingesteld tegen het besluit van de Statutární město Brno (stad Brno, Tsjechië) om deze vennootschap uit te sluiten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor de uitbreiding van de functies van de verkeerslichtcentrale van die stad.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 De vijfde overweging van richtlijn 89/665 luidt:

„[...] de bevoegde beroepsinstanties [dienen], gelet op de korte duur van aanbestedingsprocedures, met name gerechtigd [...] te zijn om voorlopige maatregelen te nemen om de aanbestedingsprocedure of de uitvoering van besluiten die door de aanbestedende dienst zijn genomen, op te schorten; [...] de korte duur van de aanbestedingsprocedures [maakt] een spoedbehandeling van de hierboven bedoelde inbreuken noodzakelijk [...]”.

4 In de overwegingen 3, 4 en 36 van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2007, L 335, blz. 31) staat te lezen:

„(3) Uit de raadplegingen van belanghebbende partijen en de rechtspraak van het Hof van Justitie is een aantal zwakke punten gebleken ten aanzien van de bestaande beroepsmechanismen in de lidstaten. Als gevolg van deze zwakke punten maken de bij de richtlijnen 89/665/EEG en 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 (PB 1992, L 76, blz. 14)] ingestelde mechanismen het niet altijd mogelijk de naleving te verzekeren van de communautaire wetgeving, in het bijzonder in een stadium waarin de inbreuken nog ongedaan kunnen worden gemaakt. De door middel van die richtlijnen beoogde garanties inzake doorzichtigheid en niet-discriminatie moeten derhalve worden versterkt om ervoor te zorgen dat de Gemeenschap als geheel volledig profiteert van de positieve gevolgen van de bij de richtlijnen 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 (PB 2004, L 134, blz. 114)] en 2004/17/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1)] tot stand gebrachte modernisering en vereenvoudiging van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. [...]

(4) Een van de gebleken zwakke punten is het ontbreken van een termijn om een doeltreffend beroep in te stellen tussen het besluit tot gunning van een opdracht en het sluiten van de desbetreffende overeenkomst. Dat leidt soms tot een zeer snelle ondertekening van de overeenkomst door aanbestedende diensten die de gevolgen van het betwiste gunningsbesluit onomkeerbaar willen maken. Om deze tekortkoming, die een ernstige belemmering vormt voor een doeltreffende rechtsbescherming van de betrokken inschrijvers – te weten, de inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten –, te verhelpen, dient te worden voorzien in een opschortende minimumtermijn gedurende welke de sluiting van de desbetreffende overeenkomst wordt opgeschort, ongeacht of die sluiting al dan niet geschiedt ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst.

[...]

(36) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name in het [Handvest] zijn erkend. Deze richtlijn beoogt met name de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest.”

5 Artikel 1 van richtlijn 89/665 heeft als opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures” en bepaalt:

„1. [...]

[...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU [van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65)] en richtlijn [2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1)] vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

3. De lidstaten dragen 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.

[...]

5. De lidstaten kunnen verlangen dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst. In dat geval zorgen de lidstaten ervoor dat de instelling van dit beroep resulteert in de onmiddellijke opschorting van de mogelijkheid om de overeenkomst te sluiten.

[...]

De in de eerste alinea bedoelde opschorting eindigt niet vóór het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst per faxbericht of langs elektronische weg een antwoord heeft verzonden, of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, voor het verstrijken van een termijn van hetzij ten minste 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst een antwoord heeft verzonden, hetzij ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop een antwoord is ontvangen.”

6 Artikel 2 van richtlijn 89/665, getiteld „Voorschriften voor beroepsprocedures”, luidt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

- a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;
- b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel 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 gunningsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

2. De in lid 1 en in de artikelen 2 quinquies en 2 sexies bedoelde bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures.

3. Wanneer bij een instantie in eerste aanleg, die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, een beroep wordt ingesteld aangaande een besluit tot gunning van een opdracht, zorgen de lidstaten ervoor 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.

4. Behalve zoals bepaald in lid 3 en in artikel 1, lid 5, behoeven de beroepsprocedures niet noodzakelijk een automatische opschortende werking te hebben voor de gunningsprocedures waarop zij betrekking hebben.

5. De lidstaten kunnen bepalen dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie rekening kan houden met de vermoedelijke gevolgen van voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsmede met het openbaar belang, en kan besluiten deze maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden kunnen zijn dan hun voordelen.

Een besluit om geen voorlopige maatregelen te nemen laat andere door de verzoeker ingeroepen rechten onverlet.

6. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is.

7. [...]

Voorts mag, behalve in gevallen waarin een besluit moet worden nietig verklaard voordat schadevergoeding wordt toegekend, een lidstaat bepalen dat na de overeenkomstig artikel 1, lid 5,

lid 3 van dit artikel of de artikelen 2 bis tot en met 2 septies tot stand gekomen sluiting van de overeenkomst de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een inbreuk schade heeft geleden.

[...]

9. Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen rechterlijke instanties zijn, worden hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed. Voorts moet in dat geval worden voorzien in procedures waarmee tegen de door de bevoegde beroepsinstantie genomen vermoedelijk onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een andere instantie die een rechterlijke instantie is in de zin van artikel [267 VWEU] en onafhankelijk is van de aanbestedende dienst en de beroepsinstantie.

[...]”

7 Artikel 2 bis („Opschortende termijn”) van deze richtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor 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.

2. Het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning van een onder richtlijn [2014/24] of richtlijn [2014/23] vallende opdracht kan 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 wettig is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.

[...]

De kennisgeving van het gunningsbesluit aan iedere betrokken inschrijver en gegadigde gaat vergezeld van:

- een samenvattende beschrijving van de relevante redenen [...], en
- een nauwkeurige omschrijving van de precieze opschortende termijn die overeenkomstig de bepalingen van nationaal recht ter uitvoering van dit lid van toepassing is.”

8 Artikel 2 quinquies van richtlijn 89/665, met als opschrift „Onverbindendheid”, luidt als volgt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van zulke onafhankelijke beroepsinstantie, in de volgende gevallen:

[...]

b) in het geval van een inbreuk op artikel 1, lid 5, artikel 2, lid 3, of artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn indien de inschrijver die beroep instelt, door deze inbreuk geen precontractuele rechtsmiddelen heeft kunnen doen gelden, zulks in combinatie met een inbreuk op richtlijn [2014/24] of richtlijn [2014/23], indien deze laatste inbreuk de kansen heeft beïnvloed van de inschrijver die beroep instelt, om de opdracht te krijgen;

[...]

2. De gevolgen van de onverbindendheid van een overeenkomst worden bepaald door het nationaal recht.

Het nationaal recht kan voorzien in vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen of in een beperking van de werking van de nietigverklaring tot de verbintenissen die nog moeten uitgevoerd worden. In dat laatste geval voorzien de lidstaten in de toepassing van andere sancties in de zin van artikel 2 sexies, lid 2.

[...]”

Tsjechisch recht

9 Uit de §§ 241 en 242 van zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (wet nr. 134/2016 inzake de gunning van overheidsopdrachten), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „wet nr. 134/2016”), blijkt dat tegen de procedure van de aanbestedende dienst een klacht kan worden ingediend binnen een termijn van 15 dagen te rekenen vanaf de datum waarop de klager kennis heeft gekregen van de door de aanbestedende dienst gepleegde inbreuk op de wet.

10 Overeenkomstig § 245, lid 1, van die wet stelt de aanbestedende dienst de klager binnen 15 dagen na de datum van ontvangst van de klacht in kennis van zijn besluit op die klacht, waarin hij aangeeft of hij deze toewijst dan wel 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.

11 Overeenkomstig § 245, lid 4, van wet nr. 134/2016 stelt de aanbestedende dienst, indien hij de klacht afwijst, de klager in zijn besluit op de klacht in kennis van de mogelijkheid om binnen de in § 251, lid 2, van die wet gestelde termijn bij de ÚOHS op te komen tegen de handelingen van de aanbestedende dienst en van de verplichting om binnen diezelfde termijn een afschrift van het verzoek tot inleiding van de procedure aan de aanbestedende dienst te doen toekomen.

- 12 § 246, lid 1, van wet nr. 134/2016 bepaalt dat de aanbestedende dienst geen overeenkomst met een leverancier mag sluiten:
- „(a) vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van een klacht tegen een besluit waarbij een deelnemer aan de procedure inzake de gunning van de overheidsopdracht wordt uitgesloten, waarbij de leverancier wordt geselecteerd of waarbij zijn voornemen om een dergelijke overeenkomst te sluiten vrijwillig wordt bekendgemaakt;
 - (b) totdat 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 een verzoek tot inleiding van de beroepsprocedure tegen de handelingen van de aanbestedende dienst, indien deze de ingediende klacht heeft afgewezen;
 - (d) binnen een termijn van 60 dagen na de inleiding van de beroepsprocedure tegen het besluit van de aanbestedende dienst, mits het verzoek om deze procedure in te leiden niet te laat is ingediend. De aanbestedende dienst kan de overeenkomst echter vóór het verstrijken van die termijn sluiten indien de ÚOHS het verzoek om herziening heeft afgewezen of de administratieve procedure betreffende het beroep is beëindigd en het besluit tot afwijzing of beëindiging in het kader van die administratieve procedure definitief is geworden.”
- 13 Krachtens § 246, lid 2, van deze wet kan de aanbestedende dienst een overeenkomst met een leverancier evenmin binnen een termijn van 60 dagen na de inleiding van de beroepsprocedure tegen de handelingen van de aanbestedende dienst sluiten indien de ÚOHS deze procedure ambtshalve inleidt. De aanbestedende dienst kan evenwel een overeenkomst sluiten binnen die termijn indien de administratieve procedure is beëindigd en het besluit in het kader van die administratieve procedure definitief is geworden.
- 14 Overeenkomstig § 254, lid 1, van die wet kan een verzoek om een verbod op het uitvoeren van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht worden ingediend door een inschrijver die betoogt dat de aanbestedende dienst de overeenkomst met name zonder voorafgaande aankondiging heeft gesloten, ondanks een uit deze wet of uit de toegepaste voorlopige maatregelen voortvloeiend verbod op het sluiten van een dergelijke overeenkomst, of op basis van een andere procedure dan de aanbestedingsprocedure.
- 15 § 257, onder j), van wet nr. 134/2016 bepaalt dat de ÚOHS de procedure bij beschikking beëindigt wanneer de aanbestedende dienst tijdens de administratieve procedure een overeenkomst voor de uitvoering van de onderzochte opdracht heeft gesloten.
- 16 § 264, lid 1, van die wet bepaalt dat de ÚOHS in het kader van een procedure die met een verzoek krachtens § 254 van die wet is ingeleid, de aanbestedende dienst verbiedt de gesloten overeenkomst uit te voeren indien de overeenkomst inzake de overheidsopdracht of het raamcontract is gesloten op de in § 254, lid 1, omschreven wijze. Een overeenkomst waarvan de uitvoering door de ÚOHS is verboden, wordt geacht ab initio nietig te zijn zonder dat een procedure overeenkomstig lid 3 vereist is. Volgens §264, lid 2, is een overeenkomst inzake de uitvoering van een overheidsopdracht wegens inbreuk op deze wet alleen nietig in gevallen waarin de ÚOHS de uitvoering ervan overeenkomstig §264, lid 1, verbiedt.

Hoofdinging en prejudiciële vraag

- 17 Op 27 september 2019 heeft de stad Brno een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht voor de uitbreiding van de functies van de verkeerslichtencentrale van die stad. De geraamde waarde van deze overheidsopdracht bedroeg 13 805 000 Tsjechische kronen (CZK) (ongeveer 560 000 EUR), exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw).
- 18 De stad Brno heeft als aanbestedende dienst twee inschrijvingen ontvangen, te weten die van CROSS Zlín, die het laagste bod bevatte, en die van Siemens Mobility, s.r.o. Bij mededeling van 6 april 2020 heeft de aanbestedende dienst CROSS Zlín van de procedure uitgesloten op grond dat zij niet voldeed aan de deelnemingsvoorwaarden. Op 7 april 2020 is de opdracht gegund aan Siemens Mobility.
- 19 CROSS Zlín heeft een klacht ingediend tegen die mededeling van uitsluiting van haar inschrijving, maar de aanbestedende dienst heeft deze klacht bij besluit van 4 mei 2020 afgewezen. CROSS Zlín heeft vervolgens bij de ÚOHS een verzoek tot herziening van de handelingen van de aanbestedende dienst ingediend, waarbij zij verzocht om die mededeling van uitsluiting en het besluit tot gunning van de betrokken opdracht aan Siemens Mobility nietig te verklaren.
- 20 In het kader van de administratieve procedure heeft de ÚOHS op 3 juli 2020 ambtshalve een voorlopige maatregel vastgesteld waarbij het de aanbestedende dienst werd verboden de betrokken overheidsopdracht te sluiten totdat deze administratieve procedure definitief was beëindigd.
- 21 Bij beslissing van 5 augustus 2020 heeft de ÚOHS het verzoek van CROSS Zlín afgewezen. CROSS Zlín heeft daarop tegen dit besluit bezwaar gemaakt, dat de voorzitter van de ÚOHS als administratieve instantie in tweede aanleg bij besluit van 9 november 2020 heeft afgewezen. Op 18 november 2020 heeft de aanbestedende dienst met Siemens Mobility de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht gesloten.
- 22 Op 13 januari 2021 heeft CROSS Zlín tegen dit besluit van de voorzitter van de ÚOHS beroep ingesteld bij de Krajský soud v Brně (rechter in eerste aanleg Brno, Tsjechië), de verwijzende rechter. Tegelijkertijd heeft CROSS Zlín verzocht om dat beroep opschortende werking te verlenen met betrekking tot de sluiting van de overeenkomst en de aanbestedende dienst bij voorlopige maatregel te verbieden die overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten of uit te voeren.
- 23 Op 11 februari 2021 heeft deze rechter dit verzoek afgewezen, in essentie op grond dat de betrokken aanbestedende dienst niet kan worden verboden om een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten wanneer die overeenkomst al is gesloten. Bij de huidige stand van het Tsjechische recht zou de ÚOHS namelijk ook in het geval dat een dergelijk beroep in rechte wordt toegewezen, het litigieuze besluit nietig wordt verklaard en de zaak naar haar wordt terugverwezen, de procedure op grond van § 257, onder j), van wet nr. 134/2016 beëindigen zonder deze zaak ten gronde te onderzoeken.
- 24 Evenzo heeft deze rechter geweigerd de aanbestedende dienst een verbod op de uitvoering van de overeenkomst op te leggen, aangezien de Tsjechische regeling zich niet verzet tegen de sluiting van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht nadat het besluit van de voorzitter van de ÚOHS in het kader van de administratieve procedure definitief is geworden.

- 25 In deze context betwijfelt de verwijzende rechter of richtlijn 89/665 en het uit artikel 47 van het Handvest voortvloeiende vereiste om een doeltreffende rechterlijke toetsing te waarborgen zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan een aanbestedende dienst een overeenkomst inzake een overheidsopdracht mag sluiten voordat de termijn voor het instellen van beroep in rechte tegen het besluit van de bestuurlijke instantie in tweede aanleg is verstreken of voordat de aangezochte rechter uitspraak kan doen op een verzoek om een voorlopige maatregel die deze aanbestedende dienst verbiedt om die overeenkomst te sluiten totdat de beslissing op dat beroep definitief is geworden.
- 26 Uit de rechtspraak van de Tsjechische rechterlijke instanties volgt dat de aangezochte rechter, indien de overeenkomst inzake een overheidsopdracht wordt gesloten voordat hij zich over een dergelijk beroep of een dergelijk verzoek heeft uitgesproken, geen voorlopige maatregelen meer gelast, aangezien in een dergelijk geval de situatie van de partijen niet langer bij voorlopige maatregel hoeft te worden geregeld.
- 27 Indien de aangezochte rechter tot de conclusie komt dat de ÚOHS een fout heeft gemaakt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitsluiting van de betrokken inschrijver, moet hij het in punt 21 van het onderhavige arrest bedoelde besluit van de voorzitter van de ÚOHS nietig verklaren wegens onrechtmatigheid en de zaak terugverwijzen naar deze administratieve autoriteit. Indien de betrokken overeenkomst inzake een overheidsopdracht is gesloten voordat deze rechter uitspraak heeft gedaan, zal de ÚOHS na terugverwijzing van de zaak echter niet opnieuw onderzoeken of het verzoek tot herziening van de handelingen van de aanbestedende dienst overeenkomstig de conclusies van deze rechterlijke instantie gegrond is, en de procedure op grond van § 257, onder j), van wet nr. 134/2016 beëindigen.
- 28 In een dergelijk geval zou de uitgesloten inschrijver zich enkel tot de civiele rechter kunnen wenden in het kader van een vordering tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging van de aanbestedende dienst, waarbij het volgens de verwijzende rechter echter moeilijk is om te voldoen aan de voorwaarden voor een dergelijke vergoeding.
- 29 Deze rechter voegt daaraan toe dat de ÚOHS naar Tsjechisch recht een „beroepsinstantie” in de zin van richtlijn 89/665 is. Dienaangaande bepaalt § 246 van wet nr. 134/2016 de termijnen waarbinnen het de aanbestedende dienst verboden is om in de loop van de procedure voor de ÚOHS een overeenkomst te sluiten. De ÚOHS kan echter niet als een rechterlijke instantie worden beschouwd.
- 30 Indien moet worden geoordeeld dat de onafhankelijke beroepsinstantie krachtens artikel 2, lid 3, of artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665 een gerecht in de zin van artikel 47 van het Handvest moet zijn, zoals volgt uit het arrest van 21 december 2021, *Randstad Italia* (C-497/20, EU:C:2021:1037, punt 73), zou de Tsjechische regeling, die het mogelijk maakt om onmiddellijk na het besluit van de voorzitter van de ÚOHS een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten, deze richtlijn dus schenden en geen doeltreffende voorziening in rechte waarborgen voor inschrijvers die van een openbare aanbestedingsprocedure zijn uitgesloten.
- 31 Voor het geval dat het Hof vaststelt dat de omzetting van richtlijn 89/665 in de Tsjechische rechtsorde ontoereikend is, is de verwijzende rechter ten slotte van oordeel dat hij, indien het besluit van de aanbestedende dienst onrechtmatig wordt bevonden, de ÚOHS moet verplichten de bepalingen van Tsjechisch recht die tot een dergelijke schending van deze richtlijn leiden buiten toepassing te laten.

32 Daarop heeft de Krajský soud v Brně de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„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 [ÚOHS] 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], uitgelegd in het licht van artikel 47 van het [Handvest]?”

Verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling

33 Nadat de advocaat-generaal zijn conclusie had genomen, heeft CROSS Zlín bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 19 september 2023, verzocht om heropening van de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

34 CROSS Zlín is ter ondersteuning van haar verzoek van mening dat de zaak, gelet op de conclusie van de advocaat-generaal, dreigt te worden beslecht op basis van een argument waarover de partijen of de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde belanghebbenden hun standpunten niet hebben kunnen uitwisselen. De Tsjechische rechtsorde staat een bestuursrechter namelijk noch feitelijk noch rechtens toe om een overeenkomst nietig te verklaren, zelfs niet indien deze is gesloten op basis van een onwettig besluit van de aanbestedende dienst. De conclusie van de advocaat-generaal houdt echter geen rekening met die omstandigheid, wat CROSS Zlín in het kader van de heropening van de mondelinge behandeling wil toelichten.

35 Zij wijst er voorts op dat zij voor het Hof met name wenst in te gaan op, ten eerste, de reden waarom de Krajský soud v Brně haar verzoek om een voorlopige maatregel om de uitvoering te verbieden van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst inzake een overheidsopdracht heeft afgewezen, ten tweede, de bevoegdheid van de Tsjechische bestuursrechter om uitspraak te doen over de geldigheid van in het kader van een aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomsten in verband met de beslissingen in eerste aanleg van de ÚOHS en, ten derde, de werkelijke gevolgen van de nietigverklaring van een besluit van de ÚOHS door een bestuursrechter en van de gevolgen daarvan voor de reeds gesloten overeenkomst tot uitvoering van een overheidsopdracht. Zij stelt in dit verband voor om het door de advocaat-generaal voorgestelde antwoord op de prejudiciële vraag met verschillende elementen aan te vullen.

36 Ten eerste moet in herinnering moet worden gebracht dat de advocaat-generaal volgens artikel 252, tweede alinea, VWEU in het openbaar in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies neemt aangaande zaken waarin zulks overeenkomstig het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vereist is. Het Hof is echter niet gebonden door de conclusie van de advocaat-generaal, noch door de motivering op grond waarvan hij tot die conclusie komt (arrest van 28 september 2023, LACD, C-133/22, EU:C:2023:710, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Tevens dient eraan te worden herinnerd dat het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Reglement voor de procesvoering niet voorzien in de mogelijkheid voor de belanghebbende partijen om te antwoorden op de conclusie van de advocaat-generaal. Bijgevolg kan het feit dat een partij in het hoofdgeding of een belanghebbende het oneens is met de

conclusie van de advocaat-generaal op zich geen grond voor de heropening van de mondelinge behandeling vormen, ongeacht welke kwesties deze in de conclusie heeft onderzocht (arresten van 28 mei 2020, *Interseroh*, C-654/18, EU:C:2020:398, punt 33, en 9 november 2023, *Všeobecná úverová banka*, C-598/21, EU:C:2023:845, punt 50).

- 38 CROSS Zlín kan haar verzoek om heropening van de mondelinge behandeling dus niet met vrucht rechtvaardigen door voor te stellen het door de advocaat-generaal in zijn conclusie gesuggereerde antwoord op de prejudiciële vraag aan te vullen.
- 39 Ten tweede kan het Hof krachtens artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de opening of de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer een partij na afsluiting van deze behandeling een nieuw feit aanbrengt dat van beslissende invloed kan zijn voor de beslissing van het Hof, of wanneer een zaak moet worden beslecht op grond van een argument waarover de partijen of de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde belanghebbenden hun standpunten niet voldoende hebben kunnen uitwisselen.
- 40 Opgemerkt zij evenwel dat CROSS Zlín en de belanghebbenden die aan de onderhavige procedure hebben deelgenomen, zowel tijdens de schriftelijke als tijdens de mondelinge behandeling ervan de juridische gegevens hebben kunnen uiteenzetten die zij relevant achtten om het Hof in staat te stellen richtlijn 89/665 uit te leggen teneinde de vraag van de verwijzende rechter te beantwoorden. In dit verband is het Hof van oordeel dat het over alle nodige gegevens beschikt om te kunnen beslissen over dit verzoek om een prejudiciële beslissing en dat geen van de door CROSS Zlín ter ondersteuning van haar verzoek aangevoerde gegevens de heropening van de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering rechtvaardigt.
- 41 In die omstandigheden ziet het Hof, de advocaat-generaal gehoord, geen aanleiding om de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 42 Vooraf zij eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak de taak is van het Hof om – in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking met de nationale rechterlijke instanties – de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten, en dat het Hof indien nodig daartoe de voorgelegde vragen dient te herformuleren (arrest van 5 mei 2022, *Universiteit Antwerpen e.a.*, C-265/20, EU:C:2022:361, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 43 De vraag verwijst naar de uitlegging van onder meer artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 in samenhang met een regeling van een lidstaat op grond waarvan de aanbestedende dienst een overeenkomst inzake het plaatsen van een overheidsopdracht kan sluiten voordat de bevoegde rechterlijke instantie de rechtmatigheid kan toetsen van het besluit van de aanbestedende dienst om een inschrijver van die opdracht uit te sluiten.
- 44 Er zij echter op gewezen dat dit artikel 2, lid 3, niet ziet op het geval van een beroep tegen een besluit om een inschrijver van de betrokken opdracht uit te sluiten, maar op het beroep tegen het besluit tot gunning van die opdracht. Aangezien uit de gegevens in het verzoek om een

prejudiciële beslissing blijkt dat CROSS Zlín bij de ÚOHS niet alleen heeft verzocht om nietigverklaring van de mededeling van haar uitsluiting, maar ook van het besluit tot gunning van de in het hoofdinge aan de orde zijnde overheidsopdracht aan de andere inschrijver, Siemens Mobility, moet het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing dus enkel in het licht van dat gunningsbesluit worden onderzocht.

- 45 In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 2, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan het de aanbestedende dienst slechts wordt verboden een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten tot en met de datum waarop de instantie in eerste aanleg, in de zin van dat artikel 2, lid 3, die in die lidstaat geen rechterlijke instantie is, uitspraak doet op het beroep tegen het besluit tot gunning van die opdracht.
- 46 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat richtlijn 89/665 gedetailleerde bepalingen bevat die voorzien in een coherent stelsel van beroepsprocedures op het gebied van overheidsopdrachten die overeenkomstig artikel 1, lid 3, van deze richtlijn op zijn minst toegankelijk moeten 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.
- 47 In dit verband zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat artikel 2 bis, lid 1, van richtlijn 89/665 bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de in artikel 1, lid 3, van die richtlijn 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 artikel 2 bis, lid 2.
- 48 Die bepaling stelt de minimumopschortingstermijnen vast gedurende welke een overeenkomst inzake een overheidsopdracht na het besluit tot gunning ervan niet kan worden gesloten. Naargelang van het geval bedragen deze termijnen 10 of 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de betrokken opdracht aan de betrokken inschrijvers is gezonden of door hen is ontvangen, afhankelijk van de wijze waarop dat besluit is verzonden.
- 49 Artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665 stelt aldus termijnen vast voor de opschorting van rechtswege van het sluiten van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht om de doeltreffendheid te waarborgen van het beroep dat de in artikel 1, lid 3, van deze richtlijn bedoelde personen tegen een dergelijk gunningsbesluit kunnen instellen.
- 50 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat artikel 2, lid 3, van die richtlijn van toepassing is wanneer deze personen een dergelijk beroep instellen.
- 51 Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt (arrest van 22 december 2022, *Sambre & Biesme en Commune de Farciennes*, C-383/21 en C-384/21, EU:C:2022:1022, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 52 In dit verband blijkt om te beginnen uit de bewoordingen van artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 dat, wanneer bij een instantie in eerste aanleg – die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst – een beroep wordt ingesteld aangaande een besluit tot gunning van een opdracht, de aanbestedende dienst deze overeenkomst niet kan sluiten voordat die instantie in eerste aanleg een besluit heeft genomen over het verzoek om voorlopige maatregelen of het beroep.
- 53 Deze bepaling zorgt er dus ten eerste voor dat het beroep tegen het besluit tot gunning van een overheidsopdracht tot gevolg heeft dat de ondertekening van de overeenkomst wordt opgeschort gedurende de procedure voor de instantie in eerste aanleg waarbij dat beroep aanhangig is gemaakt of ten minste totdat deze instantie zich uitsprekt over een eventueel verzoek om voorlopige maatregelen. Ten tweede vereist deze bepaling weliswaar dat deze instantie onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, maar bevat zij geen enkele aanwijzing waaruit volgt dat die instantie een rechterlijke instantie moet zijn.
- 54 Wat vervolgens de context van artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 betreft, ziet artikel 2, lid 9, uitdrukkelijk op het geval waarin „de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen rechterlijke instanties zijn”, waaruit volgt dat de lidstaten aan dergelijke instanties de bevoegdheid kunnen toekennen om kennis te nemen van beroepen tegen besluiten tot gunning van een overheidsopdracht. Voor een dergelijk geval bepaalt artikel 2, lid 9, nader dat tegen de vermoedelijk onwettige maatregelen van een dergelijke beroepsinstantie die geen rechterlijke instantie is of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden beroep moet kunnen worden ingesteld bij een andere instantie die een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 267 VWEU en onafhankelijk is van de aanbestedende dienst en deze niet-rechterlijke beroepsinstantie die in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan.
- 55 Dat artikel 2, lid 9, biedt de lidstaten dus de mogelijkheid om te kiezen tussen twee oplossingen voor de organisatie van een stelsel van toezicht op overheidsopdrachten. De eerste oplossing houdt in dat de bevoegdheid om kennis te nemen van beroepen wordt toegekend aan rechterlijke instanties. Bij de tweede oplossing wordt deze bevoegdheid in eerste instantie toegekend aan niet-rechterlijke instanties. In dat geval moet tegen alle beslissingen van deze instanties beroep kunnen worden ingesteld bij een rechter of een beroep kunnen worden ingesteld dat in wezen „in rechte” is in de zin van het Unierecht, zodat een doeltreffend beroep kan worden verzekerd (zie in die zin arrest van 4 maart 1999, HI, C-258/97, EU:C:1999:118, punten 16 en 17).
- 56 Opgemerkt zij dat artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665, bij het formuleren van een verplichting de sluiting van een overeenkomst inzake overheidsopdrachten op te schorten, niet verwijst naar het in artikel 2, lid 9, bedoelde beroep in rechte tegen beslissingen van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instanties die geen rechterlijke instantie zijn.
- 57 In die omstandigheden impliceren zowel het ontbreken van die verwijzing als de bij artikel 2, lid 9, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten toegekende keuze om de bevoegdheid om kennis te nemen van beroepsprocedures tegen besluiten tot gunning van een opdracht in eerste aanleg aan rechterlijke of aan niet-rechterlijke instanties toe te kennen, dat de term „beroepsinstantie” in artikel 2, lid 3, verwijst naar een niet-rechterlijke instantie in eerste aanleg wanneer een lidstaat besluit die bevoegdheid toe te kennen aan een instantie in eerste aanleg die geen rechterlijke instantie is. In een dergelijk geval moeten de lidstaten ervoor zorgen dat de sluiting van de betrokken overeenkomst inzake een overheidsopdracht wordt opgeschort, hetzij van rechtswege totdat die instantie uitspraak heeft gedaan op het beroep, hetzij ten minste totdat zij uitspraak doet op een verzoek om voorlopige maatregelen strekkende tot een dergelijke opschorting.

- 58 Artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van dat artikel 2, lid 9, vereist daarentegen niet dat deze opschorting voortduurt tot na het einde van de procedure voor een dergelijke niet-rechterlijke beroepsinstantie, bijvoorbeeld totdat een rechterlijke instantie uitspraak doet op het beroep dat kan worden ingesteld tegen de beslissing van die niet-rechterlijke beroepsinstantie.
- 59 Ten slotte is deze conclusie in overeenstemming met de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstellingen. Deze richtlijn beoogt de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, neergelegd in artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest (zie in die zin arrest van 7 september 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 128 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 60 In dat verband is geoordeeld dat artikel 1, leden 1 en 3, van die richtlijn, dat ertoe strekt ondernemers tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen, beoogt te garanderen dat in alle lidstaten doeltreffende voorzieningen in rechte bestaan die zo snel mogelijk worden afgehandeld teneinde een daadwerkelijke naleving van de voorschriften van de Europese Unie inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt (arrest van 7 september 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 127 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 61 Niettemin moet ook worden opgemerkt dat de Uniewetgever met de bepalingen van richtlijn 89/665 de belangen van de afgewezen inschrijver heeft willen verzoenen met de belangen van de aanbestedende dienst en die van de geselecteerde onderneming [zie in die zin arrest van 11 september 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, punt 63, en beschikking van 23 april 2015, *Commissie/Vanbreda Risk & Benefits*, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 34].
- 62 Zo bepaalt artikel 2, lid 5, van deze richtlijn ten eerste dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie rekening kan houden met de vermoedelijke gevolgen van voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsmede met het openbaar belang, en kan besluiten deze voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter dan hun voordelen zouden kunnen zijn. Het belang dat overheidsopdrachten kunnen worden gegund zonder buitensporige vertragingen maakt deel uit van het openbaar belang.
- 63 Ten tweede bepaalt artikel 2, lid 7, tweede alinea, van richtlijn 89/665 dat een lidstaat mag bepalen dat na een overeenkomstig dat artikel 2, lid 3, tot stand gekomen overeenkomst, dat wil zeggen wanneer die overeenkomst is gesloten nadat de opschorting van de sluiting ervan is beëindigd, de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die schade heeft geleden door een schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of van de nationale voorschriften waarbij dat Unierecht is omgezet.
- 64 Deze elementen bevestigen dus de uitlegging die voortvloeit uit de lezing van artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 in het licht van lid 9 van dat artikel 2, namelijk dat de in artikel 2, lid 3, bedoelde opschorting van het sluiten van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht uiterlijk duurt tot de datum waarop de instantie in eerste aanleg uitspraak doet op het beroep tegen het besluit tot gunning van die opdracht, ongeacht of deze instantie een rechterlijke instantie is. De lidstaten kunnen bepalen dat een benadeelde, nadat deze instantie uitspraak heeft gedaan, slechts aanspraak kan maken op schadevergoeding.

- 65 In de derde plaats moet worden opgemerkt dat aan deze uitlegging niet wordt afgedaan door het arrest van 21 december 2021, *Randstad Italia* (C-497/20, EU:C:2021:1037). In punt 73 van dat arrest heeft het Hof de woorden „onafhankelijke beroepsinstantie” in de zin van artikel 2 bis, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 89/665 aldus uitgelegd dat daarmee wordt bedoeld op een vooraf bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig gerecht in de zin van artikel 47 van het Handvest. Het Hof heeft deze laatste uitlegging echter uitdrukkelijk afgebakend door te verklaren dat zij enkel gold „om te bepalen of de uitsluiting van een inschrijver definitief is geworden” in de zin van artikel 2 bis, lid 2, tweede alinea.
- 66 In dit verband heeft het Hof in punt 74 van dat arrest aangegeven dat het feit dat het besluit tot uitsluiting nog niet definitief is, bepalend is voor de bevoegdheid voor de inschrijvers om tegen het gunningsbesluit op te komen. In punt 75 van dat arrest heeft het Hof gepreciseerd dat „alleen definitieve uitsluiting in de zin van artikel 2 bis, lid 2, [tweede alinea,] van richtlijn 89/665 ertoe kan leiden dat een inschrijver niet meer bevoegd is om tegen het [besluit tot gunning van een opdracht] op te komen”.
- 67 Zo kan uit een besluit van de in artikel 2 bis, lid 2, tweede alinea, bedoelde „onafhankelijke beroepsinstantie” volgen dat een inschrijver niet meer bevoegd is om op te komen tegen het besluit tot gunning van een opdracht. In deze context vereist de eerbiediging van het recht op effectieve rechterlijke bescherming van een dergelijke inschrijver dat de instantie die zich uitspreekt over de rechtmatigheid van de uitsluiting van die inschrijver, een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is dat vooraf bij wet is ingesteld in de zin van artikel 47 van het Handvest.
- 68 Deze overwegingen gelden daarentegen niet voor de in artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 bedoelde beroepsinstantie in eerste aanleg. Wanneer een lidstaat gebruikmaakt van de hem bij die richtlijn geboden mogelijkheid om een dergelijke niet-rechterlijke instantie in te stellen, wordt het recht op effectieve rechterlijke bescherming namelijk gewaarborgd door het in artikel 2, lid 9, gestelde vereiste dat tegen alle beslissingen van een dergelijke niet-rechterlijke beroepsinstantie beroep in rechte kan worden ingesteld.
- 69 In de vierde en laatste plaats moet echter in navolging van de Europese Commissie worden opgemerkt dat wanneer in de wettelijke regeling van een lidstaat de mogelijkheid ontbreekt om het sluiten van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht van rechtswege op te schorten tot de datum waarop de beroepsinstantie in eerste aanleg uitspraak doet op het beroep bedoeld in artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665, en deze beroepsinstantie geen rechterlijke instantie is, tegen de afwijzing door deze instantie van een verzoek om voorlopige maatregelen dat ertoe strekt het sluiten van een overeenkomst inzake overheidsopdrachten te verbieden tot de datum waarop die instantie uitspraak doet op dat beroep, beroep in rechte moet kunnen worden ingesteld met opschortende werking totdat de aangezochte rechter uitspraak heeft gedaan over die voorlopige maatregelen.
- 70 Dit vereiste vloeit voort uit de gezamenlijke lezing van de leden 3 en 9 van artikel 2 van richtlijn 89/665. Om te waarborgen dat een beroep tegen de beslissing van een niet-rechterlijke instantie in eerste aanleg waarbij een verzoek is afgewezen om voorlopige maatregelen die ertoe strekken de sluiting van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te verbieden tot de datum waarop die instantie uitspraak heeft gedaan, doeltreffend is, moet de inschrijver op wie dat besluit tot afwijzing betrekking heeft dus ten eerste over een redelijke opschortende termijn kunnen beschikken om hem in staat te stellen dat beroep in te stellen, en moet ten tweede, indien dit beroep wordt ingesteld, de opschorting van de sluiting van die overeenkomst voortduren totdat de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, uitspraak heeft gedaan over dat beroep.

- 71 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat § 246 van wet nr. 134/2016 bepaalt dat de overheidsopdracht niet mag worden gesloten, ten eerste, vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van een klacht bij de aanbestedende dienst tegen het gunningsbesluit en vervolgens vóór het verstrijken van de termijn voor indiening van een verzoek om een beroepsprocedure tegen de handelingen van de aanbestedende dienst bij de ÚOHS, en ten tweede, tijdens de procedure voor de ÚOHS, die volgens de verwijzende rechter de beroepsinstantie in eerste aanleg is, onafhankelijk van de aanbestedende dienst in de zin van artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 en geen rechterlijke instantie. In het bijzonder blijft krachtens § 246, lid 1, het verbod om een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten – onder voorbehoud van de verificaties die deze rechter dient te verrichten – van rechtswege van kracht tot de datum waarop deze beroepsinstantie in eerste aanleg uitspraak doet op het beroep tegen het besluit tot gunning van de opdracht.
- 72 In dit verband volgt uit de gegevens in de verwijzingsbeslissing dat de ÚOHS in het kader van het hoofdgeding om te beginnen op 3 juli 2020 ambtshalve een voorlopige maatregel heeft getroffen om de aanbestedende dienst te verbieden de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten tot de definitieve beëindiging van de administratieve procedure voor de ÚOHS. Vervolgens heeft de voorzitter van de ÚOHS, als administratieve instantie in tweede aanleg, bij beslissing van 9 november 2020 het bezwaar afgewezen dat CROSS Zlín had ingediend tegen het besluit van de ÚOHS houdende afwijzing van haar verzoek tot nietigverklaring van het besluit waarbij de betrokken overheidsopdracht is gegund, en ten slotte heeft de aanbestedende dienst deze overeenkomst op 18 november 2020 met de opdrachtnemer gesloten. Hieruit volgt dat deze overeenkomst pas is gesloten nadat de ÚOHS zich, na de zaak in twee instanties te hebben behandeld, definitief heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van dit gunningsbesluit, wat evenwel aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.
- 73 Derhalve moet worden opgemerkt dat deze nationale wettelijke regeling en de toepassing ervan in het hoofdgeding het – onder voorbehoud van de door deze rechter te verrichten verificaties – mogelijk lijken te maken dat artikel 2, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op effectieve rechterlijke bescherming, correct worden toegepast.
- 74 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 2, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke het de aanbestedende dienst slechts wordt verboden een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten tot en met de datum waarop de instantie in eerste aanleg in de zin van dat artikel 2, lid 3, uitspraak doet op het beroep tegen het besluit tot gunning van die opdracht, zonder dat in dit verband relevant is of deze beroepsinstantie een rechterlijke instantie is.

Kosten

- 75 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 2, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2, 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014,

moeten aldus worden uitgelegd dat

zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke het de aanbestedende dienst slechts wordt verboden een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te sluiten tot en met de datum waarop de instantie in eerste aanleg in de zin van dat artikel 2, lid 3, uitspraak doet op het beroep tegen het besluit tot gunning van die opdracht, zonder dat in dit verband relevant is of deze beroepsinstantie een rechterlijke instantie is.

ondertekeningen