CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 24 februari 2022 [1]

Zaak C-669/20

Veridos GmbH
tegen
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

[verzoek van de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Procedures voor het plaatsen van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten – Richtlijn 2014/24/EU – Richtlijn 2009/81/EG – Vaststelling van een criterium voor de beoordeling van een abnormaal lage inschrijving – Vereiste van minstens drie inschrijvingen”

1. Wanneer bepaalde overheidsopdrachten moeten worden gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving of de inschrijving met de laagste prijs, kunnen aanbestedende diensten krachtens het Unierecht „abnormaal lage inschrijvingen” die niet naar behoren zijn gemotiveerd, afwijzen.

2. In dit verzoek om een prejudiciële beslissing wordt een aantal vragen voorgelegd met betrekking tot een overheidsopdracht voor de planning, de ontwikkeling en het beheer van een systeem voor de afgifte van Bulgaarse identiteitsdocumenten. Kort samengevat wenst de verwijzende rechter te vernemen:

– onder welke voorwaarden en in hoeverre de aanbestedende dienst verplicht is na te gaan of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen in de zin van richtlijn 2009/81/EG [2] en richtlijn 2014/24/EU [3];

– op welk tijdstip de beoordeling van de aanbestedende dienst dat er geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving, aan rechterlijke toetsing moet worden onderworpen en of die beoordeling met redenen moet zijn omkleed.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (PB 2009, L 216, blz. 76).

[3] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

A. Unierecht

1. Richtlijn 2014/24

3. Overweging 90 luidt:

„Om tot een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te kunnen komen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch meest voordelige is, dient de gunning van de opdracht te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen. […]

Om te bevorderen dat bij aanbestedingen meer op kwaliteit wordt ingezet, moeten de lidstaten, als zij het nodig achten, het bepalen van de economisch voordeligste inschrijving op basis van alleen de prijs of alleen de kosten, kunnen verbieden of beperken.

Om te garanderen dat bij de gunning het beginsel van gelijke behandeling in acht wordt genomen, moet de aanbestedende dienst worden verplicht de nodige transparantie te betrachten, zodat iedere inschrijver redelijkerwijs kennis kan nemen van de criteria en regelingen die bij de gunning van de opdracht worden toegepast. De aanbestedende dienst moet daarom worden verplicht de gunningscriteria en hun relatieve gewicht aan te geven. […]”

4. In overweging 92 wordt verklaard:

„Met het oog op het beoordelen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding moet de aanbestedende dienst bepalen welke economische en kwalitatieve criteria in verband met het voorwerp van het contract hij zal aanleggen. Deze criteria moeten dus een vergelijkende beoordeling van het prestatieniveau van iedere inschrijving mogelijk maken met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, zoals omschreven in de technische specificaties. Met betrekking tot de beste prijs-kwaliteitsverhouding is in deze richtlijn een niet-uitputtende lijst van mogelijke gunningscriteria opgenomen, die ook op de milieu- en sociale aspecten betrekking hebben. De aanbestedende diensten moeten worden aangemoedigd gunningscriteria te kiezen waarmee zij werken, leveringen en diensten van hoge kwaliteit kunnen verwerven die optimaal aansluiten op hun behoeften.

De gekozen gunningscriteria mogen de aanbestedende dienst geen onbeperkte vrijheid geven en moeten ervoor zorgen dat effectieve en eerlijke mededinging mogelijk blijft; zij moeten dus vergezeld gaan van regelingen op basis waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden gecontroleerd.

[…]”

5. Artikel 56 („Algemene beginselen”) bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van criteria als vastgesteld overeenkomstig de artikelen 67 tot en met 69, mits de aanbestedende dienst er overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 op heeft toegezien dat aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

[…]”

6. Artikel 69 („Abnormaal lage inschrijvingen”) luidt:

„1. De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.

[…]

3. De aanbestedende dienst beoordeelt de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver. Hij kan de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, […].”

2. Richtlijn 2009/81

7. In overweging 15 staat te lezen:

„Wanneer in de lidstaten opdrachten worden geplaatst door aanbestedende diensten als bedoeld in richtlijn 2004/17/EG […] en door aanbestedende diensten als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG […], moeten de Verdragsbeginselen worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

[…]”

8. Overweging 69 luidt:

„De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen op transparante en objectieve wijze en onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast: het criterium van de ‚laagste prijs’ en het criterium van de ‚economisch voordeligste inschrijving’.”

9. Artikel 38 („Controle van de geschiktheid van de gegadigden, selectie van de deelnemers en gunning van de opdrachten”) bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van de in artikel 47 en 49 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 19, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 39 of 40 uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 41 tot en met 46, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3 van dit artikel.

[…]”

10. Artikel 49 („Abnormaal lage inschrijvingen”) luidt:

„1. Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden ingediend die in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving.

[…]

2. De aanbestedende dienst onderzoekt in overleg met de inschrijver de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen.

[…]”

11. Lid 2 van artikel 55 („Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”) luidt:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 56 tot en met 62, op grond van het feit dat door die besluiten het [Unierecht] inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat [Unierecht] is omgezet, geschonden zijn.”

B. Bulgaars recht

12. Artikel 72 van de Zakon za obshtestvenite porachki (wet inzake overheidsopdrachten), met als opschrift „Abnormaal lage inschrijvingen”, luidt als volgt:

„1. Indien de prijs of de kosten van een te beoordelen inschrijving uit het oogpunt van een bepaald beoordelingscriterium meer dan 20 % lager liggen dan het gemiddelde van die van de overige inschrijvers, verlangt de aanbestedende dienst dat de betrokken inschrijver hem binnen vijf dagen na ontvangst van het verzoek een uitvoerige en schriftelijke verantwoording bezorgt over de samenstelling van de inschrijving.”

II. Feiten, geding en prejudiciële vragen

13. Het ministerie van Binnenlandse Zaken van de Republiek Bulgarije heeft als aanbestedende dienst een aanbesteding uitgeschreven voor „de planning, de ontwikkeling en het beheer van een systeem voor de afgifte van Bulgaarse identiteitsdocumenten van de generatie 2019”. [4]

14. Na een voorselectie zijn Veridos GmbH (hierna: „Veridos”) en het consortium Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (hierna: „Mühlbauer”) uitgenodigd om een inschrijving in te dienen.

15. De opdracht is uiteindelijk aan Mühlbauer gegund. [5]

[4] Aankondiging van de opdracht bekendgemaakt bij besluit nr. 5785 MPR-58 van 15 augustus 2018.

[5] Besluit nr. 5785 MPR-35 van 29 april 2020.

16. Veridos heeft bij de Komisia za zashtita na konkurentsiata (Bulgaarse mededingingsautoriteit) bezwaar gemaakt tegen de gunning op grond dat de geselecteerde inschrijving abnormaal laag was. [6]

17. De mededingingsautoriteit heeft het bezwaar van Veridos bij besluit van 25 juni 2020 afgewezen. Volgens deze autoriteit was artikel 72 van de wet inzake overheidsopdrachten niet van toepassing, aangezien er slechts twee inschrijvingen waren ingediend en het derhalve niet mogelijk was om het door deze bepaling voorgeschreven gemiddelde te berekenen teneinde te beoordelen of een van de inschrijvingen abnormaal laag was.

18. Veridos is tegen het besluit van 25 juni 2020 opgekomen bij de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije), die het Hof verzoekt om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten artikel 56 van richtlijn [2014/24] juncto artikel 69 ervan, alsook artikel 38 van richtlijn [2009/81] juncto artikel 49 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, ingeval een in de nationale wetgeving vastgesteld criterium voor de beoordeling van een abnormaal lage inschrijving objectief niet van toepassing is en bij gebreke van een ander door de aanbestedende dienst gekozen en op voorhand bekendgemaakt criterium, niet verplicht is te onderzoeken of er sprake is van een abnormaal lage inschrijving?

2) Moeten artikel 56 van richtlijn [2014/24] juncto artikel 69 ervan, alsook artikel 38 van richtlijn [2009/81] juncto artikel 49 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst alleen dan verplicht is te onderzoeken of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen wanneer een dergelijk vermoeden over een bepaalde inschrijving bestaat, of is de aanbestedende dienst daarentegen verplicht zich altijd te vergewissen van de ernst van de ingediende inschrijvingen en zijn beslissingen daaromtrent naar behoren te motiveren?

3) Geldt een dergelijk vereiste voor de aanbestedende dienst wanneer slechts twee inschrijvingen zijn ingediend in het kader van de aanbestedingsprocedure?

4) Moet artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [(hierna: ‚Handvest')] aldus worden uitgelegd dat de beoordeling door de aanbestedende dienst dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat er sprake is van een abnormaal lage inschrijving, dan wel de overtuiging van deze dienst dat de inschrijving van de als eerste geplaatste inschrijver als serieus is aan te merken, onderworpen is aan rechterlijke toetsing?

5) Indien de voorgaande vraag bevestigend wordt beantwoord: moet artikel 47 van het [Handvest] aldus worden uitgelegd dat op een aanbestedende dienst die in een aanbestedingsprocedure niet heeft onderzocht of er sprake is van een abnormaal lage inschrijving, de verplichting rust aan te tonen en te motiveren waarom er geen sprake is van een vermoeden van een abnormaal lage inschrijving, dat wil zeggen waarom er geen gronden zijn om aan de ernst van de eerst gerangschikte inschrijving te twijfelen?"

III. Procedure bij het Hof

19. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij de griffie van het Hof ingekomen op 8 december 2020.

[6] Verwijzingsbeslissing, punt 41, in fine.

20. Op 1 februari 2021 heeft de president van het Hof beslist niet in te gaan op het verzoek om toepassing van de versnelde procedure.

21. Veridos, Mühlbauer, de Oostenrijkse, de Bulgaarse, de Tsjechische en de Franse regering alsook de Europese Commissie hebben opmerkingen ingediend.

22. Het houden van een openbare terechtzitting werd niet noodzakelijk geacht.

IV. Beoordeling

A. Voorafgaande opmerkingen

23. Richtlijn 2009/81 is op deze zaak van toepassing, aangezien het gaat om een overheidsopdracht voor de afgifte van identiteitsdocumenten, wat onder het „defensie- en veiligheidsgebied" valt. [7] Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, heeft de aanbestedende dienst de aanbesteding van deze algemene opdracht ook in overeenstemming met deze richtlijn bekendgemaakt. [8]

24. De verwijzende rechter heeft echter vragen voorgelegd over de relevante artikelen van richtlijn 2009/81 én richtlijn 2014/24. Volgens hem is dit gerechtvaardigd „op grond van de identieke inhoud en de analoge werking van de relevante bepalingen van beide richtlijnen". [9] Hier bestaat geen bezwaar tegen, aangezien de bepalingen van de twee richtlijnen waarvan om uitlegging wordt verzocht, in wezen overeenkomen, zodat het antwoord van het Hof gelijkelijk geldt voor al die bepalingen. [10]

[7] De Bulgaarse regering stelt (punt 9 van haar opmerkingen) dat het materiaal en de technologie die voor identiteitskaarten worden gebruikt, gerubriceerde informatie vereisen of bevatten en bijgevolg vallen onder „gevoelig materiaal" in de zin van artikel 2, onder b) en c), van richtlijn 2009/81.

[8] Volgens de verwijzingsbeslissing (punt 22) heeft de aanbestedende dienst „besloten om één algemene opdracht aan te kondigen overeenkomstig richtlijn [2009/81]", met inachtneming van overweging 24 van die richtlijn, in plaats van gebruik te maken van de mogelijkheid waarin overweging 13 van richtlijn 2014/24 voorziet. Overeenkomstig artikel 16, lid 2, onder b), van laatstgenoemde richtlijn geldt voor gemengde overheidsopdrachten dat „wanneer een bepaald onderdeel van een opdracht onder richtlijn [2009/81] valt, […] de opdracht overeenkomstig die richtlijn [kan] worden gegund, mits de gunning van één algemene opdracht op objectieve gronden gerechtvaardigd is".

[9] Punt 22 van de verwijzingsbeslissing.

[10] Verwijzingen in de regelgeving naar abnormaal lage inschrijvingen waren en zijn een constante in het Unierecht inzake overheidsopdrachten sinds richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 1; artikel 29, lid 5). Ze waren nadien terug te vinden in richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1; artikel 25, lid 5), in richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1; artikel 37), in richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1993, L 199, blz. 12; artikel 27), in richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54; artikel 30, lid 4), en in richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1993, L 199, blz. 84; artikel 34). Deze verwijzingen komen ook voor in volgende generaties van deze wetgeving, zoals richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1; artikel 57), 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; artikel 55), en richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243; artikel 84).

25. In dezelfde geest en zoals ik hieronder zal uiteenzetten, kan de desbetreffende rechtspraak van het Hof op de onderhavige zaak worden toegepast, ook al heeft die rechtspraak betrekking op analoge bepalingen van andere richtlijnen inzake overheidsopdrachten dan de twee bovengenoemde.

26. Op grond van hun inhoud kunnen de vragen van de verwijzende rechter in twee blokken worden ingedeeld:

– Bij de eerste drie vragen gaat het erom te bepalen of de aanbestedende dienst verplicht is na te gaan of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen en, zo ja, onder welke voorwaarden en in hoeverre hij daartoe verplicht is.

– De vierde en de vijfde vraag hebben betrekking op de motivering die de aanbestedende dienst moet geven voor zijn beoordeling dat er geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving, en op de rechterlijke toetsing van deze beoordeling.

B. Verplichting om na te gaan of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen (eerste, tweede en derde prejudiciële vraag)

27. Volgens de verwijzende rechter draait het geding uitsluitend rond de bevoegdheid die de nationale wetgever heeft uitgeoefend door in artikel 72, lid 1, van de wet inzake overheidsopdrachten het criterium voor de beoordeling van abnormaal lage inschrijvingen vast te stellen. [11]

28. Als ik de redenering van de verwijzende rechter goed begrijp, lijkt uit zijn uitlegging van de nationale bepaling te volgen dat het *enige* criterium om een inschrijving als „abnormaal laag" aan te merken, erin bestaat dat de prijs ervan 20 % lager ligt dan het gemiddelde van de inschrijvingen van de overige inschrijvers. Indien dit criterium geen toepassing vindt omdat er slechts twee inschrijvingen zijn ingediend, zou de aanbestedende dienst niet kunnen beoordelen of een van beide abnormaal laag is. [12]

29. Vóór ik inga op de vraag of de aldus uitgelegde nationale bepaling [13] in overeenstemming is met de richtlijnen 2009/81 en 2014/24 (met name artikel 49 van de eerste richtlijn en artikel 69 van de tweede richtlijn), breng ik het volgende in herinnering:

– Artikel 49 van richtlijn 2009/81 legt de aanbestedende dienst de verplichting op erop toe te zien en na te gaan dat inschrijvingen ernstig zijn. Wanneer een bepaalde inschrijving in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijkt, moet de aanbestedende dienst schriftelijk

[11] Punt 23 van de verwijzingsbeslissing. Na deze bepaling te hebben aangehaald, verklaart de verwijzende rechter dat uit het criterium om een inschrijving als abnormaal te beschouwen wanneer die meer dan 20 % lager ligt dan het gemiddelde van de inschrijvingen van de overige inschrijvers, „impliciet het wettelijke vereiste [kan] worden afgeleid dat minstens sprake moet zijn van drie inschrijvingen, zodat een inschrijving kan worden beoordeeld aan de hand van het gemiddelde van de twee overige inschrijvingen".

[12] De Bulgaarse regering (punt 34 van haar opmerkingen) is dezelfde mening toegedaan: wanneer er slechts twee inschrijvingen zijn ingediend, ontbreekt het objectieve identificatiecriterium om deze inschrijvingen als abnormaal laag te kunnen aanmerken, zodat bij de aanbestedende dienst onmogelijk het vermoeden kan ontstaan dat een van beide abnormaal laag is.

[13] De bevoegdheid om het nationale recht uit te leggen, komt logischerwijs de verwijzende rechter toe, maar niettemin kan de vraag worden opgeworpen of de vergelijking van de prijs van een inschrijving met de gemiddelde prijs van de overige inschrijvingen in de Bulgaarse wetgeving in feite niet louter wordt beschouwd als een methode die een niet-uitsluitende aanwijzing voor een abnormaal lage prijs kan opleveren. Vanuit dit oogpunt zou de aanbestedende dienst andere, subsidiaire criteria kunnen hanteren om het afwijkende karakter van een inschrijving als zodanig te herkennen, ook al zijn deze criteria niet expliciet in die wetgeving opgenomen.

verzoeken om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving.

– Overeenkomstig artikel 69 van richtlijn 2014/24 moet de aanbestedende dienst „ondernemers ertoe [verplichten] de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn".

30. Zoals ik reeds heb vermeld, moeten deze bepalingen worden gelezen in het licht van de rechtspraak van het Hof, aangezien de Uniewetgever het begrip „abnormaal lage inschrijving" daarin niet heeft gedefinieerd en evenmin een specifieke methode heeft vastgesteld voor de berekening van een drempel waaronder een inschrijving als *abnormaal laag* moet worden aangemerkt. [14] Daarom is het, zoals gezegd, van belang om de betrokken bepalingen uit te leggen aan de hand van de rechtspraak op dit gebied, die in de loop der tijd een opmerkelijke continuïteit heeft gekend. [15]

31. Zo verklaarde het Hof:

– met betrekking tot richtlijn 92/50 dat „[h]et […] aan de lidstaten en met name aan de aanbestedende diensten [staat] om de berekeningswijze te bepalen van een drempel die resulteert in een ‚abnormaal lage aanbieding' […]" [16];

– met betrekking tot richtlijn 93/37 dat de aanbestedende dienst zich niet kan onttrekken aan de verplichting om „de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen aan te wijzen" en om vervolgens de overeenkomstige (contradictoire) verificatieprocedure in te leiden [17];

– met betrekking tot richtlijn 2004/18 [18] dat „de Uniewetgever *de aanbestedende dienst heeft willen verplichten* om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen *te onderzoeken* door hem in dat opzicht te verplichten de gegadigden te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus zijn" [19].

32. Wat artikel 69 van richtlijn 2014/24 betreft, heeft het Hof bevestigd dat:

– „wanneer een inschrijving kan worden aangemerkt als abnormaal laag, de aanbestedende diensten van de inschrijver *verlangen* dat hij de daarin voorgestelde prijs of kosten nader toelicht, waarbij deze toelichtingen met name betrekking kunnen hebben op de in lid 2 van dat artikel bedoelde gegevens" [20];

[14] Dit onderstreept de Commissie in haar mededeling van 24 juli 2019, „Richtsnoeren voor de deelname van inschrijvers en goederen uit derde landen aan de aanbestedingsmarkt van de EU", C(2019) 5494 final, punt 2.1.

[15] Deze continuïteit blijkt met name uit de arresten van 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256; hierna: „arrest Fratelli Costanzo"); 27 november 2001, Lombardini en Mantovani (C-285/99 en C-286/99, EU:C:2001:640; hierna: „arrest Lombardini en Mantovani"); 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191); 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466); 19 oktober 2017, Agriconsulting Europe/Commissie (C-198/16 P, EU:C:2017:784), en 10 september 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; hierna: „arrest Tax-Fin-Lex").

[16] Arrest van 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punt 49).

[17] Arrest Lombardini en Mantovani, punt 55.

[18] Waarvan artikel 55, lid 1, overeenkomt met artikel 49, lid 1, van richtlijn 2009/81.

[19] Arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191, punt 28). Cursivering van mij.

[20] Arrest Tax-Fin-Lex, punt 32.

– de aanbestedende dienst de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver moet beoordelen en een dergelijke inschrijving alleen kan afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal. [21]

33. Kortom, de Unieregeling legt de aanbestedende diensten in elk geval de verplichting op om na te gaan of de ingediende inschrijvingen op het eerste gezicht niet abnormaal laag lijken te zijn.

34. Daarbij is het niet van belang dat „een in de nationale wetgeving vastgesteld criterium voor de beoordeling van een abnormaal lage inschrijving" niet kan worden toegepast en dat een ander door de aanbestedende dienst gekozen criterium niet vooraf is bekendgemaakt. Zoals gezegd mag de aanbestedende dienst niet nalaten zich te vergewissen van de ernst van de inschrijving (alle inschrijvingen).

35. Het is evenmin van belang dat slechts twee gegadigden aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen: elk van deze twee inschrijvingen moet worden onderzocht door de aanbestedende dienst, die zal beoordelen of zij vermoedelijk onregelmatig zijn.

36. Zoals ik hierboven heb uiteengezet, is het in beginsel aan de lidstaten en de aanbestedende diensten om te bepalen hoe de drempel waaronder er sprake is van een „abnormaal lage aanbieding" moet worden berekend. Het Unierecht bevat in elk geval richtsnoeren ter vaststelling van het voorwerp van de toelichtingen die kunnen worden verlangd van de inschrijver die een vermoedelijk onregelmatige inschrijving heeft ingediend. [22]

37. De Bulgaarse regering betoogt dat abnormaal lage inschrijvingen enkel kunnen worden aangewezen op basis van rekenkundige bewerkingen, zoals die welke in de nationale regeling is opgenomen. Volgens deze regering zorgt die oplossing voor een objectiviteit die niet kan worden gewaarborgd indien vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen worden aangewezen op basis van de subjectieve beoordeling van de aanbestedende dienst. [23]

38. Ik ben het niet eens met dat argument. De aanbestedende dienst moet in het licht van alle kenmerken van het voorwerp van de aanbesteding de inschrijvingen aanwijzen die onregelmatig lijken te zijn (en dus aan de contradictoire verificatieprocedure moeten worden onderworpen). Hoe nuttig de vergelijking met de overige concurrerende inschrijvingen in bepaalde gevallen ook kan zijn om abnormaal lage inschrijvingen aan te wijzen, zij mag niet het *enige* criterium zijn dat de aanbestedende dienst hanteert. Door alle elementen van de vermoedelijk onregelmatige inschrijving afzonderlijk te onderzoeken, kan de aanbestedende dienst nagaan of deze, anders dan de schijn en het verschil met de prijzen van andere gegadigden voor de aanbesteding doen voorkomen, voldoende ernstig is. [24]

[21] Ibidem, punt 33.

[22] Overeenkomstig artikel 49 van richtlijn 2009/81 kunnen deze toelichtingen betrekking hebben op: 1) de doelmatigheid van het bouwproces, van het fabricageproces van de producten of van de dienstverlening; 2) de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren; 3) de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver; 4) de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd; 5) de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.. In wezen is de formulering gelijkluidend aan die van artikel 69 van richtlijn 2014/24.

[23] Punt 18 van de schriftelijke opmerkingen van de Bulgaarse regering.

[24] In het arrest Tax-Fin-Lex heeft het Hof niet uitgesloten dat onder bepaalde omstandigheden zelfs een inschrijving met een prijs van 0 EUR toelaatbaar (dat wil zeggen niet abnormaal laag) kan zijn, hoe groot het verschil ten opzichte van de overige ingediende inschrijvingen ook is.

39. Verder heeft het Hof reeds verklaard dat het gebruik van een louter mathematisch criterium in strijd kan zijn met de doelstelling om een daadwerkelijke mededinging te ontwikkelen op het gebied van overheidsopdrachten. Dit was het geval in de zaken die hebben geleid tot het arrest Fratelli Costanzo en het arrest Lombardini en Mantovani:

– In de eerste zaak werden „de inschrijvingen die een in de kennisgeving van aanbesteding vermeld aantal percentpunten lager blijken dan het gemiddelde percentage waarmee de toegelaten inschrijvingen van het referentiebedrag afwijken" op grond van de Italiaanse regeling als abnormaal beschouwd en derhalve van de aanbesteding uitgesloten. Overeenkomstig die kennisgeving van aanbesteding moesten alle inschrijvingen die niet ten minste 9,48 % hoger lagen dan het referentiebedrag, automatisch worden uitgesloten. [25]

– In de tweede zaak werd het percentage dat voor de aanbestedende dienst de verplichting meebracht om de abnormaal lage inschrijving aan de verificatieprocedure te onderwerpen, vastgesteld „op het rekenkundige gemiddelde van de kortingspercentages van alle toegelaten inschrijvingen, vermeerderd met de gemiddelde rekenkundige afwijking van de kortingspercentages die hoger zijn dan dit gemiddelde". [26]

40. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat „een mathematisch criterium, op grond waarvan inschrijvingen die meer dan 10 percentpunten lager zijn dan de gemiddelde afwijking ten opzichte van de basiswaarde van de opdracht van alle tot de aanbesteding toegelaten inschrijvingen, als abnormaal worden beschouwd en dus van de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten, de indieners van een bijzonder lage inschrijving de mogelijkheid [ontneemt] te bewijzen dat hun inschrijving serieus is, zodat de toepassing van een dergelijk criterium in strijd is met de doelstelling van richtlijn 71/305, namelijk de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van de overheidsopdrachten". [27]

41. Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een nationale regeling op grond waarvan het *enige* criterium om te beoordelen of een inschrijving abnormaal laag is, erin bestaat dat de prijs ervan 20 % lager ligt dan het gemiddelde van de door de overige inschrijvers ingediende inschrijvingen, niet verenigbaar is met het Unierecht.

42. De verplichting om de ernst van *alle* concurrerende inschrijvingen te verifiëren, heeft tot doel de naleving te waarborgen van de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in overeenstemming waarmee overheidsopdrachten moeten worden gegund. [28]

43. Deze doelstelling zou worden ondermijnd indien de criteria aan de hand waarvan inschrijvingen als „abnormaal laag" kunnen worden aangemerkt (ten opzichte van de overige concurrerende inschrijvingen), krachtens de nationale regelgeving worden beperkt tot zuiver procentuele parameters. Daardoor zouden artikel 49 van richtlijn 2009/81 en artikel 69 van richtlijn 2014/24 immers terzijde worden gesteld.

[25] Arrest Fratelli Costanzo, punten 6-10.

[26] Arrest Lombardini en Mantovani, punt 8.

[27] Arrest Lombardini en Mantovani, punt 47, waarin wordt verwezen naar het arrest Fratelli Costanzo, punt 18. Volgens het laatste arrest hebben de Uniebepalingen op het gebied van overheidsopdrachten zoals die welke hier aan de orde zijn, rechtstreekse werking vanwege hun inhoud, onvoorwaardelijkheid en nauwkeurigheid.

[28] Dit blijkt uit overweging 69 van richtlijn 2009/81.

C. Motivering en rechterlijke toetsing van de beoordeling door de aanbestedende dienst of er mogelijkerwijs sprake is van een abnormaal lage inschrijving (vierde en vijfde prejudiciële vraag)

44. Artikel 55, lid 2, van richtlijn 2009/81 voorziet in het recht om beroep in te stellen tegen besluiten van de aanbestedende dienst.[29] De bepaling sluit aan bij de regeling van richtlijn 89/665/EG[30] en waarborgt, zoals de Commissie opmerkt, dat de in artikel 47 van het Handvest neergelegde rechten worden geëerbiedigd.[31]

45. Volgens artikel 55, lid 4, van richtlijn 2009/81 zijn de lidstaten algemeen verplicht ervoor te zorgen dat „beroepsprocedures […] 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".

46. In verband met abnormaal lage inschrijvingen moet dit tweede blok vragen vanuit een dubbel perspectief worden beantwoord, namelijk:

– in de eerste plaats, naargelang de aanbestedende dienst een uitdrukkelijk dan wel impliciet besluit over de ernst van een van de concurrerende inschrijvingen heeft genomen;

– in de tweede plaats, naargelang van de rechterlijke toetsing van de beoordeling van de aanbestedende dienst.

1. Aard (en eventuele motivering) van het besluit van de aanbestedende dienst

47. Artikel 49 van richtlijn 2009/81, dat betrekking heeft op abnormaal lage inschrijvingen, houdt voor de aanbestedende dienst niet de ongedifferentieerde verplichting in om *zich uitdrukkelijk uit te spreken* over de vraag of een bepaalde inschrijving al dan niet abnormaal laag is.

48. Deze verplichting geldt daarentegen wel wanneer de aanbestedende dienst „voor een bepaalde opdracht" van mening is dat „inschrijvingen" „in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken".

49. Zoals ik hierboven heb opgemerkt, is de aanbestedende dienst „in de eerste plaats [verplicht] de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen aan te wijzen"[32] in het licht van alle kenmerken van het voorwerp van de aanbesteding en, in voorkomend geval, de verhouding van elk van de inschrijvingen tot de overige inschrijvingen.

[29] „De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld […], op grond van het feit dat door die besluiten het [Unierecht] inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat [Unierecht] is omgezet, geschonden zijn."

[30] Richtlijn 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). Aangezien artikel 55, lid 2, van richtlijn 2009/81 hetzelfde bepaalt als artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665, is het mogelijk om de arresten van het Hof betreffende laatstgenoemde richtlijn naar analogie toe te passen.

[31] De Commissie citeert overweging 36 van 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 (PB 2007, L 335, blz. 31). Volgens deze overweging wordt „met name [beoogd] de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest".

[32] Arrest Lombardini en Mantovani, punt 55.

50. Indien de aanbestedende dienst meent dat geen van de aldus beoordeelde inschrijvingen abnormaal laag is, is hij niet verplicht een ad-hocverklaring in die zin te formuleren. Op dit punt ben ik het met Mühlbauer en de Franse regering eens: wanneer de aanbestedende dienst een inschrijving gewoon aanvaardt, houdt dat impliciet in dat hij ervan overtuigd is dat de inschrijving niet abnormaal laag is.

51. Een ad-hocverklaring is slechts noodzakelijk wanneer de aanbestedende dienst vaststelt dat een inschrijving mogelijkerwijs abnormaal laag is en de betrokken inschrijver (overeenkomstig artikel 49, lid 1, van richtlijn 2009/81) aansluitend in staat stelt de ernst van zijn inschrijving te bewijzen door hem te verzoeken de preciseringen en toelichtingen te verstrekken die hij als aanbestedende dienst nuttig acht.

52. Na afloop van deze contradictoire procedure zal de aanbestedende dienst, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, „de relevantie van de door de betrokkenen verstrekte toelichting" moeten beoordelen om een „besluit te nemen over de toelating of de afwijzing van [de] inschrijvingen" ten aanzien waarvan een vermoeden van onregelmatigheid bestaat.[33] Dit besluit moet logischerwijs voldoende gemotiveerd zijn.

53. Wanneer de aanbestedende dienst vermoedt dat een inschrijving abnormaal laag is, moet hij dus na afloop van de desbetreffende contradictoire verificatieprocedure *besluiten* of hij de inschrijving aanvaardt dan wel afwijst. Teneinde de rechten van de betrokkene te eerbiedigen moet hij zijn besluit motiveren.[34]

54. Dit volgt uit artikel 35 van richtlijn 2009/81, op grond waarvan de aanbestedende dienst verplicht is „de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk in kennis [te stellen] van de besluiten die zijn genomen inzake de gunning van een opdracht".

55. Indien de aanbestedende dienst daarentegen van mening is dat er op het eerste gezicht geen sprake is van abnormaal lage inschrijvingen, wordt de contradictoire verificatieprocedure niet uitgevoerd en wordt er ter zake geen uitdrukkelijk besluit genomen.

56. In die context omvat het besluit tot afsluiting van de gunningsprocedure impliciet het besluit dat geen van de ingediende inschrijvingen als abnormaal laag wordt aangemerkt. De motivering van laatstgenoemd besluit is eenvoudigweg dat er geen aanwijzingen zijn die het noodzakelijk zouden hebben gemaakt om een vermoedelijk onregelmatige inschrijving concreet te onderzoeken.

2. Rechterlijke toetsing van het besluit over de vraag of een inschrijving abnormaal laag is

57. Om uit te maken hoe de noodzakelijke rechterlijke toetsing van het besluit van de aanbestedende dienst moet worden verricht, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de twee hierboven uiteengezette situaties: ofwel heeft de aanbestedende dienst een uitdrukkelijk

[33] Arrest Lombardini en Mantovani, punt 55.

[34] Zoals het Hof heeft gememoreerd in zijn beschikking van 14 februari 2019 in zaak C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco (EU:C:2019:118), punt 33, is het vaste rechtspraak dat „de doeltreffendheid van de door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde rechterlijke toetsing [vereist] dat de belanghebbende kennis kan nemen van de gronden waarop het jegens hem genomen besluit is gebaseerd, hetzij door lezing van het besluit zelf, hetzij doordat de redenen hem op zijn verzoek worden meegedeeld, teneinde hem de mogelijkheid te bieden zijn rechten onder zo goed mogelijke omstandigheden te verdedigen en met volledige kennis van zaken te beslissen of hij er baat bij heeft om zich tot de bevoegde rechter te wenden, en teneinde deze laatste ten volle in staat te stellen om de wettigheid van het betrokken nationale besluit te toetsen".

standpunt ingenomen over het vermoeden van onregelmatigheid dat een bepaalde inschrijving heeft gewekt, ofwel heeft hij dit impliciet gedaan door de aanbestedingsprocedure definitief af te sluiten zonder blijk te geven van enige twijfel over de ernst van die of andere inschrijvingen.

58. Richtlijn 2009/81 is weliswaar rechtstreeks van toepassing, maar ik zal toch verwijzen naar de rechtspraak van het Hof over richtlijn 89/665 [35], aangezien die richtlijn zoals gezegd een soortgelijke regeling voor het instellen van beroepsprocedures bevat als richtlijn 89/665.

59. De toetsing waarnaar de algemene bepaling van artikel 1, lid 1, laatste alinea, van richtlijn 89/665 verwijst, betreft alle besluiten van de aanbestedende dienst waarbij het Unierecht op dit gebied wordt toegepast. [36]

60. Tot de besluiten van de aanbestedende dienst die vatbaar zijn voor toetsing behoren, logischerwijs, die waarbij de opdracht door de keuze voor een van de inschrijvingen wordt gegund, maar ook besluiten van andere aard die van invloed zijn op de rechtspositie van de betrokkenen. [37]

61. Richtlijn 89/665 bepaalt „niet uitdrukkelijk vanaf welk moment de beroepsmogelijkheid [openstaat] waarin zij in artikel 1, lid 1, voorziet”. [38] Wat het Hof verlangt, is dat wordt gewaarborgd dat er op doeltreffende wijze en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen besluiten van de aanbestedende dienst. [39]

62. De Uniewetgever heeft de lidstaten de taak toebedeeld om de „modaliteiten” van de beroepsprocedures tegen de besluiten van aanbestedende diensten te bepalen (artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665). [40]

63. De lidstaten kunnen het beroep tegen besluiten van de aanbestedende dienst dus in beginsel aldus regelen dat het zowel op gebundelde wijze (samen met het hoofdberoep) als afzonderlijk (daarvan) kan worden ingesteld. Geen van beide mechanismen wordt opgelegd of uitgesloten door richtlijn 89/665.

[35] In de volgende punten (59-64) zijn de beschouwingen uit mijn conclusie in de zaak Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295) weergegeven.

[36] Arrest van 5 april 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268, punt 26; hierna: „arrest Marina del Mediterráneo”): „Artikel 1, lid 1, van richtlijn [89/665] veronderstelt door het gebruik van de bewoordingen ‚met betrekking tot [procedures voor het plaatsen van] opdrachten’, dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten en dat tegen die regels kan indruisen, aan het in artikel 2, lid 1, onder a) en b), van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is onderworpen.”

[37] Ibidem, punt 27. Het Hof hanteert „een ruime opvatting van het begrip ‚besluit’ van een aanbestedende dienst[, die] bevestiging [vindt] in het feit dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten”.

[38] Ibidem, punt 31.

[39] Arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, punt 74).

[40] Arrest Marina del Mediterráneo, punt 32: „Bij gebreke van regels van de Unie die bepalen vanaf welk moment beroep moet kunnen worden ingesteld, is het overeenkomstig vaste rechtspraak een aangelegenheid van het nationale recht [om] de gerechtelijke procedure ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen, te regelen”, met de beperkingen die inherent zijn aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.

64. Indien de lidstaten in het kader van hun procedurele autonomie de voorkeur geven aan gebundelde betwisting, mogen zij daarbij geen afbreuk doen aan de doelstellingen van richtlijn 89/665 aangaande de noodzakelijke doeltreffendheid en snelheid. Daarenboven dienen zij in aanmerking te nemen:

– dat volgens de richtlijn „de lidstaten […] aan de uitoefening van het recht van beroep niet de voorwaarde [mogen] koppelen dat de openbare aanbestedingsprocedure formeel een bepaald stadium heeft bereikt” [41];

– dat een nationale wettelijke regeling wegens de kenmerken ervan „in strijd [is] met de bepalingen van richtlijn 89/665” wanneer de inschrijver op grond daarvan „hoe dan ook moet wachten totdat de betrokken opdracht is gegund alvorens beroep te kunnen instellen tegen de toelating van een andere inschrijver”. [42]

65. Daarbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat de vrijwaring van het rechtszekerheidsbeginsel „in gevaar [zou] worden gebracht indien het de gegadigden en de inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen”. [43]

66. De rechtspraak in laatstgenoemd arrest sluit aan bij de rechtspraak van het Hof betreffende het in artikel 263 VWEU neergelegde beroep tot nietigverklaring.

67. Zoals de Franse regering heeft beklemtoond, staat beroep tot nietigverklaring slechts open met betrekking tot maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen die de belangen van de verzoeker aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen. [44]

68. Wanneer het handelingen of besluiten betreft die in verschillende fasen worden vastgesteld, kan worden opgekomen tegen de maatregelen die het standpunt van het besluitvormend orgaan definitief vastleggen „na afloop van een administratieve procedure en die beogen bindende rechtsgevolgen in het leven te roepen […], met uitsluiting van tussentijdse maatregelen die de voorbereiding van de eindbeschikking tot doel hebben […]”. [45]

69. Volgens het Hof moet de zinsnede „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” in de zin van artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 ruim worden uitgelegd. Deze bepaling „verwijst [immers] algemeen naar de besluiten van een aanbestedende dienst, zonder onderscheid tussen die besluiten op grond van de inhoud of het moment van vaststelling ervan, [en] voorziet [niet] in beperkingen ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten”. Zij „veronderstelt [bijgevolg] dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten en dat tegen die regels kan indruisen, aan het […] rechterlijk toezicht is onderworpen”. [46]

41 Ibidem, punt 31.

42 Ibidem, punt 34.

43 Arrest van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het rechtszekerheidsbeginsel kan echter niet los worden gezien van het uit de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voortvloeiende vereiste van doeltreffendheid.

44 Zie onder andere arrest van 26 januari 2010, Internationaler Hilfsfonds/Commissie (C-362/08 P, EU:C:2010:40, punt 51).

45 Zie onder andere arrest van 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie (C-521/06 P, EU:C:2008:422, punt 42).

46 Arrest van 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punt 105).

70. Deze uitlegging van voor beroep vatbare besluiten heeft het Hof tot het oordeel gebracht dat een besluit waarbij een ondernemer tot een aanbestedingsprocedure wordt toegelaten, een dergelijk besluit vormt. [47]

71. Deze *ruime* uitlegging [48] is echter hoe dan ook beperkt tot positieve besluiten die door de aanbestedende dienst *daadwerkelijk zijn vastgesteld*, dat wil zeggen besluiten die een wilsuiting inhouden waarbij de aanbestedende dienst een standpunt inneemt, wanneer een regeling hem verplicht een besluit te nemen.

72. Zoals ik reeds heb vermeld, moet een onderscheid worden gemaakt tussen:

– besluiten waarbij de aanbestedende dienst een uitdrukkelijk standpunt inneemt over het vermoeden van onregelmatigheid dat een bepaalde inschrijving kan hebben gewekt, en aldus een einde maakt aan een contradictoire verificatieprocedure die erop is gericht vast te stellen of de inschrijving wel of niet abnormaal laag is. Mijns inziens is dit besluit in beide mogelijke gevallen van invloed op de belangen van de inschrijvers, in het bijzonder de inschrijver van wie de inschrijving wordt afgewezen omdat deze abnormaal laag is. De wijziging van zijn situatie in de aanbestedingsprocedure, in combinatie met de autonomie van de procedure waarin de aanbestedende dienst een besluit heeft genomen, pleit ervoor om dit besluit aan te merken als een definitief besluit dat vatbaar is voor rechterlijke toetsing zodra het is genomen;

– impliciete besluiten van de aanbestedende dienst die, bij gebreke van twijfel over de ernst van de inschrijvingen, deel uitmaken van het besluit tot gunning van de opdracht. Dergelijke besluiten moeten in rechte worden aangevochten middels het beroep dat openstaat tegen het definitieve besluit.

73. In casu blijkt uit de beschikbare informatie dat de aanbestedende dienst geen twijfels had die bij hem het vermoeden konden wekken dat een inschrijving abnormaal laag was. Derhalve was hij niet verplicht de desbetreffende verificatieprocedure in te leiden.

74. De aanbestedende dienst heeft zodoende geen *besluit* genomen waartegen op grond van richtlijn 2009/81 op dat moment een afzonderlijk beroep kon worden ingesteld. Artikel 49 van deze richtlijn verplicht de aanbestedende dienst er immers niet toe voor alle inschrijvingen uitdrukkelijk te besluiten of zij abnormaal laag zijn, maar verplicht hem enkel een bepaalde procedure te volgen alvorens de inschrijving af te wijzen die abnormaal laag „lijkt”.

[47] Ibidem, punt 106, onder verwijzing naar het arrest Marina del Mediterráneo, punt 28. Tevens kan worden opgekomen tegen „een besluit van een aanbestedende dienst tot afwijzing van een verzoek van een ondernemer om mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie die een gegadigde of inschrijver heeft verstrekt”.

[48] Ook al kan het op het eerste gezicht anders lijken, een dermate open uitlegging is mijns inziens niet in strijd met de rechtspraak volgens welke – in het belang van de rechtszekerheid – het inschrijvers niet vrijstaat op ieder moment inbreuken op de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten op te werpen. Beide lijnen in de rechtspraak maken een afweging tussen de rechtszekerheid aan de ene kant en de rechterlijke toetsing van de wettigheid aan de andere kant. Het gaat erom een evenwicht te vinden met het criterium van de vanuit inhoudelijk oogpunt relatieve autonomie van de opeenvolgende besluiten van de aanbestedende dienst. Zo kan geen beroep worden ingesteld tegen „handelingen die slechts een louter voorafgaand marktonderzoek vormen of van zuiver voorbereidende aard zijn en deel uitmaken van de interne beraadslagingen van de aanbestedende dienst met het oog op de gunning van een overheidsopdracht”, zoals is geoordeeld in het arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punt 35). Aangezien alle handelingen van de procedure strekken tot *voorbereiding* van de uiteindelijke gunning, hebben zij *inhoudelijk* niet alle hetzelfde *gewicht* en kan enkel beroep worden ingesteld tegen handelingen die op grond van hun besluitkracht een zekere mate van autonomie bezitten.

75. Dit artikel en, parallel daaraan, artikel 69 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest, impliceren enkel – zoals de Franse regering betoogt – dat de niet-geselecteerde inschrijver in het kader van het beroep tegen de gunning van de opdracht die gunning kan betwisten op grond dat de geselecteerde inschrijving abnormaal laag was. [49]

V. Conclusie

76. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om de vragen van de Varhoven administrativen sad te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 38 en 49 van richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, moeten aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende diensten hoe dan ook verplicht zijn na te gaan of er sprake is van abnormaal lage inschrijvingen. Daarbij is het irrelevant hoeveel inschrijvingen er zijn ingediend en dat de daartoe in het nationale recht vastgestelde criteria niet kunnen worden toegepast. In dat geval moeten de aanbestedende diensten artikel 49 van richtlijn 2009/81 in acht nemen wegens de rechtstreekse werking ervan.

2) Artikel 55, lid 2, van richtlijn 2009/81, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moet aldus worden uitgelegd dat wanneer de aanbestedende dienst geen redenen heeft om een procedure ter verificatie van de ernst van een inschrijving in te leiden, zijn beoordeling vatbaar is voor rechterlijke toetsing in het kader van een beroep tegen het definitieve besluit tot gunning van de opdracht.”

[49] Volgens de verwijzingsbeslissing was dit in casu het geval, aangezien Veridos tegen de gunning van de opdracht kon opkomen op grond dat de inschrijving van Mühlbauer abnormaal laag was.