



Datum van inontvangstneming : 01/12/2020

**Zaak C-532/20**

**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:**

20 oktober 2020

**Verwijzende rechter:**

Curtea de Apel București (Roemenië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

12 juni 2020

**Verzoekende partij:**

Alstom Transport SA

**Verwerende partijen:**

Compania Națională de Căi Ferate CFR SA

Strabag AG – filiaal Boekarest

Swietelsky AG Linz – filiaal Boekarest

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hogere voorziening tegen het vonnis van de Tribunal București (rechter in eerste aanleg Boekarest, Roemenië) van 8 augustus 2019 houdende afwijzing van een beroep dat verzoekster had ingediend in het kader van een openbare aanbesteding op grond dat dit beroep te laat was ingesteld.

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

Krachtens artikel 267 VWEU wordt verzocht om uitlegging van artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, alsmede artikel 2, onder c), van richtlijn 92/13.

## **Prejudiciële vraag**

Moeten artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, alsmede artikel 2, onder c), van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, aldus worden uitgelegd dat de termijn waarin de inschrijver aan wie de opdracht in het kader van een aanbesteding is gegund beroep in kan stellen tegen de beslissing van de aanbestedende dienst om de offerte van een lager geëindigde inschrijver ontvankelijk te verklaren, berekend moet worden aan de hand van de datum waarop het belang van de winnaar is ontstaan als gevolg van het beroep dat de verliezende inschrijver heeft ingesteld tegen het resultaat van de aanbestedingsprocedure?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht en rechtspraak van het Hof**

Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 2, alsmede artikel 2, onder c);

Arrest van 15 september 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, punt 37; arrest van 6 oktober 1982, *CILFIT e.a.*, C-283/81, EU:C:1982:335, punt 16; arrest van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, EU:C:2002:746; arrest van 28 januari 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, punt 32; arrest van 8 mei 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox e.a.*, C-161/13, EU:C:2014:307, punt 37; arrest van 15 september 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punten 43 tot en met 45; arrest van 12 maart 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 52; beschikking van 14 februari 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco*, C-54/18, EU:C:2019:118, punt 29 en volgende.

## **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor [wet nr. 101/2016 betreffende de rechtsmiddelen en beroepsmogelijkheden inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, sectorale overeenkomsten en concessieovereenkomsten voor werken en diensten, alsmede betreffende de

organisatie en het functioneren van de nationale raad voor de beslechting van geschillen; (hierna: „CNSC”).

Artikel 2, lid 1, van deze wet bepaalt: „[e]enieder die meent dat zijn recht of legitiem belang is geschonden door een handeling van een aanbestedende dienst, [...] kan overeenkomstig de bepalingen van deze wet langs administratiefrechtelijke of gerechtelijke weg nietigverklaring van [die] handeling vorderen”.

Artikel 3, lid 1, onder f), van wet nr. 101/2016 bepaalt dat voor de toepassing van deze wet onder „eenieder die meent dat zijn recht of legitiem belang is geschonden” wordt verstaan „iedere onderneming die cumulatief aan de volgende voorwaarden voldoet:

- (i) de onderneming heeft een belang in een aanbestedingsprocedure of heeft dat gehad; en
- (ii) de onderneming heeft schade geleden of dreigt schade te lijden, als gevolg van een handeling van de aanbestedende dienst die rechtsgevolgen teweeg kan brengen [...].”

Lid 3 van hetzelfde artikel bepaalt: „[i]n de zin van lid (1), onder f), i), wordt een persoon geacht belang te hebben of te hebben gehad in een aanbestedingsprocedure indien hij nog niet definitief van die procedure is uitgesloten. Een uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en wanneer de uitsluiting wettig is bevonden door [de CNSC] of de rechter, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.”

Overeenkomstig artikel 8, lid 1, onder a), van deze wet kan degene die zich door een handeling van de aanbestedende dienst benadeeld acht, zich binnen een termijn van 10 dagen wenden tot de CNSC. De termijn gaat in op de dag nadat de betrokkene kennis heeft genomen van de als onrechtmatig beschouwde handeling van de aanbestedende dienst.

Artikel 49, lid 1, van wet nr. 101/2016 bepaalt dat „degene die zich benadeeld acht zich voor rechterlijke behandeling van het beroep kan wenden tot de bevoegde rechter, overeenkomstig deze wet”.

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

- 1 Verweerster Compañia Națională de Căi Ferate CFR SA (Roemeense nationale spoorwegonderneming, hierna: „CFR”) heeft als aanbestedende dienst een sectorale openbare aanbesteding georganiseerd voor de gunning van een opdracht voor het herstel van een spoorlijn, gefinancierd door middel van een subsidieovereenkomst in het kader van de *Connecting Europe Facility (CEF) – Transport sector* (financieringsfaciliteit voor Europese verbindingen).

- 2 Daartoe heeft CFR op 6 december 2016 een aankondiging van de aanbesteding gepubliceerd. De geraamde waarde van de opdracht bedroeg 3 190 570 000 RON. Het gunningscriterium was „laagste prijs”. In het kader van de aanbestedingsprocedure hebben de Asociere RailWorks (hierna: „Railworks”), geleid door verzoekster, alsmede de Asociere BraSig hierna: „BraSig”), waarvan verweersters deel uitmaken, offertes ingediend.
- 3 In een eerste stadium heeft CFR op 13 maart 2018 de offerte van RailWorks ontvankelijk verklaard en op de eerste plaats gezet. Op 5 juli 2018 heeft CFR haar echter van de procedure uitgesloten, op grond dat deze offerte niet voldeed aan bepaalde eisen van de aanbestedingsprocedure. De offerte van BraSig werd aangewezen als winnaar. De genoemde uitsluitingsbeslissing en de handelingen waarbij BraSig als winnaar is aangewezen, zijn in rechte betwist en nietig verklaard bij onherroepelijk vonnis van de Curte de Apel București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) van 20 december 2018.
- 4 Vervolgens is de offerte van RailWorks naar aanleiding van dit vonnis op 12 februari 2019 ontvankelijk verklaard. Na een nieuwe evaluatie van de offertes werd haar bij brief van 19 juni 2019 meegedeeld dat haar offerte was gekozen. Deze brief bevatte geen informatie over de wijze waarop de offerte van BraSig was beoordeeld.
- 5 Op 20 juni 2019 heeft verzoekster verzocht om toegang tot de aanbestedingsdocumenten, met het oog op het bestuderen en kopiëren van de relevante documenten betreffende de wijze waarop de offerte van BraSig was beoordeeld. Op 25 juni 2019 heeft verzoekster bij bestudering van deze documenten vernomen dat de offerte van BraSig ontvankelijk en conform was verklaard.
- 6 BraSig, die ervan in kennis werd gesteld dat haar offerte ontvankelijk was verklaard maar niet had gewonnen, heeft beroep ingesteld tegen de uitkomst van de aanbestedingsprocedure.
- 7 Op 5 juli 2019 heeft verzoekster bij de Tribunal București een beroep ingesteld waarmee zij deze rechter onder meer verzocht om het besluit van de CFR waarbij de offerte van BraSig ontvankelijk en conform was verklaard, het verslag van de aanbestedingsprocedure en alle op deze procedure betrekking hebbende handelingen waarbij de offerte van BraSig ontvankelijk en conform werd verklaard, nietig te verklaren en om vast te stellen dat deze offerte niet-ontvankelijk was.
- 8 Bij vonnis van 8 augustus 2019 heeft de Tribunal București dat beroep wegens termijnoverschrijding afgewezen, op grond dat de termijn van 10 dagen vermeld in artikel 8, lid 1, onder a), van wet nr. 101/2016 berekend moest worden vanaf de datum waarop de uitslag van de aanbestedingsprocedure aan verzoekster was meegedeeld, en niet vanaf de datum waarop zij daadwerkelijk kennis had

genomen van het verslag van de aanbestedingsprocedure en van de wijze waarop de offerte van BraSig werd beoordeeld.

- 9 Verzoekster heeft tegen deze uitspraak een hogere voorziening ingesteld bij de verwijzende rechter, met het betoog dat de feitenrechter de wet onjuist heeft uitgelegd en toegepast.

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

- 10 **Verzoekster** stelt onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof betreffende artikel 2, onder c), van richtlijn 92/13 dat de beroepstermijn ingaat op het „tijdstip waarop de betrokkenen kennis hebben gekregen van het bestaan van een inbreuk”. Bij de beoordeling of haar beroep te laat was ingesteld moet dan ook worden uitgegaan van het moment waarop zij daadwerkelijk kennis heeft genomen van het bestaan van het document waarmee de offerte van BraSig ontvankelijk werd verklaard.
- 11 Dienaangaande beklemtoont verzoekster dat haar in de brief betreffende de uitkomst van de aanbestedingsprocedure niets is meegedeeld over de wijze waarop de offerte van BraSig was beoordeeld. Verzoekster heeft de dag na ontvangst van de uitslag verzocht om toegang tot het dossier van de openbare aanbesteding, teneinde de relevante documenten betreffende de wijze van beoordeling van de offerte van BraSig te bestuderen en te kopiëren. Bij onderzoek van deze documenten vernam zij op 25 juni 2019 voor het eerst dat de offerte van BraSig ontvankelijk en conform was bevonden. Het beroep is ingediend binnen een termijn van 10 dagen, gerekend vanaf de dag waarop zij aldus van de vermeend onrechtmatige handeling kennis heeft genomen.
- 12 Verzoekster verwijst uitvoerig naar de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof met betrekking tot het aanvangstijdstip van de beroepstermijn tot vaststelling van schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, waaruit in wezen volgt dat deze termijn ingaat op de datum waarop de partij die beroep instelt kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van die regels. Daartoe reproduceert verzoekster een belangrijk deel (punt 29 e.v.) van de beschikking van 14 februari 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118.
- 13 Op basis van deze rechtspraak stelt verzoekster dat de aangevoerde bepalingen van Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof, zich ertegen verzetten dat haar beroep wordt afgewezen wegens termijnoverschrijding, aangezien i) het voorwerp van haar beroep een onregelmatigheid betreft die uitsluitend was opgenomen in het verslag van de aanbestedingsprocedure, dat niet is meegedeeld of bekendgemaakt, ii) verzoekster de dag na het vernemen van de uitkomst van de procedure heeft verzocht om toegang tot de stukken van de aanbestedingsprocedure, en iii) verzoekster beroep heeft ingesteld binnen de wettelijke termijn vanaf het moment waarop zij kennis heeft genomen van de schadeveroorzakende handeling.

- 14 Verzoekster gaat ook in op de vraag of de winnende inschrijver toegang moet hebben tot de beroepsprocedures en stelt dat overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 eenieder die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en schade dreigt te lijden als gevolg van de gestelde schending de toegang tot beroepsprocedures moet worden gewaarborgd.
- 15 Volgens verzoekster voldoet zij aan de twee in deze bepalingen gestelde voorwaarden. Ten eerste heeft zij namelijk belang bij de aanbestedingsprocedure, aangezien zij ten tijde van de instelling van het beroep belang had bij het behoud van het recht om de te gunnen opdracht te aanvaarden, en ten tweede dreigt zij te worden benadeeld door de fout van CFR bij de herevaluatie van de offerte van BraSig, waarbij een offerte die noch conform noch ontvankelijk is, als ontvankelijk werd beschouwd. Het risico van benadeling hoeft niet actueel zijn, maar kan ook toekomstig zijn, aangezien de toepasselijke bepalingen niet vereisen dat dit risico zich reeds heeft geconcretiseerd.
- 16 Volgens verzoekster heeft de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen een ontvankelijke maar afgewezen offerte, ongeacht of zij op de hoogte is van het al dan niet instellen van een beroep tegen haar offerte, aangezien uitsluitend inschrijvers die definitief zijn uitgesloten van de aanbestedingsprocedure krachtens artikel 2 bis van richtlijn 92/13 geen belang meer hebben. Dat is echter niet het geval bij verzoekster.
- 17 Wat het belang bij het instellen van een beroep op aanbestedingsgebied betreft, herhaalt verzoekster de rechtspraak van het Hof ter zake en stelt zij dat ook de winnende inschrijver beroep moet kunnen instellen tegen een offerte die ontvankelijk is verklaard maar uitsluitend op grond van het criterium „laagste prijs” is afgewezen. Indien de toepasselijke wettelijke bepalingen anders werden uitgelegd, zou de winnende inschrijver geen beroep kunnen instellen tegen een ontvankelijk verklaarde maar afgewezen offerte, terwijl die gebreken kan vertonen maar later toch tot winnaar kan worden uitgeroepen. Een dergelijke redenering zou juist in strijd zijn met de bepalingen van het Unierecht, die duidelijk bepalen dat eenieder die aannemelijk maakt een belang te hebben de mogelijkheid moet hebben om beroep in te stellen tegen de beslissingen van de aanbestedende dienst.
- 18 Concluderend voert verzoekster aan dat in een situatie als die in het hoofdgeding artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, alsmede artikel 2, onder c), van richtlijn 92/13 zich ertegen verzetten dat het beroep van de winnende inschrijver tegen de beslissing waarbij een afgewezen offerte ontvankelijk is verklaard, wordt verworpen wegens termijnoverschrijding.
- 19 **Verweersters** hebben geen opmerkingen over de betrokken onderwerpen ingediend.

**Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 20 De verwijzende rechter preciseert dat de rechtsvraag die hij in het kader van de bij hem aanhangige hogere voorziening moet beslechten, betrekking heeft op de rechtmatigheid van de beslissing van de rechter ten gronde waarbij het beroep van verzoekster is verworpen omdat het te laat is ingesteld.
- 21 Daartoe moet worden bepaald wanneer de termijn van 10 dagen zoals bepaald in artikel 8, lid 1, van wet nr. 101/2016 begint te lopen. Bovendien moet worden nagegaan of, in het licht van het in artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13 bedoelde recht op een doeltreffend beroep, dat wordt toegekend aan de in lid 3 van dat artikel bedoelde personen, het belang van de winnende inschrijver in een aanbestedingsprocedure voor het instellen van beroep tegen de uitkomst van de procedure ontstaat op het tijdstip waarop de uitkomst van de procedure bekend is geworden.
- 22 Artikel 2, onder c), van de richtlijn bepaalt dat de termijn die de lidstaten kunnen vaststellen voor het instellen van beroep tegen een handeling van de aanbestedende dienst in moet gaan op de dag na de datum waarop de beslissing van de aanbestedende dienst aan de belanghebbende inschrijver of gegadigde is gezonden. De tekst van het Unierecht verwijst dus naar een belanghebbende inschrijver of gegadigde. In de eerste plaats vloeit het belang van de inschrijver of gegadigde bij de aanbestedingsprocedure rechtstreeks voort uit zijn deelname aan een aanbestedingsprocedure. In de tweede plaats is het belang om beroep in te stellen tegen de handeling van de aanbestedende dienst actueel wanneer de inschrijver praktisch voordeel kan halen uit het instellen van dat beroep.
- 23 In dit concrete geval was verzoekster op de datum waarop het resultaat van de procedure werd meegedeeld, aangewezen als winnaar. In die omstandigheden vraagt de verwijzende rechter zich af of de in de nationale wet gestelde termijn, overeenkomstig artikel 2, onder c), van de richtlijn moet worden berekend vanaf de dag volgend op de datum waarop de winnaar van de aanbesteding kennis heeft genomen van de handeling van de aanbestedende dienst waarbij de lager geëindigde offerte ontvankelijk is verklaard. Subsidiair vraagt de verwijzende rechter zich af of in de hierboven beschreven feitelijke situatie de termijn moet worden berekend vanaf de datum waarop de winnende inschrijver kennis heeft genomen van het feit dat de lager geëindigde inschrijver beroep heeft ingesteld tegen de uitkomst van de procedure.
- 24 De verwijzende rechter merkt op dat in casu is betoogd dat de winnende inschrijver er op de datum van mededeling van het resultaat van de procedure geen actueel belang bij heeft om dat resultaat aan te vechten, maar dat dit belang actueel is geworden op het tijdstip waarop een inschrijver op een lagere plaats de uitkomst van de procedure betwist.
- 25 De verwijzende rechter preciseert dat, indien dit verweer wordt afgewezen, moet worden beslist dat de winnende inschrijver gehouden is om beroep in te stellen



met betrekking tot de ontvankelijkheid van andere op lagere plaatsen geëindigde offertes, binnen de termijn die ingaat op de dag volgend op de datum waarop de uitkomst van de procedure is meegedeeld. De verwijzende rechter vraagt zich dan ook af of een mogelijkheid tot beroep voor de winnende inschrijver daadwerkelijk gewaarborgd wordt indien de begindatum van de beroepstermijn altijd wordt vastgesteld op basis van de datum waarop de uitkomst van de procedure is meegedeeld.

- 26 De verwijzende rechter is dus van mening dat een eensluidende uitlegging van de betreffende rechtsregels in richtlijn 92/13 noodzakelijk is. Wat de noodzaak van de prejudiciële verwijzing betreft, merkt de verwijzende rechter in de eerste plaats op dat de bepalingen van het Unierecht waar de prejudiciële vraag betrekking op heeft, nog niet zijn uitgelegd met betrekking tot feitelijke omstandigheden zoals die in het hoofdgeding, zodat deze rechter niet is vrijgesteld van zijn verwijzingsverplichting. In de tweede plaats is hij van mening dat de correcte toepassing van het Unierecht op het onderhavige geval niet zo evident is dat daarover redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, zodat hij een prejudiciële vraag aan het Hof achterwege kan laten. In de derde plaats is de in het onderhavige geding te geven beslissing volgens het nationale recht niet vatbaar voor hoger beroep, zodat de verwijzende rechter overeenkomstig artikel 267, derde alinea, VWEU bij het Hof een verzoek om uitlegging van het in casu relevante Unierecht moet indienen.