



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

6 juni 2024*

„Prejudiciële verwijzing – Beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken – Richtlijn 89/665/EEG – Artikel 2, lid 1, onder c) – Schadevergoeding die wordt toegekend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten – Omvang – Verlies van een kans”

In zaak C-547/22,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Okresný súd Bratislava II (rechter in eerste aanleg Bratislava II, Slowakije) bij beslissing van 22 juli 2022, ingekomen bij het Hof op 17 augustus 2022, in de procedure

INGSTEEL spol. s r. o.

tegen

Úrad pre verejné obstarávanie,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, Z. Csehi, M. Ilešič, I. Jarukaitis en D. Gratsias (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: A. M. Collins,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 20 september 2023,

gelet op de opmerkingen van:

- de Úrad pre verejné obstarávanie, vertegenwoordigd door V. Országhová,
- de Slowaakse regering, vertegenwoordigd door E. V. Larišová en S. Ondrášiková als gemachtigden,

* Procestaal: Slowaaks.

- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door L. Halajová, M. Smolek en J. Vláčil als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door R. Bénard en A. Daniel als gemachtigden,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door J. Schmoll, M. Fruhmann en M. Winkler-Unger als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, R. Lindenthal en G. Wils als gemachtigden,

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

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, lid 1, onder c), en artikel 2, leden 6 en 7, 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 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) (hierna: „richtlijn 89/665”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen INGSTEEL spol. s r. o. en de Slowaakse Republiek, handelend via de Úrad pre verejné obstarávanie (reguleringsautoriteit voor overheidsopdrachten, Slowakije), betreffende een vordering tot schadevergoeding die deze onderneming heeft ingesteld naar aanleiding van de onrechtmatige uitsluiting van de vereniging waarvan zij deel uitmaakte (hierna: „inschrijvende vereniging”) van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht die was uitgeschreven door de Slovenský futbalový zväz (Slowaakse voetbalassociatie; hierna: „aanbestedende dienst”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 89/665

- 3 De zesde overweging van richtlijn 89/665 luidt als volgt:

„Overwegende dat in alle lidstaten moet worden gezorgd voor adequate procedures om onwettige besluiten nietig te kunnen verklaren en een schadevergoeding te kunnen toekennen aan degenen die door schending van bovenbedoelde voorschriften zijn gelaedeerd”.

- 4 Artikel 1 van die richtlijn, met als opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”, luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [(PB 2004, L 134, blz. 114)], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

[...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/18] 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 gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een vordering wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

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 Artikel 2 van die richtlijn heeft als opschrift „Voorschriften voor beroepsprocedures” en bepaalt:

„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) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

[...]

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. Behalve de gevallen waarin de artikelen 2 quinquies tot en met 2 septies voorzien, worden de gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 van het [in] dit artikel bedoelde bevoegdheden voor een na de gunning van een opdracht gesloten overeenkomst, door het nationale recht bepaald.

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 [van deze richtlijn] 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.

[...]

Richtlijn 2007/66

- 6 In overweging 36 van richtlijn 2007/66 staat te lezen:

„Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie 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.”

Slowaaks recht

- 7 Krachtens § 3, lid 1, onder a), van de zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (wet nr. 514/2003, inzake de aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt bij de uitoefening van het openbaar gezag) van 28 oktober 2003 (Zbierka zákonov, n° 215, 2003, blz. 3966), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „wet nr. 514/2003”), is de staat aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt door een onrechtmatig besluit van overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag.
- 8 Volgens § 5, lid 1, van die wet heeft een deelnemer aan een procedure die ten gevolge van een in die procedure vastgesteld onrechtmatig besluit schade heeft geleden, recht op schadevergoeding.
- 9 Overeenkomstig § 6, lid 1, van genoemde wet kan dit recht op schadevergoeding slechts worden ingeroepen indien een dergelijk besluit door een bevoegde instantie is vernietigd of gewijzigd wegens onrechtmatigheid ervan. De rechter die uitspraak doet over de vergoeding van dergelijke schade, is gebonden aan het besluit van die instantie.
- 10 Volgens § 15, lid 1, van deze wet moet het recht op vergoeding van de door een onregelmatige administratieve procedure veroorzaakte schade vooraf worden onderzocht op basis van een schriftelijk verzoek van de benadeelde partij om een voorafgaand onderzoek van zijn recht bij de bevoegde instantie.

- 11 Uit § 16, lid 4, van wet nr. 514/2003 volgt om te beginnen dat indien deze instantie dit verzoek niet inwilligt of indien zij de benadeelde partij schriftelijk meedeelt dat zij het verzoek niet zal inwilligen, deze partij zich tot een rechterlijke instantie kan wenden met het oog op een uitspraak over dat verzoek, en voorts dat die partij in het kader van haar rechtsvordering slechts aanspraak kan maken op een schadevergoeding van dezelfde omvang als die van het verzoek en het recht die het voorwerp zijn geweest van het voorafgaande onderzoek.
- 12 In § 17, lid 1, van die wet is bepaald dat schadevergoeding wordt toegekend voor de werkelijk geleden schade en de winstderving, tenzij in bijzondere bepalingen iets anders is bepaald.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 13 Bij een aankondiging, die op 16 november 2013 is bekendgemaakt, heeft de aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure gestart voor de gunning van een overheidsopdracht voor de renovatie, modernisering en de bouw van zestien voetbalstadions. De inschrijvende vereniging heeft aan die aanbesteding deelgenomen.
- 14 De aanbestedende dienst heeft besloten om die vereniging uit te sluiten van de betrokken aanbesteding omdat hij van mening was dat zij niet voldeed aan de vereisten van de aankondiging van de opdracht, met name wat betreft haar economische en financiële draagkracht. Dit besluit tot uitsluiting is bevestigd bij besluit van verweester in het hoofdgeding van 9 mei 2014 en vervolgens bij besluit van haar raad van bestuur van 7 juli 2014. De Krajský súd de Bratislava (rechter in eerste aanleg Bratislava, Slowakije) heeft het beroep tegen dat laatste besluit bij arrest van 13 januari 2015 verworpen. Daarop is die vereniging tegen dat arrest opgekomen bij de Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek).
- 15 Na het Hof te hebben verzocht om een prejudiciële beslissing, die werd gegeven bij het arrest van 13 juli 2017, Ingsteel en Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), heeft de Najvyšší súd Slovenskej republiky deze besluiten van 9 mei en 7 juli 2014 nietig verklaard. Op 3 april 2018 heeft verweester in het hoofdgeding een nieuw besluit vastgesteld waarbij de aanbestedende dienst werd gelast de uitsluiting van de inschrijvende vereniging van de betrokken aanbestedingsprocedure nietig te verklaren.
- 16 Aangezien deze procedure inmiddels was afgesloten door de sluiting van een raamovereenkomst met de enige inschrijver die na de uitsluiting van deze vereniging was overgebleven, heeft verzoekster in het hoofdgeding bij de verwijzende rechter, de Okresný súd Bratislava II (rechter in eerste aanleg Bratislava II, Slowakije), een vordering ingesteld tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatige besluiten van verweester in het hoofdgeding en van haar raad van bestuur.
- 17 Voor deze rechter voert verzoekster in het hoofdgeding aan dat deze schade voortvloeit uit de onrechtmatige uitsluiting van de vereniging die heeft ingeschreven op de betrokken opdracht, aangezien de geselecteerde inschrijver deze opdracht enkel wegens die uitsluiting heeft verkregen. In wezen is zij van mening dat deze opdracht aan die vereniging zou zijn gegund indien die vereniging niet van de betrokken aanbestedingsprocedure was uitgesloten, aangezien haar inschrijving voordeliger was dan die van de geselecteerde inschrijver en zij aan alle voorwaarden van de betrokken oproep tot mededinging voldeed.

- 18 Teneinde het bedrag van de beweerdelijk geleden schade te bepalen heeft verzoekster in het hoofdgeding een deskundigenverslag laten opmaken om de winstderving in verband met de niet-verkregen opdracht te berekenen. Op basis van dit deskundigenverslag voert zij een winstderving aan van 819 498,10 EUR, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, uit hoofde van de niet-verkregen opdracht, alsook schade ten belope van 2 500 EUR uit hoofde van de kosten voor het opstellen van het deskundigenverslag.
- 19 Verweerster in het hoofdgeding merkt voor de verwijzende rechter op dat de inschrijvende vereniging aan het einde van de eerste fase van de betrokken aanbestedingsprocedure is uitgesloten en dat haar heropname in die procedure niet automatisch zou hebben betekend dat die opdracht aan haar was toegewezen, aangezien de aanbestedende dienst haar inschrijving grondiger had moeten beoordelen en met name had moeten nagaan of de prijs ervan niet abnormaal laag was.
- 20 Bovendien is verweerster in het hoofdgeding, in dit verband onder verwijzing naar het arrest van 17 maart 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commissie (T-160/03, EU:T:2005:107), van mening dat het verzoek van verzoekster in het hoofdgeding louter hypothetisch is. Zij stelt dat het door verzoekster overgelegde deskundigenverslag is gebaseerd op fictieve gegevens, met name omdat de in de betrokken aanbesteding vastgestelde hoeveelheid bouwwerkzaamheden in werkelijkheid niet noodzakelijkerwijs zouden worden uitgevoerd.
- 21 In deze context merkt verzoekster in het hoofdgeding op dat een vordering die om objectieve redenen niet met zekerheid is vastgesteld, niet zonder meer als hypothetisch kan worden aangemerkt. Anders dan de reële schade, bestaat de winstderving niet in een vermindering van het vermogen van de benadeelde partij, maar in een verlies van de verwachte winst, die redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn, rekening houdend met de normale gang van zaken indien de betrokken onrechtmatige handeling niet zou bestaan. Wat de uitvoering van de overheidsopdracht betreft, merkt verzoekster in het hoofdgeding op dat indien een aanbestedende dienst een aanbesteding uitschrijft, mag worden aangenomen dat hij belang heeft bij de uitvoering van de betrokken opdracht en dat hij de intentie heeft om een overeenkomst te sluiten met de geselecteerde inschrijver, wat in casu overigens het geval was, aangezien de aanbestedende dienst een overeenkomst heeft gesloten met de geselecteerde inschrijver voor alle werkzaamheden die opgenomen waren in de betrokken aanbesteding.
- 22 Gelet op de argumenten van partijen in het hoofdgeding vraagt de verwijzende rechter zich af of § 17 van wet nr. 514/2003 verenigbaar is met richtlijn 89/665. Hij wijst erop dat verzoekster in het hoofdgeding in de loop van de voor hem aanhangige procedure schadevergoeding heeft gevorderd wegens verlies van een kans door gebruik te maken van het begrip „winstderving”, aangezien dit het dichtst lag bij het door haar aangevoerde recht op vergoeding van schade wegens het verlies van een kans. Het Slowaakse recht maakt namelijk geen onderscheid tussen de verschillende categorieën schade die voor vergoeding in aanmerking komen, zodat het verlies van een kans tot de categorie van winstderving behoort. Verzoekster in het hoofdgeding voegt daar vervolgens aan toe dat het Hof reeds sinds geruime tijd en volgens vaste rechtspraak heeft geoordeeld dat wanneer een inschrijver op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hij het recht heeft om vergoeding te vorderen van de schade die hij heeft geleden wegens het verlies van een kans, die niet kan worden gelijkgesteld met winstderving en waarvoor niet is vereist dat er een hoge mate van waarschijnlijkheid op een vermogensvoordeel bestaat. Het gaat om een vergoeding wegens verlies van de mogelijkheid om winst te maken, en niet om een vergoeding voor de winst zelf.

23 Daarop heeft de Okresný súd Bratislava II de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Is de praktijk van een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding betreffende een vordering tot vergoeding van schade die is berokkend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, waarbij de toekenning van een vergoeding voor het verlies van een kans (*loss of opportunity*) wordt geweigerd, verenigbaar met artikel 2, lid 1, onder c), [van richtlijn 89/665], gelezen in samenhang met [artikel 2], leden 6 en 7, van [die richtlijn], vanuit het oogpunt van de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?
- 2) Is de praktijk van een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding betreffende een vordering tot vergoeding van schade die is berokkend aan een inschrijver die op onrechtmatige wijze is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, waarbij de schadevordering zich niet uitstrekt tot de winst die is gederfd ten gevolge van het verlies van een kans om aan een overheidsopdracht deel te nemen, verenigbaar met artikel 2, lid 1, onder c), [van richtlijn 89/665] gelezen in samenhang met artikel 2, leden 6 en 7, van [die richtlijn], vanuit het oogpunt van de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

- 24 Verweerster in het hoofdgeding betwist de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen en betoogt in wezen dat zij niet relevant zijn voor de beoordeling van het beroep in het hoofdgeding, aangezien de verwijzende rechter noch de ontvankelijkheid ervan, noch de procesbevoegdheid van verzoekster in het hoofdgeding heeft vastgesteld. Bovendien is het Hof niet bevoegd om de prejudiciële vragen te beantwoorden, aangezien de verwijzende rechter met deze vragen in werkelijkheid verzoekt om een heronderzoek door het Hof van het hoofdgeding of om instructies met betrekking tot de procedure die moet worden gevolgd voor het geval hij zou besluiten om geen schadevergoeding toe te kennen wegens het verlies van een kans.
- 25 In dit verband volgt uit vaste rechtspraak dat het in het kader van de in artikel 267 VWEU geregelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, rekening houdend met de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt, te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof bijgevolg in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 12 oktober 2023, INTER CONSULTING, C-726/21, EU:C:2023:764, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 26 Hieruit vloeit voort dat er een vermoeden van relevantie rust op de vragen inzake de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en juridische kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen over een vraag van een nationale rechterlijke instantie wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging

van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, het vraagstuk van hypothetische aard is, of het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 12 oktober 2023, *INTER CONSULTING*, C-726/21, EU:C:2023:764, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 27 In casu vraagt de verwijzende rechter het Hof niet om de bepalingen van Unierecht waarnaar wordt verwezen in de prejudiciële vragen op het hoofdgeding toe te passen, maar om uitlegging van die bepalingen. Bovendien heeft deze rechter, die volgens de rechtspraak de verantwoordelijkheid draagt voor de te wijzen rechterlijke beslissing (arrest van 13 januari 2022, *Regione Puglia*, C-110/20, EU:C:2022:5, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak), voldoende duidelijk uiteengezet waarom hij van oordeel is dat de uitlegging van die bepalingen noodzakelijk is voor de beslechting van dit geschil.
- 28 Bovendien zij eraan herinnerd dat de nationale rechters volgens eveneens vaste rechtspraak – ofschoon het naargelang van de omstandigheden nuttig kan zijn dat de feiten van een zaak vaststaan en dat de problemen van zuiver nationaal recht zijn beslecht op het moment van verwijzing naar het Hof – de meest uitgebreide bevoegdheid bezitten om zich tot het Hof te wenden, indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen opwerpt die een uitlegging of beoordeling van de geldigheid van bepalingen van het Unierecht verlangen en ter zake waarvan zij een beslissing moeten nemen (arrest van 4 juni 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg kan het betoog van verweerster in het hoofdgeding dat het door verzoekster in het hoofdgeding ingestelde beroep niet voldoet aan de in het Slowaakse recht gestelde ontvankelijkheidsvoorwaarden, niet tot gevolg hebben dat de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn.
- 29 In die omstandigheden zijn de prejudiciële vragen ontvankelijk.

Ten gronde

- 30 Met zijn twee vragen, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling of een nationale praktijk op grond waarvan een inschrijver die is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op grond van een onrechtmatig besluit van de aanbestedende dienst, niet de mogelijkheid heeft om vergoeding te ontvangen voor de schade die hij heeft geleden wegens het missen van de kans om deel te nemen aan die procedure om de betrokken opdracht te krijgen.
- 31 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de verwijzende rechter meer specifiek van het Hof wenst te vernemen of die bepaling aldus moet worden uitgelegd dat onder de personen die schade hebben geleden wegens de schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten en die daardoor recht hebben op een schadevergoeding, niet alleen de personen vallen die schade hebben geleden omdat zij een overheidsopdracht niet hebben gekregen, te weten hun winstderving, maar eveneens de personen die schade hebben geleden wegens het verlies van een kans om deel te nemen aan de procedure voor het plaatsen van die overheidsopdracht en door die deelname winst te realiseren.

- 32 Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet alleen rekening te worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt (arrest van 20 april 2023, DIGI Communications, C-329/21, EU:C:2023:303, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 33 Wat ten eerste de bewoordingen van artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 betreft, moet worden vastgesteld dat de lidstaten er volgens deze bepaling, die ruim geformuleerd is, voor moeten zorgen dat aan personen die schade hebben geleden door een schending van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, schadevergoeding wordt toegekend, hetgeen, bij gebreke van een aanwijzing die onderscheid maakt tussen verschillende categorieën schade, op alle soorten door deze personen geleden schade kan slaan, daaronder begrepen de schade die voortvloeit uit het verlies van een kans om deel te nemen aan de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.
- 34 Ten tweede wordt deze vaststelling bevestigd door de context van die bepaling.
- 35 Volgens vaste rechtspraak hebben particulieren die schade lijden ten gevolge van inbreuken op het Unierecht die aan een lidstaat kunnen worden toegerekend namelijk recht op schadevergoeding wanneer voldaan is aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden Unierechtelijke regel ertoe strekt hun rechten toe te kennen, dat het om een voldoende gekwalificeerde schending van die regel gaat en dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de door die particulieren geleden schade (arrest van 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voorts heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat de vergoeding van de schade die particulieren hebben geleden door schendingen van het Unierecht adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, in die zin dat de daadwerkelijk geleden schade in voorkomend geval volledig kan worden vergoed [arrest van 28 juni 2022, Commissie/Spanje (Schending van het Unierecht door de wetgever), C-278/20, EU:C:2022:503, punt 164 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 geeft uitdrukking aan deze beginselen, die inherent zijn aan de rechtsorde van de Unie (zie in die zin arrest van 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a., C-568/08, EU:C:2010:751, punt 87).
- 36 In dat verband moeten de in deze richtlijn neergelegde beroepsprocedures, overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, ten minste toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Bovendien volgt uit overweging 36 van richtlijn 2007/66 dat het bij richtlijn 89/665 ingevoerde systeem van beroepsmogelijkheden met name beoogt 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 van de grondrechten van de Europese Unie (zie in die zin arrest van 14 juli 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 en C-275/21, EU:C:2022:565, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 37 Deze laatste richtlijn voorziet niet in enige mogelijkheid om deze toegang te beperken. Integendeel, de lidstaten kunnen krachtens artikel 2, lid 7, tweede alinea, van deze richtlijn bepalen dat na het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning, 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. De vordering tot schadevergoeding die is neergelegd in artikel 2, lid 1, onder c), van deze richtlijn is dus door de wetgever van de Unie bedoeld als het laatste rechtsmiddel dat moet openstaan voor

degenen die door een inbreuk op het Unierecht zijn gelaedeerd, wanneer zij feitelijk geen enkele mogelijkheid hebben om gebruik te maken van de nuttige werking van een van de andere rechtsmiddelen waarin laatstgenoemde bepaling voorziet.

- 38 Dit is met name het geval voor een inschrijver die onrechtmatig is uitgesloten en wiens uitsluiting van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding overeenkomstig zijn vordering nietig is verklaard, maar die, omdat deze procedure ondertussen is beëindigd, niet meer de mogelijkheid heeft om de gevolgen van die nietigverklaring te genieten.
- 39 Hoewel schade kan voortvloeien uit het feit dat als zodanig geen overheidsopdracht is verkregen, moet namelijk worden vastgesteld dat in een geval als in het vorige punt is genoemd, de onrechtmatig uitgesloten inschrijver afzonderlijke schade kan lijden die overeenkomt met de verloren kans om aan de betrokken aanbestedingsprocedure deel te nemen met het oog op de gunning van die opdracht (zie in die zin arrest van 21 december 2023, *United Parcel Service/Commissie*, C-297/22 P, EU:C:2023:1027, punt 69). In het licht van de overwegingen in punt 37 van het onderhavige arrest moet dergelijke schade op grond van artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 kunnen worden vergoed.
- 40 Ten derde vindt de ruime uitlegging van artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 steun in de doelstelling van deze richtlijn, die erin bestaat om geen enkele vorm van schade van de werkingssfeer van deze richtlijn uit te sluiten.
- 41 In het bijzonder moet in herinnering worden gebracht dat richtlijn 89/665 weliswaar niet kan worden geacht te strekken tot volledige harmonisatie en bijgevolg niet kan worden geacht zich uit te strekken tot alle mogelijke beroepsprocedures op het gebied van overheidsopdrachten (arrest van 26 maart 2020, *Hungeod e.a.*, C-496/18 en C-497/18, EU:C:2020:240, punt 73), maar dat dit niet eraan in de weg staat dat die richtlijn, zoals is uiteengezet in overweging 6 ervan, is gebaseerd op de wil van de Uniewetgever om te zorgen voor adequate procedures om niet alleen onrechtmatige besluiten nietig te kunnen verklaren, maar ook om een schadevergoeding te kunnen toekennen aan degenen die door schending van het Unierecht zijn gelaedeerd.
- 42 Deze doelstelling zou echter in gevaar worden gebracht indien artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 aldus zou moeten worden uitgelegd dat het in beginsel de mogelijkheid biedt om in artikel 1, lid 3, van deze richtlijn bedoelde personen uit te sluiten van de mogelijkheid om vergoeding te verkrijgen van schade die zij stellen te hebben geleden als gevolg van een schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.
- 43 Zoals het Hof met betrekking tot winstderving heeft geoordeeld, is het niet aanvaardbaar dat het verlies van een kans om deel te nemen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht teneinde deze opdracht te verkrijgen, volledig wordt uitgesloten als voor vergoeding in aanmerking komende schade in geval van een inbreuk op het Unierecht, aangezien een dergelijke volledige uitsluiting van dat verlies van een kans, in het bijzonder bij geschillen van economische of commerciële aard, het feitelijk onmogelijk zou maken om de schade te vergoeden (zie naar analogie arresten van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur en Factortame*, C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 87; 13 juli 2006, *Manfredi e.a.*, C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 17 april 2007, *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, punt 95).

- 44 Bijgevolg moet artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 aldus worden uitgelegd dat de schadevergoeding die personen die zijn gelaedeerd door een inbreuk op het Unierecht inzake overheidsopdrachten krachtens die bepaling kunnen vorderen, de schade kan dekken die is geleden als gevolg van het verlies van een kans.
- 45 Opgemerkt zij echter dat artikel 2, lid 1, onder c), weliswaar vereist dat schadevergoeding kan worden toegekend aan personen die door een inbreuk op het Unierecht inzake overheidsopdrachten zijn gelaedeerd, maar dat bij gebreke van Unierechtelijke bepalingen ter zake de interne rechtsorde van elke lidstaat de criteria dient vast te stellen aan de hand waarvan de schade die voortvloeit uit het verlies van een kans om deel te nemen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht om die opdracht te krijgen, moet worden vastgesteld en begroot, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen (zie in die zin arrest van 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a., C-568/08, EU:C:2010:751, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 46 In casu komt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing naar voren dat § 17 van wet nr. 514/2003 uitdrukkelijk enkel „reële schade” en „winstderving” noemt als vergoedbare schade. Ter terechtzitting heeft de Slowaakse regering aangegeven dat, volgens vaste rechtspraak van de Slowaakse rechterlijke instanties, een „winstderving” moet worden vergoed wanneer het zeer waarschijnlijk of zelfs nagenoeg zeker is dat de betrokkene, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, winst zou hebben gemaakt. Onder verwijzing naar het standpunt van de Europese Commissie dat de Slowaakse rechterlijke instanties alle nationale middelen moeten aanwenden om een onrechtmatig uitgesloten inschrijver in staat te stellen daadwerkelijk schadevergoeding te vorderen wegens een verloren kans, heeft deze regering ter terechtzitting evenwel verklaard dat niets eraan in de weg staat dat een verzoeker gebruikmaakt van de hem ter beschikking staande beroepsprocedures om zijn recht te doen gelden en het bewijs daarvan te leveren.
- 47 In dit verband volstaat het dus eraan te herinneren dat volgens de rechtspraak van het Hof het voorrangsbeginsel, om de doeltreffendheid van alle Unierechtelijke bepalingen te waarborgen, de nationale rechterlijke instanties met name verplicht om hun nationale recht zo veel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen (arrest van 4 maart 2020, Bank BGŻ BNP Paribas, C-183/18, EU:C:2020:153, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en dat het vereiste van Unierechtconforme uitlegging voor de nationale rechterlijke instanties de verplichting inhoudt om in voorkomend geval regelmatige, of zelfs vaste rechtspraak, te wijzigen wanneer deze berust op een met de doelstellingen van een richtlijn onverenigbare uitlegging van het nationale recht (zie in die zin arrest van 3 juni 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 Gelet op een en ander dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling of een nationale praktijk op grond waarvan een inschrijver die is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op grond van een onrechtmatig besluit van de aanbestedende dienst, in beginsel niet de mogelijkheid heeft om vergoeding te ontvangen voor de schade die hij heeft geleden wegens het missen van de kans om deel te nemen aan die procedure om de betrokken opdracht te krijgen.

Kosten

- 49 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 2, lid 1, onder c), 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 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007,

moet aldus worden uitgelegd dat

het zich verzet tegen een nationale regeling of een nationale praktijk op grond waarvan een inschrijver die is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op grond van een onrechtmatig besluit van de aanbestedende dienst, in beginsel niet de mogelijkheid heeft om vergoeding te ontvangen voor de schade die hij heeft geleden wegens het missen van de kans om deel te nemen aan die procedure om de betrokken opdracht te krijgen.

ondertekeningen