



Datum van inontvangstneming : 22/11/2013

Zaak C-538/13

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:

14 oktober 2013

Verwijzende rechter:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litouwen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 oktober 2013

Verzoekende partij in cassatie:

eVigilo Ltd

Andere partij in de procedure:

Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos

Derde partijen:

Inta UAB

ERP UAB

NT Service UAB en HNIT-Baltic UAB

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Het geschil in het hoofdgeding is gerezen in het kader van rechtsverhoudingen op het vlak van overheidsopdrachten en betreft de rechtmatigheid van de procedure om offertes van inschrijvers te beoordelen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van regelgeving van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten; artikel 267, eerste en derde alinea, VWEU.

Prejudiciële vragen

- 1) Moeten de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten, met name artikel 1, lid 1, derde alinea, van [richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij] richtlijn 2007/66, inzake de beginselen van doeltreffendheid en snelheid wat betreft de bescherming van rechten van inschrijvers die zijn geschonden, artikel 2 van richtlijn 2004/18, dat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het transparantiebeginsel bevat, en de artikelen 44, lid 1, en 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18, betreffende de procedure voor de gunning van een opdracht aan de inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend, samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:
 - a) wanneer een inschrijver kennis heeft gekregen van een mogelijk significante relatie (band) tussen een andere inschrijver en de deskundigen van de aanbestedende dienst die de offertes hebben beoordeeld, en/of kennis heeft gekregen van de potentieel uitzonderlijke positie van die inschrijver op grond van voorbereidend werk dat eerder is verricht met betrekking tot de betrokken aanbestedingsprocedure, en de aanbestedende dienst, gelet op die omstandigheden, niet is opgetreden, die informatie op zich volstaat om te vorderen dat de beroepsinstantie het optreden van de aanbestedende dienst waarbij de transparantie en de objectiviteit van de procedures niet werden gewaarborgd, onrechtmatig verklaart, en de verzoeker bovendien niet verplicht is concreet te bewijzen dat de deskundigen vooringenomen hebben gehandeld?
 - b) de beroepsinstantie die heeft vastgesteld dat de bovengenoemde vordering van de verzoeker gegrond is, in haar oordeel over de mogelijke gevolgen daarvan voor het resultaat van de aanbestedingsprocedure, niet in aanmerking hoeft te nemen dat de resultaten van de beoordeling van de door de inschrijvers ingediende offertes in wezen dezelfde waren geweest indien geen van de deskundigen die de offertes hebben beoordeeld vooringenomen was geweest?
 - c) de inschrijver pas (uiteindelijk) kennis krijgt van de inhoud van de criteria betreffende de economisch voordeligste inschrijving, die volgens kwalitatieve parameters waren geformuleerd en in abstracte bewoordingen waren omschreven in de aanbestedingsvoorwaarden (criteria zoals volledigheid en verenigbaarheid met de behoeften van de aanbestedende dienst), op grond waarvan de inschrijver in wezen in staat was een offerte in te dienen, op het ogenblik dat de aanbestedende dienst de door de

- inschrijvers ingediende offertes heeft beoordeeld overeenkomstig die criteria en de betrokken inschrijvers uitgebreid heeft ingelicht over de motivering van zijn beslissingen, en slechts vanaf dat ogenblik de in het nationale recht neergelegde termijn voor de beroepsprocedure begint te lopen voor die inschrijver?
- 2) Moet artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18, beschouwd in samenhang met de in artikel 2 van die richtlijn neergelegde beginselen inzake de gunning van een opdracht, aldus worden begrepen en uitgelegd dat aanbestedende diensten geen procedure voor de beoordeling van door inschrijvers ingediende offertes mogen vaststellen (en toepassen) waarin het resultaat van de offertebeoordeling afhangt van de volledigheid waarmee inschrijvers hebben aangetoond dat hun offerte beantwoordt aan de vereisten in de aanbestedingsstukken, in die zin dat hoe vollediger (uitgebreider) de inschrijver de overeenstemming van zijn offerte met de aanbestedingsvoorwaarden heeft beschreven, des te meer punten aan zijn offerte worden toegekend?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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 (hierna: „richtlijn 89/665”)

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: „richtlijn 2004/18”), in het bijzonder de artikelen 2, 44 en 53

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (hierna: „richtlijn 2007/66”), in het bijzonder artikel 1

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo (Litouwse wet op de overheidsopdrachten, hierna: „VPI”) van 22 december 2005, zoals gewijzigd, in het bijzonder de artikelen 2, punt 17, 3, 16, lid 5 en 6, 27 en 39, lid 2, punten 2 en 3

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 22 januari 2010 heeft de Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos (algemene directie brandweer en reddingsdiensten bij het Litouwse ministerie van Binnenlandse Zaken; hierna: „PAGD” of „aanbestedende dienst”) een openbare aanbesteding gepubliceerd „voor de aankoop van een systeem om de bevolking te waarschuwen en te informeren, dat gebruikmaakt van de infrastructuur van de netwerken van aanbieders van openbare mobiele telefoondiensten” (hierna: „aanbesteding”). Een van de inschrijvers daarop was de Israëlische onderneming eVigilo Ltd (hierna: „eVigilo” of „verzoekster in cassatie”).
- 2 Omdat de aanbestedingsvoorwaarden (bepalingen inzake de technische voorschriften) volgens haar onduidelijk waren, heeft eVigilo de PAGD op 12 oktober 2010 verzocht om de aanbestedingsprocedures te staken. Tegen de daaropvolgende weigering van de PAGD heeft eVigilo een *eerste* beroep in rechte ingesteld, op 2 november 2010.
- 3 Bij een *tweede*, op 31 januari 2011 bij de rechtbank van eerste aanleg ingesteld beroep in rechte heeft eVigilo op een andere grond betoogd dat de PAGD onrechtmatig heeft gehandeld.
- 4 Op 8 maart 2011 hebben de PAGD en derde partijen NT Service UAB [uždaroji ākinė bendrovė; besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid] en HNIT-Baltic UAB een overeenkomst betreffende een overheidsopdracht gesloten.
- 5 De rechters in eerste aanleg en hoger beroep hebben de burgerrechtelijke procedures in de eerste en de tweede zaak geschorst. In de cassatieprocedure zijn de burgerlijke zaken samengevoegd en bij beslissing van 27 december 2011 zijn de beslissingen van de rechters in eerste aanleg en hoger beroep vernietigd en is de zaak terugverwezen naar de rechter in hoger beroep voor heroverweging. De rechter in hoger beroep heeft bij beschikkingen van 9 februari 2012 en 1 maart 2012 de zaken afzonderlijk behandeld, de beschikkingen van de rechtbank van eerste aanleg vernietigd en de kwesties die daarin aan de orde waren, terugverwezen voor heroverweging.
- 6 In het kader van de heroverweging van de zaak heeft eVigilo in meer specifieke grieven onder meer het volgende aangevoerd: a) de aanbestedingsprocedure van de PAGD moet ongeldig worden verklaard; b) de beslissing waarbij de verwerende aanbestedingscommissie de rangschikking heeft vastgesteld van de offertes in de aanbestedingsprocedure moet nietig worden verklaard; c) de beslissing van de aanbestedingscommissie om de offerte van NT Service UAB en HNIT-Baltic UAB uit te kiezen, moet nietig worden verklaard; d) de overheidsopdrachtenovereenkomst tussen de PAGD en derde partijen NT Service UAB en HNIT-Baltic UAB moet nietig worden verklaard.

- 7 Bij beslissing van 2 oktober 2012 heeft de Vilniaus Apygardos Teismas (regionale rechtbank van Vilnius), na onderzoek van de zaken, de vorderingen van eVigilo afgewezen.
- 8 Bij beschikking van 22 januari 2013 heeft de Lietuvos apeliacinis teismas (Litouwse appelrechter) het hoger beroep van eVigilo verworpen en de beslissing van de rechter in eerste aanleg bevestigd.
- 9 In haar cassatieberoep verzoekt eVigilo om vernietiging van de beslissing van 2 oktober 2012 en de beschikking van 22 januari 2013 en toewijzing van haar vorderingen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 10 Tot staving van haar beroep in cassatie voert eVigilo in wezen vier middelen aan.
- 11 In de eerste plaats hebben de rechters in eerste aanleg en hoger beroep de banden tussen de specialisten van de uitgekozen inschrijver die de overheidsopdracht zou uitvoeren en de deskundigen van de aanbestedende overheid niet grondig onderzocht en hebben zij niet in aanmerking genomen dat die deskundigen partijdig waren. eVigilo betoogt dat die rechters zonder grond hebben geoordeeld dat eVigilo niet alleen een objectief verband moest aantonen tussen de personen die de in de aanbestedingsprocedure ingediende offertes beoordeelden en de specialisten van de uitgekozen inschrijver die de opdracht zou uitvoeren, maar ook het subjectieve, directe feit dat de deskundigen van de aanbestedende dienst vooringenomen waren, dus dat zij doelbewust handelden en partijdig waren bij hun beoordeling. Dat vermindert zonder rechtvaardiging de doeltreffendheid van de verdediging van de rechten van inschrijvers. Voorts heeft de appelrechter bij de beoordeling van de band tussen de deskundigen en de specialisten bepaalde significante omstandigheden die partijdigheid van de deskundigen aantoonde (persoonlijke kennis, gemeenschappelijk werk en wetenschappelijke samenwerking) buiten beschouwing gelaten. De appelrechter heeft de in de VPI neergelegde regel inzake onpartijdigheid van deskundigen (artikelen 2, punt 17, en 16, lid 5) geschonden, evenals het beginsel dat procedures inzake overheidsopdrachten transparant moeten zijn, door te oordelen dat de band tussen de deskundigen en de specialisten, hoewel laakbaar, aanvaardbaar was en dat het resultaat van de aanbestedingsprocedure rechtmatig was. Onpartijdigheid van de deskundigen van een aanbestedende dienst is bijzonder belangrijk, te meer gezien de omstandigheid dat de aanbestedende dienst abstracte aanbestedingsvoorwaarden had vastgesteld, waardoor elke beoordeling subjectief zou zijn.
- 12 In de tweede plaats heeft de appelrechter zonder rechtvaardiging het verschil in de beoordelingsresultaten van de afzonderlijke deskundigen als een positief gegeven beschouwd, in die zin dat volgens hem dat verschil betekende dat de deskundigen hun beoordeling niet onderling op elkaar hadden afgestemd. De beoordeling van

de in de aanbestedingsprocedure ingediende offertes was echter subjectief en werd niet objectief gecontroleerd, en de prijs-kwaliteitverhouding werd niet duidelijk weergegeven in de door de inschrijvers ingediende offertes. De aanbestedende dienst zou op die manier, in strijd met de rechtspraak van het Litouwse hof van cassatie, over een absolute beoordelingsvrijheid beschikken.

- 13 In de derde plaats heeft de appelrechter de rechtspraak van het Litouwse hof van cassatie niet gevolgd, op grond waarvan een adequate vaststelling van de inhoud van de aanbestedingsvoorwaarden een essentiële voorwaarde is om te kunnen beoordelen of een aanbestedende dienst rechtmatig handelt bij toepassing van die voorwaarden, en ten onrechte eVigilo's argumenten afgewezen inzake de onnauwkeurig afgebakende procedure voor de offertebeoordeling. De criteria voor de economisch voordeligste inschrijving waren op abstracte wijze vastgesteld in de aanbestedingsvoorwaarden, zodat een objectieve beoordeling van de ingediende offertes niet was gewaarborgd.
- 14 In de vierde plaats heeft de appelrechter zonder goede grond geoordeeld dat eVigilo geen gebruik had gemaakt van de geschillenbeslechtsprocedure die moet worden gevolgd alvorens naar de rechter te stappen.
- 15 Derde partijen NT Services UAB en HNIT-Baltic UAB voeren in hun verweer in cassatie, waarmee zij verzoeken om afwijzing van de voorziening, twee groepen argumenten aan.
- 16 Enerzijds betogen zij dat eVigilo geen bewijs heeft aangevoerd dat vooringenomenheid van de deskundigen staat, ofschoon zij verplicht is concreet te bewijzen dat beginselen inzake overheidsopdrachten zijn geschonden en zich niet louter mag baseren op het vermoeden dat sprake is van een schending en op de gevolgen daarvan. Voorts laat verzoekster in cassatie ten onrechte uitschijnen dat de appelrechter heeft geoordeeld dat zelfs indien zou blijken dat een deskundige vooringenomen was, die schending geen invloed zou hebben gehad op de geldigheid van het resultaat van de aanbestedingsprocedure.
- 17 Anderzijds stellen zij dat de appelrechter terecht heeft geoordeeld dat verzoekster in cassatie geen gebruik heeft gemaakt van de geschillenbeslechtsprocedure die moet worden gevolgd alvorens naar de rechter te stappen. Zij heeft de aanbestedingsvoorwaarden niet tijdig betwist. De appelrechter heeft dus terecht geweigerd om te onderzoeken of het beoordelingscriterium voor de economisch voordeligste inschrijving rechtmatig was.
- 18 De PAGD stelt in zijn verweer in cassatie dat de voorziening ongegrond moet worden verklaard. Het voert daartoe twee groepen van argumenten aan.
- 19 In de eerste plaats heeft de appelrechter volgens hem terecht geoordeeld dat eVigilo niet heeft aangetoond dat de deskundigen van de aanbestedende dienst vooringenomen waren. De aanbestedingscommissie was ingesteld in overeenstemming met de bepalingen van artikel 16 VPI, en alle door de

aanbestedende dienst verzochte deskundigen hebben een verklaring van onpartijdigheid ondertekend. Daarnaast zijn de deskundigen van de aanbestedende dienst en de specialisten van derde partij NT Service UAB niet direct met elkaar verbonden door familiebanden, banden via het huwelijk, of verhoudingen die voortvloeien uit werk, ondergeschiktheid of ander factoren die ervoor zouden kunnen zorgen dat bij de deskundigen een persoonlijk belang ontstaat, en de aard en omvang van de betrekkingen tussen hen zijn niet van dien aard dat zij een gebrek aan onpartijdigheid van de deskundigen bewijzen. Het verschil in de beoordelingen door de deskundigen toont niet aan dat de criteria om de economisch voordeligste inschrijving te beoordelen subjectief waren; integendeel, het toont de autonomie en objectiviteit van de deskundigen aan en bewijst dat zij zich enkel op hun eigen kennis en expertise hebben gebaseerd.

- 20 In de tweede plaats stelt de PAGD dat de rechters in eerste aanleg en hoger beroep terecht hebben vastgesteld dat eVigilo de buitengerechtelijke en de gerechtelijke procedure voor geschillenbeslechting niet had nageleefd. Haar betwisting van de rechtmatigheid van de beoordelingscriteria voor de economisch voordeligste inschrijving en de toepassing daarvan, was niet tijdig; haar argumenten betreffende dat onderdeel van het cassatieberoep hoeven dus niet te worden onderzocht. De stelling van verzoekster in cassatie dat de criteria voor de beoordeling van een in de aanbestedingsprocedure ingediende offerte onvoldoende duidelijk waren en waren vastgesteld in abstracte bewoordingen, moet eveneens worden afgewezen. Tot afloop van de uiterste termijn om offertes in te dienen heeft verzoekster in cassatie de aanbestedingsvoorwaarden niet ter discussie gesteld en niet verzocht om verduidelijking ervan. Haar latere acties, waarbij zij is opgekomen tegen de voorwaarden van de aanbestedende dienst, doen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie haar belang bij de sluiting van de overeenkomst inzake de overheidsopdracht verdwijnen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing en de positie van de verwijzende rechter

- 21 De verwijzende rechter merkt op dat de aanbesteding die aan de orde is in het onderhavige geding een opdracht met internationale waarde betreft, die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 en richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, valt. De verwijzende rechter wijst er ook op dat de in het hoofdgeding vastgestelde en onderzochte omstandigheden niet geheel of gedeeltelijk overeenstemmen met onderdelen van de uitlegging van de in de richtlijnen 2004/18 en 2007/66 neergelegde rechtsnormen die in de rechtspraak van het Hof zijn onderzocht.
- 22 De verwijzende rechter moet uitspraak doen in het geding dat tussen partijen is ontstaan over drie omstandigheden die verband houden met hen: a) de relatie tussen de deskundigen van de PAGD en de in de offerte van derde partij vermelde specialisten en de mogelijke invloed van die relatie op de transparantie van de

- aanbestedingsprocedure; b) de deugdelijkheid van de in de aanbestedingsvoorwaarden neergelegde criteria om de economisch voordeligste inschrijving aan te duiden en de mogelijkheid voor een inschrijver om tegen die criteria op te komen, en c) de rechtmatigheid van de beoordelingskenmerken van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving in het licht van de Unierechtelijke en nationale wettelijke regels inzake overheidsopdrachten.
- 23 Wat de vraag betreft of de door de inschrijvers ingediende offertes vooringenomen zijn beoordeeld, stelt de verwijzende rechter vast dat tussen partijen in het hoofdgeding in wezen ter discussie staat of het voor het bewijs inzake de transparantie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten volstaat dat de inschrijver objectief bestaande (publiek toegankelijke, gecontroleerde) feiten aanvoert betreffende de band tussen de deskundigen en de specialisten en de relatie tussen hun gemeenschappelijke werkgever – Technologische Universiteit Kaunas (KTU) – en de aanbestedende dienst bij de voorbereiding van een haalbaarheidsstudie over een systeem om de bevolking te informeren en te waarschuwen, de technische specificaties en het investeringsproject, dan wel dat louter objectieve omstandigheden onvoldoende zijn en de inschrijver concreet moet aantonen dat de deskundigen partijdig waren. De vraag rijst, met andere woorden, of het voor verzoekster in cassatie volstaat om objectieve aspecten van vooringenomenheid van de deskundigen (effectieve feiten die twijfel doen ontstaan) te bewijzen, dan wel dat zij daarnaast ook een subjectieve vooringenomenheid (persoonlijke mening van een persoon, partijdigheid) moet aantonen.
- 24 De argumenten van verzoekster in cassatie betreffende de band tussen de deskundigen en de specialisten, en de relatie die de deskundigen en andere werknemers van KTU hebben opgebouwd met de aanbestedende dienst in de periode vóór de aanbestedingsprocedure, verwijzen naar omstandigheden die van belang zijn voor de beslechting van het geschil en in beginsel een invloed kunnen hebben gehad op de beoordeling van de door de inschrijvers ingediende offertes.
- 25 Voorts rijst de vraag of de verplichting voor een inschrijver om niet enkel objectieve, maar ook subjectieve elementen van vooringenomenheid – de intentie om uit eigen wil partijdig te handelen en het resultaat van die handelingen – bij de deskundigen te bewijzen, geen overdreven zware bewijslast voor de inschrijver vormt, en of een dergelijke procedure verenigbaar is met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming van inschrijvers, dat voortvloeit uit de bepalingen van richtlijn 2007/66.
- 26 De verwijzende rechter heeft ook reeds meermaals geoordeeld, onder meer op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat de procedure voor beroep tegen beslissingen van een aanbestedende dienst niet zo mag zijn geregeld en worden toegepast dat het gebruik ervan onmogelijk is in de praktijk of bijzonder ingewikkeld voor inschrijvers. De doeltreffendheid van de procedure voor beroep tegen beslissingen

van een aanbestedende dienst moet niet enkel in abstracto worden beoordeeld, maar ook in concreto, dat wil zeggen dat niet enkel wordt gekeken naar de op het ogenblik van het geding geldende wettelijke regels, andere bepalingen (aanbestedingsvoorwaarden) en de praktijk tot dusverre, maar ook naar het resultaat van de toepassing van die regels. Wanneer rechters uitspraak doen in geschillen tussen inschrijvers en aanbestedende diensten, leggen zij de materiële en procedurele voorschriften ambtshalve uit en passen zij deze toe op een manier dat de inschrijver zijn recht op bescherming van geschonden rechten effectief kan doen gelden. Zelfs wanneer de bepalingen betreffende de beroepsprocedure correct worden toegepast, kan de toepassing ervan in een specifiek geval resulteren in een onwerkzame, te restrictieve bescherming van de geschonden rechten.

- 27 De verwijzende rechter is ook van oordeel dat verzoekster in cassatie krachtens de bepalingen van richtlijn 2004/18 niet verplicht is (of zou moeten zijn) om vooringenomenheid van de deskundigen van de aanbestedende dienst aan te tonen of te bewijzen dat de persoonlijke situatie van een derde partij uitzonderlijk was omdat deze voorbereidende werken had verricht betreffende het voorwerp van de aanbesteding.
- 28 Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt een andere verdeling van de bewijslast te volgen, namelijk een verdeling die overeenkomstig artikel 45 van richtlijn 2004/18 deels is gebaseerd op nationale regels betreffende de persoonlijke situatie van een gegadigde of kandidaat.
- 29 Zo kan nationale wetgeving bepalen dat een bepaalde persoonlijke situatie van een inschrijver onverenigbaar is met transparante procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en eerlijke mededinging tussen inschrijvers betreffende de opdracht wanneer die inschrijver er niet in slaagt het wettelijke vermoeden te weerleggen. Daarnaast is het standpunt van het Hof van Justitie in wezen dat de aanbestedende dienst, ongeacht of in het nationale recht bijkomende regels zijn vastgesteld om deelname aan een aanbestedingsprocedure uit te sluiten, op basis van specifieke banden die een inschrijver heeft met hem, met andere inschrijvers of met derde partijen, de rechten van dergelijke inschrijvers om een overeenkomst te sluiten mag beperken, indien een dergelijk optreden evenredig is.
- 30 In het arrest *Fabricom* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een persoon die belast is geweest met onderzoek, proeven, studie of ontwikkeling daarvan inzake werken, leveringen of diensten met betrekking tot een overheidsopdracht zich, wat de deelname aan de gunningprocedure voor die opdracht betreft, niet noodzakelijkerwijs in dezelfde situatie bevindt als een persoon die dergelijke werkzaamheden niet heeft verricht, aangezien hij bij het formuleren van zijn offerte bevoordeeld kan zijn wegens de informatie die hij bij het verrichten van de voorbereidende werkzaamheden over de overheidsopdracht heeft kunnen verkrijgen. Daarnaast kan die persoon zich in een situatie bevinden die kan uitmonden in belangenverstremming in die zin dat hij – zelfs zonder daartoe de

bedoeling te hebben – indien hij zelf inschrijft voor de overheidsopdracht, de voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden. Een dergelijke situatie zou de mededinging tussen inschrijvers kunnen vervalsen. Gelet op deze situatie waarin de persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, zich zou kunnen bevinden, kan derhalve niet worden volgehouden dat het gelijkheidsbeginsel ertoe verplicht deze persoon op dezelfde wijze te behandelen als iedere andere inschrijver [arrest van het Hof van 3 maart 2005, *Fabricom*, C-21/03 en C-34/03, Jurispr. blz. I-1559 (, punten 28-31)]. Het Hof heeft zich in dezelfde zin uitgesproken in andere zaken, waar andere banden van een inschrijver en de hoedanigheid van die inschrijver aan de orde waren (arresten van 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, Jurispr. blz. I-9999; 19 mei 2009, *Assitur*, C-538/07, Jurispr. blz. I-4219, en 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C-376/08, Jurispr. blz. I-12169).

- 31 Volgens de verwijzende rechter is het dus niet de inschrijver (verzoekster in cassatie), maar veeleer de aanbestedende dienst die zich ervan moet vergewissen en voor anderen moet verzekeren dat de beoordeling van de offertes transparant verloopt, aangezien de verplichting om te waarborgen dat de beginselen inzake overheidsopdrachten worden nageleefd op hem rust krachtens de wet.
- 32 De verwijzende rechter merkt op dat het Hof in het arrest *SIAC Construction* heeft geoordeeld dat een aanbestedende dienst een opdracht mag gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving volgens het oordeel van een deskundige, op voorwaarde dat de inschrijvers gelijk zijn behandeld, wat veronderstelt dat de procedure transparant en objectief is en in het bijzonder – onder meer – dat dit deskundigenoordeel op alle wezenlijke punten is gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd [arrest van 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725 (, punt 45 en dictum)].
- 33 Wat betreft de gevolgen van mogelijke vooringenomenheid bij de deskundigen van de aanbestedende dienst voor het resultaat van de beoordeling van de offertes, moet in de eerste plaats worden geconcludeerd dat in een beslissing inzake de (on)partijdigheid van de deskundigen die de door de inschrijvers ingediende offertes hebben beoordeeld, eigenlijk de objectiviteit en de transparantie van het optreden van de aanbestedende dienst worden onderzocht, aangezien, enerzijds, deze onder geen beding oneerlijke personen of personen met belangenconflicten deel mag laten uitmaken van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, en, anderzijds, de resultaten en de conclusies van de deskundige, wanneer de aanbestedende dienst deze inhoudelijk heeft bekeken en niet gewijzigd, in beginsel de motivering vormen voor de eindbeslissingen, die de aanbestedende dienst neemt. Dat is ook indirect erkend in de rechtspraak van het Hof (zie arrest *SIAC Construction*, hierboven aangehaald).
- 34 Tot slot is de verwijzende rechter van oordeel dat indien geen rekening wordt gehouden met het resultaat van de beoordeling door de mogelijk vooringenomen

deskundigen van de aanbestedende dienst, het eindresultaat van de beoordeling van de door de inschrijvers ingediende offertes in wezen hetzelfde zou blijven.

- 35 Inzake de rechtmatigheid van de aanbestedingsvoorwaarden en de mogelijkheden voor verzoekster in cassatie om tegen die voorwaarden op te komen in een beroepsprocedure, is de verwijzende rechter het in wezen eens met het standpunt van verzoekster in cassatie dat de aanbestedende dienst zeer abstracte criteria heeft vastgesteld om te bepalen welke inschrijving de economisch voordeligste is, die de ondernemers niet eenduidig konden begrijpen en beoordelen en die de aanbestedende dienst niet objectief kon toepassen.
- 36 Het Hof van Justitie heeft er meermaals op gewezen dat de inhoud van het bestek moet worden vastgesteld vanuit het perspectief van potentiële inschrijvers op een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, aangezien de doelstelling van de in richtlijn 2004/18 neergelegde procedures voor de gunning van overheidsopdrachten precies is om in de Europese Unie gevestigde inschrijvers in staat te stellen deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die hen interesseren.
- 37 Bovendien vereisen het beginsel van gelijke behandeling en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel dat het voorwerp van de overheidsopdracht en de criteria voor de gunning van de overheidsopdracht duidelijk worden omschreven vanaf het begin van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 38 De criteria om de economisch voordeligste inschrijving te bepalen, moeten zodanig worden geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en deze dus op dezelfde manier kan uitleggen. Eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie gebiedt dat de gunningscriteria objectief zijn, hetgeen verzekert dat de offertes objectief en dus onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden vergeleken en beoordeeld. Dat zou niet het geval zijn met criteria die de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden laten. De beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie hebben geen andere gevolgen wanneer het gaat om gunningscriteria – die eveneens essentiële voorwaarden van een overheidsopdracht zijn – daar deze bepalend zijn bij de beslissing welke offerte wordt gekozen uit de offertes die beantwoorden aan de vereisten die de aanbestedende dienst in het kader van de technische specificaties heeft geformuleerd [arrest van 10 mei 2010, Commissie/Nederland, C-368/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, (punten 87, 88 en 95) en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 39 De verwijzende rechter wijst echter op de omstandigheid dat verzoekster in cassatie haar recht een beroepsprocedure in te stellen misschien niet tijdig heeft uitgeoefend, in die zin dat zij, door de termijn voor de geschillenprocedure

alvorens naar de rechter te stappen niet te eerbiedigen, zich niet tijdig tot de aanbestedende dienst heeft gericht en daarna niet tijdig een beroep in rechte heeft ingesteld.

- 40 Vanaf 21 december 2009, de datum waarop richtlijn 2007/66 moest zijn omgezet in nationaal recht (hoewel Litouwen dat niet tijdig heeft gedaan), konden inschrijvers op basis van het beginsel van rechtstreeks werking van die richtlijn aanspraak maken op de daarin neergelegde minimumtermijnen voor de beroepsprocedure (vervaltermijn voor het indienen van vorderingen of het instellen van een beroep), te weten 15 dagen, zoals bepaald in artikel 2 quater van [richtlijn 92/13, zoals gewijzigd bij] die richtlijn, aangezien die bepaling duidelijk, en onvoorwaardelijk is en subjectieve rechten aan particulieren verleent.
- 41 Verzoekster in cassatie is consequent opgekomen tegen de aanbestedingsvoorwaarden. Er is geen reden om aan te nemen dat zij die voorwaarden niet ter discussie heeft gesteld. Bijzonder aan het geschil in het hoofdgeding is echter dat verzoekster in cassatie de aanbestedingsvoorwaarden niet ab initio ter discussie heeft gesteld, toen zij werden bekendgemaakt, maar slechts toen de door de inschrijvers ingediende offertes werden beoordeeld, dus toen die voorwaarden werden toegepast. Daarnaast heeft de aanbestedende dienst de inschrijver niet systematisch geïnformeerd over de waardebeoordeling van haar offerte.
- 42 Het onderhavige geding vertoont gelijkenis met het geding dat aan de orde was in het arrest Lämmerzahl van het Hof, waarin de aanbestedende dienst gedurende de hele procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht de inschrijver geen duidelijke informatie verstreekte over de omvang van het voorwerp van de opdracht en de waarde van de toekomstige opdracht. Het Hof heeft in die zaak geoordeeld dat gelet op die omstandigheden, namelijk het niet verstrekken van verplichte informatie op een tijdige en passende wijze, richtlijn 89/665 aldus moest worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een vervalregel van nationaal recht wordt toegepast (arrest van het Hof van 11 oktober 2007, Lämmerzahl, C-241/06, Jurispr. blz. I-8415). Dat arrest onderscheidt zich echter in die zin dat aan de inschrijver in die zaak geen inlichtingen werden verstrekt die moesten worden bepaald aan de hand van de kwantitatieve criteria, terwijl in het onderhavige geding de inschrijver ab initio geen informatie kreeg over de kwalitatieve aspecten van de aanbestedingsvoorwaarden.
- 43 De omstandigheden in Lämmerzahl kunnen nog op een andere grond worden onderscheiden van die in het onderhavige geding. Verzoekster in cassatie was namelijk in wezen in staat een offerte in te dienen op basis van gegevens die haar niet waren verstrekt en de precieze inhoud van de aanbestedingsvoorwaarden werd duidelijk op het ogenblik dat zij werden toegepast.
- 44 Het Hof van Justitie heeft er niet alleen op gewezen dat beroepsprocedures doeltreffend moeten zijn, maar heeft ook het beginsel benadrukt dat snel moet

worden opgetreden. Het heeft geoordeeld dat het belang dat een persoon heeft bij de gunning van een overheidsopdracht niet moet worden erkend wanneer het optreden van de aanbestedende dienst – waarbij discriminatoire aanbestedingsvoorwaarden werden vastgesteld, zodat niet kon worden deelgenomen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten – weliswaar heeft geleid tot schending van zijn rechten, maar de betrokken persoon slechts na bekendmaking van de beslissing om de opdracht te gunnen aan de uitgekozen inschrijver die beslissing heeft aangevochten op grond dat de aanbestedingsvoorwaarden discriminatoir waren. Als een inschrijver zich zo zou mogen gedragen, zouden de doelstellingen van richtlijn 89/665 worden belemmerd en zou afbreuk worden gedaan aan de effectieve toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten (arrest van het Hof van 12 februari 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, Jurispr. blz. I-1829).

- 45 Het Hof heeft er ook op gewezen dat het in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 gestelde doel om het bestaan van doeltreffende beroepen tegen schendingen van de toepasselijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te waarborgen, slechts kan worden bereikt indien de termijnen voor het instellen van die beroepen pas beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van die bepalingen [zie arrest van het Hof van 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, Jurispr. blz. I-817, (punt 32) en de aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 46 Gelet op een en ander is de verwijzende rechter van oordeel dat de in artikel 1, lid 1, van [richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij] richtlijn 2007/66 neergelegde beginselen van doeltreffendheid en het zo snel mogelijk instellen van beroep aldus moeten worden uitgelegd dat wanneer de in kwalitatieve parameters uitgedrukte beoordelingscriteria voor de economisch voordeligste inschrijving, in abstracte bewoordingen zijn vastgesteld in de aanbestedingsvoorwaarden en de inschrijvers, onderling en/of samen met de aanbestedende dienst, die voorwaarden verschillend kunnen opvatten en uitleggen, de verwijzende rechter daaruit mag concluderen dat ondanks het feit dat de inschrijver een offerte had ingediend, hij kennisnam van de inhoud van die criteria op het ogenblik dat de aanbestedende dienst zijn offerte had beoordeeld en hem uitvoerig over het resultaat van die beoordeling had ingelicht.
- 47 Wat de rechtmatigheid betreft van de beoordelingskenmerken van de criteria om de economisch voordeligste inschrijving te bepalen, merkt de verwijzende rechter op dat volgens de in de aanbestedingsvoorwaarden neergelegde procedure voor de beoordeling van de offertes, de resultaten – de toegekende punten – direct afhangen van hoe uitvoerig, uitgebreid en gedetailleerd de betrokken inschrijver kon aantonen dat zijn offerte beantwoordde aan de criteria inzake de economisch voordeligste inschrijving.
- 48 De verwijzende rechter erkent dat de aanbestedende dienst recht heeft op volledige informatie in door inschrijvers ingediende offertes; indien nodig, mag

deze dienst een inschrijver verzoeken om bijkomende inlichtingen, opdat deze zijn offerte nader kan toelichten of preciseringen kan verstrekken, voor zover daarmee de beginselen inzake overheidsopdrachten niet worden geschonden (zie arrest van het Hof van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, Jurispr. blz. I-10873). De verwijzende rechter betwijfelt echter of de volledigheid, samenhang, duidelijkheid en deugdelijkheid van die gegevens en de geschiktheid ervan voor de essentie van het project en de specifieke aard van de activiteit van de aanbestedende dienst, niet alleen absoluut kunnen worden beoordeeld, maar ook relatief, met lagere punten voor een door een inschrijver ingediende offerte die niet geheel samenhangend, volledig en goed onderbouwd was en logische gebreken vertoonde. De verwijzende rechter betwijfelt of de voorwaarden van offertes die niet beantwoorden aan een bepaalde ondergrens (redelijk niveau) wat betreft begrijpelijkheid, volledigheid en detail anders moeten worden beoordeeld dan die waarin meer gedetailleerd en vollediger is aangetoond dat de betrokken offertes aan de vereisten voldoen.

- 49 Daarnaast rijst de vraag of offertes waarvan de inhoud niet beantwoordt aan een bepaalde ondergrens wat betreft volledigheid niet in het algemeen moeten worden geweigerd omdat zij niet voldoen aan de aanbestedingsvoorwaarden.
- 50 Volgens de verwijzende rechter is de regeling voor de beoordeling van offertes op basis van de volledigheid van de verstrekte informatie niet helemaal objectief.