



Datum van inontvangstneming : 11/12/2019

Zaak C-771/19

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

Datum van indiening:

21 oktober 2019

Verwijzende rechter:

Symvoulio tis Epikrateias (Griekenland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 september 2019

Verzoekende partijen:

NAMA SYMVOULOI MICHANIKOI KAI MELETITES A.E. –
LDK SYMVOULOI MICHANIKOI A.E.

NAMA SYMVOULOI MICHANIKOI MELETITES A.E.

LDK SYMVOULOI MICHANIKOI A.E.

Verwerende partijen:

Archi Exetasis Prodikastikon Prosfygon (AEPP)

ATTIKO METRO A.E.

Interveniërende partijen:

SALFO & SYNERGATES A.E. MELETITIKON YPIRESION
TECHNIKON ERGON - GRAFEIO DOXIADI SYMVOULOI
GIA ANAPTYXI KAI OIKISTIKI AE - TPF GETINSA
EUROESTUDIOS S.L.

SALFO & SYNERGATES ANONYMI ETAIRIA MELETITIKON
YPIRESION TECHNIKON ERGON

GRAFEIO DOXIADI SYMVOULOI GIA ANAPTYXI KAI
OIKISTIKI ANONYMOS ETAIRIA

TPF GETINSA EUROESTUDIOS SOCIEDAD LIMITAD

Voorwerp van het hoofdgeding

Verzocht wordt om opschorting van de uitvoering van: 1) besluit nr. 541, 542/2019 van de Archi Exetasis Prodikastikon Prosfygon (orgaan voor de behandeling van administratieve beroepen; hierna: „AEPP”), 2) besluit nr. 1498(e)/6.3.2019 van het bestuur van de vennootschap ATTIKO METRO A.E., waarbij de deelname van verzoekster aan een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht is afgewezen, alsmede elk overig handelen of nalaten van de overheid ter zake.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van artikel 1, lid 3, artikel 2, lid 1, onder a) en b), en artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 92/13/EEG, met name in het licht van de rechtspraak van het Hof in de zaken Fastweb (C-100/12), PFE (C-689/13), Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15), Archus en Gama (C-131/16) en Lombardi (C-333/18); artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

1. a) Moeten artikel 1, lid 3, artikel 2, lid 1, onder a) en b), en artikel 2 bis, lid 2, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76), in het licht van de arresten Fastweb (C-100/12), PFE (C-689/13), Archus en Gama (C-131/16) en Lombardi (C-333/18), aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bestaande nationale rechtspraak op grond waarvan, wanneer in een stadium voorafgaand aan het eindstadium van de aanbesteding van een opdracht (zoals dat van de technische beoordeling) bij besluit van de aanbestedende dienst een inschrijver wordt uitgesloten en een andere belanghebbende (concurrent), wordt toegelaten, de uitgesloten inschrijver, nadat de bevoegde rechter zijn schorsingsverzoek – voor zover dat zijn uitsluiting betrof – heeft afgewezen, zijn legitiem belang om hetzelfde schorsingsverzoek tegen de andere inschrijver in te dienen enkel behoudt om aan te voeren dat deze is toegelaten in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers?

b) Indien het antwoord op de vorige vraag bevestigend luidt, moeten voornoemde bepalingen dan aldus worden uitgelegd dat genoemde uitgesloten inschrijver in zijn schorsingsverzoek elke grief tegen de deelname van zijn concurrent aan de aanbestedingsprocedure kan aanvoeren, ook die betreffende andere onregelmatigheden van diens inschrijving dan de onregelmatigheden op grond waarvan zijn eigen offerte werd afgewezen, opdat allereerst de voortzetting van de procedure en de gunning van de opdracht aan de concurrent bij een in een volgend stadium van de procedure te nemen besluit wordt opgeschort en

vervolgens de concurrent, in geval van toewijzing van het principale beroep (tot nietigverklaring), wordt uitgesloten, de gunning van de opdracht ongedaan wordt gemaakt, en slechts de mogelijkheid resteert dat een nieuwe aanbestedingsprocedure wordt uitgeschreven, waaraan de uitgesloten verzoeker deelneemt?

2. Is het, mede gelet op het arrest *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15), voor de beantwoording van de vorige vraag van belang dat een voorlopige (of een definitieve) rechterlijke bescherming slechts kan worden verleend op voorwaarde dat de onafhankelijke nationale instantie voor administratieve beroepen een rechtsmiddel heeft verworpen?

3. Is voor de beantwoording van de eerste vraag de vaststelling van belang dat, in geval van gegrondverklaring van de grieven van de uitgesloten inschrijver tegen de deelneming van de concurrent in de aanbestedingsprocedure, a) geen nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden uitgeschreven, of b) de reden op grond waarvan de verzoeker werd uitgesloten diens deelname aan een eventuele nieuwe aanbesteding onmogelijk maakt?

Aangehaalde bepalingen van het 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 (PB 1992, L 76, blz. 14), zoals gewijzigd, artikel 1, leden 1 en 3, artikel 2, lid 1, onder a) en b), en artikel 2 bis, leden 1 en 2.

Arresten van het Hof van 4 juli 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448; 5 april 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199; 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988 (hierna: „*BTG&CÖ*”); 11 mei 2017, *Archus en Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, en 5 september 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675.

Aangehaalde bepalingen van nationaal recht

Wet 4412/2016, Overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (FEK A' 147, rectificatie in FEK A' 200)

Bij wet 4412/2016 (artikelen 345-374) werd het stelsel herzien van de rechtsbescherming in het aan de gunning van overheidsopdrachten voorafgaande stadium, door de instelling van een centraal onafhankelijk administratief orgaan (AEPP), dat werd belast met het prejudiciële toezicht op de handelingen van de aanbestedende autoriteiten en instanties, en de invoering van de mogelijkheid om

tegen zulke handelingen verzoeken tot schorsing en tot nietigverklaring in te dienen.

Met betrekking tot de rechterlijke bescherming in dat stadium, bepaalt artikel 372 onder meer dat een ieder met een legitiem belang bij de Symvoulio tis Epikrateias (Griekse Raad van State, hoogste administratieve rechter) kan verzoeken om schorsing van de uitvoering van een beslissing van de AEPP en om nietigverklaring daarvan, voor zover deze beslissing een opdracht betreft waarop richtlijn 2014/25/EU van toepassing is. Het regelt tevens de voorwaarden en de termijn voor instelling van een zodanig beroep en de gevolgen ervan.

Voorts bepaalt artikel 372 het volgende:

„4. Voor het indienen van een schorsingsverzoek is niet vereist dat voorafgaand een verzoek tot nietigverklaring wordt ingediend. [...] [Het] schorsingsverzoek wordt toegewezen indien zeer aannemelijk wordt gemaakt dat een regel van het recht van de Europese Unie of van nationaal recht is geschonden, en dat de schorsing noodzakelijk is om de nadelige gevolgen van die schending op te heffen of te voorkomen dat de verzoeker in zijn belangen wordt geschaad. Het verzoek kan evenwel worden afgewezen indien een afweging van de belangen van verzoeker, de andere belanghebbenden en dringende redenen van openbaar belang tot de conclusie leidt, dat de nadelige gevolgen van toewijzing zwaarder wegen dan het voordeel voor verzoeker. [...] Een schorsingsverzoek staat in de weg aan sluiting van de aanbestedingsovereenkomst, tenzij de bevoegde rechter in zijn voorlopig bevel anders bepaalt.

[...]

7. Wanneer de rechter de handeling of het nalaten van de aanbestedende instantie nietig verklaart nadat de desbetreffende aanbestedingsovereenkomst is gesloten, laat dit die overeenkomst onverlet, tenzij de gunningsprocedure vóór die sluiting was opgeschort bij beslissing van de AEPP, bij een beslissing op een schorsingsverzoek of bij een voorlopig bevel. In dat geval kan de belanghebbende schadevergoeding vorderen [...].”

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 De tweede verweerster, de vennootschap ATTIKO METRO A.E, kondigde een internationale elektronische aanbesteding aan met de titel „Technische adviesdiensten metrowerken Athene”, begroot op in totaal 21 639 924,90 EUR plus btw, met als criterium voor de gunning de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de prijs-kwaliteitsverhouding. De procedure heeft tot doel de vereiste technische kennis te verkrijgen voor de ondersteuning van de verwezenlijking van een project van ATTIKO METRO A.E. (uitbreiding van het metronetwerk van Athene).

- 2 Volgens de aankondiging bestaat de procedure uit twee fases: Tijdens de eerste fase worden de documenten voor deelname en de technische offertes van de inschrijvers onderzocht, en worden de inschrijvers uitgesloten a) die niet aan de voorwaarden en vereisten voor deelname voldoen, b) die zijn afgewezen op grond van de technische beoordeling van hun technische offertes.
- 3 De technische beoordeling bestaat uit twee stadia: in het eerste stadium wordt beoordeeld of het voorgestelde technische personeel voldoet aan de in de aankondiging omschreven minimumeisen, en wordt dit personeel aangemerkt als voldoende (pass) of onvoldoende (fail). In een tweede stadium worden de technische offertes die niet in het eerste stadium werden uitgesloten, beoordeeld, vergeleken en van een score voorzien. Na de controle van de onderdelen „documenten voor deelname” en „technische offerte” en de definitieve vaststelling van de score van de technische offertes, stelt de beoordelingscommissie het beoordelingsrapport voor de eerste fase vast.
- 4 De inschrijvers die voldoen aan de vereisten van de eerste fase nemen deel aan de tweede fase, dat wil zeggen de procedure van opening van de financiële offertes, waarin deze worden geopend en de algehele beoordeling plaatsvindt.
- 5 Aan de onderhavige aanbestedingsprocedure namen vier consortia deel, waaronder de eerste verzoekster en de eerste interveniënte. Na het onderzoek van de documenten voor deelname werd vastgesteld dat het consortium ADT OMEGA SYMVOULOI MICHANIKOI A.T.E e.a. niet aan de voorwaarden van de aankondiging voldeed, met als gevolg dat de beoordelingscommissie in het eerste stadium van de beoordeling van de technische offertes aanbeval de offertes van verzoekster en van het consortium AECOM Ltd-Hill International N.V.- Rina Consulting S.p.A. af te wijzen.
- 6 Bij besluit nr. 1498(e)/06.03.2019 van de raad van bestuur van de onderneming ATTIKO METRO werden de aanbevelingen van de beoordelingscommissie betreffende de beoordeling van de documenten voor deelname goedgekeurd, de offertes van de drie genoemde consortia toegelaten en het consortium ADT OMEGA SYMVOULOI MICHANIKOI A.T.E. e.a. uitgesloten van de procedure. In hetzelfde besluit werd bepaald dat, wat het eerste stadium van de beoordeling van de technische offertes betreft, de interveniënte als enige van de na dit stadium resterende consortia volledig voldoet aan de in de aankondiging neergelegde criteria en minimumvereisten, terwijl de andere twee consortia, te weten 1) het samenwerkingsverband AECOM Ltd e.a. en 2) verzoekster, van het vervolg van de procedure worden uitgesloten. Wat met name verzoekster betreft, oordeelde ATTIKO METRO dat drie medewerkers van deze groep niet over de volgens de aankondiging vereiste ervaring beschikten. In hetzelfde besluit, betreffende de afronding van het tweede beoordelingsstadium van de technische offertes (waarin deze van een score werden voorzien), werd de deelname van de interveniënte aan de tweede fase van de procedure, die van het openen van de financiële offerte, goedgekeurd.

- 7 Tegen dit besluit van de raad van bestuur van de aanbestedende instantie stelde verzoekster een administratief beroep in bij de AEPP, met grieven die zowel de afwijzing van haar eigen technische offerte en de uitsluiting van de aanbestedingsprocedure betroffen, als de aanvaarding van de technische offerte van de interveniënte. Bij beslissing nr. 541 en 542/21.5.2019 verklaarde de AEPP dit administratief beroep slechts gegrond voor zover het betrekking had op het besluit van de aanbestedende instantie aangaande de aangetoonde ervaring van één van de medewerkers van het consortium, met afwijzing van het beroep voor het overige.
- 8 Vervolgens stelde verzoekster het onderhavige schorsingsverzoek in bij de commissie schorsingen van het verwijzende gerecht.

Korte weergave van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 9 Verzoekster voerde bij de commissie schorsingen een reeks argumenten aan met betrekking tot de afwijzing van haar offertes, ten eerste stellende dat haar uitsluiting van de procedure onrechtmatig was (met name dat de ervaring van sommige medewerkers verkeerd werd beoordeeld) en ten tweede dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers was geschonden (met name dat dezelfde onregelmatigheden in de offertes van de deelnemers verschillend werden beoordeeld).
- 10 In haar verwijzingsbeslissing onderzoekt de commissie schorsingen deze grieven nauwgezet en verwerpt zij deze uiteindelijk, met de motivering dat deze onvoldoende aannemelijk zijn gemaakt, niet-ontvankelijk zijn, niet ter zake doen of zonder legitiem belang worden aangevoerd.
- 11 Volgens tot op heden vaste rechtspraak van de commissie schorsingen van de Griekse raad van state heeft verzoekster, nu blijkens het bovenstaande niet voldoende is aangetoond dat haar uitsluiting onrechtmatig was of dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers is geschonden, geen legitiem belang meer om de aanvaarding van de inschrijving van de andere inschrijver, in casu interveniënte, en de deelname van deze aan de volgende fase van de procedure te bestrijden, aangezien hij voor de procedure door deze uitsluiting als derde is aan te merken.
- 12 Volgens verzoekster kan deze vaste rechtspraak van de Griekse raad van state in de onderhavige zaak echter niet worden toegepast, gezien de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Verzoekster betoogt met name, dat volgens de rechtspraak van het Hof maar ook volgens recente uitspraken van de commissie schorsingen van de Griekse raad van state, de uitgesloten deelnemer die zijn uitsluiting zonder succes bestreden heeft, een legitiem belang heeft om in rechte na te streven dat zijn concurrenten worden uitgesloten en de gunning van de opdracht nietig wordt verklaard; dit ongeacht in welk stadium van de procedure de uitsluiting volgens de nationale wet heeft plaatsgevonden, zolang deze inschrijver niet „definitief uitgesloten” is.

Verzoekster betoogt derhalve dat hij nog steeds over een legitiem belang beschikt om grieven geldend te maken tegen de inschrijving van de interveniënte, en voert een reeks argumenten aan waarom de aanvaarding van de technische offerte van de interveniënte onrechtmatig was.

- 13 De rechtspraak van het Hof wordt door de verwijzende rechter om te beginnen ontleed als volgt.
- 14 Bij de uitlegging van richtlijn 89/665/EEG, en vervolgens van richtlijn 92/13/EG, heeft het Hof als algemeen beginsel geformuleerd, dat in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht elke inschrijver een legitiem belang heeft bij gunning van de overheidsopdracht aan hemzelf en bij uitsluiting van de inschrijvingen van de anderen (arrest BTG&CÖ, C-355/15, punt 29). Wanneer de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld, kan elk van de concurrenten volgens het Hof een legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, dat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren (arrest Fastweb, C-100/12, punt 33), ongeacht het aantal deelnemers aan de procedure voor de plaatsing van de betrokken overheidsopdracht en het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld (arrest PFE, C-689/13, punt 29). Het Hof gaat ervan uit, dat de uitsluiting van de ene inschrijver ertoe kan leiden dat de opdracht in het kader van dezelfde procedure direct aan de andere inschrijver wordt gegund, of dat bij uitsluiting van alle inschrijvers en opening van een nieuwe procedure voor de plaatsing van de overheidsopdracht, de uitgesloten inschrijver opnieuw deelneemt en aldus indirect de opdracht toebedeeld krijgt (arrest PFE, C-689/13, punt 27). Volgens het Hof waarborgt richtlijn 89/665/EEG de invoering van doeltreffende beroepsmogelijkheden tegen onregelmatige besluiten die in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht worden genomen, doordat zij uitgesloten inschrijvers de mogelijkheid biedt om niet alleen het besluit tot uitsluiting te betwisten, maar ook – zolang daarover geen uitspraak is gedaan – verdere besluiten die hen zouden benadelen indien hun uitsluiting zou worden teruggedraaid (arrest BTG&CÖ, C-355/15, punt 34).
- 15 Met het arrest Archus en Gama (C-131/16) werkte het Hof het eerder geformuleerde algemene beginsel verder uit, door rekening te houden met de omstandigheden van het specifieke geval, te weten dat een inschrijver beroep heeft ingesteld tegen het besluit tot afwijzing van zijn offerte en het besluit tot gunning van de opdracht aan de andere, als enige overgebleven, inschrijver. Het Hof oordeelde (punten 51 tot en met 56) dat in het geval van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht waarin twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere – de uitgesloten inschrijver een legitiem belang heeft om niet alleen het besluit te bestrijden waarbij hij wordt uitgesloten, maar ook het besluit tot gunning van de opdracht, omdat de eventuele toewijzing van dit beroep mogelijk tot de vaststelling leidt dat de aanbestedende dienst geen

regelmatige inschrijving kan selecteren; dan kan er een nieuwe procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht worden geopend, waaraan de uitgesloten inschrijver kan deelnemen, en vervolgens indirect de opdracht toebedeeld krijgen. In een dergelijke situatie kan het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EEG in voorkomend geval verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht (punt 58). Om verwarring te vermijden, vergeleek het Hof de zaak Archus en Gama (C-131/16) met de zaak BTG&CÖ (C-355/15). Met name was in die laatste zaak het besluit tot uitsluiting van die inschrijver bevestigd door een besluit dat kracht van gewijsde had verkregen voordat de nationale rechter bij wie beroep was ingesteld tegen het besluit tot gunning van de opdracht, uitspraak had gedaan, zodat die inschrijver te beschouwen was als definitief van de betrokken aanbestedingsprocedure uitgesloten inschrijver (die als zodanig geen legitiem belang had bij een beroep tegen het besluit tot gunning van de opdracht), terwijl Archus en Gama „beroep [hadden] ingesteld tegen het besluit tot uitsluiting van hun inschrijving en tegen het besluit tot gunning van de opdracht, welke besluiten gelijktijdig zijn genomen, zodat zij niet [konden] worden aangemerkt als definitief uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht” (arrest Archus en Gama, C-131/16, punten 57 en 58).

- 16 In het recente arrest van 5 september 2019, Lombardi, C-333/18, bevestigde het Hof het beginsel dat werd ontwikkeld in de vermelde arresten Fastweb en PFE, dat de in het kader van wederzijdse beroepen tot uitsluiting nagestreefde belangen in beginsel als gelijkwaardig worden beschouwd (punt 25). Wat een inschrijver betreft die op de derde plaats staat gerangschikt en het principale beroep heeft ingediend, moet immers worden erkend dat hij een legitiem belang heeft bij de uitsluiting van de offerte van de gekozen inschrijver en van de inschrijver die als tweede staat gerangschikt, aangezien zelfs wanneer zijn offerte onregelmatig wordt geacht in het kader van het onderzoek van het incidenteel beroep van de gekozen inschrijver, niet kan worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst moet vaststellen dat er geen andere regelmatige offerte die voldoet aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst, kan worden geselecteerd, en daarop een nieuwe procedure organiseert. In die omstandigheden kan volgens het Hof niet als voorwaarde worden gesteld voor de ontvankelijkheid van het principale beroep, dat eerst wordt vastgesteld dat alle offertes die lager zijn gerangschikt dan die van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, eveneens onregelmatig zijn. De vraag of dit beroep ontvankelijk is, hangt evenmin af van de voorwaarde dat die inschrijver het bewijs levert dat de aanbestedende instantie de openbare aanbestedingsprocedure zal moeten herhalen. Dat dit mogelijkwijfs het geval zal zijn, moet in dit verband geacht worden te volstaan (punten 27 e.v.).
- 17 Tot op heden was het vaste rechtspraak van de commissie schorsingen van de Griekse raad van state, dat een inschrijver die op rechtmatige wijze wordt uitgesloten van de procedure geen legitiem belang heeft om de rechtmatigheid van de deelneming van een andere inschrijver te bestrijden op andere gronden dan die welke schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers betroffen. Wel rees de vraag, in hoeverre de rechtspraak van het Hof in de

aangehaalde arresten, met name het arrest Archus en Gama, ook van toepassing is op geschillen waarin een schorsingsverzoek niet is ingediend in het laatste stadium van de gunning, maar in een eerder stadium waarin meerdere inschrijvers naar de verlening van de overheidsopdracht dingen (zoals in dat van de beoordeling van de documenten voor deelname of van de beoordeling van de technische offertes), wat niet aan de orde kwam in de genoemde arresten van het Hof, die het stadium van gunning van de opdracht betroffen. De commissie schorsingen heeft dit in een aantal arresten geoordeeld; in andere arresten kwam zij echter tot het tegengestelde oordeel.

- 18 Volgens het oordeel van een meerderheid van de commissie schorsingen moeten de bepalingen van artikel 346, leden 1 en 2, gelezen in samenhang met artikel 360, lid 1, van wet 4412/2016 – die naar de geest een weergave zijn van de ermee corresponderende bepalingen van richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG (artikel 1, lid 3, en artikel 2 bis, lid 2) – mede in het licht van de aangehaalde rechtspraak van het Hof, aldus worden uitgelegd dat een inschrijver als definitief uitgesloten moet worden aangemerkt wanneer deze geen rechtsmiddel heeft ingesteld tegen het besluit waarbij hij werd uitgesloten (of zich heeft teruggetrokken uit een eventueel ingesteld administratief beroep of ander rechtsmiddel) of dit wel heeft ingesteld maar zijn uitsluiting definitief is geworden door de openbaarmaking van een beslissing waarbij een verzoek tot nietigverklaring is afgewezen en die daarmee gezag van gewijsde heeft verkregen. Een inschrijver wordt daarentegen niet als definitief uitgesloten aangemerkt, wanneer een door hem ingesteld administratief beroep bij beslissing van de AEPP weliswaar is afgewezen maar de termijn voor instelling van een verzoek tot schorsing of nietigverklaring daarvan, als bedoeld in artikel 372 van wet 4412/2016, nog niet is verstreken. Een inschrijver wordt voorts niet als definitief uitgesloten aangemerkt, wanneer een door hem ingesteld verzoek tot schorsing van een beslissing van de AEPP tot afwijzing van een administratief beroep weliswaar is afgewezen, maar hij nog het recht heeft om tegen die afwijzing een verzoek tot nietigverklaring in te stellen en er geen definitieve beslissing openbaar is gemaakt waarbij een eventueel ingediend verzoek tot nietigverklaring wordt afgewezen.
- 19 Wil een niet definitief uitgesloten inschrijver geacht worden een legitiem belang te hebben bij de instelling van een doeltreffende beroepsmogelijkheid tegen een besluit waarbij de inschrijving van zijn concurrenten wordt aanvaard en de opdracht wordt gegund aan één van hen, dan moet een eventuele gegrondverklaring van zijn beroep ter zake niet ertoe leiden dat de procedure definitief nietig wordt verklaard, dat wil zeggen dat deze niet opnieuw kan worden uitgeroepen (bijvoorbeeld omdat het tijdvak waarop de opdracht betrekking had inmiddels is verstreken), maar moet het mogelijk blijven een nieuwe procedure voor plaatsing van de opdracht te openen. Op deze wijze wordt een legitiem belang erkend aan de zijde van de uitgesloten inschrijver die zijn uitsluiting tijdig maar zonder succes heeft bestreden, om langs gerechtelijke weg de uitsluiting van zijn concurrenten te verkrijgen en daarmee de gunning van de opdracht aan één van hen te verijdelen. Hieronder wordt ook de opdracht verstaan die het voorwerp

uitmaakt van een eventuele nieuw te openen aanbestedingsprocedure, onder voorwaarde dat de nieuwe opdracht in hoofdlijnen overeenkomt met de oorspronkelijke opdracht, en dat de uitgesloten inschrijver in staat is te voldoen aan de voorwaarden die aan deelname aan de nieuwe procedure worden gesteld.

- 20 Overigens is voor de erkenning van een legitiem belang aan de zijde van de niet definitief uitgesloten inschrijver niet vereist dat de aanbestedingsprocedure bestaat uit slechts één stadium, uitmondend in slechts één (bevestigend) besluit van de aanbestedende instantie. Evenmin is van belang in welk stadium de uitsluiting volgens de nationale wetgeving plaatsvindt, aangezien de erkenning van een legitiem belang in alle stadia van een procedure tot aanbesteding van een overheidsopdracht op dezelfde grondslag berust, namelijk dat de belanghebbende het project waarop de opdracht betrekking heeft, kan uitvoeren, en niet dat de opdracht hem specifiek wordt gegund op basis van de bestreden procedure. Deze opvatting vindt steun in het arrest BTG&CÖ (C-355/15, punt 34).
- 21 Eén lid van het verwijzende gerecht is met name van mening, dat de loutere wens van de uitgesloten inschrijver dat de procedure nietig wordt verklaard en een nieuwe aanbesteding wordt uitgeschreven, slechts dan een legitiem belang kan ontlenen om de rechtmatigheid van de deelneming van andere inschrijvers te bestrijden, wanneer zijn inschrijving werd uitgesloten wegens formele onregelmatigheden of niet-indiening van de vereiste documentatie. Het is ondenkbaar dat voor zijn deelname aan een nieuwe procedure een substantiële wijziging van zijn inschrijving of van het bestek vereist zou zijn, omdat dat afbreuk zou doen aan de concurrentiedruk om de best mogelijke offerte in te dienen, en het de weg zou banen om te kwader trouw en met de bedoeling de aanbestedingsprocedure te traineren, hieraan deel te nemen.
- 22 Volgens het oordeel van de minderheid van de commissie schorsingen kwamen in de rechtspraak van het Hof slechts zaken aan de orde die het besluit tot gunning van de opdracht zelf betroffen en derhalve essentieel verschilden van de onderhavige. In het stadium van de gunning ontstaat het recht van de uitgesloten inschrijver om doeltreffende rechtsmiddelen in te stellen tegen het besluit tot uitsluiting en eventueel, zolang deze rechtsgang duurt, tegen latere besluiten in de concurrentiefase van de aanbestedingsprocedure. Het Unierecht erkent evenwel geen legitiem belang van een inschrijver op een overheidsopdracht dat direct en ongeacht de omstandigheden is gericht op de nietigverklaring van de procedure waaraan hij deelneemt. Een andere opvatting zou verder gaan dan de door richtlijn 92/13/EEG beoogde bescherming en indruisen tegen de doelstelling van openbaar belang dat procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten binnen een redelijke termijn worden afgerond, waardoor het rechtvaardige evenwicht tussen doeltreffende rechterlijke bescherming en de praktische doeltreffendheid van de richtlijn zou worden verstoord.
- 23 De verwijzende rechter verzoekt het Hof om het onderhavige verzoek te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en wijst met nadruk op de behoefte aan

volledige en snelle bescherming in het onderhavige stadium van de voorlopige rechterlijke bescherming. De vraagstukken inzake het legitieme belang waarop de prejudiciële vragen betrekking hebben, doen zich ook voor in andere voor de bevoegde nationale rechters aanhangige zaken. Naar de inschatting van de verwijzende rechter zullen deze, gezien de aard en het belang ervan, ook zeker rijzen in openbare aanbestedingen die in gang zijn of zullen worden gezet.