

Zaak C-669/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

8 december 2020

Verwijzende rechter:

Varhoven administrativen sad (Bulgarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

10 november 2020

Verzoekster tot cassatie:

Veridos GmbH

Verweerders in cassatie:

Minister van Binnenlandse Zaken van de Republiek Bulgarije

Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

Voorwerp van het hoofdgeding

Cassatieberoep tegen een beslissing over de rangschikking van inschrijvers in het kader van een aanbesteding en tegen de plaatsing van een overheidsopdracht voor de planning, de ontwikkeling en het beheer van een systeem voor de afgifte van Bulgaarse identiteitsdocumenten.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Uitlegging van artikel 56 juncto artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU [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; hierna: „richtlijn 2014/24/EU”), alsook van artikel 38 juncto artikel 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] (PB 2009, L 216, blz. 76; hierna: „richtlijn 2009/81/EG”), alsook van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), met betrekking tot de vraag of een in het kader van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht ingediende inschrijving, wat de reikwijdte van de latere rechterlijke toetsing ervan betreft, als een abnormaal lage inschrijving moet worden aangemerkt.

Prejudiciële vragen

De verwijzende rechter verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1. Moeten artikel 56 van richtlijn [2014/24/EU] juncto artikel 69 ervan, alsook artikel 38 van richtlijn [2009/81/EG] juncto artikel 49 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, in geval dat 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 sprake is van een abnormaal lage inschrijving?

2. Moeten artikel 56 van richtlijn 2014/24/EU juncto artikel 69 ervan, alsook artikel 38 van richtlijn 2009/81/EG juncto artikel 49 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst alleen dan verplicht is te onderzoeken of 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 offertes 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] aldus worden uitgelegd dat de beoordeling van de aanbestedende dienst van het vermoeden dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving, dan wel de overtuiging van de aanbestedende 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 sprake is van een abnormaal lage inschrijving, de verplichting rust de redenen te rechtvaardigen en te motiveren waarom 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 offerte te twijfelen?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht en rechtspraak van het Hof

De verwijzende rechter voert de volgende bepalingen aan:

deels de overwegingen 90 en 92, alsook artikel 56, lid 1, en artikel 69, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU;

deels de overwegingen 15 en 64, alsook artikel 38, lid 1, en artikel 49, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2009/81/EG.

De verwijzende rechter baseert zich op de arresten van:

- 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko a.s. (C-599/10, EU:C:2012:191, punten 25 en 27 tot en met 34);
- 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg SA (T-392/15, EU:T:2017:462, punten 72 tot en met 75, 80, 81, 83 tot en met 85 en 87 tot en met 90);
- 28 januari 2016, Agriconsulting Europe SA (T-570/13, EU:T:2016:40), bevestigd bij het arrest van 19 oktober 2017, Agriconsulting Europe SA (C-198/16 P, EU:C:2017:784, punten 55 en 71);
- 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punten 47 tot en met 50);
- 4 mei 2017, Esaprojekt sp. z o.o. (C-387/14, EU:C:2017:338, punt 36);
- 4 juni 2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363, punt 53) en
- 20 september 2011, Evropaiki Dynamiki (T-461/08, EU:T:2011:494, punt 100).

De verwijzende rechter citeert passages uit bladzijde 10 van een aan abnormaal lage inschrijvingen gewijde mededeling van de Commissie met als titel „Richtsnoeren voor de deelname van inschrijvers en goederen uit derde landen aan de aanbestedingsmarkt van de EU” (PB 2019, C 271, blz. 43).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Zakon za obshtestvenite porachki (wet inzake overheidsopdrachten)

„Artikel 72

Abnormaal lage inschrijvingen

Artikel 72. (1) Indien de te beoordelen offerte van een inschrijver bij hantering van hetzelfde beoordelingscriterium op het gebied van prijs of kosten meer dan 20 % lager ligt dan het gemiddelde van de offertes van de overige inschrijvers,

verlangt de aanbestedende dienst dat de inschrijver hem binnen vijf dagen na ontvangst van het verzoek daartoe een uitvoerige en schriftelijke verantwoording bezorgt over de samenstelling van de offerte.”

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Bij besluit nr. 5785МПП-58/15.08.2019 heeft de viceminister van Binnenlandse Zaken van de Republiek Bulgarije een „niet-openbare” aanbesteding uitgeschreven voor „de planning, de ontwikkeling en het beheer van een systeem voor de afgifte van Bulgaarse identiteitsdocumenten van de generatie 2019”. Dit besluit is bij aankondiging nr. 158-363493 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie (2018/S).
- 2 Bij besluit nr. 5785МПЗ-106/16.10.2018 is een hulpcommissie in het leven geroepen met als taak een voorselectie van gegadigden te maken en de offertes te controleren, te beoordelen en te rangschikken.
- 3 Aansluitend op deze voorselectie zijn bij besluit nr. 5785Мбп-40/03.07.2019 de tot inschrijving uitgenodigde gegadigden bekendgemaakt, te weten Veridos GmbH en het consortium Mühlbauer ID Services GmbH – S&T.
- 4 Na een beoordeling van de ingediende offertes is de overheidsopdracht bij besluit nr. 5785-МПП-35/29.04.2020 van de viceminister van Binnenlandse Zaken van de Republiek Bulgarije gegund aan het consortium Mühlbauer ID Services GmbH – S&T. Veridos GmbH is als tweede inschrijver geëindigd.
- 5 Veridos GmbH heeft bij de Komisia za zashtita na konkurentsia (Bulgaarse mededingingsautoriteit) bezwaar gemaakt tegen het voornoemde besluit nr. 5785-МПП-35/29.04.2020 van de viceminister van Binnenlandse Zaken van de Republiek Bulgarije, waarop procedure nummer K3K-308/2020 is ingeleid.
- 6 Bij besluit nr. 510 van 25 juni 2020 heeft de mededingingsautoriteit het onder nummer K3K-308/2020 ingeschreven bezwaar van Veridos GmbH afgewezen.
- 7 Op 13 juli 2020 heeft de vennootschap Veridos GmbH cassatieberoep ingesteld tegen het voornoemde besluit van de mededingingsautoriteit, waarop een zaak aanhangig is gemaakt bij de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije), met inachtneming van de regels voor de bescherming van gerubriceerde informatie.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 8 De concrete noodzaak van een prejudiciële verwijzing is gerezen in het kader van de beoordeling van de vraag of er in het licht van de beginselen van het Unierecht (transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling) een verplichting rust op de aanbestedende dienst om te beoordelen of sprake is van abnormaal lage

inschrijvingen, teneinde te zorgen voor een objectieve vergelijking van inschrijvingen en onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging vast te stellen welke inschrijving de economisch meest voordelige is, zonder dat deze als abnormaal laag en derhalve concurrentievervalsend kan worden aangemerkt.

- 9 Bij de vaststelling van het op het onderhavige geding toepasselijke rechtskader is de verwijzende rechter tot de bevinding gekomen dat de overheidsopdracht onderdelen bevat die onder de werkingssfeer vallen van richtlijn 2014/24/EU. De aanbestedende dienst heeft echter besloten om één algemene opdracht aan te kondigen overeenkomstig richtlijn 2009/81/EG. Op grond van de identieke inhoud en de analoge werking van de relevante bepalingen van beide richtlijnen is de verwijzende rechter de opvatting toegedaan dat een analoge uitlegging vereist is.
- 10 Het onderhavige geding draait uitsluitend rond de bevoegdheid van de nationale wetgever tot vaststelling van het criterium voor de beoordeling van een abnormaal lage inschrijving. Deze bevoegdheid heeft hij uitgeoefend bij de vaststelling van artikel 72, lid 1, van de wet inzake overheidsopdrachten. Daarin is voorzien in een criterium voor het beoordelen van een abnormaal lage inschrijving, met name het vereiste dat „de te beoordelen offerte [...] bij hantering van hetzelfde beoordelingscriterium [...] meer dan 20 % lager ligt dan het gemiddelde van de offertes van de overige inschrijvers”. Uit deze bewoordingen kan impliciet het wettelijke vereiste 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.
- 11 Het is precies tegen deze achtergrond dat ook het in onderhavige zaak in eerste aanleg gewezen besluit van de mededingingsautoriteit moet worden gezien. Bij dat besluit heeft laatstgenoemde immers vastgesteld dat de bepaling van artikel 72, lid 1, van de nationale wet inzake overheidsopdrachten geen toepassing kan vinden, aangezien in casu slechts twee inschrijvingen zijn ingediend en derhalve het bij wet voorgeschreven gemiddelde niet kan worden berekend teneinde te beoordelen of sprake is van abnormaal lage inschrijvingen.
- 12 De aanbestedende dienst in het hoofdgeding – het Ministerie van Binnenlandse Zaken – had geen algoritme ontwikkeld en vooraf bekendgemaakt op basis waarvan kan worden beoordeeld en gecontroleerd of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Derhalve dient de Varhoven administrativen sad dit algoritme te beoordelen in het licht van het Unierecht wanneer er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat zowel de artikelen 56 en 69 van richtlijn 2014/14/EU als de artikelen 38 en 49 van richtlijn 2009/81/EG een voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke gedragsregel voorschrijven in de vorm van een beoordelingsverplichting.
- 13 Gelet op de concrete gegevens van de onderhavige zaak is een verplichte beoordeling in die zin bij voorbaat onmogelijk en zijn de hierboven genoemde bepalingen van Unierecht buiten toepassing gebleven.

- 14 De bij de verwijzende rechter bekende rechtspraak ter zake van het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie, daaronder begrepen in procedures ter betwisting van door de instellingen vastgestelde handelingen in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst, is weergegeven in het bovenstaande overzicht. De verwijzende rechter vestigt de aandacht inzonderheid op de zaken die ten grondslag liggen aan de hiernavolgende arresten:
- 15 Arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko a.s. (C-599/10, EU:C:2012:191):
- De Uniewetgever heeft de aanbestedende dienst 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 (punt 28);
 - Uit artikel 55, lid 1, van richtlijn 2004/18 volgt dat het aan de aanbestedende dienst staat om de aan de betrokken gegadigden gerichte vraag duidelijk te formuleren teneinde hen in staat te stellen om ten volle en op nuttige wijze te rechtvaardigen dat hun inschrijvingen serieus zijn (punt 31);
 - Artikel 55 van richtlijn 2004/18 verzet zich overigens geenszins tegen een nationale bepaling die in wezen bepaalt dat, wanneer een kandidaat een abnormaal lage prijs voorstelt, de aanbestedende dienst hem schriftelijk verzoekt om zijn prijsvoorstel te preciseren, maar vereist integendeel dat een dergelijke bepaling in de nationale wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten is opgenomen (punt 33).
- 16 Arrest van 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg SA (T-392/15, EU:T:2017:462):
- De vraag of de motiveringsplicht is nagekomen, moet in beginsel worden beoordeeld aan de hand van de informatie waarover verzoeksters beschikken, uiterlijk op het tijdstip waarop zij hun beroep hebben ingesteld. De motivering mag niet voor het eerst en a posteriori voor de rechter worden uiteengezet. Alleen uitzonderlijke omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de rechter rekening houdt met elementen die tijdens het geding worden aangevoerd (punt 74);
 - De vraag of een inschrijving abnormaal laag is, moet worden beoordeeld op basis van de samenstelling van de inschrijving en de te verrichten dienst (punt 83);
 - De verplichting voor de aanbestedende dienst om de ernst van een offerte te onderzoeken, vloeit voort uit het feit dat er vooraf twijfel bestond omtrent de betrouwbaarheid daarvan, aangezien het doel van deze bepaling hoofdzakelijk is dat een inschrijver niet van de procedure wordt uitgesloten zonder dat hij de mogelijkheid heeft gehad de inhoud van zijn abnormaal laag lijkende offerte te rechtvaardigen. Alleen wanneer sprake is van dergelijke twijfels, moet het

evaluatiecomité dus de nodige toelichting vragen over de samenstelling van de offerte, alvorens deze, in voorkomend geval, af te wijzen. In het geval een offerte niet abnormaal laag lijkt in de zin van artikel 158, lid 4, van de uitvoeringsverordening, is dit artikel daarentegen niet van toepassing (punt 85);

- De aanbestedende dienst moet dus in eerste instantie alleen bepalen of de ingediende inschrijvingen een aanwijzing bevatten die het vermoeden kan wekken dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de prijs die in een ingediende inschrijving wordt voorgesteld aanmerkelijk lager is dan de prijs van de andere ingediende inschrijvingen of dan de gebruikelijke marktprijs. Indien de ingediende inschrijvingen geen dergelijke aanwijzing bevatten en dus niet abnormaal laag lijken, mag de aanbestedende dienst doorgaan met de evaluatie van deze inschrijving en de procedure tot gunning van de opdracht (punt 88);
- Indien er daarentegen aanwijzingen bestaan die het vermoeden kunnen wekken dat een inschrijving abnormaal laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende dienst in tweede instantie de samenstelling van de inschrijving onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. Wanneer hij dit onderzoekt, dient de aanbestedende dienst de indiener van deze offerte de mogelijkheid te bieden om uiteen te zetten waarom zijn inschrijving volgens hem niet abnormaal laag is (punt 89).

17 Arrest van 28 januari 2016, Agriconsulting Europe SA (T-570/13, EU:T:2016:40):

- De aanbestedende dienst kan in het kader van zijn onderzoek of een aanbieding abnormaal laag is, rekening houden met alle elementen die relevant zijn voor de betrokken dienst (punt 55);
- Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt bijgevolg een fundamenteel vereiste inzake de plaatsing van overheidsopdrachten (punt 71).

18 Arrest van 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466):

- Het staat aan de lidstaten en met name aan de aanbestedende diensten om de berekeningswijze te bepalen van een drempel die resulteert in een „abnormaal lage aanbieding” (punt 49);
- Een abnormaal lage aanbieding moet worden beoordeeld „in verhouding tot de te verrichten dienst”. Derhalve kan de aanbestedende dienst rekening houden met alle elementen die relevant zijn voor de betrokken dienst (punt 50).

19 Arrest van 4 mei 2017, Esaprojekt sp. z o.o. (C-387/14, EU:C:2017:338):

- Voor de inschrijvingen moeten voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden gelden; alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure moeten in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat alle inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren en ook de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (punt 36).
- 20 De verwijzende rechter merkt op dat de Commissie in de richtsnoeren voor de deelname van inschrijvers en goederen uit derde landen aan de aanbestedingsmarkt van de EU heeft gesteld dat de lidstaten vrij kunnen beslissen om nationale regels of methoden op te stellen voor het identificeren van inschrijvingen waarvan wordt vermoed dat ze abnormaal laag zijn, op voorwaarde dat deze regels objectief en niet-discriminerend zijn. Tevens kunnen de aanbestedende diensten zelf transparante en niet-discriminerende methoden uitwerken indien de nationale wetgeving niet in een werkwijze voorziet. Ook heeft de Commissie erop gewezen dat offertes abnormaal laag kunnen lijken in verhouding tot de relevante parameters en gunningscriteria. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de verhouding tussen de aangeboden kwaliteit en de prijs achterdocht wekt. Uit deze mededeling blijkt dat op de aanbestedende dienst de wettelijke plicht rust om nadere uitleg over de inschrijvingsprijs te vragen.
 - 21 De door de verwijzende rechter geopperde overwegingen aangaande de beslechting van het geding en de mogelijke antwoorden op de gestelde vragen, worden hieronder weergegeven.
 - 22 Volgens het in de Administrativno-protsesualen kodeks (Bulgaarse wet bestuursprocesrecht) neergelegde beginsel vormt het motiveringsgebrek ten aanzien van een bestuurlijk besluit een procedurefout in de totstandkoming van de bestuurshandeling die eraan in de weg staat dat de rechten en belangen van de geraakte personen kunnen worden verdedigd en dat een effectieve rechterlijke toetsing kan plaatsvinden. Dienovereenkomstig hebben het Hof en het Gerecht in verband met door de instellingen vastgestelde handelingen verwezen naar het bestaan van vergelijkbare beginselen [arresten van 4 juni 2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363, punt 53), en 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki (T-461/08, EU:T:2011:494, punt 100)].
 - 23 Gelet op de feiten van het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat de nationale aanbestedende dienst alleen beschikt over het beoordelingscriterium als vastgesteld in artikel 72 van de nationale wet op overheidsopdrachten.
 - 24 Het begrip „gemiddelde” in de zin van artikel 72, lid 1, van de nationale wet op overheidsopdrachten is als zodanig geen gangbaar criterium in het Unierecht. Dit begrip is autonoom door de nationale wetgever vastgesteld en dient als subcriterium ter verduidelijking van het Unierechtelijke begrip „abnormaal lage

inschrijvingen”. Zodoende heeft de nationale wetgever het impliciete vereiste vastgesteld dat sprake moet zijn van [minstens] drie inschrijvingen.

- 25 Daar staat tegenover dat in artikel 56 van richtlijn 2014/24/EU en in artikel 38 van richtlijn 2009/81/EG algemene rechtsbeginselen zijn neergelegd die nadere verduidelijking behoeven over de wijze waarop deze tot uitdrukking komen en de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om ervan te mogen afwijken of ze buiten toepassing te laten.
- 26 In artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU wordt het begrip „abnormaal lage inschrijving” gehanteerd, daar waar in artikel 49 van richtlijn 2009/81/EG „abnormaal lage inschrijvingen” staat te lezen. Dit duidt impliciet op een discretionaire beoordelingsbevoegdheid bij de keuze van de beoordelingscriteria, zij het op wetgevend gebied, zij het voor de aanbestedende dienst, voor zover deze criteria objectief zijn en vooraf worden bekendgemaakt. De nationale wet op overheidsopdrachten creëert daarentegen een gebonden bevoegdheid door het begrip „abnormaal lage inschrijving” aan te knopen bij het criterium „gemiddelde van de offertes” en derhalve impliciet ook bij het vereiste van [minstens] drie inschrijvingen. Dit doet derhalve de vraag rijzen of dit criterium een beperking dan wel een aanzienlijke beperking stelt aan de mogelijkheid om te voldoen aan de vereisten en doelstellingen van de richtlijn.
- 27 Niettegenstaande dat in artikel 56 van richtlijn 2014/24/EU en in artikel 38 van richtlijn 2009/81/EG de algemene rechtsbeginselen ter zake zijn neergelegd, blijkt tegelijkertijd uit de bewoordingen van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU en van artikel 49 van richtlijn 2009/81/EG dat op de aanbestedende dienst de verplichting rust om een ingediende inschrijving die abnormaal laag lijkt te zijn, dan wel ingediende inschrijvingen die abnormaal laag lijken, aan een beoordeling te onderwerpen. Of deze beoordeling een subjectieve mogelijkheid is of dat zij steeds objectief van aard is en in beginsel altijd moet worden gemotiveerd in de beslissing van de aanbestedende dienst over de rangschikking van de inschrijvers, dient aan de hand van een uitlegging van de aldus geformuleerde bewoordingen te worden verduidelijkt.
- 28 Vervolgens moet bij wege van uitlegging worden verduidelijkt of deze verplichting alleen dan geldt wanneer de aanbestedende dienst voornemens is een abnormaal lage inschrijving af te wijzen, of dat de beoordeling of sprake is van een abnormaal lage inschrijving van belang is voor het rechtmatige verloop van de procedure en derhalve altijd moet worden uitgevoerd. Dit geldt des te meer in het licht van het hier aan de orde zijnde geval waarin slechts twee inschrijvingen zijn ingediend en de als tweede gerangschikte inschrijver in wezen aanvoert dat de opdracht is gegund op grond van een abnormaal lage inschrijving.
- 29 Indien de aanbestedende dienst daarentegen niet heeft beoordeeld of sprake is van een abnormaal lage inschrijving, hetgeen de veronderstelling wettigt dat geen vermoeden in die zin bestaat, dient hij dan in zijn beslissing over de rangschikking van de inschrijvers te motiveren waarom met betrekking tot de als eerste

gerangschikte inschrijving geen vermoeden bestaat dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving? Of anders uitgedrukt: waarom hij de ingediende offertes overeenkomstig artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU dan wel overeenkomstig artikel 49 van richtlijn 2009/81/EG als ernstig beschouwt, zodat het vermoeden dat geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving aan een rechterlijke toetsing kan worden onderworpen?

- 30 Aangezien in casu sprake is van een wettelijk geregeld, maar praktisch niet toepasbaar criterium en bij gebreke van een ander, vooraf bekendgemaakt criterium voor het beoordelen van abnormaal lage inschrijvingen, rijst de vraag of de aanbestedende dienst bevrijd is van de verplichting om te beoordelen of sprake is van een abnormaal lage inschrijving, ofschoon het Hof in zijn rechtspraak uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat de aanbestedende dienst zich moet vergewissen van de ernst van de ingediende offertes.
- 31 Volgt hieruit dat de aanbestedende dienst altijd gehouden is aan een motiveringsplicht in geval van een abnormaal lage inschrijving, of kan hij zijn beslissing over de rangschikking van de inschrijvers ook pas in het kader van een tegen die beslissing ingestelde gerechtelijke procedure verdedigen op basis van inhoudelijke argumenten waarvan de beoordeling aan de rechter staat? Deze vraag moet worden gezien tegen de achtergrond van de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke alleen uitzonderlijke omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de rechter tijdens de procedure tot betwisting van de bestuurshandeling rekening houdt met een dergelijke motivering a posteriori.
- 32 Het ontbreken van een definitie van het begrip „abnormaal lage inschrijving” in de richtlijn, in combinatie met het normatief gehanteerde begrip „lijken te zijn/lijken” met betrekking tot de inschrijvingen van de inschrijvers, kan er bovendien toe leiden dat ondernemers verschillend worden behandeld door de verschillende aanbestedende diensten binnen de Europese Unie.
- 33 Aangezien „twijfel koesteren” aan te merken is als een innerlijk en subjectief proces dat inherent is aan het cognitief-analytische handelen van de aanbestedende dienst of van het hulporgaan belast met het uitschrijven van de overheidsopdracht, vraagt de verwijzende rechter zich af of het ontbreken van twijfel bij de aanbestedende dienst aan de ernst van een offerte naar behoren moet worden gemotiveerd met het oog op eventuele rechterlijke toetsing.
- 34 Zoals uit de inhoud ervan kan worden afgeleid, richten artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 49 van richtlijn 2009/81/EG zich tot de aanbestedende dienst, waarbij hun onder bepaalde omstandigheden concrete verplichtingen worden opgelegd. Met artikel 56 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 38 van richtlijn 2009/81/EG wordt daarentegen een beschermingsdoelstelling nagestreefd. De bepalingen ervan moeten er met name voor zorgen dat de aanbestedingsprocedure rechtmatig verloopt. De aanbestedende dienst heeft immers in beginsel en in de eerste plaats als taak om te waken voor de rechtmatigheid van deze procedure in de zin van de richtlijn.

- 35 Het vereiste van een effectieve rechterlijke toetsing impliceert op zijn beurt dat alle relevante aspecten van de procedure door de betrokken partijen naar behoren kunnen worden aangevochten en door de rechter kunnen worden onderzocht en beoordeeld.
- 36 A contrario zou ervan moeten worden uitgegaan dat het ontbreken van twijfel aan de ernst van een offerte duidt op een onweerlegbaar vermoeden dat impliciet wordt meegenomen in de gunningsbeslissing van de aanbestedende dienst, zonder dat deze bestuurshandeling moet worden gemotiveerd en gerechtvaardigd en zonder dat deze via een latere rechterlijke toetsing nietig kan worden verklaard. Een dergelijke uitkomst blijkt echter ook niet categorisch uit de bepalingen van de richtlijn en uit de rechtspraak van het Hof.
- 37 De toepasselijke rechtsgrondslag, die in casu wordt gevormd door het Unierecht, biedt geen eenduidige antwoorden op de hierboven gestelde vragen. Bij gebreke aan rechtspraak van het Hof in een gelijkaardige zaak verzoekt de verwijzende rechter het Hof om een prejudiciële beslissing over de hierboven genoemde vragen.

WERKDOCUMENT