



Datum van inontvangstneming : 28/09/2017

**Zaak C-518/17**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

28 augustus 2017

**Verwijzende rechter:**

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

29 juni 2017

**Verzoeker tot Revision:**

██████████

**Andere partij in de procedure:**

Salzburger Verkehrsverbund GmbH

---

Verwaltungsgerichtshof

EU 2017/0003-1  
(Ra 2016/04/0115)  
29 juni 2017

Het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) heeft [omissis] in het beroep in Revision van ██████████ [omissis] tegen de beslissing van het Landesverwaltungsgericht Salzburg (bestuursrechter in eerste aanleg Salzburg, Oostenrijk) van 15 juli 2016, [omissis] betreffende een beroepsprocedure inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (andere partij in de procedure: Salzburger Verkehrsverbund GmbH [omissis]), de volgende

**Beslissing**

gegeven:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Is artikel 7, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar

personenvervoer per spoor en over de weg ook van toepassing wanneer een dienstcontract voor personenvervoer per bus overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede volzin, van deze verordening wordt gegund volgens een in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten (richtlijn 2004/17/EG of richtlijn 2004/18/EG) geregelde procedure?

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Heeft de niet-nakoming van de verplichting om ten minste één jaar vóór de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving de in artikel 7, lid 2, onder a) tot en met c), van verordening (EG) nr. 1370/2007 vermelde informatie bekend te maken, tot gevolg dat een aanbesteding moet worden geacht onwettig te zijn indien de bekendmaking van die informatie één jaar vóór de uitnodiging tot inschrijving achterwege is gebleven, maar deze aanbesteding overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede volzin, van verordening nr. 1370/2007 heeft plaatsgevonden volgens een in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten geregelde procedure? **[Or. 2]**

3. Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

Verzetten de Unierechtelijke bepalingen inzake de gunning van overheidsopdrachten zich tegen een nationale regeling volgens welke van de in artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG bedoelde nietigverklaring van een aanbesteding die als onwettig moet worden aangemerkt wegens het achterwege blijven van de bekendmaking in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007, kan worden afgezien wanneer de onwettigheid niet van wezenlijke invloed was op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, omdat de betrokken exploitant tijdig kon reageren en geen sprake was van een verstoring van de mededinging?

## **Motivering:**

### **I. Feiten en hoofdgeding**

- 1 **1.** Met de bekendmaking in april 2016 leidde de aanbestedende dienst, Salzburger Verkehrsverbund GmbH (andere partij in de procedure), een openbare aanbestedingsprocedure in ter zake van de sluiting van een boven de Europese drempelwaarden uitkomend raamcontract. De overeenkomst had betrekking op het verzorgen van personenvervoer per bus betreffende het „Linienverkehr Salzburg Leistungspaket 2490 Linienbündel Gasteinertal“ (lijnverkeer Salzburg dienstenpakket 2490, lijnbundel Gasteinertal), waarbij het ging om verschillende nader aangeduide buslijnen die op jaarbasis goed waren voor in totaal ongeveer 670 000 kilometer. De opdracht werd als dienstcontract aanbesteed en nam niet de vorm aan van een contract voor dienstenconcessies. De inschrijvingstermijn

■■■■■

eindigde op 8 juni 2016 en het begin van de uitvoering van de overeenkomst was gepland op 11 december 2016.

- 2 Aanwijzingen dat het gaat om vervoersdiensten die „hoofdzakelijk geëxploiteerd worden met het oog op de instandhouding van het historisch erfgoed of vanuit toeristisch oogpunt” [zie artikel 1, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (PB 2007, L 315, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1370/2007)] ontbreken en zijn ook niet aangevoerd in de procedure voor [Or. 3] het Verwaltungsgerichtshof. Volgens de verklaringen van partijen, die elkaar in zoverre niet weerspreken, heeft geen bekendmaking in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 (hierna: „vooraankondiging”) plaatsgevonden.
- 3 **2.** Bij verzoekschrift van 31 mei 2016 vorderde verzoeker tot Revision de nietigverklaring van de litigieuze aanbesteding, subsidiair de nietigverklaring van afzonderlijke, nader aangeduide bepalingen ervan.
- 4 Verzoeker tot Revision bekritiseerde – onder andere – het achterwege blijven van de bekendmaking in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007.
- 5 **3.** Bij het bestreden vonnis van 15 juli 2016 heeft het Landesverwaltungsgericht Salzburg verzoekers vordering ongegrond verklaard.
- 6 Aan het achterwege blijven van de bekendmaking in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 heeft het Verwaltungsgericht in zijn overwegingen niet uitdrukkelijk aandacht besteed. Het Verwaltungsgericht heeft dienaangaande enkel overwogen dat de door verzoeker tot Revision in dit verband eveneens aangevoerde § 19, lid 4, van het Bundesvergabegesetz 2006 (federale wet van 2006 betreffende de gunning van overheidsopdrachten) niet aan de aanbesteding in de weg stond, omdat de aanbestedende dienst juridisch en economisch in staat was om de aanbestede dienst te gunnen.
- 7 **4.** Tegen bovengenoemde beslissing heeft verzoeker tot Revision buitengewoon beroep in Revision ingesteld.
- 8 Verzoeker tot Revision hekelt – voor zover van belang voor het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing – het feit dat het Verwaltungsgericht inhoudelijk geen aandacht heeft besteed aan de rechtsgevolgen van het achterwege blijven van de bekendmaking in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007. Een dergelijke vooraankondiging was volgens hem – gelet op het volume van de overeenkomst (meer dan 600 000 km/jaar) – noodzakelijk geweest.
- 9 **5.** De aanbestedende dienst heeft een verweerschrift in Revision ingediend, waarin zij concludeert tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in Revision, subsidiair tot ongegrondverklaring ervan.

- 10 Wat de gestelde inbreuk wegens het achterwege blijven van de vooraankondiging betreft, merkt de aanbestedende dienst op dat in het onderhavige geval geen onderhandse gunning als bedoeld in verordening **[Or. 4]** nr. 1370/2007 heeft plaatsgevonden. Bovendien wist verzoeker tot Revision reeds geruime tijd dat de exploitatie van de litigieuze buslijnen een aanvang zou nemen op 11 december 2016, en dat voorafgaandelijk een aanbestedingsprocedure moest worden gevolgd (in dit verband wordt verwezen naar een besluit van de regering van de deelstaat Salzburg van 4 juni 2007 en naar een andere aanbestedingsrechtelijke beroepsprocedure die voor het Landesverwaltungsgericht Salzburg aanhangig is geweest.

## **II. Relevante Unierechtelijke bepalingen**

- 11 In de considerans van verordening nr. 1370/2007 (in oorspronkelijke versie, die nog steeds van kracht is) is onder andere bepaald:

„(7) Studies, en de ervaringen van de lidstaten waar reeds een aantal jaren concurrentie in de openbaarvervoersector bestaat, tonen aan dat de invoering, met de nodige voorzorgen, van gecontroleerde mededinging tussen exploitanten heeft geleid tot een aantrekkelijkere en innovatievere goedkopere dienstverlening, zonder de uitvoering van de aan exploitanten van openbare diensten opgedragen specifieke taken te belemmeren. [...]

[...]

(20) Wanneer een overheid ervoor opteert een taak van algemeen belang toe te vertrouwen aan een derde partij, is zij gehouden bij de keuze van de exploitant van openbare diensten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten na te leven zoals dat voortvloeit uit de artikelen 43 tot en met 49 van het Verdrag en uit de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. De bepalingen van deze verordening laten in het bijzonder de verplichtingen van overheden op grond van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten onverlet wanneer het gaat om openbardienstcontracten die onder de toepassing van deze richtlijnen vallen.

[...]

(29) Behoudens wanneer het noodmaatregelen en contracten voor bescheiden afstanden betreft, dienen bevoegde instanties die wensen over te gaan tot de aanbesteding van openbardienstcontracten, dit ten minste één jaar vooraf bekend te maken zodat potentiële exploitanten van openbare diensten over de nodige tijd beschikken om in te schrijven. **[Or. 5]**

(30) Voor onderhands gegunde openbardienstcontracten moet een hoger niveau van transparantie gelden.

[...]”

- 12 De relevante artikelen van verordening nr. 1370/2007 bepalen onder andere het volgende:

### **„Artikel 1**

#### **Doel en toepassingsgebied**

1. Deze verordening heeft tot doel vast te stellen op welke manier instanties die bevoegd zijn voor het openbaar personenvervoer er, in het licht van het Gemeenschapsrecht, voor kunnen zorgen dat, in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs.

[...]

2. Deze verordening is van toepassing op de nationale en internationale exploitatie van openbaar personenvervoer per spoor, met andere vormen van spoorvervoer en over de weg, met uitsluiting van diensten die hoofdzakelijk geëxploiteerd worden met het oog op de instandhouding van het historisch erfgoed of vanuit toeristisch oogpunt. [...]

[...]

### **Artikel 5**

#### **Gunning van openbaredienstcontracten**

1. Openbaredienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. Wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG worden opdrachten of overheidsopdrachten gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen. Wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG, zijn de leden 2 tot en met 6 van dit artikel niet van toepassing.

[...]

3. Een bevoegde instantie die een beroep doet op een andere derde partij dan een interne exploitant, gunt openbaredienstcontracten via een openbare aanbestedingsprocedure, behoudens de in de leden 4, 5 en 6 bedoelde gevallen. De openbare aanbestedingsprocedure staat open voor alle exploitanten en verloopt open en eerlijk, met inachtneming van de beginselen van transparantie en [Or. 6] niet-discriminatie. Na de indiening van de inschrijvingen en een eventuele eerste selectie kan, met inachtneming van deze beginselen, worden onderhandeld over de meest geschikte manier om te voldoen aan specifieke of complexe behoeften.

[...]

## **Artikel 7**

### **Bekendmaking**

1. [...]

2. Elke bevoegde instantie neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat ten minste één jaar vóór de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving of een jaar vóór de onderhandse gunning ten minste de volgende informatie in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt bekendgemaakt:

- a) de naam en het adres van de bevoegde instantie;
- b) de beoogde wijze van gunning;
- c) de diensten en de gebieden waarop de gunning potentieel betrekking heeft.

De bevoegde instanties kunnen besluiten om deze informatie niet bekend te maken wanneer het openbaredienstcontract betrekking heeft op een jaarlijkse verstrekking van minder dan 50 000 kilometers openbaar personenvervoer.

Indien de informatie na de bekendmaking wordt gewijzigd, maakt de bevoegde instantie zo spoedig mogelijk een rechtzetting bekend. Deze rechtzetting laat de aanvangsdatum van de onderhandse gunning of de uitnodiging tot inschrijving onverlet.

[...]”

- 13 In de relevante bepalingen 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) in de versie van de richtlijnen 92/50/EEG, 2007/66/EG en 2014/23/EU is onder andere bepaald: **[Or. 7]**

## **„Artikel 1**

### **Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures**

1. [...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU of richtlijn 2014/23/EU vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van

■■■■■

het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

## **Artikel 2**

### **Voorschriften voor beroepsprocedures**

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

[...]

- b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

[...]”

### **III. Relevante bepalingen van nationaal recht**

- 14 De relevante bepalingen van het Bundesvergabegesetz 2006 (federale wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „BVerG 2006”) (BGBl. I nr. 17/2006) in de versie van BGBl. I nr. 17/2016, bepalen onder andere het volgende:

#### **„Definities**

§ 2. Voor de toepassing van deze federale wet gelden de volgende definities:

16. Onder besluit wordt verstaan elke vastlegging van een aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure. **[Or. 8]**

- a) Afzonderlijk aanvechtbaar zijn de volgende voor derden kenbare besluiten:

aa) in de openbare procedure: de aanbesteding; [...]

[...]

### **Uitgangspunten van de aanbestedingsprocedure**

§ 19 [...]

(4) Procedures voor de gunning van opdrachten of voor ontwerpwedstrijden moeten enkel worden gevolgd wanneer het voornemen bestaat de dienst ook



daadwerkelijk te gunnen. De aanbestedende dienst is niet verplicht een aanbestedingsprocedure door gunning te beëindigen.

[...]”

- 15 In de relevante bepalingen van het Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 (wet van de deelstaat Salzburg van 2007 betreffende het toezicht op aanbestedingen; hierna: „S.VKG 2007”) (LGB1. nr. 28/2007) in de versie van LGB1. nr. 120/2015 is onder andere bepaald:

**„Nietigverklaring van besluiten van de aanbestedende dienst**

§ 26 (1) Het Landesverwaltungsgericht verklaart een in een aanbestedingsprocedure vastgesteld afzonderlijk aanvechtbaar besluit van een aanbestedende dienst nietig wanneer

1. dit besluit of een daaraan voorafgaand, niet afzonderlijk aanvechtbaar besluit het door de verzoeker aangevoerde recht schendt en
2. de onwettigheid van wezenlijke invloed is op het resultaat van de aanbestedingsprocedure.

[...]”

**IV. Bevoegdheid tot prejudiciële verwijzing**

- 16 Het Verwaltungsgerichtshof is een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep.
- 17 Het Verwaltungsgerichtshof is van mening dat in het kader van de beslechting van het voor hem aanhangige beroep in Revision de in het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing vermelde en hieronder nader toegelichte vragen over de uitlegging van het Unierecht Unie rijzen. **[Or. 9]**
- 18 Aan het belang van de gestelde vragen voor de beslechting van het onderliggende beroep in Revision wordt ook niet afgedaan wanneer – gelet op de afwijzing van de verzoeken tot herziening van verzoeker tot Revision door het Landesverwaltungsgericht Salzburg – de gunning inmiddels reeds heeft plaatsgevonden. Over de wettigheid van het bestreden besluit moet namelijk hoe dan ook een beslissing worden genomen om te kunnen beslissen over de vergoeding van de griffierechten. Of het bestreden besluit wettig is, kan daarnaast een vraag zijn die voorafgaandelijk moet worden beantwoord met het oog op een eventueel door verzoeker tot Revision in te stellen vordering tot schadevergoeding.

## **V. Toelichting bij de prejudiciële vragen**

### **1. Inleidende opmerking**

- 19 Artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 heeft betrekking op (overheids)opdrachten voor diensten zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG (richtlijnen betreffende overheidsopdrachten) en op de procedures waarin deze richtlijnen voorzien. Volgens het Verwaltungsgerichtshof kan – gelet op de publicatie van de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie op 20 april 2016 (de aankondigingen op nationaal niveau vonden daarentegen volgens de constatering van het Verwaltungsgericht plaats op 15 april 2016 en 18 april 2016) en op het verstrijken van de termijn voor de omzetting van de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU op 18 april 2016 – in het midden blijven of de bepalingen van de twee laatstgenoemde richtlijnen reeds relevant waren voor het onderhavige geval [ook de Europese Commissie gaat in haar mededeling inzake de interpretatieve richtsnoeren bij verordening nr. 1370/2007 (PB 2014, C 92, blz. 1) ervan uit dat de verwijzingen in verordening nr. 1370/2007 naar de oude richtlijnen betreffende overheidsopdrachten moeten worden opgevat als verwijzingen naar de nieuwe richtlijnen betreffende overheidsopdrachten (punt 2.1.1)]. De litigieuze opdracht valt namelijk – ongeacht welke aanbestedingsrichtlijn van toepassing is – hoe dan ook onder de definitie van het begrip „opdracht voor diensten”, en de aanbestedende dienst heeft gekozen voor een openbare procedure als bedoeld in deel 2 van het BVergG 2006, dat wil zeggen voor een procedure waarin zowel richtlijn 2004/18/EG als thans richtlijn 2014/24/EU voorziet.

### **2. Eerste prejudiciële vraag**

- 20 Volgens verzoeker tot Revision is de onwettigheid van de betwiste aanbesteding (onder andere) het gevolg van het achterwege blijven van de bekendmaking in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007. Om na te gaan of dit betoog juist is, moet eerst de vraag worden beantwoord of een dergelijke (hier achterwege gebleven) vooraankondiging in een situatie als de onderhavige eigenlijk wel verplicht was.
- 21 Ingevolge de hoofdregel van artikel 5, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 1370/2007 worden openbaredienstcontracten voor personenvervoersdiensten gegund volgens de voorschriften van deze verordening. In afwijking hiervan bepaalt de tweede volzin van deze bepaling dat opdrachten of overheidsopdrachten op het gebied van het personenvervoer per bus of tram die niet de vorm van contracten voor dienstenconcessies aannemen, worden gegund overeenkomstig de procedures van de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG.
- 22 In het onderhavige geval heeft de aanbestedende dienst – overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede volzin, van verordening nr. 1370/2007 – een in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten geregelde aanbestedingsprocedure

gevolgd. De opdracht diende dus niet – volgens artikel 5, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 1370/2007 – overeenkomstig deze verordening te worden gegund.

- 23 Wat de gunning van opdrachten overeenkomstig de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG betreft, bepaalt artikel 5, lid 1, derde volzin, van verordening nr. 1370/2007 dat de leden 2 tot en met 6 van artikel 5 niet van toepassing zijn.
- 24 Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) heeft in zijn arrest van 27 oktober 2016, [REDACTED] (C-292/15, EU:C:2016:817) overwogen dat geen enkele andere bepaling van verordening nr. 1370/2007 de reikwijdte van deze afwijking verder uitbreidt (punt 40). Hieruit volgt volgens het Hof dat voor de gunning van een opdracht voor openbaar personenvervoer per bus enkel de bepalingen van artikel 5, leden 2 tot en met 6, van verordening nr. 1370/2007 niet van toepassing zijn, terwijl de andere bepalingen van deze verordening (en dus ook artikel 4, lid 7, ervan, waar het in die zaak om ging) van toepassing blijven (punten 41 e.v.). **[Or. 11]**
- 25 Verordening nr. 1370/2007 voorziet niet in een uitdrukkelijke uitzondering op de toepasselijkheid van artikel 7, lid 2, ervan (dat wil zeggen op de verplichting om over te gaan tot een vooraankondiging) bij de gunning van een opdracht overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede volzin, van verordening nr. 1370/2007. Dit pleit ervoor dat artikel 7, lid 2, van deze verordening ook van toepassing is op de gunning van opdrachten voor personenvervoer per bus in een procedure overeenkomstig de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten. Ook in overweging 29 van verordening nr. 1370/2007 valt in algemene zin te lezen dat bij de „aanbesteding van openbaredienstcontracten” maatregelen moeten worden genomen om ten minste één jaar vooraf bepaalde informatie bekend te maken, opdat potentiële exploitanten van openbare diensten over de nodige tijd beschikken om in te schrijven.
- 26 Volgens het Verwaltungsgerichtshof valt evenwel niet uit te sluiten dat een (hiervoor genoemde) uitdrukkelijke uitzonderingsregeling om de volgende redenen niet vereist is: artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 schrijft voor dat ten minste één jaar (vóór de – in casu niet relevante – onderhandse gunning of) vóór de bekendmaking van de „uitnodiging tot inschrijving” een vooraankondiging plaatsvindt. Aangezien wordt uitgegaan van de bekendmaking van een „uitnodiging tot inschrijving”, zou kunnen worden betoogd dat daaronder enkel situaties vallen waarin een opdracht dient te worden gegund via een „openbare aanbestedingsprocedure” in de zin van artikel 5, lid 3, van verordening nr. 1370/2007, dat juist niet van toepassing is op de gunning van opdrachten voor personenvervoer per bus. Bij deze zienswijze zouden situaties waarin een opdracht wordt gegund volgens een in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten geregelde aanbestedingsprocedure, bij voorbaat niet onder artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 vallen (zodat zij evenmin zouden hoeven te worden uitgezonderd).

- 
- 27 Tegen een dergelijke uitlegging pleit dat in artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 – dat volgens het hierboven aangehaalde arrest van het Hof in zaak C-292/15 van toepassing is op de gunning van opdrachten voor personenvervoer per bus – eveneens verwijst naar „aanbestedingsdocumenten”. In het arrest in zaak C-292/15 moest evenwel een situatie worden beoordeeld waarin zowel de aanbestedingsrichtlijn als verordening nr. 1370/2007 regels voor onderaanneming bevatte. Het Hof heeft ten aanzien van de verhouding tussen **[Or. 12]** deze regelingen verklaard dat artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 als *lex specialis* voorrang heeft op artikel 25 van richtlijn 2004/18/EG (punt 47).
- 28 In afwijking hiervan wordt het onderhavige geval gekenmerkt door het feit dat de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten (richtlijnen 2004/18/EG en 2014/24/EU) – afgezien van het geval waarin een aanbestedende dienst een verkorting van de termijn voor de ontvangst van inschrijvingen beoogt – geen verplichting tot bekendmaking van een vooraankondiging bevatten. Dientengevolge zou de aanbestedende dienst – ingeval artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 van toepassing is wanneer opdrachten voor personenvervoer per bus worden gegund overeenkomstig de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten –niet alleen de bekendmakingsverplichtingen van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten moeten nakomen, maar ook verplicht zijn om een vooraankondiging bekend te maken. Derhalve zou voor de aanbesteding van personenvervoer per bus uiteindelijk in zoverre een strengere regeling gelden dan voor de aanbesteding van andere diensten. Het Verwaltungsgerichtshof kan evenwel geen uitdrukkelijke aanwijzingen ontdekken dat dit de bedoeling zou zijn geweest van verordening nr. 1370/2007. Ook de Europese Commissie vermeldt in haar mededeling inzake de interpretatieve richtsnoeren bij verordening nr. 1370/2007 als toepasselijke rechtsgrondslagen voor de aanbesteding van personenvervoer per bus – enkel – richtlijn 2014/24/EU respectievelijk richtlijn 2014/25/EU (zie tabel, blz. 3).
- 29 In dit verband zij nog gewezen op de conclusie van 27 maart 2014 van advocaat-generaal Wahl in de zaak *Wagenborg Passagiersdiensten e.a.* (C-207/13, EU:C:2014:198), waarin geen aandacht meer hoefde te worden besteed aan de gevolgen van de niet-nakoming van de in artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 geregelde bekendmakingsverplichtingen, omdat in de situatie die in die zaak aan de orde was (concreet ging het om personenvervoer over waterwegen) de gunning van concessies zonder openbare aanbesteding ontoelaatbaar was (punt 110). **[Or. 13]**

### **3. Tweede prejudiciële vraag**

- 30 Ingevolge artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 neemt elke bevoegde instantie „de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat ten minste één jaar vóór de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving” de onder a) tot en met c) vermelde minimuminformatie wordt bekendgemaakt. Verordening nr. 1370/2007 bevat geen uitdrukkelijke voorschriften over de gevolgen van het achterwege blijven van een vooraankondiging, bijvoorbeeld voor de wettigheid of

onwettigheid van besluiten van een aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure.

- 31 Gelet op de doelstellingen die met de inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie worden nagestreefd, kan volgens het Verwaltungsgerichtshof – op zijn minst in gevallen waarin de opdracht onderhands wordt gegund – niet worden aangenomen dat de regeling van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 slechts een sanctieloze verplichting inhoudt.
- 32 Er bestaan geen expliciete aanwijzingen dat ten aanzien van de gevolgen van niet-nakoming van de verplichting om over te gaan tot een vooraankondiging, een onderscheid moet worden gemaakt naargelang in het verdere verloop een onderhandse gunning dan wel een openbare aanbesteding plaatsvindt. Een bedreiging voor of aantasting van het beginsel van transparantie door het achterwege laten van de vooraankondiging in situaties waarin toch al een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd die voldoet aan de vereisten van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten, is echter niet in dezelfde mate te duchten als in het geval van een onderhandse gunning. In dit verband moet ook voor ogen worden gehouden dat de aanbestedende dienst – op grond van de relevante bepalingen van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten (artikel 38, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG respectievelijk artikel 47, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU) – bij de vaststelling van de termijnen (bijvoorbeeld voor de indiening van offertes) toch al rekening moet houden met de complexiteit van de opdracht en de tijd die nodig is om een offerte op te stellen. **[Or. 14]**
- 33 Omgekeerd kan evenwel niet worden uitgesloten dat het achterwege blijven van een vooraankondiging ook in situaties waarin een aanbestedingsprocedure overeenkomstig de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten wordt gevolgd, in individuele gevallen discriminatie kan opleveren, bijvoorbeeld wanneer de bestaande exploitant van de personenvervoersdienst daardoor een informatievoorsprong en dus een concurrentievoordeel geniet [OMISSIS].
- 34 Hiervan uitgaande rijst de vraag of niet-nakoming van de verplichting tot bekendmaking overeenkomstig artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 in gevallen waarin een aanbestedingsprocedure overeenkomstig de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten wordt gevolgd, leidt tot de onwettigheid van de aanbesteding die – niettegenstaande het feit dat de vooraankondiging strekt tot inachtneming van het transparantiebeginsel – zonder vooraankondiging heeft plaatsgevonden.

#### **4. Derde prejudiciële vraag**

- 35 Gesteld dat een aanbesteding die heeft plaatsgevonden zonder vooraankondiging, onwettig is, rijst voor het Verwaltungsgerichtshof voorts de vraag of dit hoe dan ook tot de nietigverklaring van de aanbesteding moet leiden.

- 
- 36 In gevolge de hier beslissende § 26, lid 1, punt 2, S.VKG 2007 dient het Landesverwaltungsgericht een onwettig besluit van een aanbestedende dienst enkel nietig te verklaren wanneer de onwettigheid van wezenlijke invloed is op het resultaat van de aanbestedingsprocedure. Richtlijn 89/665/EEG en met name artikel 2, lid 1, ervan bevat – prima facie – geen nadere regelingen met betrekking tot de voorwaarden voor de nietigverklaring van een onwettig besluit.
- 37 De vraag welke voorwaarden voor de nietigverklaring van een onwettig besluit van een aanbestedende dienst toelaatbaar zijn, is in de onderhavige zaak van belang omdat de aanbestedende dienst in dit verband (reeds in de procedure voor het Landesverwaltungsgericht) heeft betoogd dat verzoeker tot Revision – ondanks het achterwege blijven van de vooraankondiging – reeds geruime tijd wist dat de aanbesteding van de litigieuze buslijnen **[Or. 15]** ophanden was, zodat een bijkomende vooraankondiging voor hem niets veranderde. Is het toelaatbaar de nietigverklaring van een onwettig besluit afhankelijk te maken van de wezenlijke invloed van de onwettigheid op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, dan zou de nietigverklaring van de aanbesteding niet geboden zijn wanneer het achterwege blijven van de vooraankondiging niet kon leiden tot bevoordeling van individuele exploitanten of tot verstoring van de eerlijke mededinging. Omgekeerd zou een bevestigend antwoord op de derde prejudiciële vraag tot gevolg hebben dat het desbetreffende betoog van de aanbestedende dienst niet van belang is, en dat de beslissing van het Landesverwaltungsgericht Salzburg waarbij het herzieningsverzoek van verzoeker tot Revision is afgewezen, nietig moet worden verklaard.
- 38 Inhoudelijk wordt verwezen naar de uiteenzetting in de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak EVN en ■■■■■ (C-448/01, EU:C:2003:121), die inhoudt dat het Unierecht niet eraan in de weg staat om de nietigverklaring van een onwettig besluit afhankelijk te stellen van het bewijs dat het onwettige besluit van wezenlijke invloed is geweest op het resultaat van de aanbestedingsprocedure, mits de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit onverlet blijven (punt 124). In zijn arrest van 5 april 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268) heeft het Hof onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak – zij het met betrekking tot een ander onderwerp dan dat waar het in de onderhavige zaak om gaat – vastgesteld dat het bij gebreke van regels van de Unie een aangelegenheid van het nationale recht is om de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen te regelen, waarbij het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel in acht moeten worden genomen (punt 32).
- 39 Het Verwaltungsgerichtshof deelt deze zienswijze en heeft ook geen bezwaren die erop zouden neerkomen dat de litigieuze regeling de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk zou maken, dan wel dat deze regeling minder gunstig zou zijn dan die voor overeenkomstige nationale herzieningsprocedures. Een aantasting van het nuttige effect van richtlijn 89/665/EEG doordat de geconstateerde onwettigheid **[Or. 16]** niet tot de nietigverklaring van het besluit leidt wanneer de schending

van het recht niet relevant is voor het resultaat van de aanbestedingsprocedure – en er dus ook bij een wettige handelwijze van de aanbestedende dienst geen ander resultaat mogelijk is – is niet gebleken. Tot nog toe heeft het Hof zich evenwel nog niet uitgesproken over de toelaatbaarheid van een dergelijke regeling.

## **5. Conclusie**

- 40 Aangezien de juiste toepassing van het Unierecht niet zodanig voor de hand ligt dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan [zie dienaangaande het arrest van het Hof van 6 oktober 1982, CILFIT/Ministero della Sanità (C-283/81, EU:C:1982:335)] worden de aan het begin geformuleerde vragen krachtens artikel 267 VWEU ter prejudiciële beslissing voorgelegd.

Wenen, 29 juni 2017

[omissis]