



Datum van
inontvangstneming

:

13/08/2015

Zaak C-355/15

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

13 juli 2015

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 mei 2015

Verzoekende partij:

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH en
Caverion Österreich GmbH

Interveniërende partijen:

Universität für Bodenkultur Wenen

VAMED Management en Service GmbH & Co KG, te Wenen

Verwaltungsgerichtshof (Bestuurlijke beroepsinstantie)

[OMISSIS]

Het Verwaltungsgerichtshof heeft [OMISSIS] in het beroep in Revision, ingesteld door het samenwerkingsverband

1. Technische Gebäudebetreuung GesmbH en 2. Caverion Österreich GmbH, [OMISSIS] tegen het arrest van het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter) van 8 augustus 2014 [OMISSIS] betreffende de toetsing van de aanbesteding (interveniërende partijen: 1. Universität für Bodenkultur Wenen, [OMISSIS] en 2. VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wenen, [OMISSIS]),

als volgt beslist:

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

1. Moet artikel 1, lid 3, 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 L 395 van 30 december 1989, blz. 33, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG 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, PB L 335 van 20 december 2007, blz. 31 (hierna: „richtlijn 89/665”), gelet op de beginselen van het arrest van het Hof van Justitie van 4 juli 2013 in zaak C-100/12, Fastweb SpA, aldus worden uitgelegd, dat een inschrijver wiens offerte door de aanbestedende dienst rechtsgeldig is uitgesloten [**Or. 2**] en die daarom niet een bij de procedure betrokken inschrijver in de zin van artikel 2 bis van richtlijn 89/665 is, het recht kan worden ontzegd om beroep in te stellen tegen een besluit tot gunning (besluit over het sluiten van een raamovereenkomst) en tegen het sluiten van de overeenkomst (daaronder begrepen de overeenkomstig artikel 2, lid 7, gevorderde toekenning van schadevergoeding), zelfs wanneer slechts twee inschrijvers offertes hebben ingediend en ook de offerte van de geselecteerde inschrijver aan wie de opdracht is gegund volgens de niet bij de procedure betrokken inschrijver had moeten worden uitgesloten?

In geval van ontkennende beantwoording van vraag 1:

2. Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, gelet op de beginselen van het arrest van het Hof van Justitie van 4 juli 2013 in zaak C-100/12, Fastweb SpA, aldus worden uitgelegd, dat de niet bij de procedure betrokken inschrijver (in de zin van artikel 2 bis van de richtlijn) alleen dan het recht om beroep in te stellen toekomt,

- a) indien uit de stukken van de beroepsprocedure duidelijk blijkt dat bij de offerte van de geselecteerde inschrijver sprake is van onregelmatigheden?
- b) indien bij de offerte van de geselecteerde inschrijver op identieke gronden sprake is van onregelmatigheden?

Toelichting:

I. Feiten en Hoofdgeding:

Voorgeschiedenis

De Universität für Bodenkultur in Wenen (aangebestede dienst en eerste interveniërende partij) heeft als aanbestedende dienst in oktober 2012 de aanbesteding uitgeschreven voor de technische bedrijfsvoering, het onderhoud, herstel en serviceverlening van de technische uitrusting van de gebouwen en laboratoria met als doel met een onderneming een raamovereenkomst te sluiten (in

de vorm van een procedure via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking).

[Or. 3]

Verzoekende partij en nog een andere onderneming (tweede interveniërende partij) hebben tijdig een offerte ingediend.

Bij besluit van 20 december 2013 heeft de aanbestedende dienst verzoekende partij medegedeeld dat haar offerte was uitgesloten, omdat het origineel van het bewijs van de borgstelling niet op tijd was overgelegd.

Bij beslissing van het Bundesverwaltungsgericht als beroepsinstantie (bestuursrechter) van 31 januari 2014 is de vordering van verzoekende partij tot nietigverklaring van dit uitsluitingsbesluit afgewezen.

Bij beslissing van het Verwaltungsgerichtshof van 25 maart 2014 [OMISSIS] is het tegen deze beslissing ingesteld buitengewoon beroep tot Revision afgewezen.

Bij brief van 14 maart 2014 heeft de aanbestedende dienst de offerte van de tweede interveniërende partij aanvaard en is met haar een raamovereenkomst aangegaan. Bij het sluiten van de overeenkomst zijn behoudens een nader aan te geven dienst ook de aanbestede diensten bekend gemaakt.

Bestreden arrest

Verzoekende partij heeft in het door haar bij het Verwaltungsgericht ingestelde beroep een reeks vorderingen ingediend: de vordering tot nietigverklaring van het besluit van de betrokken aanbestedende dienst met welke onderneming de raamovereenkomst diende te worden afgesloten, en nog andere, subsidiaire vorderingen tot nietigverklaring; voor het geval de raamovereenkomst reeds zou zijn afgesloten, verschillende vorderingen tot vaststelling dat de gunning (bij de aanbesteding van een dienst op grond van de raamovereenkomst) respectievelijk het sluiten van de raamovereenkomst wegens diverse redenen (ook) Unierecht schond en daarom onrechtmatig was, alsmede nog andere vaststellingsvorderingen.

Bij arrest van 8 augustus 2014 waartegen bij het Verwaltungsgerichtshof wordt opgekomen, heeft het Verwaltungsgericht deze vorderingen afgewezen.

[Or. 4]

Deze beslissing heeft het Verwaltungsgericht – voor zover relevant voor het onderhavige prejudiciële verzoek – voornamelijk gebaseerd op het feit dat met het sluiten van de raamovereenkomst en het bekendmaken van de aanbestede diensten de aanbestedingsprocedure was geëindigd. Om die reden is het

Verwaltungsgericht alleen nog bevoegd om (overeenkomstig § 312, lid 2, van het Oostenrijkse Bundesvergabegesetz 2006, BVergG 2006) (federale wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) de onrechtmatigheid vast te stellen. Voorwaarde voor het indienen van een vaststellingsvordering is dat er een belang bij het sluiten van de overeenkomst bestaat, alsmede dat er schade is.

Volgens de rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof kunnen de rechten van een inschrijver, wiens offerte terecht is uitgesloten, niet geschonden zijn door onrechtmatigheden in de selectieprocedure van een offerte voor de gunning.

De feitelijke situatie in de procedure waarin het arrest van het Hof van Justitie van 4 juli 2013 in zaak C-100/12, Fastweb SpA, is geweest, verschilt van die in de onderhavige procedure. In de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft de aanbestedende dienst de offerte van verzoekende partij formeel uitgesloten, terwijl in de zaak ‚Fastweb, uit de toetsing van de verwijzende rechter – en niet van de aanbestedende dienst – de feiten naar voren zijn gekomen die aanleiding gaven tot uitsluiting.

De aanbestedende dienst zou niet verplicht zijn geweest om verzoekende partij die rechtsgeldig was uitgesloten, het besluit over het sluiten van de raamovereenkomst mede te delen.

De ontvankelijkheid van een gewoon beroep tot Revision heeft het Verwaltungsgericht gebaseerd op het feit dat de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Fastweb voor het Verwaltungsgerichtshof nog niet aan de orde zijn geweest.

Revision

Tegen dit arrest heeft verzoekende partij bij het Verwaltungsgerichtshof beroep tot Revision ingesteld.

[Or. 5]

Hierin voert verzoekende partij samengevat aan dat zij, ook wanneer haar offerte reeds van de aanbestedingsprocedure is uitgesloten, op grond van het arrest Fastweb van het Hof van Justitie het recht heeft om het onderhavige beroep in te stellen. De situatie in casu is vergelijkbaar met die in de zaak Fastweb. In de onderhavige aanbestedingsprocedure zijn twee offertes ingediend. De offerte van verzoekende partij is uitgesloten, maar ook de offerte van de tweede interveniërende partij had moeten worden uitgesloten, omdat de kostenberekening van deze partij op belangrijke punten van haar offerte bedrijfseconomisch onbegrijpelijk en niet te volgen is.

Volgens het arrest Fastweb van het Hof van Justitie hebben inschrijvers een legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen. Dit belang

kan ook worden ingeroepen, wanneer de eigen offerte moet worden uitgesloten. Een andere uitkomst is in strijd met de doelstellingen van een effectieve rechtsbescherming. Ook het Duitse Bundesverwaltungsgerichtshof gaat ervan uit dat inschrijvers schade lijden wanneer alle inschrijvers moeten worden uitgesloten.

Het Verwaltungsgericht had bij de offerte van de tweede interveniërende partij ambtshalve de uitsluitingsgronden moeten toetsen; zijn oordeel dat het alleen verplicht is om duidelijk uit de stukken voortvloeiende uitsluitingsgronden in aanmerking te nemen, is onterecht.

Antwoord in Revision

De aanbestedende dienst en de tweede interveniërende partij spreken zich in hun antwoord in Revision tegen dit standpunt uit.

II. Toepasselijke bepalingen van Unierecht:

De relevante bepalingen van richtlijn 89/665 [hierna ook: „beroepsrichtlijn”] luiden:

„Artikel 1

Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures

[...]

[Or. 6]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[...]

Artikel 2

Voorschriften voor beroepsprocedures

[...]

7. [...]

Voorts mag, behalve in gevallen waarin een besluit moet worden nietig verklaard voordat schadevergoeding wordt toegekend, een lidstaat bepalen dat na de overeenkomstig artikel 1, lid 5, lid 3 van dit artikel of de artikelen 2 bis tot en met

2 septies tot stand gekomen sluiting van de overeenkomst de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een inbreuk schade heeft geleden.

[...]

Artikel 2 bis

Opschortende termijn

1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de in artikel 1, lid 3, bedoelde personen over voldoende tijd beschikken om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten tot gunning van een opdracht, door de noodzakelijke bepalingen vast te stellen die voldoen aan de in lid 2 van het dit artikel en in artikel 2 quater bepaalde minimumvoorwaarden.

2. Het sluiten van de overeenkomst volgende op het besluit tot gunning van een onder richtlijn 2004/17/EG vallende opdracht kan niet geschieden vóór het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht per faxbericht of langs elektronische weg aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, vóór het verstrijken van een termijn van hetzij ten minste 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden, hetzij van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop het besluit tot gunning van de opdracht is ontvangen.

Inschrijvers worden geacht bij de procedure betrokken te zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. De uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en wanneer de uitsluiting [rechtmatig] is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.

[Or. 7]

Gegadigden worden geacht bij de procedure betrokken te zijn indien de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van hun verzoek ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van het besluit tot gunning van de opdracht.

[...]

Artikel 2 ter

Afwijkingen van de opschortende termijn

De lidstaten mogen bepalen dat de in artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn bedoelde termijnen in de volgende gevallen niet van toepassing zijn:

[...]

- b) wanneer de enige betrokken inschrijver in de zin van artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken gegadigden zijn;”

De punten van de considerans van richtlijn 2007/66 luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

„3. Uit de raadplegingen van belanghebbende partijen en de rechtspraak van het Hof van Justitie is een aantal zwakke punten gebleken ten aanzien van de bestaande beroepsmechanismen in de lidstaten. Als gevolg van deze zwakke punten maken de bij de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG ingestelde mechanismen het niet altijd mogelijk de naleving te verzekeren van de communautaire wetgeving, in het bijzonder in een stadium waarin de inbreuken nog ongedaan kunnen worden gemaakt. De door middel van die richtlijnen beoogde garanties inzake doorzichtigheid en niet-discriminatie moeten derhalve worden versterkt om ervoor te zorgen dat de Gemeenschap als geheel volledig profiteert van de positieve gevolgen van de bij de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG tot stand gebrachte modernisering en vereenvoudiging van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. In de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG dienen bijgevolg de noodzakelijke verduidelijkingen te worden aangebracht om de door de communautaire wetgever beoogde resultaten te bereiken.

4. Een van de gebleken zwakke punten is het ontbreken van een termijn om een doeltreffend beroep in te stellen tussen het besluit tot gunning van een opdracht en het sluiten van de desbetreffende overeenkomst. Dat leidt soms tot een zeer snelle ondertekening van de overeenkomst door aanbestedende diensten die de gevolgen van het betwiste gunningsbesluit onomkeerbaar willen maken. Om deze tekortkoming, die een ernstige belemmering vormt voor een doeltreffende rechtsbescherming van de betrokken inschrijvers – te weten de inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten –, te verhelpen, dient te worden voorzien in een opschortende minimumtermijn gedurende welke de sluiting van de desbetreffende overeenkomst wordt opgeschort, ongeacht of die sluiting al dan niet geschiedt ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst.

[...]

[Or. 8]

8. Het is niet de bedoeling dat een dergelijke opschortende minimumtermijn wordt toegepast indien overeenkomstig richtlijn 2004/17/EG of richtlijn 2004/18/EG geen voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het

Publicatieblad van de Europese Unie is vereist, met name in gevallen van dwingende spoed als bedoeld in artikel 31, punt 1, sub c, van richtlijn 2004/18/EG of artikel 40, lid 3, sub d, van richtlijn 2004/17/EG. In die gevallen volstaat het dat in doeltreffende beroepsprocedures wordt voorzien na de sluiting van de overeenkomst. Een opschortende termijn is evenmin vereist indien alleen de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, betrokken is en er geen betrokken gegadigden zijn. In dat geval zijn er in de inschrijvingsprocedure geen andere betrokkenen meer die belang hebben bij het ontvangen van de kennisgeving en bij het gebruikmaken van een opschortende termijn die een doeltreffend beroep mogelijk maakt.”

III. De relevante bepalingen van nationaal recht:

De relevante bepalingen van het Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I nr. 17 in de versie gepubliceerd in BGBl. II nr. 513/2013 (hierna: „BVergG 2006”), luiden:

„Bevoegdheid

§ 312. 1. Het Bundesverwaltungsgericht beslist overeenkomstig de bepalingen van deze paragraaf over verzoeken in beroepsprocedures (lid 2), over verzoeken om voorlopige maatregelen te nemen (lid 3) en over verzoeken in vaststellingsprocedures (lid 4). Dergelijke verzoeken moeten direct bij het Bundesverwaltungsgericht worden ingediend.

[...]

3. Na plaatsing van de opdracht is het Bundesverwaltungsgericht bevoegd tot

1. vaststelling, in het kader van de door de verzoeker aangevoerde bezwaarpunten, of de gunning wegens een schending van deze federale wet, de daartoe vastgestelde verordeningen of rechtstreeks toepasselijk Unierecht niet overeenkomstig de gegevens in de beschrijving van de offerte met de laagste prijs of met de technisch en economisch gunstigste offerte is verleend;

2. [...]

3. vaststelling of een aanbestedingsprocedure op onrechtmatige wijze zonder voorafgaande bekendmaking respectievelijk zonder voorafgaande oproep tot mededinging is uitgevoerd;

4. vaststelling of de gunning op onrechtmatige wijze zonder kennisgeving van het gunningsbesluit overeenkomstig de §§ 131 juncto 272 is verleend;

5. vaststelling of de gunning bij de aanbesteding van diensten op grond van een raamovereenkomst of bij een dynamisch aankoopstelsel wegens schending van § 152, leden 4-6, § 158, leden 2-5 of § 290, leden 2-5, onrechtmatig was;

[Or. 9]

6. nietigverklaring of ontbinding van de overeenkomst in een procedure krachtens sub 3 tot en met 5;

7. oplegging van sancties krachtens § 334, lid 7, in een procedure krachtens sub 3 tot en met 5.

[...]

Vaststellingsprocedure

Inleiding van de procedure

§ 331 1. Een ondernemer die belang heeft bij het sluiten van een binnen de werkingssfeer van deze federale wet vallende overeenkomst, kan, voor zover hij door de gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden, verzoeken om vaststelling dat, [...]"

IV. Bevoegdheid tot stellen van prejudiciële vragen:

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.

Het Verwaltungsgerichtshof is van oordeel dat bij de beslissing van het door hem te beoordelen beroep tot Revision de in het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing aangevoerde en hierna nog nader te bespreken vragen van uitlegging van het Unierecht rijzen.

V. Toelichting op de prejudiciële vragen:

1. Eerste prejudiciële vraag:

Het beroep tot Revision werpt de rechtsvraag op welke invloed het arrest van het Hof van Justitie van 4 juli 2013 in zaak C-100/12, Fastweb SpA, heeft op de mogelijkheid voor een reeds van de aanbestedingsprocedure uitgesloten inschrijver om beroep in te stellen.

Op grond van het arrest van het Hof van Justitie van 19 juni 2003 in zaak C-249/01, Hackermüller, erkent het Verwaltungsgerichtshof in vaste rechtspraak dat de autoriteit die toezicht uitoefent op de plaatsing van de opdracht (bij de toetsing van de procesbevoegdheid in de beroepsprocedure) bevoegd is om voor het uitsluiten van een offerte ook redenen in aanmerking te nemen die door de aanbestedende dienst niet zijn aangevoerd. Bij voldoende concrete bezwaren van een procespartij **[Or. 10]** is de autoriteit die toezicht uitoefent op de plaatsing van de opdracht zelfs verplicht om deze aangevoerde gronden te onderzoeken ten einde na te gaan of de offerte van verzoeker had moeten worden uitgesloten,

waarbij zij alleen de duidelijk uit de stukken van de aanbestedingsprocedure gebleken omstandigheden in aanmerking moet nemen en in dat geval geen deskundigenadvies moet inwinnen ter beoordeling of er sprake is van een uitsluitingsgrond [OMISSIS]. Onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Mischo van 25 februari 2003 in zaak C-249/01, Hackermüller, heeft het Verwaltungsgerichtshof vastgesteld dat een inschrijver, die er niet in slaagt bij een regelmatig verlopen aanbesteding een voor de gunning geschikte offerte in te dienen, niet beschermd behoeft te worden en daarom niet kan aanvoeren dat ook andere inschrijvers respectievelijk alle andere inschrijvers uitgesloten hadden moeten worden [OMISSIS]. De advocaat-generaal heeft in zijn conclusie in zaak C-249/01, Hackermüller verwezen naar het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, en vervolgens uiteengezet:

„Daarom kan de gunning niet aan een inschrijver worden verleend als hij zelf niet voldoet aan de aanbestedingsvoorwaarden of de voor overheidsopdrachten geldende voorschriften heeft geschonden. Hieraan wordt niet afgedaan door het feit dat, zoals Hackermüller ter terechtzitting heeft aangevoerd, andere inschrijvers eventueel ook inbreuken hebben gepleegd, omdat een inschrijver niet kan stellen dat hij de dupe is van een discriminatie met het argument dat andere inschrijvers profijt trekken uit een onrechtmatigheid.” (punt 62)

In het arrest van 4 juli 2013 in zaak C-100/12, Fastweb SpA tegen Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd,

„dat indien, in het kader van een beroepsprocedure, de inschrijver aan wie de opdracht is gegund en die incidenteel beroep heeft ingesteld, een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt op basis van het ontbreken van procesbevoegdheid van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, op grond dat de aanbestedende dienst de door deze inschrijver ingediende offerte had moeten uitsluiten omdat zij niet in overeenstemming was met de in het bestek omschreven technische specificaties, deze bepaling eraan in de weg staat dat dit beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard ten gevolge van het voorafgaande onderzoek van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid, zonder uitspraak te doen over de vraag of zowel de offerte van de inschrijver **[Or. 11]** aan wie de opdracht is gegund, als deze van de inschrijver die het principale beroep heeft ingesteld, overeenstemmen met deze technische specificaties.” (dictum)

In de motivering van dit arrest heeft het Hof van Justitie het volgende vastgesteld:

„31. In het hoofdgeding heeft de verwijzende rechter, na onderzoek van de geschiktheid van de door de beide betrokken vennootschappen ingediende inschrijvingen, vastgesteld dat de door Fastweb ingediende inschrijving niet in overeenstemming was met alle door het bestek opgelegde technische specificaties.

Hij is echter tot dezelfde conclusie gekomen voor de door de andere inschrijver, Telecom Italia, ingediende offerte.

32. Een dergelijke situatie verschilt van de situatie die aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest Hackermüller, met name doordat is vastgesteld dat de gekozen inschrijving ten onrechte niet is uitgesloten in het stadium van het onderzoek van de offertes, ondanks het feit dat zij niet in overeenstemming was met de technische specificaties van het bestek.

33. Bij een dergelijke vaststelling mag de incidentele vordering van de gekozen inschrijver niet ertoe leiden dat het beroep van een inschrijver wordt verworpen wanneer de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure en op identieke gronden. In een dergelijke situatie kan elk van de concurrenten immers een gelijkwaardig 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.”

Het Hof van Justitie heeft in dit arrest – zoals gezegd – verklaard, dat elk van de inschrijvers in een geval zoals in die zaak aan de orde was, „een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen [kan] aanvoeren” (zie het hierboven genoemde punt 33). Daarmee aanvaardt het Hof van Justitie in deze situatie dat de inschrijver wiens offerte niet voldoet aan de in de bekendmaking neergelegde eisen, moet worden beschermd.

Kenmerkend voor het hoofdgeding in die zaak is – zoals het Hof van Justitie in het dictum van dit arrest uitdrukkelijk vaststelt –, dat „in het kader van een beroepsprocedure een exceptie van niet-ontvankelijkheid [wordt opgeworpen] op basis van het ontbreken van procesbevoegdheid van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld” (in dat geval naar Italiaans recht in de vorm van een incidentele vordering). Het besluit om de offerte uit te sluiten is niet door de aanbestedende dienst genomen, maar de uitsluitingsgrond is pas voor beide offertes in het beroep „in het kader van dezelfde procedure” vastgesteld (punt 33 van het arrest Fastweb).

[Or. 12]

De onderhavige procedure werpt de vraag op of deze beginselen van de rechtspraak in het arrest Fastweb ook gelden voor de situatie in het onderhavige hoofdgeding, waarbij twee inschrijvers offertes hebben ingediend, de offerte van een inschrijver rechtsgeldig door de aanbestedende dienst is uitgesloten en de opdracht aan de andere inschrijver is gegund.

Vooropgesteld moet worden dat de draagwijdte van de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest Fastweb zowel in de rechtspraak van de Oostenrijkse autoriteiten die toezicht uitoefenen op de plaatsing van de opdracht ter discussie staat [OMISSIS] alsook voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten niet

duidelijk is, zoals het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italië) aan het Hof van Justitie in zaak C-689/13, PFE, laat zien.

Dat in casu de offerte van verzoekende partij reeds door de aanbestedende dienst rechtsgeldig van de aanbestedingsprocedure is uitgesloten, is volgens het Verwaltungsgerichtshof een cruciaal verschil tussen de situatie in de zaak Fastweb en die in de onderhavige zaak. Op de betekenis van het feit dat in de zaak Fastweb niet de aanbestedende dienst de offerte had uitgesloten, wijst ook advocaat-generaal Wathelet in zijn conclusie van 23 april 2015 in de zaak C-689/13 (punt 32).

Ingevolge artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 moet „volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen” op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kunnen worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn (zie arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015 in zaak C-538/13, eVigilo Ltd, punt 50).

Volgens artikel 2 bis, lid 2, tweede alinea, van de beroepsrichtlijn worden inschrijvers geacht bij de procedure betrokken te zijn (en moet hun overeenkomstig artikel 2 bis, lid 2, eerste alinea, van de beroepsrichtlijn het gunningsbesluit worden medegedeeld), wanneer zij nog niet definitief **[Or. 13]** zijn uitgesloten. De uitsluiting is volgens deze bepaling definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en wanneer de uitsluiting rechtmatig is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.

Volgens de feiten in het hoofdgeding is de offerte van verzoekende partij door de aanbestedende dienst van de aanbestedingsprocedure uitgesloten. Het tegen dit uitsluitingsbesluit gericht beroep is door het Verwaltungsgericht afgewezen. Verzoekende partij heeft volgens het Verwaltungsgerichtshof derhalve de mogelijkheid om hiertegen op te komen overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG (in de zin van punt 26 van het arrest Fastweb) en het uitsluitingsbesluit is volgens artikel 2 bis, lid 2, van de beroepsrichtlijn door een onafhankelijke beroepsinstantie rechtmatig bevonden. Daardoor is verzoekende partij volgens het Verwaltungsgerichtshof een niet bij de procedure betrokken inschrijver in de zin van artikel 2 bis van richtlijn 89/665.

Als niet bij de procedure betrokken inschrijver kan verzoekende partij volgens het Verwaltungsgerichtshof echter overeenkomstig artikel 2 bis van richtlijn 89/665 het recht om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning en het sluiten van de daarop volgende overeenkomst worden ontzegd. In die zin pleit punt 4 van de considerans van richtlijn 2007/66/EG ervoor, dat de Uniewetgever met de invoering van het opschortingsgebod en de verplichte kennisgeving van het gunningsbesluit in artikel 2 bis van richtlijn 89/665 een doeltreffende rechtsbescherming wil waarborgen. De kennisgeving van het gunningsbesluit en

dus de doeltreffende rechtsbescherming tegen dit besluit van de aanbestedende dienst moet enkel voor de bij de procedure betrokken inschrijvers, te weten de inschrijvers „die niet definitief zijn uitgesloten” gelden. Niets anders is volgens het Verwaltungsgerichtshof voor het sluiten van de overeenkomst volgend op het gunningsbesluit aanvaardbaar.

Daarvoor pleit ook artikel 2 ter van richtlijn 89/665, dat bepaalt dat de opschortende termijn niet van toepassing moet zijn „wanneer de enige betrokken inschrijver in de zin van **[Or. 14]** artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken gegadigden zijn”, hetgeen de situatie in het onderhavige hoofding is.

Dat zou betekenen dat een doeltreffende rechtsbescherming tegen het gunningsbesluit en het sluiten van de daaropvolgende overeenkomst ingevolge artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 naar Unierecht alleen aan de bij de procedure betrokken inschrijver toekomt.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie strekken de bepalingen van richtlijn 89/665 ertoe om de inschrijvers tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen (zie arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015 in zaak C-538/13, eVigilo Ltd, punt 50). In het onderhavige hoofding stelt verzoekende partij dat de aanbestedende dienst in willekeur alleen haar heeft uitgesloten, maar niet de geselecteerde inschrijver waarmee de overeenkomst is aangegaan. Indien de rechtsgeldig uitgesloten inschrijver geen toegang zou hebben tot de beroepsprocedure tegen het sluiten van de overeenkomst, dan wordt hij niet beschermd tegen de willekeur van de aanbestedende dienst. Richtlijn 89/665, en in het bijzonder artikel 2 bis ervan, lijkt dat echter op de koop toe te nemen. Anderzijds kan het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers echter vereisen dat in een situatie als in casu een rechtsgeldig uitgesloten inschrijver het recht verkrijgt om beroep in te stellen tegen het sluiten van de overeenkomst met de enige andere inschrijver, wanneer de regelmatigheid van de offerte van de geselecteerde inschrijver door verzoeker wordt aangevochten.

2. Tweede prejudiciële vraag:

Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord en er derhalve vanuit moet worden gegaan dat de beginselen van het arrest van het Hof van Justitie van 4 juli 2013 in zaak C-100/12, Fastweb SpA, ook in deze situatie relevant zijn, dan rijst de vraag naar de concrete betekenis van deze beginselen voor het hoofding.

Het Hof van Justitie is in het arrest Fastweb ervan uitgegaan dat door de betrokken beroepsinstantie reeds in de beroepsprocedure „is vastgesteld dat **[Or. 15]** de gekozen inschrijving ten onrechte niet is uitgesloten in het stadium van het onderzoek van de offertes, ondanks het feit dat zij niet in overeenstemming was met de technische specificaties van het bestek” (punt 32), en heeft geconstateerd

dat de regelmatigheid van de inschrijving van elk van de inschrijvers „ter discussie wordt gesteld [...] op identieke gronden” (punt 33).

Ad a):

In het onderhavige geval heeft het Verwaltungsgericht als beroepsinstantie echter de nadere toetsing geweigerd en daarmee de vaststelling van de door verzoekende partij aangevoerde uitsluitingsgrond, omdat verzoekende partij volgens het Verwaltungsgericht geen procesbevoegdheid had en haar daarom de toegang tot de beroepsprocedure moest worden ontzegd. Tevens was het Verwaltungsgericht, op grond van de hierboven uiteengezette rechtspraak [OMISSIS] van het Verwaltungsgerichtshof van oordeel dat het de procesbevoegdheid moet toetsen alleen aan de hand van uitsluitingsgronden die duidelijk uit de stukken van de beroepsprocedure naar voren komen. Deze beperking zou op richtlijn 89/665 kunnen worden gebaseerd, omdat ingevolge artikel 1, leden 1 en 3, van deze richtlijn „vooral zo snel mogelijk beroep” moet kunnen worden ingesteld (zie arrest van het Hof van Justitie eVigilo Ltd, punt 50).

Ad b):

Indien het Hof van Justitie de eerste prejudiciële vraag ontkennend beantwoordt, dan dient in deze zaak te worden beoordeeld of het bij de uitsluitingsgronden, uit hoofde waarvan de offerte van de verzoekende partij is uitgesloten en uit hoofde waarvan de offerte van de geselecteerde inschrijver (tweede interveniërende partij) had moeten worden uitgesloten, moet gaan om „identieke gronden” in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest Fastweb. De betekenis van het begrip „in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest Fastweb” is in de conclusie van advocaat-generaal Wathelet van 23 april 2015 in zaak C-689/13 behandeld (punten 43 tot en met 45). Volgens [Or. 16] het Verwaltungsgerichtshof lijkt het twijfelachtig of het, gelet op een effectieve rechtsbescherming overeenkomstig richtlijn 89/665, verschil maakt uit hoofde van welke uitsluitingsgrond beide offertes moeten worden uitgesloten en de aanbestedingsprocedure om die reden moet worden ingetrokken.

Daarom rijst in het kader van de draagwijdte van de beginselen van het arrest Fastweb de tweede prejudiciële vraag.

3. Aangezien de juiste toepassing van het Unierecht niet zo evident lijkt dat daarover redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel kan bestaan (zie hiervoor het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 1982 in zaak C-283/81, Srl C.I.L.F.I.T. e.a., Jurispr. blz. 3415), wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de in de aanhef geformuleerde vragen.

(omissis) Wenen, 20 mei 2015.

[OMISSIS]