ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

21 december 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 89/665/EEG — Beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten — Artikel 1, lid 3 — Procesbelang — Artikel 2 bis, lid 2 — Begrip ‚betrokken inschrijver' — Recht van een inschrijver die door de aanbestedende dienst definitief is uitgesloten om beroep in te stellen tegen het nadien genomen besluit tot gunning van de opdracht"

In zaak C-355/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) bij beslissing van 20 mei 2015, ingekomen bij het Hof op 13 juli 2015, in de procedure

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH

tegen

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien,

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, M. Safjan en D. Šváby (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

— de Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, vertegenwoordigd door J. Schramm, Rechtsanwalt,

— de Universität für Bodenkultur Wien, vertegenwoordigd door O. Sturm, Rechtsanwalt,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

* Procestaal: Duits.

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door B.-R. Killmann en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 89/665").

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (hierna: „consortium") en de Universität für Bodenkultur Wien (universiteit voor de studie van de natuurlijke rijkdommen en de biowetenschappen, Wenen, Oostenrijk; hierna: „BOKU Wien") over de gunning door de BOKU Wien van een raamovereenkomst voor overheidsopdrachten voor diensten aan VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (hierna: „Vamed").

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 89/665

3 In de overwegingen 3, 4, 6, 8, 18, 25 en 27 van richtlijn 2007/66 tot wijziging van richtlijn 89/665 is het volgende uiteengezet:

„(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 [met name bij richtlijn 89/665] 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. […]

(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 […]

[…]

(6) De opschortende termijn moet de betrokken inschrijvers voldoende tijd bieden om het besluit tot gunning van een opdracht te onderzoeken en te beoordelen of het aangewezen is een beroepsprocedure in te leiden. Wanneer de betrokken inschrijvers in kennis worden gesteld van het besluit tot gunning van een opdracht, moeten hen de relevante inlichtingen worden verschaft die zij nodig hebben om een doeltreffend beroep te kunnen instellen. […]

[…]

(8) Een opschortende termijn is [niet] 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.

[…]

(18) Ter voorkoming van ernstige inbreuken op de opschortingsverplichting en de automatische opschorting, welke voorwaarden zijn voor een doeltreffend beroep, moeten doeltreffende sancties worden toegepast. Overeenkomsten die in strijd met de opschortende termijn of de automatische opschorting zijn gesloten, moeten derhalve in beginsel als onverbindend worden beschouwd, indien zij gepaard gaan met inbreuken op [met name 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 (PB 2004, L 134, blz. 114, en rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44)] voor zover deze inbreuken de kansen om de opdracht te krijgen hebben beïnvloed van de inschrijver die beroep instelt.

[…]

(25) […] [D]e noodzaak de rechtszekerheid van door de aanbestedende diensten genomen besluiten in de tijd te verzekeren, [verlangt] dat een redelijke minimale verjaringstermijn wordt vastgesteld voor beroepen die beogen vast te stellen dat de overeenkomst onverbindend is.

[…]

(27) […] Om redenen van rechtszekerheid kan de onverbindendheid van een overeenkomst slechts gedurende een bepaalde termijn ingeroepen worden. Het bindend karakter van deze termijnen moet in acht worden genomen."

4 Artikel 1 van richtlijn 89/665 luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn [2004/18], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

[…]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/18] 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 gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[…]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder 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.

[…]”

5 Richtlijn 89/665 noemt verschillende gevallen waarin de aanbestedende dienst, nadat het besluit tot gunning van de opdracht is genomen, tijdelijk geen overeenkomst mag sluiten met de onderneming die de opdracht heeft binnengehaald. Dat verbod vloeit met name voort uit de automatisch opschortende werking van eventuele beroepen die tevoren zijn ingesteld bij de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 1, lid 5, van die richtlijn, en van beroepen die worden ingesteld bij een in eerste aanleg voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie overeenkomstig artikel 2, lid 3, ervan. Het vormt een aanvulling op de verplichting die de aanbestedende dienst wordt opgelegd bij artikel 2 bis van die richtlijn om een opschortende termijn in acht te nemen tussen het ogenblik waarop het besluit tot gunning van een opdracht wordt vastgesteld en het ogenblik waarop de overeenkomst met de succesvolle inschrijver wordt gesloten. Artikel 2 bis bepaalt:

„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 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 [2004/18] 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, of, 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 wettig is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld.

[…]

De kennisgeving van het gunningsbesluit aan iedere betrokken inschrijver en gegadigde gaat vergezeld van:

— een samenvattende beschrijving van de relevante redenen […], en

— een nauwkeurige omschrijving van de precieze opschortende termijn die overeenkomstig de bepalingen van nationaal recht ter uitvoering van dit lid van toepassing is.”

6 Artikel 2 ter, eerste alinea, van richtlijn 89/665 luidt:

„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;

[…]”

7 Artikel 2 quinquies, lid 1, van die richtlijn luidt als volgt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van zulke onafhankelijke beroepsinstantie, in de volgende gevallen:

[…]

b) in het geval van een inbreuk op artikel 1, lid 5, artikel 2, lid 3, of artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn indien de inschrijver die beroep instelt, door deze inbreuk geen precontractuele rechtsmiddelen heeft kunnen doen gelden, zulks in combinatie met een inbreuk op richtlijn [2004/18], indien deze laatste inbreuk de kansen heeft beïnvloed om de opdracht te krijgen van de inschrijver die beroep instelt;

[…]”

Richtlijn 2004/18

8 Volgens artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/18, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 (PB 2011, L 319, blz. 17) (hierna: „richtlijn 2004/18”), is deze richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die zijn geplaatst door andere aanbestedende diensten dan centrale overheidsinstanties, waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan 200 000 EUR.

9 Artikel 44 van die richtlijn bepaalt in lid 1:

„Opdrachten worden gegund op basis van de in de artikelen 53 en 55 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 24, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 45 en 46 uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3.”

Oostenrijks recht

10 § 331 van het Bundesvergabegesetz 2006 (federale wet van 2006 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl. I, 17/2006), in de versie die van toepassing is op de procedure in het hoofdgeding, is opgenomen in het deel van de wet dat betrekking heeft op de vaststellingsprocedure. Lid 1 van dat artikel luidt als volgt:

„Een ondernemer die belang had 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 of dreigt te lijden, verzoeken om vaststelling dat, […]"

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11 In oktober 2012 heeft de BOKU Wien een openbare aanbesteding volgens de procedure van gunning door onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking uitgeschreven met het oog op het sluiten, met één enkele opdrachtnemer, van een raamovereenkomst voor het technisch beheer en onderhoud van de technische uitrusting van haar gebouwen en laboratoria.

12 Alleen het consortium en Vamed hebben tijdig een offerte ingediend.

13 Bij besluit van 20 december 2013, dat ter kennis is gebracht van het consortium, is dit laatste van die aanbestedingsprocedure uitgesloten op grond dat het origineel van het bewijs van de bankgarantie niet binnen de gestelde termijn was overgelegd.

14 Het beroep van het consortium tegen dat besluit is door het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) verworpen bij arrest van 31 januari 2014. Het tegen dat arrest ingestelde buitengewoon beroep in Revision is eveneens verworpen, bij beschikking van 25 mei 2014 van het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk).

15 Bij gunningsbesluit van 14 maart 2014, dat aan Vamed is meegedeeld, heeft de BOKU Wien de offerte van deze laatste aanvaard. Vervolgens is de raamovereenkomst gesloten en Vamed is begonnen met het uitvoeren van de overeengekomen diensten.

16 Het consortium is tegen dat gunningsbesluit opgekomen bij het Bundesverwaltungsgericht, dat het beroep bij arrest van 8 augustus 2014 heeft verworpen op grond dat een inschrijver wiens offerte volgens de regels is uitgesloten, niet in zijn rechten kan worden geschaad ten gevolge van onrechtmatigheden die zich hebben voorgedaan in de procedure voor selectie van een andere offerte met het oog op de gunning van de opdracht.

17 Tegen laatstbedoeld arrest heeft het consortium beroep in Revision ingesteld bij de verwijzende rechter. Het stelt dat de situatie waarop het hoofdgeding betrekking heeft en die welke heeft geleid tot het arrest van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), vergelijkbaar zijn. In beide gevallen werden namelijk slechts door twee inschrijvers offertes ingediend. Het consortium stelt dat het metterdaad is uitgesloten, maar dat ook de offerte van Vamed had moeten worden uitgesloten, aangezien haar kostenberekening op essentiële punten van de offerte bedrijfseconomisch onbegrijpelijk en niet te volgen is. Bijgevolg zijn er, net als in het arrest in de zaak Fastweb, twee inschrijvers die elk een gelijkwaardig economisch belang hebben bij de uitsluiting van de offerte van de ander en dat belang ook kunnen aanvoeren wanneer de eigen offerte moet worden uitgesloten.

18 De verwijzende rechter zet uiteen dat overeenkomstig § 331 van de federale wet van 2006 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten een beroep strekkende tot vaststelling dat een besluit op het gebied van overheidsopdrachten wederrechtelijk is, slechts ontvankelijk is wanneer de verzoekende marktdeelnemer belang had bij het sluiten van de betrokken overeenkomst en ten gevolge van die wederrechtelijkheid schade heeft geleden of dreigt te lijden.

19 Bij zijn onderzoek van het arrest van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), constateert de verwijzende rechter dat, in het kader van dat arrest, de onregelmatigheid van de offerte van de inschrijver die beroep in rechte heeft ingesteld, niet is vastgesteld door de aanbestedende dienst in de procedure tot het plaatsen van de betrokken opdracht, maar aan het licht is gekomen in het kader van de procedure in rechte die door die inschrijver is ingesteld ter betwisting van het besluit tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver. De verwijzende rechter merkt op dat het Hof in punt 33 van dat arrest heeft geoordeeld dat wanneer de regelmatigheid van de offerte van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure en op identieke gronden, elk van hen een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de offerte van zijn concurrent kan aanvoeren. Bijgevolg wordt in die situatie de inschrijver wiens offerte niet is aanvaard, rechterlijk beschermd, ofschoon die offerte niet in overeenstemming is met de technische specificaties voor de betrokken opdracht.

20 De verwijzende rechter betwijfelt dat de beginselen die zijn geformuleerd in het arrest van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), eveneens gelden wanneer aanvankelijk twee inschrijvers een offerte hebben ingediend en de inschrijver die het gunningsbesluit wil betwisten, reeds definitief is uitgesloten door de aanbestedende dienst zelf. Zijn twijfel is gebaseerd op verschillende factoren die hij afleidt uit richtlijn 89/665, in de eerste plaats het begrip „betrokken inschrijver" in de zin van artikel 2 bis, lid 2, daarvan.

21 Hoewel die richtlijn zijns inziens definitief uitgesloten inschrijvers niet beschermt tegen onregelmatigheden die mogelijk kleven aan het besluit tot gunning van de opdracht dat is vastgesteld na hun definitieve uitsluiting, vraagt hij zich af of het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers kan rechtvaardigen dat aan een dergelijke definitief uitgesloten inschrijver toch het recht wordt verleend om dat besluit aan te vechten ingeval dit laatste is genomen ten voordele van de enige andere inschrijver.

22 Voor het geval dat de van de aanbestedingsprocedure definitief uitgesloten inschrijver toch het recht zou hebben om op te komen tegen het gunningsbesluit zet de verwijzende rechter voorts uiteen dat het Bundesverwaltungsgericht tevens heeft overwogen dat de door het consortium aangevoerde gronden voor uitsluiting van de offerte van Vamed buiten beschouwing konden worden gelaten omdat zij niet duidelijk uit de processtukken naar voren kwamen. Die zienswijze zou rechtvaardiging kunnen vinden in de in artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 vervatte eis te zorgen voor snelle beroepsprocedures. Verder vraagt de verwijzende rechter zich af of het voor het recht op effectieve rechterlijke bescherming van belang is dat de gronden waarop de twee concurrerende offertes moeten worden uitgesloten, gronden van dezelfde aard dan wel van verschillende aard zijn.

23 Daarop heeft het Verwaltungsgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn [89/665], gelet op […] het arrest […] van 4 juli 2013[, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], aldus worden uitgelegd, dat een inschrijver wiens offerte door de aanbestedende dienst rechtsgeldig is uitgesloten 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 [die dat beroep heeft ingesteld] had moeten worden uitgesloten?

2) In geval van ontkennende beantwoording van vraag 1, moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, gelet op […] het arrest […] van 4 juli 2013[, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], 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?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

24 Vooraf moet in herinnering worden geroepen dat richtlijn 89/665 volgens artikel 1, lid 1, ervan enkel van toepassing is op beroepen met betrekking tot procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/18 die niet van de werkingssfeer van deze laatste richtlijn zijn uitgesloten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 ervan.

25 De verwijzingsbeslissing vermeldt weliswaar niet de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde raamovereenkomst – ingevolge artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/18 bedraagt het drempelbedrag voor toepassing van deze richtlijn 200 000 EUR voor overheidsopdrachten voor diensten die zijn geplaatst door andere aanbestedende diensten dan centrale overheidsinstanties –, maar uit verschillende gegevens in het dossier van de nationale procedure blijkt dat voor die raamovereenkomst die drempel ruim is overschreden. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om dit te verifiëren.

26 Voorts valt de betrokken raamovereenkomst naar haar aard niet onder de uitsluitingen als bedoeld in de artikelen 10 tot en met 18 van richtlijn 2004/18, zodat niets het Hof belet de gestelde vragen te beantwoorden.

Eerste vraag

27 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, gelet op het arrest van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een inschrijver die bij een definitief geworden besluit van de aanbestedende dienst is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en die bijgevolg geen betrokken inschrijver is in de zin van artikel 2 bis van die richtlijn, het recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht en tegen de sluiting van de overeenkomst wanneer alleen de uitgesloten inschrijver en de opdrachtnemer een offerte hebben ingediend en de uitgesloten inschrijver stelt dat ook de offerte van de opdrachtnemer had moeten worden uitgesloten.

28 In dit verband moet erop worden gewezen dat beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst volgens artikel 1, lid 1, derde alinea, en artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 slechts als doeltreffend kunnen worden aangemerkt indien zij op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder 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 (arrest van 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punt 23).

29 In de punten 26 en 27 van dit laatste arrest heeft het Hof uiteengezet dat het arrest van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), een concrete toepassing vormt van de in artikel 1, lid 1, derde alinea, en artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 vervatte vereisten in omstandigheden waarin twee inschrijvers na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht allebei een beroep instellen om de ander te laten uitsluiten. In een dergelijke situatie heeft immers elk van beide inschrijvers belang bij de gunning van een bepaalde opdracht.

30 De situatie waarop het hoofdgeding betrekking heeft, verschilt echter zeer duidelijk van de situaties aan de orde in de twee zaken die hebben geleid tot de arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 Ten eerste waren de offertes van de inschrijvers in de twee laatstbedoelde zaken niet uitgesloten door de aanbestedende dienst, anders dan het geval is bij de offerte van het consortium in het hoofdgeding.

32 Ten tweede betwistte in die beide zaken elk van de inschrijvers de regelmatigheid van de offerte van de ander in het kader van één en dezelfde beroepsprocedure tegen het besluit tot gunning van de opdracht, waarbij elk van beiden een gelijkwaardig legitiem belang had bij de uitsluiting van de offerte van de ander. Dat kon leiden tot de vaststelling dat het voor de aanbestedende dienst onmogelijk was om een regelmatige offerte te selecteren (zie in die zin arresten van 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punt 33, en 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punt 24). In het hoofdgeding daarentegen heeft het consortium eerst beroep ingesteld tegen het besluit waarbij het is uitgesloten en vervolgens tegen het besluit tot gunning van de opdracht. Het is in deze tweede procedure dat het aanvoert dat de offerte van de succesvolle inschrijver onregelmatig is.

33 Bijgevolg is het in de rechtspraak, en met name in de arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), geformuleerde beginsel niet van toepassing op de concrete procedurele situatie die in het hoofdgeding aan de orde is.

34 Voorts moet erop worden gewezen dat richtlijn 89/665 blijkens artikel 1, lid 3, en artikel 2 bis de invoering waarborgt van doeltreffende beroepsmogelijkheden tegen onregelmatige besluiten die in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht worden genomen, doordat zij uitgesloten inschrijvers de mogelijkheid biedt om niet alleen het besluit tot uitsluiting te betwisten, maar ook – zolang daarover geen uitspraak is gedaan – verdere besluiten die hen zouden benadelen indien hun uitsluiting zou worden teruggedraaid.

35 Artikel 1, lid 3, van die richtlijn kan dan ook niet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een inschrijver als het consortium het recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de opdracht, aangezien dat consortium te beschouwen is als een definitief uitgesloten inschrijver in de zin van artikel 2 bis, lid 2, tweede alinea, van die richtlijn.

36 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een inschrijver die bij een definitief geworden besluit van de aanbestedende dienst is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, het recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht en tegen de sluiting van de overeenkomst wanneer alleen de uitgesloten inschrijver en de opdrachtnemer een offerte hebben ingediend en de uitgesloten inschrijver stelt dat ook de offerte van de opdrachtnemer had moeten worden uitgesloten.

Tweede vraag

37 Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

38 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een inschrijver die bij een definitief geworden besluit van de aanbestedende dienst is uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, het recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht en tegen de sluiting van de overeenkomst wanneer alleen de uitgesloten inschrijver en de opdrachtnemer een offerte hebben ingediend en de uitgesloten inschrijver stelt dat ook de offerte van de opdrachtnemer had moeten worden uitgesloten.

ondertekeningen