CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 7 juni 2018 [1]

Zaak C-300/17

Hochtief AG
tegen
Budapest Főváros Önkormányzata

[verzoek van de Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 89/665/EEG – Plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken – Beroepsprocedures – Artikel 2, lid 6 – Schadevordering – Verplichte voorafgaande vaststelling van de onwettigheid van het besluit van de aanbestedende dienst – Uitsluiting van de niet voor een arbitragecommissie aangevoerde middelen – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Recht op effectieve rechterlijke bescherming – Doeltreffendheidsbeginsel en gelijkwaardigheidsbeginsel”

I. Inleiding

1. Het onderhavige 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 [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten [3].

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Hochtief AG en de Budapest Főváros Önkormányzata (lokale overheid van Boedapest, Hongarije; hierna: „BFÖ”) over een schadevordering wegens schending van de regels inzake overheidsopdrachten.

3. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing vraagt de Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) welke gevolgen de gezamenlijke toepassing van nationale procedureregels kan hebben voor het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, terwijl die regels los van elkaar niet noodzakelijkerwijs problemen opleveren.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 1989, L 395, blz. 33.

3 PB 2014, L 94, blz. 1.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. 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 of richtlijn 2014/23/EU 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."

5. Artikel 2, leden 1, 2, 6 en 9, van deze richtlijn luidt:

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

[…]

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.

[…]

9. Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen rechterlijke instanties zijn, worden hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen 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."

B. Hongaars recht

1. Wet CXXIX van 2003 inzake overheidsopdrachten

6. De litigieuze feiten van het hoofdgeding vonden plaats in 2005. Zij vielen toen onder de közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. törvény (wet CXXIX van 2003 inzake overheidsopdrachten; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten").

7. § 108, lid 3, van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalt dat „[t]ot het verstrijken van de termijn voor de indiening van een verzoek tot deelname […] een gegadigde zijn verzoek tot deelname [kan] wijzigen".

8. § 350 van deze wet bepaalt:

„De instelling van een burgerlijke rechtsvordering wegens schending van 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."

9. § 351 van deze wet luidt echter:

„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."

2. Wet III van 1952 tot vaststelling van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering

10. § 339/A van de polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (wet 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 in het licht van de ten tijde van de vaststelling van de beslissing geldende regeling en de toen bestaande feitelijke situatie."

III. Feiten van het hoofdgeding

11. Op 5 februari 2005 heeft de BFÖ 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").

12. Op 19 juli 2005 heeft de BFÖ dat consortium meegedeeld dat zijn verzoek tot deelname wegens een belangenconflict onaanvaardbaar was en was uitgesloten. Die beslissing was gebaseerd op het feit dat het consortium een deskundige, die namens de aanbestedende dienst had deelgenomen aan de voorbereiding van de oproep tot mededinging, als projectleider had aangesteld.

13. Het consortium is tegen die beslissing opgekomen bij de Közbeszerzési Döntőbizottság (arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten, Hongarije; hierna: „arbitragecommissie"). Bij beslissing van 12 september 2005 heeft die arbitragecommissie het bezwaar van het consortium afgewezen. Zij heeft geoordeeld dat de aanstelling van de deskundige in het verzoek tot deelname niet als administratieve fout kon worden aangemerkt, zoals Hochtief had aangevoerd, aangezien de niet-inaanmerkingneming van die deskundige zou hebben geleid tot een volgens § 108, lid 3, van de wet inzake overheidsopdrachten onaanvaardbare wijziging van het verzoek tot deelname. In die beslissing heeft zij ook erop gewezen dat de aanbestedende dienst niet onrechtmatig had gehandeld door de procedure voort te zetten met maar twee gegadigden, aangezien § 130, lid 7, van de wet inzake overheidsopdrachten 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.

14. Het consortium is tegen de beslissing van de arbitragecommissie in rechte opgekomen. Bij vonnis van 28 april 2006 heeft de Fővárosi Bíróság (hoofdstedelijke rechtbank Boedapest, Hongarije) zijn beroep verworpen. De Fővárosi Ítélőtábla (rechter in tweede aanleg Boedapest, Hongarije), waarbij tegen dat vonnis hoger beroep was ingesteld, heeft de behandeling van de zaak geschorst en 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. Na dat arrest heeft de Fővárosi Ítélőtábla het vonnis van 28 april 2006 bevestigd bij arrest van 20 januari 2010.

16. Voor die rechter had verzoekster op basis van het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127) met name aangevoerd dat haar niet de mogelijkheid was geboden opmerkingen over de omstandigheden van de zaak te formuleren of te bewijzen dat de medewerking van de deskundige een eerlijke en transparante mededinging niet kon verstoren.

17. Dat arrest dateert van vóór de beslissing van de BFÖ en bestond dus wanneer Hochtief tegen die beslissing opkwam bij de arbitragecommissie. Het zou evenwel pas later in het Hongaars „beschikbaar" zijn gesteld.[4] In zijn arrest heeft de Fővárosi Ítélőtábla echter erop gewezen dat hij dat middel niet onderzocht, aangezien het niet was aangevoerd in het verzoekschrift in eerste aanleg. Volgens de verwijzende rechter was in het verzoekschrift de vraag niet aangevoerd of de aanbestedende dienst een inbreuk had gepleegd door vast te stellen dat er sprake was van een belangenconflict, zonder verzoekster in het hoofdgeding de mogelijkheid te bieden zich te verdedigen. Hij voegt hieraan toe dat die partij pas in hoger beroep voor het eerst heeft aangevoerd dat het haar 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[5] en de rechtspraak van het Hof.

18. Bij arrest van 7 februari 2011 heeft de Legfelsőbb Bíróság (vroegere benaming van de Kúria) het arrest van de Fővárosi Ítélőtábla van 20 januari 2010 bevestigd.

4 Volgens een brief van de griffie van het Hof aan Hochtief van 22 september 2010 was de Hongaarse vertaling van het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127) op 2 oktober 2006 ter griffie ingekomen. De griffie vermeldde echter dat onmogelijk precies kon worden bepaald wanneer de vertaling op de website van het Hof was geplaatst.

5 Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54).

19. Parallel aan die procedures heeft het directoraat-generaal Regionaal Beleid van de Europese Commissie in de loop van 2008 een audit over de litigieuze gunningsprocedure uitgevoerd. Het heeft besloten dat de aanbestedende dienst de regeling inzake overheidsopdrachten had geschonden, doordat hij had gebruikgemaakt van een procedure van gunning via onderhandelingen en in de voorselectiefase een gegadigde had uitgesloten zonder hem de mogelijkheid te bieden tegenbewijs te leveren overeenkomstig het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127), dat wil zeggen aan te tonen dat de medewerking van de als projectleider aangestelde deskundige de concurrentie niet kon verstoren.

20. Op basis van de vaststellingen van de Commissie heeft Hochtief op 11 augustus 2011 een verzoek tot herziening van het arrest van de Fővárosi Ítélőtábla ingediend. Bij beschikking van 6 juni 2013 heeft de Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (bestuurs- en arbeidsrechter Boedapest, Hongarije) dat verzoek tot herziening afgewezen, wat bij beschikking van de Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest, Hongarije) in laatste aanleg is bevestigd.

21. Op basis van de vaststellingen van de Commissie heeft Hochtief een nieuw verzoek ingediend tot veroordeling van de aanbestedende dienst tot een schadevergoeding die overeenkomt met haar uitgaven naar aanleiding van haar deelname aan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht.

22. Aangezien dat verzoek in eerste aanleg en in hoger beroep was afgewezen, heeft Hochtief beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter, waarbij zij met name schending stelt van artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665.

23. 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 die richtlijn zich in beginsel niet lijkt te verzetten tegen een nationale wettelijke bepaling zoals § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten. De gezamenlijke toepassing van die § 350 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 verzoekster in het hoofdgeding wordt verhinderd een schadevordering in te stellen, omdat hij geen beslissing kan aanvoeren waarbij een schending van de regels inzake overheidsopdrachten definitief is vastgesteld. Bijgevolg kan het gerechtvaardigd zijn toe te staan een dergelijke schending met andere middelen te bewijzen, 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.

24. De Kúria heeft dan ook besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

25. Bij beslissing van 11 mei 2017, die op 24 mei 2017 is ingekomen bij het Hof, heeft de Kúria dus beslist het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„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 inzake overheidsopdrachten of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten – 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 inzake overheidsopdrachten of een rechter – bij wie beroep is ingesteld tegen de beslissing van de arbitragecommissie inzake overheidsopdrachten – 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 inzake overheidsopdrachten zijn aangevoerd, ook al kan de gelaedeerde de onwettigheid van zijn uitsluiting wegens een belangenconflict overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie 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?"

26. Verzoekster in het hoofdgeding, de Hongaarse, de Griekse, de Oostenrijkse en de Poolse regering alsook de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Verzoekster in het hoofdgeding, de Hongaarse regering en de Commissie hebben bovendien pleidooi gehouden ter terechtzitting van 30 april 2018.

V. Analyse

A. Methodologische opmerkingen vooraf

27. Het verzoek van de Kúria om een prejudiciële beslissing in het hoofdgeding zorgt voor twee problemen inzake methodologie: de manier waarop de vragen van de verwijzende rechter moeten worden behandeld en de norm waaraan de problemen moeten worden getoetst.

1. Manier waarop de prejudiciële vragen moeten worden behandeld

28. Het verzoek om een prejudiciële beslissing telt drie verschillende vragen. Al snel blijkt echter dat niet noodzakelijkerwijs moeilijkheden inzake het recht op een doeltreffende voorziening in rechte aan het licht komen wanneer elk van die vragen afzonderlijk wordt onderzocht. De gezamenlijke toepassing van de aan de orde zijnde procedureregels doet daarentegen meer vragen rijzen.

29. Het lijkt mij dus aangewezen, zelfs noodzakelijk, om die drie vragen samen te behandelen, ook al kan er in fine verschillend op worden geantwoord.

30. Voorts merk ik meteen op dat de precisering in het tweede deel van de derde prejudiciële vraag mij niet relevant lijkt. Het feit dat de gelaedeerde de onwettigheid van zijn uitsluiting slechts op zodanige wijze kan aanvoeren dat hij van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht hoe dan ook wordt uitgesloten, heeft geen invloed op de juridische redenering die moet worden gevolgd om die derde vraag te beantwoorden. De invloed van een uitsluitingsgrond op de afloop van het hoofdgeding is een kwestie die pas in tweede instantie en alleen door de verwijzende rechter kan

worden beoordeeld.[6] Ik zal die kwestie dus niet in overweging nemen.

31. Mijn analyse zal dus uit drie stappen bestaan. Eerst zal ik de vraag onderzoeken of een schadevordering afhankelijk mag worden gesteld van de voorafgaande nietigverklaring van het vermeend onwettige besluit (en dus a fortiori de vaststelling van de onwettigheid ervan). Vervolgens zal ik ingaan op het probleem dat de toetsing van de wettigheid is beperkt tot het feitelijke en juridische kader dat de verzoeker in zijn gedinginleidend stuk heeft vastgesteld. Ten slotte zal ik analyseren welke gevolgen de toepassing van die twee procedurele beperkingen van het beroep tot nietigverklaring op het beroep tot schadevergoeding heeft voor de effectieve rechterlijke bescherming.

2. Toetsingsnorm

32. Ook moet worden bepaald aan welke norm de problemen moeten worden getoetst. In zijn derde prejudiciële vraag vermeldt de verwijzende rechter het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, die traditioneel grenzen stellen aan de procedurele autonomie van de lidstaten. De motivering van zijn prejudiciële verwijzing baseert hij echter op artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), waarin het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht in de rechtsorde van de Europese Unie is neergelegd.[7]

33. Die laatste benadering verdient mijns inziens voorrang. Het staat thans immers vast dat de in artikel 19, lid 1, VEU vervatte verplichting voor de lidstaten om in de nodige rechtsmiddelen te voorzien om daadwerkelijke rechterlijke bescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren, overeenkomt met het recht dat is neergelegd in artikel 47 van het Handvest[8] alsook dat hieruit volgt dat wanneer de lidstaten de procedurele bepalingen vastleggen voor beroepen in rechte die worden ingesteld ter vrijwaring van de door een Unienorm zoals richtlijn 89/665 toegekende rechten, zij de eerbiediging moeten waarborgen van het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht. Derhalve moeten de kenmerken van een beroep als dat bedoeld in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 worden bepaald in overeenstemming met artikel 47 van het Handvest.[9]

34. Dat is trouwens ook de benadering die het Hof reeds heeft gehanteerd bij de uitlegging van richtlijn 89/665, waarbij het herhaaldelijk heeft geoordeeld dat artikel 1 van die richtlijn „*noodzakelijkerwijs* [moet] worden uitgelegd in het licht van de in het Handvest verankerde grondrechten, met name het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, dat in artikel 47 ervan is opgenomen".[10] Dat betekent concreet dat de lidstaten, wanneer zij de procesregels vaststellen van de beroepsprocedures die ertoe strekken de rechten te beschermen die richtlijn 89/665 aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, moeten waarborgen dat het in artikel 47 van het Handvest vastgelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht wordt geëerbiedigd.[11]

6 Dit geldt des te meer omdat de stelling dat verzoekster in het hoofdgeding het „nieuwe" middel alleen kan aanvoeren via een wijziging van haar verzoek tot deelname, die een grond voor uitsluiting van de procedure vormt, wordt betwist door Hochtief (punt 34 van haar schriftelijke opmerkingen) en de Hongaarse regering (punten 13-15 van haar schriftelijke opmerkingen).

7 Punt 22 van het verzoek om een prejudiciële beslissing.

8 Zie in die zin arresten van 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punt 44); 26 juli 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, punt 30), en 27 september 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, punt 58).

9 Zie in die zin over richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (PB 2013, L 180, blz. 60), arrest van 26 juli 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, punt 31), en over richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB 1995, L 281, blz. 31), arrest van 27 september 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, punten 59 en 60).

10 Arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punt 49); mijn cursivering.

11 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).

35. Het is dus in het licht van de vereisten van artikel 47 van het Handvest dat ik de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter zal onderzoeken.

B. Mogelijkheid om een schadevordering afhankelijk te stellen van de voorafgaande nietigverklaring van het vermeend onwettige besluit

36. Artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 legt de lidstaten de verplichting op de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten betreffende opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU [12] of richtlijn 2014/23 vallen, op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

37. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 voorziet in drie soorten maatregelen die in het kader van dat beroep mogelijk zijn: ten eerste voorlopige maatregelen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad; ten tweede de nietigverklaring van de onwettig genomen besluiten en ten derde de toekenning van schadevergoeding aan degenen die door een inbreuk op de toepasselijke voorschriften schade hebben geleden.

38. Over die laatste soort maatregelen preciseert artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten de instelling van een schadevordering afhankelijk kunnen stellen van de voorafgaande nietigverklaring van het vermeend onwettige besluit. Deze bepaling preciseert echter niet de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor dergelijke vorderingen. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat „*in beginsel* […] artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 niet in de weg [stond] aan een nationaalrechtelijke bepaling […] volgens welke de vaststelling van een daarin vermelde inbreuk op het aanbestedingsrecht een voorafgaande voorwaarde is voor het instellen van een schadevordering". [13] Ik noem dat het beginsel van voorrang van geschillen inzake wettigheid op geschillen inzake schadevergoeding.

39. Aangezien het slechts om een mogelijkheid gaat – artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 gebruikt het werkwoord „kunnen" en niet „moeten" –, zijn de lidstaten die van die mogelijkheid gebruikmaken, vrij om ze aan te passen. [14] Zo kunnen zij voorzien in gevallen waarin de schadevordering ontvankelijk is, hoewel het aangevochten besluit vooraf niet nietig is verklaard. [15]

40. Hoe dan ook mag de gezamenlijke toepassing van het beginsel van voorrang van geschillen inzake wettigheid op die inzake schadevergoeding en een andere procedureregel niet ertoe leiden dat diegene die schade heeft geleden, niet enkel de mogelijkheid wordt ontnomen om het besluit van de aanbestedende dienst nietig te doen verklaren, maar dat hem ook alle andere in artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 vastgestelde rechtsmiddelen worden ontnomen. Een dergelijke „regeling" zou immers

12 Richtlijn 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).

13 Arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punt 36); mijn cursivering.

14 Zie in die zin arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punt 35).

15 Die afwijkende mogelijkheid kan mijns inziens echter niet worden omgezet in een verplichting, anders wordt het bij artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 toegestane beginsel van voorrang van geschillen inzake wettigheid op die inzake schadevergoeding grotendeels uitgehold.

in strijd zijn met het doeltreffendheidsbeginsel.[16] Dat beginsel wordt beschouwd als een van de „vereisten […], die *de uitdrukking vormen* van de op de lidstaten rustende algemene verplichting om de rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het [Unierecht] ontlenen te waarborgen”[17], die is neergelegd in artikel 47 van het Handvest.

41. In casu zou de gezamenlijke toepassing van § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten en § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering problemen kunnen opleveren ten aanzien van artikel 47 van het Handvest.

C. Beperking van de wettigheidstoetsing tot het door de verzoeker vastgestelde feitelijke en juridische kader

42. § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt dat de rechter een administratieve beslissing enkel in het licht van de ten tijde van de vaststelling van de beslissing geldende regeling en de toen bestaande feitelijke situatie kan toetsen.

43. Voor geschillen over besluiten inzake overheidsopdrachten betekent dat concreet dat de nationale rechterlijke instanties die de beslissingen van de arbitragecommissie moeten toetsen, niet het recht hebben een nieuw middel te onderzoeken dat niet voor die commissie is aangevoerd.

44. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 legt de lidstaten de verplichting op de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten die onverenigbaar zijn met het Unierecht, op doeltreffende wijze en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

45. Daartoe laat artikel 2, lid 2, van richtlijn 89/665 de lidstaten toe om de bevoegdheden tot nietigverklaring en herstel op te dragen aan afzonderlijke instanties die niet noodzakelijkerwijs rechterlijke instanties zijn.[18] Voor het overige bevat die richtlijn geen specifieke bepalingen betreffende de voorwaarden die gelden voor het instellen van die beroepen.[19] Richtlijn 89/665 laat de lidstaten dus een discretionaire bevoegdheid bij de keuze van de procedurele waarborgen waarin zij voorziet, en van de desbetreffende formaliteiten.[20]

46. Volgens vaste rechtspraak is het krachtens het beginsel van procedurele autonomie een aangelegenheid van elke lidstaat om de procesregels vast te stellen voor de administratieve procedure en de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen. Maar die procesregels mogen geen inbreuk maken op de nuttige werking van richtlijn 89/665.[21]

16 Zo heeft het Hof geoordeeld dat „het Unierecht en met name het beginsel van doeltreffendheid in de weg staat aan een nationale regeling die voor het instellen van een beroep tot schadevergoeding wegens inbreuk op een regel inzake overheidsopdrachten, vereist dat vooraf wordt vastgesteld dat de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht onrechtmatig was vanwege het ontbreken van een voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, wanneer voor deze vordering tot vaststelling van onrechtmatigheid een vervaltermijn van zes maanden geldt, die ingaat op de dag volgend op de gunning van de betrokken overheidsopdracht, en dit ongeacht of de eiser al dan niet kennis kon hebben van het bestaan van de onrechtmatigheid van dit besluit van de aanbestedende dienst” (arrest van 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 46 en dictum).

17 Arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punt 47); mijn cursivering. Zie ook arresten van 18 maart 2010, Alassini e.a. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punt 49), en 14 september 2016, Martínez Andrés en Castrejana López (C-184/15 en C-197/15, EU:C:2016:680, punt 59).

18 In dat geval vereist artikel 2, lid 9, van richtlijn 89/665 niettemin dat tegen de door die niet-rechterlijke „beroepsinstanties” genomen onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de hun 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 betrokken beroepsinstantie.

19 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 42).

20 Zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punt 44).

21 Zie in die zin arresten van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 40); 6 oktober 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punt 47); 15 september 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 43), en 5 april 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268, punt 33).

47. In die context is mijns inziens een regel zoals die van § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering als zodanig niet in strijd met het Unierecht wanneer hij wordt toegepast in het kader van de wettigheidstoetsing door de arbitragecommissie en vervolgens door de rechterlijke instanties.

48. Uit de derde overweging van richtlijn 89/665 blijkt immers dat een van de prioritaire doelen ervan is dat er „doeltreffende en *snelle* beroepsprocedures" bestaan.[22] De Uniewetgever zelf heeft het belang van dat laatste kenmerk benadrukt door de lidstaten in artikel 1, lid 1, vierde alinea, van die richtlijn uitdrukkelijk de verplichting op te leggen „de nodige maatregelen [te nemen] om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en *vooral* zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld".[23]

49. De beperking van de rechterlijke toetsing tot de voor de arbitragecommissie aangevoerde middelen in het licht van de ten tijde van de vaststelling van de beslissing geldende regeling en de toen bestaande feitelijke situatie draagt bij tot de verwezenlijking van die doelstelling van snelheid zonder daarom het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in zijn kern aan te tasten.[24]

50. Ten eerste voorkomt deze regel vertraging in de procedure door te verhinderen dat in hoger beroep een nieuw debat wordt geopend, dat noodzakelijkerwijs tegensprekelijk moet zijn en waarna de rechter uitspraak moet doen met een gemotiveerde beslissing. Hij is dus in het belang van een goede rechtsbedeling[25] en consolideert het vereiste van rechtszekerheid dat voorop moet staan in de beroepen die ertoe strekken een overeenkomst onverbindend te verklaren.[26] Ten tweede ontzegt deze regel de justitiabele niet de toegang tot de rechter. Hij stelt grenzen die de justitiabele zelf heeft vastgesteld, onder uitsluitend zijn verantwoordelijkheid.

51. Dienaangaande heeft het Hof de gevolgen onderzocht van een procesregel die de beoordeling door de rechter beperkt tot de door de partijen aangevoerde argumenten en geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale rechter niet de verplichting inhield om ambtshalve een aan een Unierechtelijke bepaling ontleende grond, ongeacht het belang daarvan voor de rechtsorde van de Unie, te onderzoeken, wanneer de partijen daadwerkelijk de mogelijkheid hadden om voor de nationale rechter een op het Unierecht gebaseerde grond aan te voeren.[27]

52. Hoewel een procesregel die als gevolg heeft het geschil te beperken tot de voor de arbitragecommissie aangevoerde middelen, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest beperkt, is hij dus gerechtvaardigd in de zin van artikel 52, lid 1, van dat Handvest, aangezien hij bij wet is gesteld, de wezenlijke inhoud van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte eerbiedigt en in overeenstemming is met het bij richtlijn 89/665 vastgestelde doel om snel beroep in te kunnen stellen, dat bijdraagt tot een goede rechtsbedeling en het vereiste van rechtszekerheid.

22 Mijn cursivering.

23 Mijn cursivering.

24 Zie in die zin punt 90 van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:50): „het verbod in hogere voorziening nieuwe middelen aan te voeren [geldt] echter in meerdere lidstaten en is niet zo ernstig dat de doeltreffendheid van een bezwaarprocedure erdoor in het gedrang komt". Het Hof heeft dat standpunt en de theoretische wettigheid van een dergelijke regel bevestigd. In punt 87 van zijn arrest van 26 september 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588), heeft het Hof over de grief met betrekking tot het verbod om in hoger beroep nieuwe middelen aan te voeren, immers geoordeeld dat het niet beschikte „over gegevens die twijfel kunnen doen ontstaan over de overeenstemming van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde sanctieregeling met de beginselen van een doeltreffende voorziening in rechte en van eerbiediging van de rechten van de verdediging".

25 Zo heeft het Hof geoordeeld dat een financieel vereiste „een maatregel [is] waarmee vexatoire beroepen kunnen worden ontmoedigd en – in het belang van een behoorlijke rechtsbedeling – aan alle justitiabelen kan worden gewaarborgd dat het door hen ingestelde beroep overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest zo snel als mogelijk wordt onderzocht" (arrest van 15 september 2016, Star Storage e.a., C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 54).

26 Zie in die zin arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punt 40).

27 Zie in die zin arrest van 7 juni 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, punt 41).

D. Toepassing van de procedurele beperkingen voor geschillen inzake wettigheid op geschillen inzake schadevergoeding

53. Uit het voorgaande blijkt dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte niet in de weg staat aan de norm die bepaalt dat geschillen inzake wettigheid voorrang hebben op geschillen inzake schadevergoeding, noch aan de norm die verhindert een nieuw rechtsmiddel aan te voeren na de inleiding van het geschil, wanneer die normen los van elkaar worden gezien.

54. De gezamenlijke toepassing van § 350 van de wet inzake overheidsopdrachten en § 339/A van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft echter als gevolg dat een beroep tot schadevergoeding enkel ontvankelijk is indien bij een voorafgaande beslissing de onwettigheid van de aan de orde zijnde overheidsopdracht is vastgesteld, los van de vraag of de verzoeker die schadevergoeding vordert, in werkelijkheid daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om de relevante onwettigheidsgrond in het kader van de wettigheidstoetsing aan te voeren.

55. Een dergelijk gevolg lijkt mij in strijd met artikel 47 van het Handvest, want het bij die bepaling gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte wordt geschonden, omdat een beroep tot schadevergoeding in de praktijk onmogelijk is, zonder dat dat is gerechtvaardigd door een doelstelling van algemeen belang, wat in strijd is met artikel 52, lid 1, van het Handvest.

1. Schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte

56. Het vereiste van rechterlijke bescherming impliceert de mogelijkheid om vergoeding van de geleden schade te krijgen bij een schending van het Unierecht. Wanneer een handeling is toegepast waarvan de geldigheid ter discussie staat, kan de nietigverklaring ervan niet altijd de geleden schade volledig te vergoeden.[28] De niet-toepasselijkheid van de handeling stopt de gevolgen ervan in de aan de rechter voorgelegde situatie, terwijl de toekenning van een schadevergoeding de schade vergoedt die eruit is kunnen voortvloeien. De volledige bescherming van de justitiabele vereist dus beide.[29]

57. Hoewel het bij artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 toegestane beginsel van voorrang van geschillen inzake wettigheid op geschillen inzake schadevergoeding kan worden verklaard en gerechtvaardigd door redenen van proceseconomie en uiteindelijk rechtszekerheid[30], moet de regel die dat beginsel ten uitvoer legt, dus buiten toepassing worden gelaten wanneer is aangetoond dat het niet mogelijk is geweest de onwettigheid van het litigieuze besluit te doen vaststellen om een wettige reden die niets met de gedraging van de verzoeker te maken heeft.

58. Zo niet wordt de justitiabele alle rechterlijke bescherming ontzegd, omdat het beroep tot schadevergoeding in die bijzondere omstandigheden „het enige [is] dat nog overblijft om personen te beschermen wanneer […] de andere rechtsmiddelen [geen] effectieve bescherming [hebben geboden]”.[31]

28 Zie in die zin arrest van 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punt 49).

29 Zie in die zin over de wettelijke normen, Dubouis, L., „La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté”, *Revue française de droit administratif*, nr. 3, 1996, blz. 583-601.

30 Dat beginsel beoogt de toetsing van de regels over de plaatsing van overheidsopdrachten immers toe te vertrouwen aan gespecialiseerde controle-instanties. De bedoeling is ervoor te zorgen dat alle rechtsvragen over de schending van het recht inzake overheidsopdrachten die in andere procedures opduiken, definitief zijn beslecht door de daartoe aangewezen gespecialiseerde instantie.

31 Zie over het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid, Berrod, F., *La systématique des voies de droit communautaire*, Parijs, Dalloz, 2003, nr. 946.

59. Dat bijzondere kenmerk van de geschillen inzake schadevergoeding dringt door in alle rechtspraak van het Hof over de samenhang van de beroepsmiddelen en hun gevolgen voor de effectieve rechterlijke bescherming, of het nu gaat om de strenge ontvankelijkheidsvoorwaarden van het beroep tot nietigverklaring in geschillen over de wettigheid van de handelingen van de Unie [32], om het gebrek aan horizontale rechtstreekse werking van de richtlijnen [33] of nog wanneer een schending van de aan het Unierecht ontleende rechten door een definitieve beslissing van de rechter niet meer kan worden hersteld.

60. Hoewel in dat laatste geval het Unierecht niet vereist dat een rechterlijke instantie uit principe terugkomt op haar in gezag van gewijsde gegane beslissing om rekening te houden met de uitlegging die het Hof na vaststelling van die beslissing aan een relevante bepaling van Unierecht heeft gegeven, „[mag] particulieren […] niet de mogelijkheid […] worden ontzegd om de staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming van hun rechten te krijgen”. [34]

61. Die logica is ten uitvoer gelegd door de in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instanties aansprakelijk te stellen bij schending van het Unierecht: „[g]ezien de essentiële rol van de rechterlijke macht bij de bescherming van de rechten die particulieren aan [voorschriften van het Unierecht] ontlenen, zou de volle werking [van die voorschriften] in gevaar komen en zou de bescherming van de daarin toegekende rechten worden verzwakt, indien het uitgesloten zou zijn dat particulieren onder bepaalde voorwaarden schadevergoeding kunnen krijgen indien zij in hun rechten zijn geschaad door een schending van het [Unierecht] die kan worden toegerekend aan een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie van een lidstaat”. [35]

62. De volle werking van het Unierecht en de bescherming van de daarin toegekende rechten, die ten grondslag liggen aan die rechtspraak, vereisen ook dat die oplossing in aanmerking wordt genomen wanneer de gezamenlijke toepassing van procesregels een aanbestedende dienst „immuun” maakt voor alle aansprakelijkheid, hoewel hij het Unierecht heeft geschonden. Deze uitlegging strookt met het streven van de Uniewetgever naar adequate procedures om een schadevergoeding te kunnen toekennen aan degenen die door schending van de voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn gelaedeerd. [36]

63. Met deze uitlegging wordt ook het beginsel van voorrang van het Unierecht gewaarborgd. Het Hof heeft immers geoordeeld dat indien de beoordeling door een nationale rechterlijke instantie strijdig is met het Unierecht, een andere nationale rechterlijke instantie de betreffende nationale regel op eigen gezag buiten toepassing moet laten, zelfs al is zij volgens het nationale recht onvoorwaardelijk gebonden door de uitlegging van het Unierecht door die eerste rechterlijke instantie. [37]

64. Bij het onderhavige probleem van samenhang van de procesregels blijkt dat indien de persoon die schadevergoeding vordert, niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om in het kader van de wettigheidstoetsing het middel aan te voeren waarop hij zich wenst te beroepen ter ondersteuning van zijn schadevordering, de verkeerde toepassing van het Unierecht niet kan worden hersteld. Om de voorrang van het Unierecht te verzekeren, moet de nationale rechterlijke instantie in het kader van haar bevoegdheden alle nodige maatregelen daartoe nemen. [38] Uit het voorgaande vloeit voort dat

32 Zie in die zin arrest van 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punt 82).

33 Zie in die zin met name arresten van 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punten 42 en 43), en 26 maart 2015, Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200, punt 48).

34 Arrest van 6 oktober 2015, Târşia (C-69/14, EU:C:2015:662, punt 40).

35 Arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 33). Zie ook arrest van 13 juni 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, punt 31).

36 Zie in die zin de zesde overweging van richtlijn 89/665.

37 Zie in die zin beschikking van 15 oktober 2015, Naderhirn, (C-581/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:707, punt 35).

38 Zie in die zin beschikking van 15 oktober 2015, Naderhirn, (C-581/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:707, punt 37).

wanneer is aangetoond dat het niet mogelijk is geweest de onwettigheid van het besluit van de aanbestedende dienst te doen vaststellen om een reden die niets met de gedraging van de verzoeker te maken heeft, de bevoegde nationale rechter de regel tot uitvoering van het beginsel van voorrang van geschillen inzake wettigheid op die inzake schadevergoeding buiten toepassing moet laten.

2. Gebrek aan rechtvaardiging

65. Wanneer ik heb onderzocht of het Unierecht in de weg staat aan een regel die verhindert zich op een rechtsmiddel te beroepen dat niet in het gedinginleidend stuk is aangevoerd, heb ik mij op het standpunt gesteld dat de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van snelheid de toepassing van die regel in de procedure voor de toetsing van de wettigheid van de besluiten inzake overheidsopdrachten kon rechtvaardigen, omdat die regel in het belang is van een goede rechtsbedeling en het vereiste van rechtszekerheid consolideert, dat voorop moet staan in de beroepen die ertoe strekken een overeenkomst onverbindend te verklaren.

66. Zoals het Hof heeft benadrukt, is „de mate waarin rechtszekerheid is vereist in het kader van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor beroepen, [evenwel] niet dezelfde […] voor schadevorderingen als voor beroepen die ertoe strekken een overeenkomst onverbindend te verklaren. De onverbindendverklaring van een overeenkomst die is gesloten aan het einde van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, maakt immers een einde aan het bestaan en eventueel aan de uitvoering van deze overeenkomst, hetgeen een wezenlijke inmenging van de bestuurlijke of rechterlijke instantie in de contractuele relaties tussen particulieren en overheidsinstellingen vormt. Een dergelijke beslissing kan dus een aanzienlijke verstoring en economische verliezen veroorzaken, niet alleen voor diegene aan wie de betrokken overheidsopdracht werd gegund, maar ook voor de aanbestedende dienst en bijgevolg voor de bevolking, aan wie de uitvoering van de werken of het verrichten van de diensten waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft, uiteindelijk ten goede komt. Zoals blijkt uit de overwegingen 25 en 27 van richtlijn [2007/66/EG][39] heeft de Uniewetgever meer belang gehecht aan het vereiste van rechtszekerheid voor beroepen die ertoe strekken een overeenkomst onverbindend te verklaren, dan voor schadevorderingen.”[40]

67. Bovendien kan de samenhang van de procedures zoals in het hoofdgeding de gunningsprocedure niet vertragen, noch de rechtszekerheid aantasten. Het onwettig genomen uitsluitingsbesluit dat de gestelde schade heeft veroorzaakt, is immers definitief geworden na de definitieve afwijzing van het beroep tegen de beslissing van de arbitragecommissie en van het verzoek tot herziening van het arrest van de Fővárosi Ítélőtábla dat in het kader van diezelfde procedure is uitgesproken.

68. Toelaten dat de rechter die over de schadevergoeding oordeelt, de onwettigheid vaststelt van het besluit dat ten grondslag ligt aan de gestelde schade, op basis van een middel dat niet is onderzocht in de procedure tot nietigverklaring, kan dus niet ertoe leiden dat de litigieuze handeling onverbindend wordt verklaard.

69. Bovendien betekent dat niet dat de rechter die over de schadevergoeding oordeelt, het gezag van gewijsde opnieuw aan de orde stelt, aangezien het beroep tot schadevergoeding een ander voorwerp heeft en betrekking heeft op een andere rechtsvraag dan het beroep tot nietigverklaring. Integendeel, in analoge omstandigheden heeft het Hof al geoordeeld dat een nationale regel die de nationale rechter belette om alle consequenties uit de schending van een verdragsbepaling te trekken wegens een nationale rechterlijke beslissing met gezag van gewijsde, niet was gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel.[41]

39 Richtlijn 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).

40 Arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punten 39 en 40).

41 Zie in die zin arrest van 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punt 45).

3. Toepassing op het onderhavige geval

70. Schadevergoeding toekennen aan diegenen die schade hebben geleden door een inbreuk op de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, is een van de door het Unierecht gewaarborgde vormen van rechtsherstel.[42] Om te parafraseren wat het Hof heeft geoordeeld in punt 43 van zijn arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779): de gezamenlijke toepassing van de procesregels die op het hoofdgeding van toepassing zijn, kan ertoe leiden dat diegene die schade heeft geleden, niet enkel de mogelijkheid wordt ontnomen om het besluit van de aanbestedende dienst nietig te doen verklaren, maar dat hem ook alle andere in artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 vastgestelde rechtsmiddelen worden ontnomen.

71. Bijgevolg geldt dezelfde conclusie in de onderhavige zaak. Het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte staat in de weg aan een regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die dat recht schendt door de instelling van het beroep tot schadevergoeding onmogelijk te maken wegens het verbod om een rechtsmiddel in overweging te nemen waarvan de justitiabele, zonder dat hij een fout of onzorgvuldigheid beging, geen kennis heeft kunnen nemen vóór de instelling van zijn beroep tot nietigverklaring of, om de woorden te gebruiken van het arrest van 7 juni 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318), dat de justitiabele niet daadwerkelijk voor de nationale rechter heeft kunnen aanvoeren.

72. In de onderhavige zaak is de schending van het Unierecht door Hochtief voor het eerst voor de Fővárosi Ítélőtábla aangevoerd en gebaseerd op het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127), dat in het Hongaars pas na de instelling van het bezwaar bij de arbitragecommissie „beschikbaar" zou zijn gesteld.[43]

73. De vraag blijft of het voor een onderneming zoals Hochtief, een vennootschap naar Duits recht met zetel in Duitsland, echt onmogelijk was kennis te nemen van een arrest van het Hof vóór de vertaling ervan in het Hongaars. Het feit dat de griffie van het Hof de informatie over de beschikbaarheid van de Hongaarse vertaling van het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127), in het Duits heeft verstrekt naar aanleiding van een verzoek in het Duits van de Duitse zetel van Hochtief, is wellicht een element dat in overweging moet worden genomen. Aangezien het om een feitenkwestie gaat, staat het echter aan de verwijzende rechter om te bepalen of Hochtief *daadwerkelijk de mogelijkheid* heeft gehad om dat middel voor de arbitragecommissie aan te voeren (of voor de beroepsinstantie als de arbitragecommissie geen rechterlijke instantie is in de zin van artikel 267 VWEU[44]). Indien zij die mogelijkheid niet heeft gehad, moet haar beroep tot schadevergoeding kunnen worden toegewezen, hoewel het besluit van de aanbestedende dienst niet nietig is verklaard.

42 Arrest van 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punt 43).

43 In tegenstelling tot wat Hochtief ter terechtzitting van 30 april heeft gesteld, verschilt het argument op basis van het arrest van 3 maart 2005, Fabricom (C-21/03 en C-34/03, EU:C:2005:127) mijns inziens duidelijk van het argument dat aanvankelijk in het inleidende verzoekschrift is aangevoerd. Het juridische probleem dat in het bovenvermelde arrest aan de orde is, betreft immers de rechten van de verdediging en niet het probleem van de onverenigbaarheid van de offerte als zodanig.

44 De hoedanigheid van „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 267 VWEU hangt af van een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het aan de orde zijnde orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van regelen des rechts, alsook de onafhankelijkheid van dat orgaan (zie met name arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, EU:C:1997:413, punt 23, en voor een recente toepassing arrest van 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, punt 17). Opgemerkt kan worden dat het Hof al meermaals heeft geoordeeld dat instanties zoals de arbitragecommissie moeten worden beschouwd als „rechterlijke instanties" in de zin van artikel 267 VWEU, aangezien zij aan de bovenvermelde voorwaarden voldoen. Zie in dat verband naast de twee bovenvermelde arresten, arresten van 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52); 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567); 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379); 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801); 18 september 2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235); 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347); 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), en 8 juni 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431).

VI. Conclusie

74. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Kúria te beantwoorden als volgt:

„1) Het Unierecht verzet zich niet tegen een procedurele bepaling van een lidstaat die de instelling van een schadevordering afhankelijk stelt van de voorafgaande en definitieve vaststelling van de onwettigheid van het besluit van een aanbestedende dienst door een daartoe bevoegde instantie in de zin van 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.

2) Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 verzet zich niet ertegen dat de lidstaten in gevallen voorzien waarin de schadevordering wegens een onwettig genomen besluit van een aanbestedende dienst ontvankelijk is, hoewel dat besluit vooraf niet nietig is verklaard.

3) Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verzet zich tegen een nationale regeling die voor de instelling van een beroep tot schadevergoeding wegens inbreuk op een regel inzake overheidsopdrachten vereist dat vooraf wordt vastgesteld dat de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht onrechtmatig was wanneer de persoon die schadevergoeding vordert, niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om voor een nationale rechterlijke instantie het middel aan te voeren waarop hij zich ter ondersteuning van zijn schadevordering wenst te beroepen.”