



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

7 augustus 2018\*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Beroepsprocedures – Richtlijn 89/665/EG – Schadevordering – Artikel 2, lid 6 – Nationale regeling die voor de ontvankelijkheid van een schadevordering vereist dat vooraf en definitief is vastgesteld dat het besluit van de aanbestedende dienst waaruit de vermeende schade voortvloeit, onwettig is – Beroep tot nietigverklaring – Voorafgaand beroep bij een arbitragecommissie – Rechterlijk toezicht op de uitspraken van de arbitragecommissie – Nationale regeling volgens welke niet voor de arbitragecommissie aangevoerde middelen niet kunnen worden aangedragen – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte – Doeltreffendheidsbeginsel en gelijkwaardigheidsbeginsel”

In zaak C-300/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) bij beslissing van 11 mei 2017, ingekomen bij het Hof op 24 mei 2017, in de procedure

**Hochtief AG**

tegen

**Budapest Főváros Önkormányzata,**

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby en M. Vilaras (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: R. Șereș, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting van 30 april 2018,

gelet op de opmerkingen van:

- Hochtief AG, vertegenwoordigd door A. László, ügyvéd, en I. Varga, konzulens,
- de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door M. Z. Fehér en G. Koós als gemachtigden,

\* Procestaal: Hongaars.

- de Griekse regering, vertegenwoordigd door M. Tassopoulou, D. Tsagkaraki, E. Tsaousi en K. Georgiadis als gemachtigden,
  - de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,
  - de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,
  - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. Ondrůšek en A. Tokár als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 juni 2018,  
het navolgende

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging 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”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Hochtief AG en Budapest Főváros Önkormányzata (lokale overheid van Boedapest, Hongarije; hierna: „aanbestedende dienst”) over een vordering tot vergoeding van de schade die Hochtief stelt te hebben geleden wegens schending van de regels inzake overheidsopdrachten.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unierecht*

- 3 Artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 bepaalt:

„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)] of richtlijn [2014/23] 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.”

- 4 Artikel 1, lid 3, van deze richtlijn luidt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder 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 Artikel 2, leden 1, 2 en 6, van deze richtlijn bepaalt:

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

[...]

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.

[...]

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.”

### ***Hongaars recht***

6 § 108, lid 3, van de közbeszerzéséről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (wet nr. CXXIX van 2003 inzake overheidsopdrachten, *Magyar Közlöny* 2003/157; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”) bepaalt:

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

7 § 350 van deze wet luidt:

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

8 § 351 van deze wet luidt:

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

a) de aanbestedende dienst een wettelijke bepaling inzake overheidsopdrachten of de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten heeft geschonden,

b) er een reële kans bestond dat de opdracht aan hem zou worden gegund, en

c) de schending de kans heeft verkleind dat de opdracht aan hem zou worden gegund.”

- 9 § 339/A van de Polgári perrendtartásról szóló 1952, évi III. törvény (wet nr. III van 1952 tot vaststelling van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „wetboek van burgerlijke rechtsvordering”) bepaalt:

„Tenzij anders is bepaald, toetst de rechter de administratieve beslissing aan de ten tijde van de vaststelling van de beslissing geldende regeling en de toen bestaande feitelijke situatie.”

### **Aan het geding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vragen**

- 10 Op 5 februari 2005 heeft de aanbestedende dienst gebruikgemaakt van een procedure van gunning via onderhandelingen met bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving voor de uitvoering van werken waarvan de waarde de in het Unierecht bepaalde drempel overschreed. Binnen de gestelde termijn zijn vijf inschrijvingen ingediend, waarvan een door het door Hochtief geleide consortium HOLI (hierna: „consortium”).
- 11 Op 19 juli 2005 heeft de aanbestedende dienst aan dat consortium meegedeeld dat zijn verzoek tot deelname wegens een onverenigbaarheid ongeldig was en afgewezen werd. Reden voor dat besluit was het feit dat het consortium als projectleider een deskundige had aangesteld die aan de zijde van de aanbestedende dienst had deelgenomen aan de voorbereiding van de oproep tot mededinging.
- 12 Bij uitspraak van 12 september 2005 heeft de Közbeszerzési Döntőbizottság (arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten, Hongarije; hierna: „arbitragecommissie”) het door het consortium tegen dat besluit gemaakte bezwaar afgewezen. Volgens deze commissie kon de aanstelling van de deskundige in het verzoek tot deelname niet als een administratieve fout worden aangemerkt, zoals Hochtief stelde. Indien het Hochtief was toegestaan deze fout recht te zetten, zou dit leiden tot een wijziging in het verzoek tot deelname, hetgeen uitgesloten is op grond van § 108, lid 3, van de wet inzake overheidsopdrachten. Voorts heeft de arbitragecommissie geoordeeld dat de aanbestedende dienst niet onwettig had gehandeld door de procedure voort te zetten met maar twee gegadigden, aangezien § 130, lid 7, van deze wet bepaalde dat, indien er een toereikend aantal gegadigden overbleef die een verzoek tot deelname hadden ingediend dat aan de voorschriften voldeed, die gegadigden moest worden verzocht een inschrijving te doen.
- 13 Bij vonnis van 28 april 2006 heeft de Fővárosi Bíróság (hoofdstedelijke rechtbank Boedapest, Hongarije) het door het consortium tegen de uitspraak van 12 september 2005 ingestelde beroep verworpen.
- 14 Bij beslissing van 13 februari 2008 heeft de Fővárosi Ítéltábla (rechter in tweede aanleg Boedapest, Hongarije), waarbij het consortium hoger beroep tegen het vonnis van 28 april 2006 had ingesteld, bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend, dat heeft geleid tot het arrest van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).
- 15 In de loop van datzelfde jaar 2008 heeft de Europese Commissie bij een onderzoek naar de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningsprocedure vastgesteld dat de aanbestedende dienst de regeling inzake overheidsopdrachten had geschonden door een aankondiging voor een procedure van gunning via onderhandelingen bekend te maken en in de voorselectiefase een gegadigde uit te sluiten zonder hem overeenkomstig het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127), de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat de medewerking van de als projectleider aangestelde deskundige de concurrentie niet kon verstoren.
- 16 Op 20 januari 2010 heeft de Fővárosi Ítéltábla, na het arrest van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), in een arrest het vonnis van 28 april 2006 bevestigd. Deze rechter heeft met name erop gewezen dat hij niet de vraag onderzocht of de aanbestedende dienst, door te besluiten dat de inschrijving van het consortium een onverenigbaarheid opriep, een inbreuk had gemaakt door het consortium niet de gelegenheid te bieden verweer te voeren, omdat

deze grief niet in het verzoekschrift in eerste aanleg was aangevoerd. Pas in hoger beroep heeft Hochtief voor het eerst aangevoerd dat het aan het consortium tegengeworpen verbod een onevenredige beperking vormde van haar recht om een verzoek tot deelname in te dienen of in te schrijven, die in strijd was met artikel 220 EG, artikel 6 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54) en de rechtspraak van het Hof.

- 17 Bij arrest van 7 februari 2011 heeft de Legfelsőbb Bíróság (vroegere benaming van de Kúria) het arrest van de Fővárosi Ítéltábla van 20 januari 2010 bevestigd.
- 18 Op basis van de vaststellingen van de Commissie heeft Hochtief op 11 augustus 2011 een verzoek tot herziening van datzelfde arrest van de Fővárosi Ítéltábla ingediend.
- 19 Bij beschikking van 6 juni 2013 heeft de Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (bestuurs- en arbeidsrechter Boedapest, Hongarije) het verzoek tot herziening afgewezen, wat bij beschikking van de Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest, Hongarije) in laatste aanleg is bevestigd.
- 20 Nog steeds op basis van de vaststellingen van de Commissie heeft Hochtief daarop beroep ingesteld tot veroordeling van de aanbestedende dienst tot een schadevergoeding van 24 043 685 Hongaarse forint (HUF) (ongeveer 74 000 EUR), die overeenkomt met haar uitgaven naar aanleiding van haar deelname aan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht.
- 21 Nadat dat beroep in eerste aanleg en in hoger beroep was verworpen, heeft Hochtief cassatieberoep ingesteld bij de verwijzende rechter op grond van met name schending van artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 en artikel 2, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14).
- 22 De verwijzende rechter zet in wezen uiteen dat uit richtlijn 89/665 blijkt dat het instellen van schadevorderingen afhankelijk kan worden gesteld van de voorafgaande nietigverklaring van het aangevochten besluit door een bestuursorgaan of een rechter (arrest van 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 35), zodat artikel 2 van deze richtlijn zich in beginsel niet lijkt te verzetten tegen een nationale wettelijke bepaling als § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten. De gezamenlijke toepassing van laatstgenoemde bepaling en andere bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten en het wetboek van burgerlijke rechtsvordering kan evenwel ertoe leiden dat een afgewezen gegadigde voor een gunningsprocedure via onderhandelingen voor de plaatsing van een overheidsopdracht, zoals Hochtief, wordt verhinderd een schadevordering in te stellen, omdat hij geen besluit kan aanvoeren waarbij schending van de regels inzake overheidsopdrachten definitief is vastgesteld. In die omstandigheden kan het gerechtvaardigd zijn hetzij toe te staan dat een dergelijke schending met andere middelen wordt bewezen, hetzij de nationale regel op grond van het doeltreffendheidsbeginsel buiten toepassing te laten, hetzij die regel uit te leggen in het licht van het Unierecht.
- 23 In deze context heeft de Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
  - „1) Verzet het Unierecht zich tegen een procedurele bepaling van een lidstaat die de instelling van een burgerlijke rechtsvordering wegens schending van een regel inzake overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de [arbitragecommissie] of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de [arbitragecommissie] – definitief vaststelt dat die regel is geschonden?



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

### **Verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling**

- 24 Bij brieven, neergelegd ter griffie van het Hof op 12 en 27 juli 2018, heeft Hochtief verzocht de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten krachtens artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.
- 25 Haar verzoek baseert Hochtief allereerst op het verzoek om een prejudiciële beslissing dat door de Székesfehérvári Törvényszék (rechter in tweede aanleg Székesfehérvár, Hongarije) is ingediend bij beslissing van 6 december 2017, ingekomen bij het Hof op 5 juni 2018 en ingeschreven onder nummer C-362/18. Zij stelt in wezen dat het antwoord op de vragen in de onderhavige zaak afhangt van het antwoord dat zal worden gegeven op de in zaak C-362/18 gestelde vragen en dat het met het oog op de eenheid in de rechtspraak noodzakelijk is de partijen de mogelijkheid te bieden hun standpunt over laatstbedoelde zaak kenbaar te maken.
- 26 Vervolgens voert Hochtief aan dat, opdat het Hof in staat is uitspraak te doen op het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, rekening moet worden gehouden met elementen waarover tussen de partijen geen debat is gevoerd. Zij wenst met name opmerkingen te maken over een verklaring van de gemachtigde van de Hongaarse regering ter terechtzitting, namelijk dat over het arrest van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), dat is uitgesproken tijdens de procedure voor de Hongaarse rechterlijke instanties, een vonnis is gewezen door deze rechterlijke instanties. Volgens Hochtief is het voor het antwoord op de eerste twee vragen van de onderhavige prejudiciële verwijzing van beslissend belang te weten hoe deze rechterlijke instanties dat arrest hebben beoordeeld.
- 27 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof overeenkomstig artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling kan gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende ingelicht 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.

- 28 In casu is het Hof, de advocaat-generaal gehoord, van oordeel te beschikken over alle elementen die nodig zijn om uitspraak te doen op het verzoek om een prejudiciële beslissing, zodat daarop niet hoeft te worden geantwoord op grond van een argument waarover geen debat is gevoerd.
- 29 Ten eerste hangt het antwoord op de vragen in de onderhavige zaak, anders dan Hochtief stelt, niet af van het antwoord dat op de prejudiciële vragen in zaak C-362/18 zal worden gegeven. Hoewel het hoofdgeding in de onderhavige zaak en het hoofdgeding in zaak C-362/18 een vergelijkbare achtergrond hebben, verschillen de vragen in zaak C-362/18, die – zoals Hochtief in haar verzoek zelf opmerkt – voornamelijk zien op de aansprakelijkheid van een lidstaat voor een schending van het Unierecht die toerekenbaar is aan een nationale rechter die in laatste aanleg uitspraak doet, van de vragen in de onderhavige zaak, die zien op de ontvankelijkheidsvereisten van een schadevordering tegen een aanbestedende dienst.
- 30 Ten tweede blijkt niet dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing dient te worden onderzocht op grond van een element waarover de partijen geen debat hebben gevoerd. Met name is het arrest van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), waarop Hochtief haar verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling heeft gesteund, door de verwijzende rechter ter sprake gebracht in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing en hebben de partijen in het hoofdgeding, evenals de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde belanghebbenden, de gelegenheid gehad zowel schriftelijk als mondeling opmerkingen daarover te maken.
- 31 Gelet op het voorgaande is het Hof van oordeel dat er geen reden is om de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.

### **Eerste en tweede vraag**

- 32 Met zijn eerste twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale procedurele bepaling als in het hoofdgeding, die de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake de plaatsing en de gunning van overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de schending definitief is vastgesteld door de arbitragecommissie of, in het kader van het rechterlijke toezicht op een uitspraak van deze arbitragecommissie, door een rechter.
- 33 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat ingevolge artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 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.
- 34 Bijgevolg blijkt uit de bewoordingen van deze bepaling dat de lidstaten in beginsel de mogelijkheid hebben een nationale procedurele bepaling als § 350 van het wetboek inzake overheidsopdrachten uit te vaardigen, volgens welke de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake overheidsopdrachten afhankelijk is van de voorwaarde dat de schending definitief is vastgesteld door een arbitragecommissie als in het hoofdgeding of, in het kader van het rechterlijke toezicht op de uitspraak van een dergelijke arbitragecommissie, door een rechter (zie naar analogie arrest van 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 36).
- 35 In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat, zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, richtlijn 89/665 enkel de minimumvoorwaarden vaststelt waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsordes moeten voldoen om de eerbiediging van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten te verzekeren (zie met name arrest van 15 september 2016, Star Storage e.a., C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 36 Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 voorziet dus enkel in de mogelijkheid, voor de lidstaten, om als voorwaarde voor het instellen van een schadevordering te bepalen dat het bestreden besluit nietig is verklaard door een daartoe bevoegde instantie, maar geeft geen enkele aanwijzing over de eventuele voorwaarden of beperkingen waarmee in voorkomend geval de omzetting en tenuitvoerlegging van deze bepaling gepaard gaan.
- 37 Hieruit volgt dat, zoals de advocaat-generaal in punt 39 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, de lidstaten vrij blijven om te bepalen onder welke voorwaarden de nationale regels tot omzetting van artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 in hun rechtsorde toepassing moeten vinden en met welke beperkingen, uitzonderingen of afwijkingen deze toepassing in voorkomend geval gepaard kan gaan.
- 38 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, staat het inderdaad aan de lidstaten om bij de vaststelling van de procedurele regels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het Unierecht aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, ervoor te zorgen dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van richtlijn 89/665 en aan de rechten die het Unierecht aan particulieren verleent (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punten 43 en 44).
- 39 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat de door artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten geboden mogelijkheid niet onbeperkt was en afhankelijk bleef van de voorwaarde dat het aan een schadevordering voorafgaande beroep tot nietigverklaring doeltreffend is (zie in die zin arrest van 26 november 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, punten 36-44). Zij moeten met name de volledige eerbiediging 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 van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 46).
- 40 In casu dient te worden vastgesteld dat de nationale procedurele bepaling die de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake de plaatsing en de gunning van overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de schending vooraf definitief is vastgesteld, de betrokken inschrijver het recht op een doeltreffende voorziening in rechte niet ontzegt.
- 41 Derhalve dient op de eerste twee vragen te worden geantwoord dat artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale procedurele bepaling als in het hoofdgeding, die de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake de plaatsing en de gunning van overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de schending definitief is vastgesteld door een arbitragecommissie of, in het kader van het rechterlijke toezicht op de uitspraak van deze arbitragecommissie, door een rechter.

### **Derde vraag**

- 42 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat het zich in het kader van een schadevordering verzet tegen een nationale procedurele bepaling die het rechterlijke toezicht op de uitspraken van een arbitragecommissie die in eerste aanleg toezicht moet uitoefenen op de besluiten van de aanbestedende diensten inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, beperkt tot het onderzoek van enkel de middelen die voor deze commissie zijn aangevoerd.
- 43 Dienaangaande zij aangaande het hoofdgeding allereerst opgemerkt dat blijkens het verzoek om een prejudiciële beslissing de nationale rechterlijke instanties die zijn belast met het toezicht op de uitspraken van de arbitragecommissie die de beroepen tot nietigverklaring van de besluiten van de



aanbestedende diensten inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in eerste aanleg moet onderzoeken, krachtens § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering elk nieuw middel dat niet voor deze commissie is aangevoerd, niet-ontvankelijk moeten verklaren.

- 44 Krachtens deze bepaling heeft de Fővárosi Ítéletábla het hoger beroep dat verzoekster in het hoofdgeding had ingesteld tegen het vonnis van de Fővárosi Bíróság tot verwerping van het beroep tegen de oorspronkelijke uitspraak van de arbitragecommissie, verworpen. Eveneens krachtens deze bepaling heeft de Legfelsőbb Bíróság het door verzoekster in het hoofdgeding tegen het arrest van de Fővárosi Ítéletábla ingestelde cassatieberoep verworpen.
- 45 Volgens de verwijzende rechter kunnen de gevolgen van de gezamenlijke toepassing van § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten echter strijdig zijn met het Unierecht.
- 46 Hij benadrukt, onder verwijzing naar punt 39 van het arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), dat de mate waarin rechtszekerheid is vereist in het kader van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor beroepen, niet dezelfde is voor schadevorderingen als voor beroepen die ertoe strekken een overeenkomst onverbindend te verklaren. Gelet op de vereisten van de rechtszekerheid die de contractuele verhoudingen moeten kunnen genieten, is het immers gerechtvaardigd om de rechtsmiddelen tot onverbindendverklaring van de overeenkomst tussen de aanbestedende diensten en de personen aan wie een overheidsopdracht is gegund, op beperkende wijze vorm te geven. Aangezien een schadevordering in beginsel geen invloed heeft op de gevolgen van reeds gesloten overeenkomsten, is het daarentegen niet gerechtvaardigd om voor een schadevordering even stringente procedureregels vast te stellen als voor een beroep waarmee wordt opgekomen tegen het bestaan zelf of de uitvoering van een dergelijke overeenkomst.
- 47 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof in de punten 41 tot en met 44 van het arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), inderdaad heeft geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel in bepaalde omstandigheden zich verzet tegen een nationale procedurele regel die voor de ontvankelijkheid van een schadevordering in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten vereist dat vooraf wordt vastgesteld dat de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht onwettig was.
- 48 Niettemin dient te worden benadrukt dat het Hof tot dit oordeel is gekomen in een zeer specifieke context, waarin voor het beroep tot voorafgaande vaststelling van de onwettigheid van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht wegens het ontbreken van een voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht een vervaltermijn van zes maanden gold, die inging op de dag volgend op de gunning van de betrokken overheidsopdracht, ongeacht of de gelaedeerde kennis kon hebben van het bestaan van de onwettigheid van dat gunningsbesluit. In een dergelijke context hield een termijn van zes maanden immers het gevaar in dat een gelaedeerde niet in staat zou zijn alle informatie te vergaren die nodig is voor een beroep tot betwisting van de wettigheid van de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht, hetgeen dus verhinderde dat dit beroep werd ingesteld en de uitoefening van het recht om een schadevordering in te stellen bijgevolg praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk kon maken.
- 49 De situatie in het hoofdgeding verschilt evenwel duidelijk van die in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779).
- 50 Anders dan de regel van verval waarover het ging in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), doet de procedurele regel van § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering immers geen afbreuk, zoals de advocaat-generaal in de punten 47 tot en met 49 van zijn conclusie heeft vastgesteld, aan het in artikel 47, eerste en tweede

alinea, van het Handvest gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht (zie naar analogie arrest van 26 september 2013, *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588, punt 87).

- 51 Ook al vereist deze nationale procedurele bepaling dat de voor de arbitragecommissie aangevoerde middelen strikt overeenkomen met de middelen die worden aangevoerd voor de rechter die toezicht op de uitspraken van deze commissie moet uitoefenen, zodat de justitiabele elke mogelijkheid wordt ontzegd om in de loop van de procedure een nieuw middel aan te dragen, blijft het een feit dat deze regel, zoals de advocaat-generaal in punt 49 van zijn conclusie heeft opgemerkt, bijdraagt tot het behoud van de nuttige werking van richtlijn 89/665, die – zoals het Hof reeds heeft geoordeeld – erin bestaat te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen onwettige besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld (zie in die zin arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 52 Het Hof heeft geoordeeld dat het beginsel dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt, hetgeen impliceert dat de rechter verplicht is zich te houden aan het voorwerp van het geding, zijn beslissing te baseren op de hem voorgelegde feiten en slechts in uitzonderlijke gevallen, met het oog op vrijwaring van het openbaar belang, ambtshalve kan ingrijpen, de rechten van de verdediging beschermt en het goede verloop van de procedure waarborgt, met name doordat vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe middelen leidt, wordt voorkomen (zie in die zin arresten van 14 december 1995, *Van Schijndel en Van Veen*, C-430/93 en C-431/93, EU:C:1995:441, punten 20 en 21, en 7 juni 2007, *Van der Weerd e.a.*, C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, punten 34 en 35).
- 53 In casu was het voor Hochtief, zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier, niet onmogelijk om bij de commissiearbitrage en vervolgens bij de nationale rechters die rechterlijk toezicht op de uitspraak van deze commissie moeten uitoefenen, beroep in te stellen tot nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst om haar van de procedure uit te sluiten.
- 54 Evenmin kan worden geoordeeld dat het voor Hochtief onmogelijk was om tijdig het middel aan te voeren dat zij, in wezen, ontleent aan de omstandigheid dat zij niet de mogelijkheid heeft gehad om te bewijzen dat de medewerking van de deskundige die zij als projectleider had aangesteld en die aan de zijde van de aanbestedende dienst had gehandeld, de concurrentie niet kon verstoren, overeenkomstig de lering die kan worden getrokken uit de punten 33 tot en met 36 van het arrest van 3 maart 2005, *Fabricom* (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127).
- 55 Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, de betekenis en strekking van dat voorschrift verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (zie met name arresten van 27 maart 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, EU:C:1980:100, punt 16, en 13 januari 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, punt 21).
- 56 Bijgevolg was een inschrijver als Hochtief in een situatie als in het hoofdgeding in staat om het middel aan te voeren inzake de onmogelijkheid om te bewijzen dat het feit dat hij als projectleider een deskundige had aangesteld die aan de zijde van de aanbestedende dienst had meegewerkt aan de voorbereiding van de oproep tot mededinging, de concurrentie niet kon verstoren, ook al ontbreekt relevante rechtspraak van het Hof op dat punt.
- 57 Ook al was het arrest van 3 maart 2005, *Fabricom* (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127), in de Hongaarse taal inderdaad pas beschikbaar nadat Hochtief haar beroep bij de arbitragecommissie en zelfs haar beroep tegen de uitspraak van deze commissie bij de nationale rechter in eerste aanleg had ingesteld, op basis van deze omstandigheid alleen kan bovendien evenwel niet worden geconcludeerd dat het voor haar absoluut onmogelijk was om een dergelijke grief aan te voeren.

58 Gelet op een en ander moet het Unierecht, inzonderheid artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, aldus worden uitgelegd dat het zich in het kader van een schadevordering niet verzet tegen een nationale procedurele bepaling als in het hoofdgeding, die het rechterlijke toezicht op de uitspraken van een arbitragecommissie die in eerste aanleg toezicht moet uitoefenen op de besluiten van de aanbestedende diensten inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, beperkt tot het onderzoek van enkel de middelen die voor deze commissie zijn aangevoerd.

### **Kosten**

59 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie 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 (Derde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 2, lid 6, 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, moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale procedurele bepaling als in het hoofdgeding, die de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake de plaatsing en de gunning van overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de schending definitief is vastgesteld door een arbitragecommissie of, in het kader van het rechterlijke toezicht op de uitspraak van deze arbitragecommissie, door een rechter.**
- 2) **Het Unierecht, inzonderheid artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moet aldus worden uitgelegd dat het zich in het kader van een schadevordering niet verzet tegen een nationale procedurele bepaling als in het hoofdgeding, die het rechterlijke toezicht op de uitspraken van een arbitragecommissie die in eerste aanleg toezicht moet uitoefenen op de besluiten van de aanbestedende diensten inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, beperkt tot het onderzoek van enkel de middelen die voor deze commissie zijn aangevoerd.**

ondertekeningen