



Datum van inontvangstneming : 09/07/2021

**Zaak C-274/21**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

28 april 2021

**Verwijzende rechter:**

Bundesverwaltungsgericht (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

22 april 2021

**Verzoekster:**

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

**Verweerster:**

Republik Österreich

Bundesbeschaffung GmbH

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen in het kader van een beroep tegen één of meerdere besluiten in een aanbestedingsprocedure

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Uitlegging van richtlijn 89/665/EEG en van verordening (EU) nr. 1215/2012; verenigbaarheid met het Unierecht van nationale wettelijke bepalingen inzake proces- en gerechtskosten in het kader van een procedure bij het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk; hierna ook: „BVwG”) tot het nemen van voorlopige maatregelen, en inzake de rechtsgevolgen van niet-betaling van deze kosten; artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

1. Is een procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen zoals voorzien in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, die in Oostenrijk volgens nationaal recht ook kan worden ingesteld bij het Bundesverwaltungsgericht en op grond waarvan bijvoorbeeld ook een tijdelijk verbod op het sluiten van raamovereenkomsten of op het sluiten van leveringsovereenkomsten kan worden verkregen, aan te merken als een burgerlijke en handelszaak in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „executieverordening”)? Is een dergelijke procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen zoals omschreven in de bovenstaande vraag in elk geval aan te merken als een burgerlijke zaak als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”)? Is de procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen als bedoeld in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, aan te merken als een procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de executieverordening?

2. Moet het gelijkwaardigheidsbeginsel in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat het aan particulieren subjectieve rechten verleent tegenover de lidstaat en dat het zich verzet tegen bepalingen van Oostenrijks recht volgens welke de rechter, alvorens te beslissen op een verzoek om voorlopige maatregelen zoals bedoeld in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, het type aanbestedingsprocedure, de (geraamde) waarde van de opdracht alsook het totaalbedrag van de in het kader van bepaalde aanbestedingsprocedures betwiste en afzonderlijk aanvechtbare besluiten dan wel in voorkomend geval ook de percelen van een bepaalde aanbestedingsprocedure moet vaststellen, om vervolgens in voorkomend geval namens de president van de bevoegde kamer van het Bundesverwaltungsgericht een verzoek om regularisatie te betekenen met het oog op navordering van proces- en gerechtskosten, en, in geval van niet-betaling ervan en het daaruit voortvloeiende verval van rechtsvordering, de proceskosten nog vóór of uiterlijk gelijktijdig met de afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen wegens verzuim van betaling van nagevorderde proces- en gerechtskosten te laten invorderen door de voor het betrokken beroep bevoegde kamer van het Bundesverwaltungsgericht, terwijl in (andere) burgerlijke zaken in Oostenrijk, zoals bijvoorbeeld vorderingen tot schadevergoeding of tot staking wegens inbreuk op de mededingingsregels, de niet-betaling van proceskosten de afdoening van een parallel aan een ingestelde vordering ingediend verzoek om voorlopige maatregelen onverlet laat, ongeacht het bedrag aan verschuldigde proces- en gerechtskosten, en ook de niet-betaling van proceskosten de afdoening van een apart van een vordering bij de civiele rechter ingediend verzoek om voorlopige maatregelen in beginsel onverlet laat, en in Oostenrijk voorts ook de niet-betaling van proceskosten in beroepsprocedures tegen administratieve

besluiten of de niet-betaling van proceskosten in procedures in hoger beroep of in *Revision* tegen bestuursrechtelijke beslissingen bij het Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof, Oostenrijk) of het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) niet leidt tot verwerping van het beroep wegens niet-betaling van proces- en gerechtskosten, en er bijvoorbeeld ook niet toe leidt dat in het kader van deze procedures in hoger beroep of in *Revision* ingediende verzoeken om toekenning van schorsende werking alleen met een afwijzingsbeslissing mogen worden afgedaan?

2.1. Moet het gelijkwaardigheidsbeginsel in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van bepalingen van Oostenrijks recht volgens welke de kamerpresident als alleensprekend rechter, alvorens te beslissen op een verzoek om voorlopige maatregelen, zoals bedoeld in artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, bij gebreke van voldoende aanbetaling van vaste proces- en gerechtskosten een verzoek om regularisatiebetaling moet betekenen en dat deze alleensprekende rechter dit verzoek in kort geding om voorlopige maatregelen moet afwijzen bij uitblijven van betaling, terwijl bij civiele vorderingen in Oostenrijk in geval van een parallel aan een vordering ingediend verzoek om voorlopige maatregelen volgens het Gerichtsgebührengesetz (Oostenrijkse wet inzake gerechtskosten) naast de kosten in eerste aanleg in beginsel geen aanvullende vaste proces- en gerechtskosten moeten worden betaald, en terwijl ook in geval van verzoeken om toekenning van schorsende werking, die tezamen worden ingediend met een beroep tegen een besluit bij de bestuursrechter, een beroep in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof of een hoger beroep bij het Verfassungsgerichtshof en die in functioneel opzicht een identieke dan wel gelijkaardige rechtsbescherming bieden als een verzoek om voorlopige maatregelen, geen afzonderlijke kosten zijn verschuldigd voor deze accessoire verzoeken om toekenning van schorsende werking?

3. Moet het vereiste van artikel 2, lid 1, onder a), 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), als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, om *zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad*, in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat dit vereiste van spoedige behandeling een subjectief recht verleent op een onverwijlde afdoening van een verzoek om voorlopige maatregelen en dat het zich verzet tegen de toepassing van bepalingen van Oostenrijks recht volgens welke de rechter ook in geval van op niet-transparante wijze uitgevoerde aanbestedingsprocedures, alvorens te beslissen op een verzoek om voorlopige maatregelen waarmee wordt beoogd te verhinderen dat de aanbestedende dienst verdere aanbestedingen plaatst, het type aanbestedingsprocedure, de (geraamde) waarde van de opdracht alsook het

totaalbedrag van de in het kader van bepaalde aanbestedingsprocedures betwiste en afzonderlijk aanvechtbare besluiten dan wel in voorkomend geval ook de percelen van een bepaalde aanbestedingsprocedure moet vaststellen, zonder dat dit enige relevantie heeft voor de beslechting van het geding, om vervolgens in voorkomend geval namens de president van de bevoegde kamer van het Bundesverwaltungsgericht een verzoek om regularisatie te betekenen met het oog op navordering van proces- en gerechtskosten, en, in geval van niet-betaling ervan en het daaruit voortvloeiende verval van rechtsvordering, de proceskosten nog vóór of uiterlijk gelijktijdig met de afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen wegens verzuim van betaling van nagevorderde proces- en gerechtskosten bij verzoekster te laten invorderen door de voor het betrokken beroep bevoegde kamer van het Bundesverwaltungsgericht?

4. Moet het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02) (PB 2012, C 326, blz. 391) in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat het aan particulieren subjectieve rechten verleent en dat het zich verzet tegen de toepassing van bepalingen van Oostenrijks recht volgens welke de rechter ook in geval van op niet-transparante wijze uitgevoerde aanbestedingsprocedures, alvorens te beslissen op een verzoek om voorlopige maatregelen waarmee wordt beoogd te verhinderen dat de aanbestedende dienst verdere aanbestedingen plaatst, het type aanbestedingsprocedure, de (geraamde) waarde van de opdracht alsook het totaalbedrag van de in het kader van bepaalde aanbestedingsprocedures betwiste en afzonderlijk aanvechtbare besluiten dan wel in voorkomend geval ook de percelen van een bepaalde aanbestedingsprocedure moet vaststellen, zonder dat dit enige relevantie heeft voor de beslechting van het geding, om vervolgens in voorkomend geval namens de president van de bevoegde kamer van het Bundesverwaltungsgericht een verzoek om regularisatie te betekenen met het oog op navordering van proces- en gerechtskosten, en, in geval van niet-betaling ervan en het daaruit voortvloeiende verval van rechtsvordering, de proceskosten nog vóór of uiterlijk gelijktijdig met de afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen wegens verzuim van betaling van nagevorderde proces- en gerechtskosten bij verzoekster te laten invorderen door de voor het betrokken beroep bevoegde kamer van het Bundesverwaltungsgericht?

5. Moet het gelijkwaardigheidsbeginsel in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat het aan particulieren subjectieve rechten verleent ten aanzien van de lidstaat en dat het zich verzet tegen bepalingen van Oostenrijks recht volgens welke in geval van niet-betaling van de vaste kosten voor het indienen van een verzoek om voorlopige maatregelen in de zin van richtlijn 89/665/EEG in de thans geldende versie, (alleen nog) een kamer van een bestuursrechtbank als rechtsprekend orgaan de invordering kan gelasten van vaste proces- en gerechtskosten (met de daaruit voortvloeiende verminderde rechtsbeschermingsmogelijkheden voor de schuldenaar van deze kosten), terwijl in civielrechtelijke procedures de kosten voor het indienen van een vordering, een verzoek om voorlopige maatregelen of een hoger beroep in geval van niet-betaling

worden ingevorderd bij een besluit op grond van het Gerichtliche Einbringungsgesetz (Oostenrijkse wet inzake gerechtelijke invorderingen), en ook terwijl in het bestuursrecht de kosten voor het instellen van een hoger beroep bij de bestuursrechter of bij het Verfassungsgerichtshof, dan wel voor het instellen van een beroep in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof, in geval van niet-betaling in de regel worden ingevorderd bij een besluit van de belastingdienst (het zogenoemde „Gebührenschiebungsbescheid“) waartegen in de regel altijd beroep kan worden ingesteld bij een bestuursrechter en vervolgens ook beroep in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof of hoger beroep bij het Verfassungsgerichtshof?

6. Moet artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat het sluiten van een raamovereenkomst met één enkele ondernemer overeenkomstig artikel 33, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU gelijkstaat aan het besluit tot gunning van de opdracht overeenkomstig artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU?

6.1. Moeten de in artikel 33, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU gehanteerde bewoordingen „*de op die raamovereenkomst gebaseerde opdrachten*” aldus worden uitgelegd dat sprake is van een op een raamovereenkomst gebaseerde opdracht wanneer de aanbestedende dienst de plaatsing van een afzonderlijke opdracht uitdrukkelijk baseert op de gesloten raamovereenkomst? Of moet de aangehaalde passage „*de op die raamovereenkomst gebaseerde opdrachten*” aldus worden uitgelegd dat geen sprake meer is van een op de oorspronkelijk gesloten raamovereenkomst gebaseerde opdracht wanneer de totale hoeveelheid prestaties waarop de raamovereenkomst is gebaseerd, reeds is uitgeput in de zin van punt 64 van het arrest van het Hof in zaak C-216/17?

7. Moet het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02) (PB 2012, C 326, blz. 391), mede in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van een bepaling volgens welke de in het aanbestedingsgeschil gedaagde aanbestedende dienst in de procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen verplicht is alle vereiste informatie te verstrekken en alle vereiste documenten te overleggen – in voorkomend geval in uitvoering van een jegens hem gegeven verstekbeslissing –, wanneer de bestuurders of werknemers van deze aanbestedende dienst die deze informatie namens deze dienst moeten medelen, hierbij in voorkomend geval het risico lopen dat zij zelf door het verstrekken van deze informatie of het overleggen van deze documenten strafrechtelijk worden vervolgd?

8. Moet het vereiste van artikel 1, lid 1, 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), als gewijzigd bij richtlijn 2014/24/EU, *dat doeltreffend beroep kan worden ingesteld tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten*, gelezen in samenhang met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte overeenkomstig artikel 47 van het Handvest en mede in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht, aldus worden uitgelegd dat deze bepalingen subjectieve rechten verlenen en zich verzetten tegen de toepassing van nationale wettelijke bepalingen volgens welke op de indiener van het verzoek om voorlopige maatregelen die om rechtsbescherming verzoekt de verplichting rust om in zijn verzoek om voorlopige maatregelen de concrete aanbestedingsprocedure en het concrete besluit van de aanbestedende dienst aan te duiden, ook wanneer deze verzoeker in geval van openbare aanbestedingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking in de regel niet kan weten hoeveel niet-transparante aanbestedingsprocedures de aanbestedende dienst heeft gevoerd en hoeveel besluiten tot gunning reeds zijn genomen in deze niet-transparante aanbestedingsprocedures?

9. Moet het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest, mede in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht, aldus worden uitgelegd dat deze bepaling subjectieve rechten verleent en zich verzet tegen de toepassing van nationale wettelijke bepalingen volgens welke op de indiener van het beroep die om rechtsbescherming verzoekt de verplichting rust om in zijn verzoek om voorlopige [maatregelen] de concrete aanbestedingsprocedure en het concrete afzonderlijk aanvechtbare en ook door hem aangevochten besluit van de aanbestedende dienst aan te duiden, ook wanneer deze verzoeker in geval van voor hem niet-transparante aanbestedingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking in de regel niet kan weten hoeveel niet-transparante aanbestedingsprocedures de aanbestedende dienst heeft gevoerd en hoeveel besluiten tot gunning reeds zijn genomen in deze niet-transparante aanbestedingsprocedures?

10. Moet het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest, mede in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht, aldus worden uitgelegd dat deze bepaling subjectieve rechten verleent en zich verzet tegen de toepassing van nationale wettelijke bepalingen volgens welke op de indiener van het verzoek om voorlopige maatregelen die om rechtsbescherming verzoekt de verplichting rust om vaste proces- en gerechtskosten te betalen waarvan hij het bedrag niet kan voorzien, aangezien deze verzoeker in geval van voor hem niet-transparante aanbestedingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking in de regel niet zal weten of en eventueel hoeveel niet-transparante aanbestedingsprocedures met welke geraamde opdrachtwaarde de aanbestedende dienst heeft gevoerd en hoeveel afzonderlijk aanvechtbare besluiten tot gunning in deze niet-transparante aanbestedingsprocedures reeds zijn genomen?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), inzonderheid artikel 81, lid 1, ervan

Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken („executieverordening”), inzonderheid artikel 1, lid 1, en artikel 35 ervan

Richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, inzonderheid artikel 1, lid 1, artikel 2, lid 1, onder a), en artikel 2 bis, lid 2, ervan

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, inzonderheid artikel 33, lid 3, ervan

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, inzonderheid artikel 47 ervan

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Bundesvergabegesetz 2018 (federale wet uit 2018 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „BVergG”), BGBl I 2018/65, inzonderheid §§ 2, 31, 46, 142 e.v., 334, 336, 340 e.v., 344, 350, 353, 354, 356 en 382 ervan

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (algemene wet inzake bestuursrechtelijke rechtspleging; hierna: „AVG”), inzonderheid §§ 49 en 51 ervan

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 (federaal besluit inzake vaste proces- en gerechtskosten voor het inschakelen van het Bundesverwaltungsgericht in zaken betreffende openbare aanbestedingen 2018), BGBl II 2018/212 (hierna: „besluit inzake vaste proces- en gerechtskosten”)

De aangevoerde bepalingen van het BVergG en van het besluit inzake vaste proces- en gerechtskosten kunnen als volgt worden samengevat:

Vóór het gunningsbesluit ingestelde beroepen tot nietigverklaring van afzonderlijk aanvechtbare besluiten van de aanbestedende dienst, met andere woorden besluiten die nietig kunnen worden verklaard op grond van richtlijn 89/665/EEG in de thans geldende versie ervan, impliceren dat de opdracht nog niet is gegund in het kader van de aanbestedingsprocedure. Indien de opdracht reeds is gegund, dan kan alleen nog een beroep tot vaststelling worden ingesteld.

Ingestelde beroepen mogen alleen zijn gericht op nietigverklaring van een afzonderlijk aanvechtbaar besluit, waarbij voor de beoordeling van het begrip



„afzonderlijk aanvechtbaar besluit” telkens moet worden uitgegaan van het soort aanbestedingsprocedure zoals vermeld in de desbetreffende catalogus van § 2, punt 15, onder a), BVergG.

Op grond van een besluit tot vaststelling van maximumbedragen zijn onderhandse aanbestedingsprocedures, zoals voorzien in § 46 BVergG, momenteel begrensd tot een bedrag van 100 000 EUR.

– Het nemen van voorlopige maatregelen, zoals voorzien in §§ 350 e.v. BVergG (en Unierechtelijk in artikel 2 van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU) is alleen toegestaan ter vrijwaring van het recht op het instellen van beroep tegen afzonderlijk aanvechtbare besluiten die in het kader van bepaalde aanbestedingsprocedures zijn genomen. Na het besluit tot gunning kunnen niet langer voorlopige maatregelen worden genomen op grond van § 351 BVergG.

– § 344, lid 1, en § 350, lid 2, BVergG bepalen dat de indiener van het beroep de aanbestedingsprocedure en de in het kader daarvan betwiste besluiten van de aanbestedende dienst moet aanduiden, met dien verstande dat deze besluiten afzonderlijk aanvechtbaar moeten zijn overeenkomstig de catalogus van § 2, punt 15, BVergG.

– Uit § 344, leden 1 en 2, en § 350, lid 2, BVergG blijkt dat een beroep en een daarmee samenhangend verzoek om voorlopige maatregelen ter vrijwaring ervan in beginsel altijd moeten worden ingediend met betrekking tot één enkel besluit van de aanbestedende dienst.

– In geval van ingestelde beroepen tegen onderhandse aanbestedingen dient per onderhandse aanbestedingsprocedure en per afzonderlijk aangevochten besluit een vast bedrag van 324 EUR aan proces- en gerechtskosten te worden voldaan. Indien daarnaast een verzoek om voorlopige maatregelen wordt ingediend, worden deze kosten verhoogd met 50 % en bedragen ze 486 EUR (per onderhandse aanbesteding).

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 In de herfst van 2020 hebben verweersters telkens na een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (minstens) vijftien raamovereenkomsten gesloten voor de levering van antigeentests voor de opsporing van COVID-19. Deze raamovereenkomsten zijn telkens gesloten met één enkele ondernemer (artikel 33, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU).
- 2 Verzoekster heeft op 1 december 2020 bij de verwijzende rechter een verzoekschrift ingediend waarin zij verweersters verwijt dat zij op niet-transparante wijze eenentwintig raamovereenkomsten ter waarde van telkens drie miljoen EUR hebben gesloten voor de aankoop van COVID-19-antigeentests. Zij

stelt dat dit feit, alsook de in het kader van deze raamovereenkomsten geplaatste afzonderlijke opdrachten, haar in strijd met het aanbestedingsrecht benadelen.

- 3 Verzoekster heeft de verwijzende rechter verzocht om een beroepsprocedure in te leiden tot vaststelling van de rechtmatigheid van de gekozen aanbestedingsprocedure(s), van de uitnodigingen tot inschrijving in het kader van onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking en van verdere geplande opdrachten en oproepen tot mededinging in het kader van de raamovereenkomsten van Bundesbeschaffung GmbH (hierna: „BBG”), alsook tot nietigverklaring van meerdere besluiten van verweersters.
- 4 Op 1 december 2020 heeft verzoekster bovendien een verzoek om voorlopige maatregelen ingediend waarin zij de verwijzende rechter verzoekt verweersters te verbieden om verdere uitvoering te geven aan de aanbestedingsprocedure(s), om leveringscontracten te sluiten middels onderhandse aanbestedingen, om opdrachten te plaatsen dan wel oproepen tot mededinging te doen in het kader van raamovereenkomsten van de BBG voor de levering van een antigeentests, alsook om verweersters voor de duur van de beroepsprocedure te verbieden om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te voeren met het oog op de levering van antigeentests.
- 5 Diezelfde dag nog, op 1 december 2020, heeft de verwijzende rechter een verzoek tot rectificatie gericht aan verzoekster, aangezien uit haar verzoekschrift niet duidelijk kon worden opgemaakt welke concrete afzonderlijk aanvechtbare besluiten in het kader van welke concrete aanbestedingsprocedures volgens verzoekster nietig dienden te worden verklaard en met betrekking tot welke specifieke aanbestedingsprocedure zij verzocht om toepassing van voorlopige maatregelen van welbepaalde aard.
- 6 Bij verzoekschrift van 7 december 2020 heeft verzoekster gepreciseerd dat zij alleen opkomt tegen één afzonderlijk aanvechtbaar besluit van verweersters in het kader van een aanbestedingsprocedure, namelijk het besluit over de keuze van de aanbestedingsprocedure voor de aankoop van extra „antigeentests SARS-Cov-2 (COVID-19)” ten behoeve van de massatests in Oostenrijk.
- 7 Bij verzoekschrift van 9 december 2020 heeft verzoekster verduidelijkt dat haar beroep niet is gericht tegen de door de BBG gesloten raamovereenkomsten, maar tegen de onrechtmatige plaatsing van opdrachten door de Oostenrijkse Republiek, aangezien de door de BBG gesloten raamovereenkomsten begrensd zijn tot een hoeveelheid opdrachten ter waarde van drie miljoen EUR. Wanneer de geplaatste opdrachten deze limiet overschrijden, is derhalve sprake van een onderhandse aanbesteding die in strijd is met het aanbestedingsrecht. Verzoekster heeft drie ondernemers genoemd ten aanzien van wie zij het desbetreffende gunningsbesluit dan wel het plaatsen van een nieuwe opdracht in het kader van een raamovereenkomst heeft aangevochten.

- 8 De verwijzende rechter heeft verzoekster verzocht om haar standpunt kenbaar te maken over de door haar verschuldigde vaste proces- en gerechtskosten. Verzoekster heeft aangevoerd dat zij niet is opgekomen tegen het sluiten van de eenentwintig raamovereenkomsten door de BBG, maar tegen de onderhandse aanbestedingsprocedure voor de aankoop van – naar verwachting twee miljoen – extra antigeentests SARS-Cov-2 (COVID-19) door de Oostenrijkse Republiek. Volgens verzoekster is het volstrekt onaanvaardbaar dat de door haar verschuldigde proces- en gerechtskosten worden berekend op basis van de totale waarde van de eenentwintig raamovereenkomsten. Dienaangaande mag uitsluitend worden uitgegaan van de waarde van de reeds geplaatste of nog geplande opdrachten.
- 9 Verzoekster heeft de verwijzende rechter verzocht om precies vast te stellen welke aanbestedingsprocedures en welke aanvechtbare besluiten van de aanbestedende dienst in geding zijn. De verwijzende rechter is evenwel van opvatting dat de aanduiding van de betrokken aanbestedingsprocedure(s) en van de desbetreffende aanvechtbare besluiten van de aanbestedende dienst onder de stelplicht van verzoekster valt.
- 10 Bij verzoekschrift van 5 januari 2021 heeft verzoekster duidelijk gemaakt dat haar beroep, al was dit uit haar inleidend verzoekschrift van 1 december 2020 niet duidelijk op te maken, thans alleen nog is gericht tegen de opdrachten die na 20 november 2020 zijn geplaatst in het kader van de raamovereenkomsten met de ondernemers S en I. Verzoekster is daarbij uitgegaan van de veronderstelling dat de in het kader van de raamovereenkomsten met S en I toegestane hoeveelheid opdrachten was overschreden. In dat verband heeft zij herhaaldelijk aangevoerd dat de geplaatste opdrachten waarmee de geraamde waarde van de desbetreffende raamovereenkomsten was overschreden, door haar mochten worden aangevochten als „onderhandse opdrachten” (in de zin van de begripsomschrijving van het nationale BVergG). Of verzoekster hiermee in de zin van de nationale rechtspraak objectief zou kunnen doelen op onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking, moet nog worden uitgemaakt door de verwijzende rechter.
- 11 Wat het verbod op zelfincriminatie betreft, moet met betrekking tot de feiten van het hoofdgeding worden gepreciseerd dat volgens een krantenartikel kennelijk een klacht (in de zin van § 80 van het wetboek van strafvordering) is ingediend tegen leden van de bondsregering. Het bevoegde openbaar ministerie heeft bevestigd dat klacht is ingediend, zodat de mogelijkheid bestaat dat in de toekomst strafrechtelijke stappen worden ondernomen.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 12 Verzoekster betoogt dat de aanbestedingsprocedure niet transparant was, aangezien niet bekend is of de BBG voor het sluiten van de betrokken opdracht afzonderlijke en gescheiden aanbestedingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking met telkens één ondernemer of één enkele aanbestedingsprocedure

met alle ondernemers heeft gevoerd. Ten gevolge daarvan is zij genoodzaakt om bij het aanduiden van aanbestedingsprocedures ook rekening te houden met mogelijke onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking en derhalve ook met mogelijke oproepen tot mededinging op basis van bestaande raamovereenkomsten. Zoals nader uiteengezet in het beroep, betreft het door verzoekster aangevochten besluit de facto één enkel concreet besluit, namelijk het besluit tot informele plaatsing (zonder enige grondslag in het aanbestedingsrecht) van een opdracht voor levering van meerdere miljoenen antigeentests SARS-Cov-2 (COVID-19).

- 13 Als gevolg van deze flagrante schending van het in het aanbestedingsrecht neergelegde transparantievereiste heeft verzoekster niet kunnen beschikken over de aankondiging en de documenten van de aanbestedingsprocedure. Het betreft hier veeleer een soort onderhandse aanbesteding ter waarde van tientallen miljoenen EUR, die niet achter formele aspecten mag worden verborgen dan wel had mogen worden verborgen.
- 14 Met het oog op een doeltreffende voorziening in rechte is het niet vereist om de aanbestedingsprocedure concreet aan te duiden. Wanneer zonder voorafgaande bekendmaking een opdracht wordt geplaatst voor de levering van goederen ter waarde van tientallen miljoenen EUR, kan de stelplicht bestaande in de concrete aanduiding van de aanbestedingsprocedures onmogelijk berusten bij verzoekster, die dienaangaande geen toegang heeft tot nadere betrouwbare informatie (zoals bijvoorbeeld de aanbestedingsstukken) en alleen kan afgaan op informatie die daaromtrent in de media te vinden is. Dit zou in het onderhavige geval – vooral gelet op de flagrante schending van het transparantievereiste – neerkomen op een uitholling van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte.
- 15 Elke uitlegging van de bepalingen van het BVergG 2018 volgens welke op verzoekster de verplichting rust om het precieze aantal en de benaming van de aanbestedingsprocedure(s) alsook de benaming van de afzonderlijk aanvechtbare besluiten van verweersters aan te geven, terwijl zij door het gebrek aan transparantie van de zijde van verweersters van die gegevens geen kennis heeft kunnen krijgen, zou in strijd zijn met de vereisten inzake effectieve rechterlijke bescherming die het Hof in zijn vaste rechtspraak heeft ontwikkeld.
- 16 Verweersters betwisten de procesbevoegdheid van verzoekster en concluderen tot verwerping van het beroep en, subsidiair, tot afwijzing van de verzoeken om voorlopige maatregelen.
- 17 Aangezien verzoekster op grond van de duidelijke bewoordingen van § 344 BVergG 2018, volgens welke bepaling een verzoek overeenkomstig § 342, lid 1, BVergG 2018 in ieder geval de desbetreffende aanbestedingsprocedure alsook het betwiste en afzonderlijk aanvechtbare besluit dient te vermelden, zelf verplicht is om het aangevochten besluit reeds in het [inleidende] verzoekschrift nauwkeurig aan te duiden, kan de verwijzende rechter volgens de rechtspraak van het

Verwaltungsgerichtshof in geen geval worden verplicht tot een beoordeling van de feiten.

- 18 Volgens verweersters zijn verzoeksters verzoeken niet onderbouwd en strekken ze niet tot handhaving van een subjectief recht van een inschrijver. Derhalve zijn zij niet-ontvankelijk.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 19 De verwijzende rechter ziet zich in casu geconfronteerd met de situatie dat verzoekster de voorwerpen van haar beroep alsook haar verzoek om rechtsbescherming meer dan eens heeft gewijzigd.
- 20 In Oostenrijk dienen vaste proces- en gerechtskosten te worden betaald naargelang van het aantal besluiten dat in het kader van een welbepaalde aanbestedingsprocedure wordt aangevochten en naargelang van de aanbestedingsprocedure in het kader waarvan een beroep is ingesteld en om voorlopige maatregelen is verzocht.
- 21 Door de opzet van de nationale regeling inzake gerechtskosten mag de verwijzende rechter conform de rechtspraak van het Verfassungsgerichtshof een beroep of een verzoek om voorlopige maatregelen niet inwilligen, verwerpen of afwijzen voordat de verschuldigde vaste proces- en gerechtskosten zijn voldaan of bij besluit ingevorderd, en mag hij de betrokken procedure na intrekking van het desbetreffende verzoek om voorlopige maatregelen evenmin beëindigen, aangezien de in elke zaak verschuldigde vaste proces- en gerechtskosten nadat het verzoek om voorlopige maatregelen is afgehandeld niet meer mogen worden ingevorderd. De betaling van toereikende proces- en gerechtskosten is dus een voorwaarde voor een beslissing ten gronde.
- 22 Indien de verschuldigde kosten niet worden ingevorderd, kan aan de gerechtsbestuurders worden verweten dat zij de fiscus op onrechtmatige en verwijtbare wijze financieel hebben benadeeld.
- 23 De Oostenrijkse federale rechtsorde kent voor het overige geen soortgelijke regelingen die de verval- en verjaringstermijnen voor verschuldigde proces- en gerechtskosten beperken tot de duur van de procedure. Op andere gebieden gelden in de regel aanzienlijk langere invorderingstermijnen (bijvoorbeeld vijf jaar in burgerlijke zaken en drie jaar in beroepen in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof).
- 24 Dit betekent dat met name in het geval van niet-transparante aanbestedingsprocedures de invordering van proces- en gerechtskosten zoals die welke in de onderhavige zaak aan de orde zijn, een voorafgaand en zeer omvangrijk feitenonderzoek vergt, dat voor de afdoening van verzoeken om rechtsbescherming soms niet per se is vereist.

- 25 Bij dergelijke voor verzoekster niet-transparante aanbestedingsprocedures, is het voor haar op het tijdstip van indiening van haar verzoek om voorlopige maatregelen (waardoor de proces- en gerechtskosten door haar verschuldigd worden) dan ook niet duidelijk hoe hoog de door haar verschuldigde vaste proces- en gerechtskosten uiteindelijk zullen oplopen, aangezien het bedrag ervan afhankelijk is van het aantal onderhandse aanbestedingsprocedures, het aantal onderhandelingsprocedures dat daadwerkelijk zonder voorafgaande bekendmaking is gevoerd en het aantal afzonderlijk aanvechtbare besluiten dat in dat verband is genomen.
- 26 Op grond van de nationale regeling inzake gerechtskosten moet de verwijzende rechter bovendien nagaan of verzoekster, aangezien zij haar verzoeken om voorlopige maatregelen één of meerdere malen heeft gewijzigd, in voorkomend geval daarbij één of meer van die verzoeken heeft ingetrokken, waarbij elke intrekking kan leiden tot een vermindering van de vaste gerechtskosten met 25 % voor elk verzoek om voorlopige maatregelen waarvoor kosten zijn verschuldigd. Voorts moet ook worden nagegaan of in voorkomend geval ook daadwerkelijk nieuwe verzoeken om voorlopige maatregelen zijn ingediend.
- 27 Dit hangt volgens de rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof niet (in de eerste plaats) af van bijvoorbeeld de aanduiding van de aanbestedingsprocedure(s) door de verzoeker, maar van de inhoud van het verzoekschrift, omdat die bepalend is voor de proceskosten en het mogelijke voordeel.
- 28 In geval van betwisting van opdrachten voor leveringen (bijvoorbeeld van antigeentests) op basis van raamovereenkomsten die elk een geraamde opdrachtwaarde van drie miljoen EUR hebben, zou in geval van drie aangevochten besluiten van centrale aanbestedende diensten zoals de Oostenrijkse Republiek, daaronder begrepen verzoeken om voorlopige maatregelen, en eenentwintig aangevochten feiten in verband met raamovereenkomsten, een bedrag van 1 061 424 EUR aan vaste proces- en gerechtskosten zijn verschuldigd.
- 29 Verzoekster heeft tot op heden 486 EUR aan vaste proces- en gerechtskosten voldaan.
- 30 In geval van niet-transparante aanbestedingsprocedures en met de zorgvuldigheid van een voorzichtig advocaat verrichte proceshandelingen met betrekking tot bijvoorbeeld eenentwintig aanbestedingsprocedures en drie in het kader daarvan betwiste en afzonderlijk aanvechtbare besluiten, en een contractwaarde van meer dan het twintig keer het drempelbedrag voor opdrachten voor leveringen, wordt een partij zoals verzoekster in casu in voorkomend geval pas middels een verzoek om regularisatiebetaling geconfronteerd met een navordering van vaste gerechtskosten ten belope van meer dan één miljoen EUR, een bedrag waarmee zij op voorhand niet noodzakelijkerwijs rekening diende te houden.
- 31 Thans is de verwijzende rechter overeenkomstig de rechtspraak die het Verfassungsgerichtshof als hoogste rechterlijke instantie heeft ontwikkeld in zaak

V64/2019, verplicht om bij gebreke van toereikende betaling van vaste proces- en gerechtskosten een verzoek om regularisatiebetaling te betekenen om vervolgens, bij uitblijven van betaling van de nagevorderde vaste proces- en gerechtskosten, deze kosten te laten invorderen middels een executeoire titel, alvorens hij definitief kan beslissen op de hierboven als voorbeeld genoemde ingediende beroepen en verzoeken om voorlopige maatregelen.

- 32 In dit verband zij opgemerkt dat de verplichting tot betaling van vaste proces- en gerechtskosten volgens de bewoordingen van de nationale wet ook dan blijft bestaan, wanneer de ingediende beroepen en verzoeken om voorlopige maatregelen wegens verzuim van betaling van deze kosten moeten worden verworpen dan wel afgewezen.
- 33 Volgens deze wet kunnen alleen afzonderlijk aanvechtbare besluiten in het kader van een welbepaalde aanbestedingsprocedure nietig worden verklaard op grond van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, en op grond van de bewoordingen van het BVergG.
- 34 In casu kan het derhalve gaan om de *keuze voor de onderhandse aanbesteding*, in geval van een onderhandse aanbestedingsprocedure overeenkomstig het BVergG, of om de in § 2, punt 15, onder a), ervan opgesomde besluiten van de aanbestedende dienst die kennelijk zijn genomen in een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst met één enkele ondernemer/marktdeelnemer.
- 35 Dienovereenkomstig moet verzoekster in haar beroep en in het daarmee samenhangende verzoek om voorlopige maatregelen de aanbestedingsprocedure en het afzonderlijk aanvechtbare besluit aanduiden. In geval van meerdere „betwiste” aanbestedingsprocedures moet worden verduidelijkt welk afzonderlijk aanvechtbaar besluit in het kader van welke aanbestedingsprocedure wordt betwist.
- 36 In geval van een raamovereenkomst die met één enkele ondernemer/marktdeelnemer wordt gesloten in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is het definitieve besluit tot aanduiding van de ondernemer met wie de raamovereenkomst moet worden gesloten, tevens het enige aanvechtbare besluit ter zake waartegen mededingers van de geselecteerde ondernemer kunnen opkomen.
- 37 Daartoe rest een mededinger die zich in geval van een niet-transparante aanbesteding beroept op de door richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, geboden rechtsbescherming alleen nog het specifieke door het aanbestedingsrecht geboden rechtsmiddel van een beroep tot vaststelling.
- 38 Indien uit de bewijselementen mocht blijken dat daadwerkelijk sprake is van onderhandse aanbestedingen in de zin van § 31, lid 11, BVergG, dan kan alleen beroep worden ingesteld tegen de keuze van de onderhandse aanbestedingsprocedure.

- 39 In verband met deze beroepsprocedures rijst voor de verwijzende rechter in casu allereerst de vraag of een rechtsbescherming die voor de indiener van een beroep tegen [voor hem] niet-transparante aanbestedingsprocedures en van een bijbehorend verzoek om voorlopige maatregelen gepaard gaat met dergelijke aanduidingsverplichtingen met betrekking tot de [door hem aangevochten] aanduidingsprocedure, naar behoren voldoet aan de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en eerlijkheid.
- 40 Mochten deze aanduidingsverplichtingen niet verenigbaar blijken met het Unierecht en derhalve ongeldig zijn dan wel terzijde moeten worden geschoven, dan kan worden overwogen om de verwijzende rechter ter zake bevoegdheid te verlenen tot ambtshalve onderzoek en tot nietigverklaring van aanwijsbare besluiten van aanbestedende diensten die vervolgens nietig kunnen worden verklaard vóór het besluit tot gunning van de opdracht. Mochten de kwestieuze aanduidingsverplichtingen daarentegen Unierechtconform blijken te zijn, dan moet de verwijzende rechter de ingestelde beroepen in voorkomend geval na een verbeteringsprocedure verwerpen op grond van gebrekkige aanduidingen.

### ***Gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel***

- 41 De verwijzende rechter is van opvatting dat het materiële aanbestedingsrecht als een geheel van normen die vooral zien op precontractuele gedragsverplichtingen voor aan het aanbestedingsrecht gebonden aanbestedende diensten en gegadigde ondernemers, als contractenrecht aan te merken is als een bijzonder onderdeel van het civiel recht en derhalve onder de werkingssfeer valt van de executieverordening.
- 42 Artikel 25 van de executieverordening voorziet in de mogelijkheid om rechtsmacht te vestigen via een forumkeuzebeding. Het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof heeft geoordeeld dat een forumkeuzebeding overeenkomstig nationaal procesrecht uitgesloten is op het gebied van het aanbestedingsrecht. Hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat het in Oostenrijk door het BVergG geregelde aanbestedingsrecht niet valt onder het civiel recht.
- 43 De vraag naar het civielrechtelijke karakter van het materiële aanbestedingsrecht (eerste prejudiciële vraag) is een voorvraag bij de prejudiciële vragen in verband met het gelijkwaardigheidsbeginsel.
- 44 Het Duitse Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter, Duitsland) gaat in een internationale vergelijking in ieder geval ervan uit dat het aanbestedingsrecht onder het civiele recht valt (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07 met verdere verwijzingen).
- 45 Aangezien het nemen van voorlopige maatregelen, zoals die welke zijn voorzien in richtlijn 89/665/EWG in de thans geldende versie en ook in het nationale BVergG, ertoe kan leiden dat de mogelijkheden tot het sluiten van



overeenkomsten tijdelijk ingrijpend worden beperkt, is de verwijzende rechter van opvatting dat ook de procedure tot het nemen van voorlopige maatregelen overeenkomstig artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, aan te merken is als een civielrechtelijke vordering in de zin van het arrest van het EHRM van 15 oktober 2009, *Micaleff tegen Malta*, 15BSW 17056/06.

- 46 Het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel vereist dat de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet moeilijker mag zijn dan de handhaving van de rechten die voortvloeien uit de nationale rechtsorde.
- 47 Hieruit volgt dat het Unierecht op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel in de weg staat aan [nationale] regels van procesrecht die vorderingen met het oog op de uitoefening van aan het Unierecht ontleende rechten aan minder gunstige voorwaarden onderwerpen dan de regels van procesrecht die gelden voor vorderingen die de uitoefening van aan het nationale recht ontleende rechten beogen af te dwingen.
- 48 In burgerlijke zaken die in eerste aanleg bij verzoekschrift worden ingeleid bij een Bezirksgericht of Landesgericht (rechters in eerste aanleg), zijn naargelang van het bedrag in geschil – in de regel vooraf bekend aan de verzoeker en naar analogie ook aan de indiener van een beroep in aanbestedingsrechtelijke geschillen – vaste proces- en gerechtskosten verschuldigd. De verzoeker weet met andere woorden welke kosten hij kan verwachten.
- 49 Terwijl het BVergG in § 340, lid 1, punt 4, ervan voorschrijft dat voor een verzoek om voorlopige maatregelen vaste kosten zijn verschuldigd ter hoogte van 50 % van de verschuldigde kosten voor het indienen van het beroep, ook wanneer dit verzoek om voorlopige maatregelen tezamen wordt ingediend met het gedinginleidende verzoekschrift, moeten in Oostenrijk voor een soortgelijk parallel aan een vordering in burgerlijke zaken ingediend verzoek om voorlopige maatregelen naast de in beginsel verschuldigde kosten voor het instellen van de hoofdvordering geen afzonderlijke vaste kosten worden betaald.
- 50 Een belangrijker punt van verschil is echter dat het voldoen van de vaste proces- en gerechtskosten voor vorderingen en verzoeken om voorlopige maatregelen overeenkomstig de wet inzake gerechtskosten geen voorwaarde is voor de afdoening van de zaak en dat het recht op invordering van deze kosten door de staat hierdoor niet vervalt.
- 51 In tegenstelling tot de vaste kosten overeenkomstig het BVergG worden vaste proces- en gerechtskosten bij uitblijving van betaling ingevorderd bij bestuurlijk besluit, zonder dat dit enige invloed heeft op de afdoening van de vordering of van het verzoek om voorlopige maatregelen.
- 52 Voorts kan tegen dit invorderingsbesluit worden opgekomen bij het BVwG dat ter zake volledige toetsings- en beslissingsbevoegdheid bezit. Tegen de desbetreffende beslissingen van het BVwG kan vervolgens nog beroep in *Revision*

bij het Verwaltungsgerichtshof of hoger beroep bij het Verfassungsgerichtshof worden ingesteld.

- 53 In zoverre lijkt het dat justitiabelen die overeenkomstig de Unierechtelijke rechtsbeschermingsprocedure van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, een beroep en een verzoek om voorlopige maatregelen indienen bij het BVwG, ten aanzien van zuiver nationale rechtsbeschermingsprocedures in meerdere opzichten in een slechtere positie verkeren.
- 54 Anders dan in burgerlijke zaken moeten voor een bij het BVwG ingediend verzoek om voorlopige maatregelen, dat in de regel parallel aan het beroep wordt ingediend, hoe dan ook steeds afzonderlijke vaste kosten worden betaald.
- 55 Het ingediende beroep en het verzoek om voorlopige maatregelen moeten op grond van het BVergG worden verworpen dan wel afgewezen, indien de indiener ervan het door hem verschuldigde bedrag aan vaste kosten, zoals vastgesteld door de rechter in een verzoek om regularisatiebetaling, verzuimt te betalen; alleen al wegens dit verzuim van betaling vervalt zijn recht op afdoening ten gronde van zijn verzoek om rechtsbescherming. Op grond van het BVergG mag een ingesteld beroep of ingediend verzoek om voorlopige maatregelen ook niet om andere redenen dan niet-betaling van verschuldigde maar nog niet ingevorderde gerechtskosten worden verworpen dan wel afgewezen, ook wanneer dienaangaande beslissingsrijpheid is ingetreden. Dit kan vooral nadelige gevolgen hebben voor aanbestedende diensten die te maken krijgen met verzoeken om voorlopige maatregelen met schorsende werking, aangezien eerst de kostenvraag moet worden beantwoord – anders zou de rechter aansprakelijk kunnen worden gesteld voor niet-invordering van de vaste proces- en gerechtskosten – alvorens op de verzoeken om voorlopige maatregelen kan worden beslist.
- 56 Indien het BVwG als rechtsprekend orgaan op grond van het BVergG de invordering gelast van de vaste proces- en gerechtskosten, kan de indiener van het beroep – anders dan in burgerlijke zaken – daartegen niet opkomen bij een bestuursrechter met volledige toetsings- en beslissingsbevoegdheid, maar rest hem alleen de mogelijkheid om beroep in *Revision* in te stellen bij het Verwaltungsgerichtshof, waar bewijselementen slechts in zeer geringe mate opnieuw mogen worden beoordeeld, of om hoger beroep in te stellen bij het Verfassungsgerichtshof, waar in beginsel alleen kan worden opgekomen tegen de toepassing van onwettige en doorgaans abstracte bepalingen of tegen een ongrondwettige toepassing van het recht in een individueel geval.
- 57 Onverminderd de door de verwijzende rechter verdedigde opvatting dat de regeling inzake proces- en gerechtskosten voor burgerlijke zaken en parallel daaraan ingediende verzoeken om voorlopige maatregelen en de regeling inzake proces- en gerechtskosten voor het indienen van beroepen, beroepen tot vaststelling en verzoeken om voorlopige maatregelen [in aanbestedingszaken] op grond van het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel dezelfde gunstige behandeling moeten verlenen, moet met het oog op een verdere rechtsvergelijking

ook worden ingegaan op de geldende regeling inzake proces- en gerechtskosten voor het instellen van beroepen tegen besluiten bij de bestuursrechter, het instellen van beroepen in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof en het instellen van hogere beroepen tegen beslissingen van een bestuursrechter bij het Verfassungsgerichtshof.

- 58 Ook daaraan zijn kosten verbonden. Voor zover bij het instellen van beroepen tegen besluiten bij de bestuursrechter, het instellen van hogere beroepen bij het Verfassungsgerichtshof of bij het instellen van beroepen in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof parallelle verzoeken worden ingediend tot toekenning (of afwijzing) van schorsende werking, waarmee in functioneel opzicht vaak dezelfde rechtsbescherming wordt beoogd als met voorlopige maatregelen, heeft het Verwaltungsgerichtshof zich tot dusver steeds op het standpunt gesteld dat voor dergelijke accessoire verzoeken die parallel aan het beroep of het beroep in *Revision* worden ingediend, geen afzonderlijke vaste kosten moeten worden betaald.
- 59 Bij geen enkele van de hierboven beschreven regelingen inzake proces- en gerechtskosten die op bestuursrechtelijk gebied worden gehanteerd, is het voldoen van de kosten een ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de afdoening ten gronde van het desbetreffende beroep.
- 60 Bij uitblijven van betaling van de hierboven genoemde proces- en gerechtskosten worden deze kosten ingevorderd bij besluit van de bevoegde belastingdienst. De schuldenaar van deze kosten kan vervolgens tegen dit besluit opkomen bij het Bundesfinanzgericht (federale belastingrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) dat ter zake volledige toetsings- en beslissingsbevoegdheid bezit. Tegen de beslissingen van het Bundesfinanzgericht kan vervolgens weer beroep in *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof of hoger beroep bij het Verfassungsgerichtshof worden ingesteld.
- 61 Op grond van het Unierechtelijke effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel mogen nationale wettelijke bepalingen de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten op het gebied van overheidsopdrachten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Dit vereiste dat doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, is ook neergelegd in artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, en in artikel 47 van het Handvest.
- 62 Richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, heeft tot doel ervoor te zorgen dat zo snel mogelijk en doeltreffend beroep kan worden ingesteld tot nietigverklaring van besluiten van aanbestedende diensten. Bij beschikkingen in kort geding op grond van deze richtlijn moeten zo snel mogelijk voorlopige maatregelen kunnen worden genomen in samenhang met het hoofdberoep tot nietigverklaring [van dergelijke besluiten].

- 63 Daarbij komt dat ook raamovereenkomsten overeenkomstig artikel 1, lid 1, van deze richtlijn aan te merken zijn als overheidsopdrachten in de zin van diezelfde richtlijn.
- 64 Aan de onvoorwaardelijke en voldoende concrete bepalingen van deze richtlijn kunnen particulieren in voorkomend geval subjectieve rechten ontlenu (zie arrest van het Hof in zaak C-391/15).
- 65 Dienaangaande is de verwijzende rechter de opvatting toegedaan dat sprake is van een uit het Unierecht voortvloeiend subjectief recht op een zo spoedig mogelijke en onpartijdige afdoening van beroepen en verzoeken om voorlopige maatregelen, los van vragen naar vaste proces- en gerechtskosten.
- 66 Met betrekking tot de nationale en specifiek voor rechtsbescherming in aanbestedingszaken in het leven geroepen regeling inzake proces- en gerechtskosten, rijst voor de verwijzende rechter de vraag of het strookt met het Unierecht, de doelmatigheids-, eerlijkheids- en gelijkwaardigheidsbeginselen en het recht op spoedig beroep, wanneer in geval van niet-transparante aanbestedingsprocedures op het tijdstip van indiening van een beroep gerechtskosten ontstaan waarvan het bedrag op het tijdstip van indiening van dat beroep in voorkomend geval zelfs niet eens bekend is.
- 67 Met andere woorden, de vraag rijst of het met name strookt met de doelmatigheids-, eerlijkheids- en gelijkwaardigheidsbeginselen en het recht op een spoedige afdoening van het ingediende beroep en verzoek om voorlopige maatregelen, wanneer de verwijzende rechter, zelfs indien het ingediende beroep en verzoek om voorlopige maatregelen klaar zijn om te worden beoordeeld, toch eerst op een ander niveau moet nagaan hoeveel besluiten van een aanbestedende dienst (met vermelding van het tijdstip waarop zij zijn gegeven) in hoeveel aanbestedingsprocedures verzoekster op het tijdstip van inleiding van de procedure wilde aanvechten, of die wil objectief blijkt uit haar beroep en daarmee verband houdende verzoeken om voorlopige maatregelen, en hoeveel beroepen en bijbehorende verzoeken om voorlopige maatregelen verzoekster vervolgens, in casu op 5 januari 2021, nog heeft gehandhaafd.

### *Prejudiciële vragen afzonderlijk*

- 68 Volgens de verwijzende rechter moet eerst het Unierechtskader worden afgebakend om vervolgens uit te maken of het Unierecht rechtstreeks dan wel niet van toepassing is op bestaande nationale bepalingen. Pas daarna kan op basis van het afgebakende rechtskader verder – en min of meer diepgaand – feitenonderzoek worden gevoerd naar het voor het onderhavige geval relevante rechtskader.
- 69 **Vraag 1:** met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het materiële aanbestedingsrecht aan te merken is als een specifiek onderdeel van het civiele recht en of het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel kennelijk vereist dat de rechtshandhaving op het gebied van het aanbestedingsrecht ten

aanzien van verzoekster niet aan minder gunstige regels is onderworpen dan op andere gebieden van zuiver nationaal civiel recht.

- 70 De verwijzende rechter geeft in overweging deze vragen aldus te beantwoorden dat het materiële aanbestedingsrecht als een geheel van normen die precontractuele rechten en verplichtingen opleggen tijdens de voorbereidende fase van de overeenkomst, net als andere bepalingen van contractenrecht aan te merken is als een onderdeel van het civiele recht; en dat de voorlopige maatregelen in de zin van artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, eveneens civielrechtelijke procedures zijn, of in elk geval zijn aan te merken als procedures in de zin van artikel 35 van de executieverordening.
- 71 **Vraag 2:** met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel in het licht van de overige bepalingen van het Unierecht in de weg staat aan de toepassing van de hierboven beschreven nationale regeling inzake proces- en gerechtskosten.
- 72 Indien het Hof deze vraag aldus zou beantwoorden dat verzoeken om voorlopige maatregelen, alsook andere rechtsmiddelen ter bescherming van de rechten van de particulier op grond van het Unierecht, kunnen worden afgedaan ongeacht de vraag naar de vaste proces- en gerechtskosten dan wel de betaling ervan, zou de verwijzende rechter de voor de berekening van de proces- en gerechtskosten vereiste onderzoeksstappen in casu subsidiair kunnen achten, en met inachtneming van het beginsel van proceseconomie hoogstwaarschijnlijk zeer snel kunnen beslissen op het (de) ingediende verzoek(en) om voorlopige maatregelen, afhankelijk van de uitkomst van zijn onderzoek, zonder eerst een uitgebreid onderzoek te moeten voeren naar het aantal aanbestedingsprocedures.
- 73 **Vraag 2.1:** met name in het licht van het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht eraan in de weg staat dat voor een verzoek om voorlopige maatregelen afzonderlijke vaste proces- en gerechtskosten worden aangerekend, wanneer dit verzoek wordt ingediend in samenhang met een ingesteld beroep, terwijl in andere burgerlijke zaken een parallel aan een ingesteld beroep ingediend verzoek om voorlopige maatregelen geen afzonderlijke gerechtskosten doet ontstaan naast de voor het hoofdberoep verschuldigde inleidingskosten, en terwijl voorts ook in bestuursrechtelijke zaken parallel aan ingestelde beroepen ingediende verzoeken om schorsende werking geen afzonderlijke gerechtskosten doen ontstaan.
- 74 Met andere woorden, mocht het Hof oordelen dat de indiener van het beroep op grond van zijn minder gunstige procesrechtelijke behandeling in vergelijking met andere appellanten in Oostenrijk geen afzonderlijke gerechtskosten is verschuldigd voor het parallel aan zijn beroep ingediende verzoek om voorlopige maatregelen, dan kan verzoeksters verzoek om voorlopige maatregelen aanzienlijk sneller – en vooral zonder te moeten ingaan op de specifieke vraag naar de gerechtskosten – worden afgedaan.

- 75 **Vraag 3:** met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht, met name in het licht van het vereiste van spoedige behandeling zoals bedoeld in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, en het onverwijldheidsvereiste van artikel 2, lid 1, onder a), ervan eraan in de weg staat dat de spoedige afdoening van een beroep dan wel van een verzoek om voorlopige maatregelen afhankelijk wordt gesteld van het feit dat de verschuldigde gerechtskosten in verband met dit beroep dan wel verzoek hetzij reeds zijn betaald, hetzij alsnog zijn betaald na betekening van een verzoek om regularisatiebetaling op straffe van rechtsverval bij betalingsverzuim, wanneer dit beroep dan wel verzoek in voorkomend geval – en volledig losstaand van de vraag naar verschuldigde gerechtskosten – spoedig zou kunnen worden afgedaan. De verwijzende rechter geeft in overweging om deze vraag aldus te beantwoorden dat het Unierecht hieraan in de weg staat.
- 76 **Vraag 4:** naar de opvatting van de verwijzende rechter is het oneerlijk voor alle procespartijen wanneer de rechter, zoals in casu, in geval van niet-transparante aanbestedingsprocedures een diepgaand feitenonderzoek moet verrichten naar de wijze waarop de proces- en gerechtskosten zijn berekend, in voorkomend geval een verzoek om regularisatiebetaling moet betekenen en vervolgens, indien een correcte betaling van de nagevorderde proces- en gerechtskosten uitblijft, het ingediende beroep en verzoek om voorlopige maatregelen moet verwerpen dan wel afwijzen. Indien een dergelijke regeling inzake proces- en gerechtskosten niet verenigbaar is met het Unierecht en derhalve ook nationaal geen toepassing mag vinden, zou de verwijzende rechter de bij hem aangebrachte beroepen en verzoeken mogelijk wel sneller kunnen afhandelen.
- 77 **Vraag 5:** tegen een bestuursrechtelijke invordering van proces- en gerechtskosten kan in de regel worden opgekomen bij een bestuursrechter met volledige toetsings- en beslissingsbevoegdheid, terwijl een invorderingsbesluit met betrekking tot verschuldigde proces- en gerechtskosten voor het indienen van een beroep, een beroep tot vaststelling en een verzoek om voorlopige maatregelen in aanbestedingszaken volgens het BVergG alleen nog kan worden aangevochten bij het Verfassungsgerichtshof en het Verwaltungsgerichtshof, waarbij komt dat deze beide hoogste rechterlijke instanties geen diepgaand feitenonderzoek verrichten (zie punt 57 hierboven).
- 78 Daartegenover staat dat verschuldigde proces- en gerechtskosten voor civielrechtelijke vorderingen of bestuursrechtelijke beroepen worden ingevorderd bij besluit van een administratieve instantie (het zogenoemde „Gebührenverschreibungsbescheid”), waartegen altijd beroep kan worden ingesteld bij de bevoegde bestuursrechter en vervolgens ook beroep tot *Revision* bij het Verwaltungsgerichtshof of hoger beroep bij het Verfassungsgerichtshof
- 79 Naar de opvatting van de verwijzende rechter druist de nationale regeling inzake proces- en gerechtskosten in aanbestedingszaken, zoals vastgesteld in het BVergG, die justitiabelen minder rechtsbescherming biedt dan analoge regelingen in andere rechtsgebieden, volstrekt in tegen het Unierecht, a fortiori gelet op het

feit dat de betaling van deze proces- en gerechtskosten – anders dan in andere rechtsgebieden – zelfs geldt als voorwaarde voor afdoening van de zaak.

- 80 **Vraag 6:** met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of met name artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU, inhoudt dat het sluiten van een raamovereenkomst met één enkele ondernemer vanuit het standpunt van de aanbestedende dienst moet worden beschouwd als het sluiten van een overeenkomst in de zin van de genoemde richtlijn en derhalve ook als besluit tot gunning van de opdracht volgens het nationale recht.
- 81 Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is het voor de met het lopende vooronderzoek belaste verwijzende rechter duidelijk, dat op grond van het Unierecht vanaf dat tijdstip nationaal alleen nog beroepen tot vaststelling overeenkomstig § 334 BVergG ontvankelijk zijn en dat verzoeken om voorlopige maatregelen alleen al op grond van het genomen „besluit tot gunning” moeten worden afgewezen.
- 82 De verwijzende rechter geeft in overweging beide vragen aldus te beantwoorden dat het sluiten van een raamovereenkomst met één enkele ondernemer gelijk staat aan het sluiten van een overeenkomst dan wel aan het besluit tot gunning van de opdracht, aangezien artikel 1 van de genoemde richtlijn reeds voorziet in deze gelijkstelling.
- 83 **Vraag 6.1:** met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of op een raamovereenkomst gebaseerde opdrachten volgens Unierecht ook dan op deze raamovereenkomst zijn gebaseerd, wanneer de totale hoeveelheid prestaties van deze raamovereenkomst reeds is uitgeput in de zin van het arrest van het Hof in zaak C-216/17. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet – indien na nader onderzoek blijkt dat daadwerkelijk sprake is van de voornoemde feitenconstellatie – volgens nationaal recht ervan worden uitgegaan dat ook opdrachten die de totale hoeveelheid prestaties overschrijden alleen nog middels een beroep tot vaststelling kunnen worden aangevochten en dat een verzoek om voorlopige maatregelen in dat verband niet-ontvankelijk is, aangezien deze opdrachten zijn geplaatst na het sluiten van de raamovereenkomst.
- 84 Mocht het Hof daarentegen tot de slotsom komen dat afzonderlijk geplaatste opdrachten na uitputting van de totale hoeveelheid prestaties van de oorspronkelijke raamovereenkomst niet meer op die raamovereenkomst zijn gebaseerd, dan moet in dat geval worden onderzocht of nieuwe afzonderlijke opdrachten hetzij onderhandse aanbestedingen naar nationaal recht zijn (geweest), hetzij werden opgevat of geplaatst als opdrachten voor leveringen op basis van een niet-transparante aanbestedingsprocedure, dan wel dat deze opdrachten moeten worden beoordeeld als afzonderlijke opdrachten op basis van een nieuwe op niet-transparante wijze gesloten raamovereenkomst. In zoverre kunnen dan nog vóór het besluit tot gunning van de opdracht nieuwe beroepen dan wel daarmee samenhangende verzoeken om voorlopige maatregelen worden ingediend. Afhankelijk daarvan moet vervolgens de ontvankelijkheid worden beoordeeld van

tegen dergelijke nieuwe opdrachten ingediende beroepen, beroepen tot vaststelling of verzoeken om voorlopige maatregelen.

- 85 Om redenen van proceseconomie geeft de verwijzende rechter in overweging beide vragen aldus te beantwoorden dat opdrachten die op basis van een raamovereenkomst zijn geplaatst, ook dan op die raamovereenkomst zijn gebaseerd wanneer bij plaatsing ervan de totale hoeveelheid prestaties van die raamovereenkomst reeds was uitgeput.
- 86 **Vraag 7:** met deze vraag wordt ingegaan op de informatieplicht tegen de achtergrond van het verbod op zelfincriminatie.
- 87 Het hier van toepassing zijnde § 49, lid 1, punt 1, AVG ziet op een verschoningsrecht voor getuigen en bepaalt dat een getuige het recht heeft om geen verklaring af te leggen over vragen waarvan de beantwoording voor de getuige of een bloed- of aanverwant van de getuige een rechtstreeks vermogensnadeel of het gevaar van strafrechtelijke vervolging met zich zou brengen of de betrokkene tot oneer zou strekken.
- 88 Overeenkomstig § 51 AVG komt dit verschoningsrecht ook toe aan procespartijen, maar geldt het echter niet met betrekking tot dreigend vermogensnadeel.
- 89 Op grond van § 336 BVergG kan op basis van de door een procespartij aangevoerde argumenten een discretionaire beslissing tot ingebrekestelling worden genomen wanneer een andere procespartij heeft verzuimd informatie te verstrekken of documenten te overleggen.
- 90 Anders dan § 49, lid 1, punt 1, AVG voorziet § 336 BVergG echter niet in verschoningsrechten dan wel weigeringsgronden voor informatieverstrekking.
- 91 Naar de opvatting van de verwijzende rechter kan sprake zijn van schending van het verbod op zelfincriminatie wanneer aan bestuurders of werknemers van de aanbestedende dienst ter voorkoming van het risico van ingebrekestelling de verplichting wordt opgelegd om informatie te verstrekken en documenten te overleggen, ook wanneer daarmee feiten aan het licht kunnen komen die deze bestuurders of werknemers vervolgens ten laste kunnen worden gelegd in een strafprocedure (of procedure tot schadevergoeding).
- 92 Mocht evenwel de mogelijkheid om een beslissing tot ingebrekestelling te nemen in geval van verzuim om informatie te verstrekken dan wel om documenten te overleggen niet bestaan, dan zou dit de doeltreffendheid van de rechtsbescherming in aanbestedingszaken beperken.
- 93 Vanuit grondrechtelijk oogpunt geeft de verwijzende rechter in overweging deze vraag aldus te beantwoorden dat de verplichting tot het verstrekken van informatie en het overleggen van documenten niet kan worden opgelegd aan natuurlijke



personen die handelen namens de aanbestedende dienst, wanneer zij hierdoor zouden worden verplicht om zichzelf te beschuldigen.

- 94 **Vragen 8 en 9:** met deze vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of de nationale regelingen voldoende waarborgen bieden op het gebied van doeltreffendheid en eerlijkheid in geval van voor de indiener van het beroep niet-transparante aanbestedingsprocedures.
- 95 Het lijkt op zijn minst realistisch en aannemelijk dat verzoekster op het tijdstip van indiening van het inleidende verzoekschrift niet kon weten hoeveel aanbestedingsprocedures van welke soort (onderhandse aanbesteding, onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking) verweersters voeren dan wel hebben gevoerd, en hoeveel afzonderlijk aanvechtbare besluiten verweersters reeds hebben genomen in deze aanbestedingsprocedure(s).
- 96 Niettegenstaande dit mogelijke gebrek aan transparantie ter zake rustte op verzoekster een stelplicht met betrekking tot precies aan te duiden aanbestedingsprocedures en afzonderlijk aanvechtbare besluiten. Dit verklaart waarom verzoeksters bezwaren met betrekking tot de desbetreffende aanbestedingsprocedures niet specifiek zijn.
- 97 Daartegenover staat dat ook in een civielrechtelijke procedure in Oostenrijk elke verzoekende partij in het kader van de op haar rustende stelplicht de feiten moet aantonen die aan haar vordering ten grondslag liggen, en op die partij – bij gebreke van andersluidende wettelijke regelingen inzake bewijslast – volgens algemeen beginsel ook de objectieve stelplicht rust wanneer de door haar aangevoerde feiten waarop haar vordering is gestoeld, niet of slechts ten dele kunnen worden aangetoond.
- 98 Dergelijke stel- en bewijsrisico's zijn derhalve kennelijk inherent aan de Oostenrijkse rechtsorde, met name op het gebied van civiel recht (bijvoorbeeld in het compensatie- en mededingingsrecht).
- 99 Wanneer het BVergG de ontvankelijkheid van een beroep dan wel van een verzoek om voorlopige maatregelen telkens afhankelijk stelt van de aanduiding van het concreet betwiste en afzonderlijk aanvechtbare besluit in het kader van een welbepaalde aanbestedingsprocedure, en voorts bepaalt dat het ingediende beroep dan wel verzoek om voorlopige maatregelen bij verzuim van betaling van gerechtskosten na een verzoek om regularisatiebetaling moet worden verworpen dan wel afgewezen, dan wordt het voor een justitiabele in de meeste gevallen vaak zeer moeilijk of zelfs onmogelijk om met name tijdig vóór het besluit tot gunning van de opdracht met voldoende zekerheid te achterhalen hoeveel afzonderlijk aanvechtbare besluiten in hoeveel aanbestedingsprocedures reeds zijn genomen.
- 100 Wanneer dit gebrek aan transparantie voor de justitiabele echter wordt gezien in vergelijking met andere rechtsbeschermingsregelingen en met name met vorderingen voor de Oostenrijkse civiele rechters, dan blijkt uit die vergelijking dat ook in die context op de verzoeker die om rechtsbescherming verzoekt eerst de

stelplicht rust en vervolgens de objectieve vaststellingslast, dat wil zeggen het risico dat de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen, niet kunnen worden bewezen.

- 101 Gelet op de uitkomst van deze procesrechtelijke vergelijking geeft de verwijzende rechter derhalve in overweging deze vraag aldus te beantwoorden dat de aanduidingsverplichtingen waarin de rechtsbeschermingsregeling van het BVergG voorziet, op zich niet ondoeltreffend of oneerlijk lijken te zijn in de zin van het Unierecht.
- 102 **Vraag 10:** met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest zich in geval van voor de justitiabele niet-transparante aanbestedingsprocedures verzet tegen de toepassing van een regeling inzake proces- en gerechtskosten waarbij het bedrag van de uiteindelijk verschuldigde proces- en gerechtskosten afhankelijk is van de geraamde waarde van de opdracht, het aantal gevoerde aanbestedingsprocedures met een zekere opdrachtwaarde en het aantal betwiste afzonderlijk aanvechtbare besluiten.
- 103 Naar de opvatting van de verwijzende rechter leidt het gebrek aan transparantie waarmee verzoekster in het onderhavige geval wordt geconfronteerd, tot de indruk dat het oneerlijk is om per afzonderlijk aanvechtbaar besluit in het kader van telkens één welbepaalde aanbestedingsprocedure vaste proces- en gerechtskosten in rekening te brengen zodra de rechter naar behoren heeft vastgesteld hoeveel afzonderlijk aanvechtbare besluiten in het kader van hoeveel aanbestedingsprocedures met welke geraamde opdrachtwaarde verzoekster wenst te betwisten. Die indruk van oneerlijkheid wordt gevoed door het feit dat justitiabelen in civiele zaken reeds bij indiening van het inleidende verzoekschrift en het daaraan verbonden verzoek om voorlopige maatregelen duidelijkheid hebben over het verschuldigde bedrag aan proces- en gerechtskosten. De regeling inzake proces- en gerechtskosten overeenkomstig § 340 BVergG kan justitiabelen in sommige gevallen voor grote „kostenverrassingen” plaatsen.
- 104 Mochten de vragen 8 en 9 aldus worden beantwoord dat het Unierecht verlangt dat in geval van betwisting van niet-transparante aanbestedingsprocedures de verplichting vervalt om reeds bij indiening van het beroep het aangevochten besluit en de desbetreffende aanbestedingsprocedure aan te duiden, maar het verschuldigde bedrag aan proces- en gerechtskosten overeenkomstig § 340 BVergG en het besluit inzake vaste proces- en gerechtskosten desondanks pas tijdens de behandeling van het beroep en van het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden bepaald op basis van de aanbestedingsprocedures met een bepaalde geraamde opdrachtwaarde die op dat ogenblik kunnen worden vastgesteld en aan de hand van het aantal nietig te verklaren besluiten, zou het gebrek aan transparante proces- en gerechtskosten bij indiening van het beroep nog sterker tot uiting komen.

105 Derhalve geeft de verwijzende rechter in overweging deze vraag aldus te beantwoorden dat de betrokken nationale regeling inzake proces- en gerechtskosten vanuit Unierechtelijk oogpunt als oneerlijk is aan te merken en derhalve buiten toepassing moet worden gelaten, voor zover zij de indiener van een beroep verplicht tot betaling van proces- en gerechtskosten waarvan deze het bedrag op het tijdstip van indiening van het beroep niet kon voorzien wegens het gebrek aan transparantie van de aanbestedingsprocedure.