

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

E. SHARPSTON

van 7 juni 2007¹

1. Met de onderhavige verwijzing wenst het Hanseatische Oberlandesgericht in Bremen (Duitsland) in wezen van het Hof te vernemen of het gemeenschapsrecht eraan in de weg staat dat een inschrijver het door richtlijn 89/665² toegekende recht om beroep in te stellen tegen een besluit van een aanbestedende dienst algemeen wordt ontzegd, omdat hij niet binnen de in het nationale recht voorgeschreven bezwaartermijn is opgekomen tegen een besluit dat de aanbestedingsprocedure ten onrechte buiten het werkingssfeer van die richtlijn heeft geplaatst.

2. Verzoekster in het hoofdgeding had zonder resultaat ingeschreven op een softwareopdracht die door middel van een nationale procedure was aanbesteed. Vervolgens heeft zij het bezwaar aangevoerd dat er, in de eerste plaats, een Europese aanbestedingsprocedure had moeten plaatsvinden, aangezien de relevante drempelwaarden waren overschreden en, in de tweede plaats,

dat het daaropvolgende gunningsbesluit onwettig was. Deze grieven werden afgewezen op grond dat de vervalttermijn om op te komen tegen de keuze van de procedure was verlopen, zodat de beroepsprocedure inzake de onder het gemeenschapsrecht vallende overheidsopdrachten niet openstond.

3. Met de verwijzing wordt het Hof verzocht nader in te gaan op de omstandigheden waaronder de vaststelling van vervalttermijnen om op te komen tegen besluiten in het kader van aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten afbreuk kan doen aan het doeltreffendheidsbeginsel dat aan richtlijn 89/665 ten grondslag ligt.

Toepasselijke wetgeving

Richtlijn 89/665

4. Richtlijn 89/665 beoogt de doeltreffende toepassing te waarborgen van de in de

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij 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 L 209, blz. 1).

relevante communautaire richtlijnen geregelde plaatsing van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Hiertoe voorziet zij in een stelsel van beroepsprocedures en voorzieningen om tegen inbreuken op te komen.

5. De navolgende overwegingen van de considerans van richtlijn 89/665 zijn relevant:

„[1] [...] [D]e communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten, met name richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken^[3] [bevatten] geen specifieke bepalingen [...] op grond waarvan een daadwerkelijke naleving van die richtlijnen kan worden gewaarborgd;

[2] [...] [D]e zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de toepassing van deze richtlijnen moeten waarborgen, [maken] het niet altijd mogelijk [...] te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schen-

dingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt;

[3] [...] [D]e openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap [vereist] een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie [...] en [...], wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden, [moeten] er doeltreffende en snelle beroepsprocedures [...] bestaan ingeval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet;

[4] [...]

[5] [...] [D]e korte duur van de aanbestedingsprocedures [maakt] een spoedbehandeling van de hierboven bedoelde inbreuken noodzakelijk;

[...].”

3 — PB L 13, blz. 1. Deze richtlijn is ingetrokken bij en vervangen door 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 L 199, blz. 1), gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1) en bij richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (PB L 285, blz. 1). Richtlijn 93/36 is op haar beurt een van de richtlijnen die is ingetrokken bij en vervangen door 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 L 134, blz. 114).

6. Artikel 1 van richtlijn 89/665 luidt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, voor wat betreft de procedures voor het plaatsen van

overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijn [...] 77/62/EEG en 92/50/EEG^[4], tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

2. [...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen [...] en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schen-

ding en van zijn voornemen om beroep in te stellen.”

7. Artikel 2 van richtlijn 89/665 betreft de maatregelen die in het kader van beroepsprocedures beschikbaar moeten zijn. Lid 7 ervan bepaalt dat „[d]e lidstaten [ervoor] zorgen dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd.”

*Richtlijn 93/36*⁵

8. Artikel 10 van richtlijn 93/36 stelt onder andere de minimale vervalttermijnen vast voor de ontvangst van de aanbiedingen waarvan de waarde hoger is dan de drempel voor de toepassing van de communautaire regels. Artikel 10, lid 1, van die richtlijn bepaalt dat bij dergelijke procedures de vervalttermijn voor de ontvangst van de aanbiedingen ten minste 52 dagen bedraagt, te rekenen vanaf de datum van verzending van de aankondiging van de aanbesteding. Deze vervalttermijn kan in de regel worden

4 — Zie voetnoot 2. Richtlijn 92/50 is gewijzigd bij richtlijnen 93/36, 97/52 en 2001/78 en ingetrokken, afgezien van artikel 41 (dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 heeft gewijzigd), door richtlijn 2004/18 (zie voetnoot 3). Ingevolge artikel 2 van richtlijn 92/50 (en, daarna, artikel 1, punt 2, sub d, tweede alinea, van richtlijn 2004/18) wordt een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten betrekking heeft als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd indien de waarde van de desbetreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten. De opdracht waar het in de onderhavige zaak om gaat, heeft zowel betrekking op leveringen (softwarelicenties) als op diensten (scholing en onderhoud), waarvan de respectieve waarden niet duidelijk uit het dossier blijken. Het is daarom onduidelijk of de betrokken opdracht als een overheidsopdracht voor leveringen, dan wel als een overheidsopdracht voor diensten moet worden aangemerkt. Niettemin is in beide gevallen de drempelwaarde die een opdracht binnen de werkingssfeer van richtlijn 89/665 laat vallen dezelfde.

5 — Zie voetnoot 3. Overeenkomstige bepalingen als die van artikel 10, lid 1, en lid 1, sub a, van richtlijn 93/36 zijn wat overheidsopdrachten voor diensten betreft te vinden in artikel 18, leden 1 en 2, van richtlijn 92/50. Deze twee reeksen bepalingen zijn vervolgens vervangen door artikel 38, leden 2 en 4, van richtlijn 2004/18.

ingekort tot 36 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen, indien een vooraankondiging is bekendgemaakt onder de voorwaarden van artikel 10, lid 1, sub a.

de Vergabekammer tegen beweerde schendingen van aanbestedingsregelingen en luidt:

*Duitse wetgeving*⁶

9. Het vierde deel van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen beperkingen van de mededinging; hierna: „GWB”) ziet op de plaatsing van overheidsopdrachten.⁷ § 100, lid 1, bepaalt dat „[d]it deel enkel van toepassing is op opdrachten waarvan de waarde gelijk aan of hoger is dan die welke bij de regelingen krachtens § 127 (drempelwaarden) zijn vastgesteld.”⁸

10. § 107 GWB regelt de beroepsgang bij de Vergabekammer (beroepsinstantie inzake overheidsopdrachten). § 107, lid 3, GWB stelt de vervaltermijnen vast voor beroep bij

„Het verzoek is niet-ontvankelijk, voor zover verzoeker de beweerde schending van de aanbestedingsvoorschriften reeds tijdens de aanbestedingsprocedure heeft opgemerkt en niet onverwijld bezwaar heeft gemaakt bij de aanbestedende dienst. Het verzoek is tevens niet-ontvankelijk wanneer niet uiterlijk bij het einde van de in de aankondiging vermelde vervaltermijn voor inschrijving of kandidaatstelling bij de aanbestedende dienst is opgekomen tegen inbreuken op de aanbestedingsvoorschriften die aan de hand van de aankondiging van de opdracht kenbaar^[9] zijn.”

11. De Vergabeverordnung (verordening inzake de gunning van opdrachten; hierna: „VgV”) ¹⁰ bevat onder andere de drempelwaarden waarnaar in § 127, lid 1, GWB ¹¹ wordt verwezen. Ten tijde van de relevante feiten bepaalde § 2 VgV als volgt:

„De drempelwaarde bedraagt:

[...]

6 — [Voetnoot niet van toepassing op de Nederlandse vertaling.]

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen van 26 augustus 1998, BGBl. I 1998, blz. 2521. Het vierde deel omvat de §§ 97-129. Het is verdeeld in drie afdelingen, waarvan de tweede (§§ 102-124) betrekking heeft op beroepsprocedures.

8 — Artikel 127, lid 1, GWB machtigt de Duitse bondsregering om met toestemming van de Bundesrat door middel van een regeling de in de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vastgestelde drempelwaarden om te zetten in het Duitse recht.

9 — De in de Duitse tekst gebruikte term is „erkennbar”.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge van 9 januari 2001, BGBl. I 2001, blz. 110.

11 — Zie voetnoot 8.

3. voor alle andere overheidsopdrachten voor leveringen en diensten: 200 000 EUR.”

Hoofddeding en prejudiciële verwijzing

12. Deel A van de Verdingungsordnung für Leistungen (verordening inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten voor leveringen en diensten, hierna: „VOL/A”)¹² bevat gedetailleerde bepalingen inzake de gunning van leverings- en dienstenopdrachten door middel van aanbesteding. § 17 ervan heeft onder andere betrekking op de inhoud van de aankondiging van de aanbesteding. § 17, lid 1, punt 2, sub c, luidt:

„De aankondiging dient ten minste de volgende bijzonderheden te bevatten:

[...]

- c) aard en omvang van de leveringen of de diensten [...].”¹³

12 — In de versie van 17 september 2002, Bundesanzeiger nr. 216a. De afdelingen 1 en 2 zien op respectievelijk opdrachten onder en boven de communautaire drempel. In elke afdeling hebben de overeenkomstige artikelen dezelfde nummering. In elke afdeling is de formulering van § 17, lid 1, punt 2, sub c, identiek.

13 — In het Duits: „Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: [...] Art und Umfang der Leistung”.

13. Op of vóór 21 maart 2005 heeft weerster in het hoofddeding, Freie Hansestadt Bremen (hierna: „stad Bremen”), een „nationale aanbesteding conform VOL/A” voor een softwareopdracht uitgeschreven.¹⁴ De inschrijving sloot op 12 april 2005. De aankondiging van de opdracht bevatte geen kwantitatieve gegevens ter zake van de omvang of de waarde van de opdracht. Onder het kopje „Menge und Umfang” (Aantal en omvang) stond vermeld:

„Voor de Senator für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales in Bremen wordt een standaardsoftware ter zake van het SGB XII (Sozialdienst Erwachsene und Wirtschaftliche Hilfen) voor door pc ondersteunde dossierbehandeling gezocht, die beantwoordt aan de in de aanbestedingsstukken uiteengezette vereisten. De aanbestedingsstukken kunnen gratis worden gedownload op de website www.vergabe.bremen.de [...]”

14 — [Voetnoot niet van toepassing op de Nederlandse vertaling.]

14. De vennootschap Lämmerzahl GmbH (hierna: „Lämmerzahl”), verzoekster in het hoofdgeding, is een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die gespecialiseerd is in software voor de overheid. Het aanbestedingsbestek is door haar op tijd ontvangen en bevatte de navolgende drie documenten.

16. In de tweede plaats vermeldde het document dat het voorwerp van de aanbesteding omschreef (hierna: „voorwerpdocument”) dat ongeveer 200 medewerkers op het gebied van economische hulp, 45 medewerkers bij de sociale diensten en 65 medewerkers bij de centrale diensten met de software zouden gaan werken.

17. In de derde plaats was in de „tabel van goederen en diensten” sprake van een „minimale of geraamde omvang” per eenheid. Ook hier ontbrak een vermelding van het totale aantal gevraagde licenties.

15. In de eerste plaats verlangde het document met de titel „prijzen/prijsspecificatie 1” (hierna: „prijsdocument”) van inschrijvers om onder het kopje „licentiecontract” eenheidsprijzen voor volledige licenties te vermelden naar gelang van de verschillende mogelijk te leveren hoeveelheden (11-50, 51-100, 101-200, 201-500 licenties). Als alternatief dienden eenheidsprijzen te worden vermeld voor read-only licenties (1-5, 6-10, 11-50, 51-100 licenties). Voorts werd een prijsopgave verzocht voor een „Landeslizenz” (licentie voor het Land).¹⁵ Onder het kopje „dienstenopdracht” werd inschrijvers verzocht om de prijs te vermelden van de opleiding van ongeveer 300 medewerkers en 10 administrateurs. In het document werd nergens het feitelijk aantal gevraagde licenties genoemd.

18. Lämmerzahl heeft vier vragen met betrekking tot het aanbestedingsdossier gesteld, waarop door de stad Bremen bij brief van 24 maart 2005 is geantwoord. In dit stadium heeft Lämmerzahl niet naar het aantal licenties, en ook niet naar de omvang of de waarde van de opdracht gevraagd.

19. Vervolgens heeft Lämmerzahl op 4 april 2005 per e-mail de stad Bremen verzocht om verdere preciseringen met betrekking tot het aanbestedingsbestek. Met de eerste vraag wilde zij weten of de in het inschrijvingsdocument en de tabel van goederen en diensten gevraagde eindprijzen betrekking hadden op „de som van de prijzen in het prijsdocument voor de licentieopdracht gebaseerd op 310 licenties (de 310 mede-

15 — In haar brief van 6 april 2005 (zie punt 20) heeft de stad Bremen opgemerkt dat het bij de licentie voor het Land zou gaan om een onbeperkt aantal licenties voor gebruik in Bremen en Bremerhaven.

werkers, vermeld in het [voorwerpdocument]”, dan wel of andere prijzen (zoals onderhouds- en servicekosten) mede moesten worden opgenomen. Drie van de andere vragen van Lämmerzahl hadden betrekking op de „310 hierboven vermelde licenties”.

20. De stad Bremen heeft bij brief van 6 april 2005 geantwoord. In antwoord op de eerste vraag verklaarde zij dat de eindprijs van de aanbesteding (totale prijs van de kosten van licenties, onderhoud en diensten) in de inschrijving diende te worden vermeld. In geen van haar antwoorden heeft de stad Bremen melding gemaakt van of uitdrukkelijk stilgestaan bij het aantal van 310 licenties dat Lämmerzahl in haar vragen had genoemd.

21. Lämmerzahl heeft vervolgens ingeschreven op basis van 310 licenties, inclusief opleiding en onderhoud, voor een nettobedrag van 603 500 EUR. Zij werd samen met een concurrerende inschrijfster, de vennootschap PROSOZ Herten GmbH (hierna: „PROSOZ”), toegelaten tot de testfase.

22. Op 6 juli 2005 liet de stad Bremen Lämmerzahl bij brief weten dat haar inschrijving niet succesvol was omdat deze economisch niet de meest voordelige was.

23. Op 14 juli 2005 maakte Lämmerzahl schriftelijk bezwaar bij de stad Bremen en op 21 juli 2005 heeft zij verzocht om herziening van de gunning. Zij vermeldde dat zij, na het inwinnen van juridisch advies op 14 juli 2005, had ontdekt dat de stad Bremen geen nationale maar een Europese aanbesteding had moeten uitschrijven, aangezien de waarde van de opdracht boven de drempel van 200 000 EUR uitkwam. Voorts betoogde zij dat haar software niet naar behoren was getest.

24. Op 2 augustus 2005 heeft de Dritte Vergabekammer der Stadt Bremen (hierna: „Vergabekammer”) dit bezwaar afgewezen. Zij verklaarde dat ook al zou de drempelwaarde zijn overschreden en bijgevolg de onjuiste aanbestedingsprocedure zijn gevolgd, een dergelijke onregelmatigheid uit de aanbesteding kon worden opgemaakt. Derhalve was Lämmerzahl op grond van § 107, lid 3, tweede volzin, GWB te laat met haar bezwaar.

25. Lämmerzahl heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld. In de eerste plaats heeft zij gesteld dat de onregelmatigheid in de keuze van de procedure niet uit de aankondiging van de aanbesteding kon worden opgemaakt. In de tweede plaats heeft zij haar bezwaar met betrekking tot de testen selectieprocedure herhaald, waarbij zij betoogde dat de inschrijving van PROSOZ kennelijk onvolledig was en een onwettige kostenraming bevatte die tot haar uitsluiting had moeten leiden (hierna: „materiële grieven”).

26. Bij tussenvonnis van 7 november 2005 heeft de verwijzende rechter de verlenging van de opschortende werking van het beroep afgewezen, omdat hij van mening was dat het geen enkele kans van slagen had. Hij deelde de opvatting van de Vergabekammer dat Lämmerzahl op grond van de vervaltermijn van § 107, lid 3, tweede volzin, GWB te laat was met het aanvechten van de keuze voor de nationale procedure en de raming van de stad Bremen van de waarde van de opdracht. Bijgevolg werd Lämmerzahl uitgesloten van de in het GWB voorziene beroepsprocedure die enkel openstaat voor aanbestedingen die de drempelwaarde overschrijden.

27. De stad Bremen heeft vervolgens de opdracht aan PROSOZ gegund.

28. In de verwijzingsbeslissing erkent de verwijzende rechter blijkbaar dat de waarde van de opdracht de drempel van 200 000 EUR overschrijdt.¹⁶ Niettemin is hij van mening dat Lämmerzahl op grond van § 107, lid 3, tweede volzin, GWB wegens termijnoverschrijding is uitgesloten van de beroepsprocedure krachtens het GWB.

16 — Het lijkt erop dat de stad Bremen gebruik heeft gemaakt van de nationale aanbestedingsprocedure op basis van een raming van 150 000 EUR (gedaan in 2004) op de grondslag van 150 en niet van 310 licenties.

29. Met deze conclusie spreekt de nationale rechter zich niet definitief uit over de vraag of, krachtens het nationale recht, de uitdrukking „aan de hand van de aankondiging van de opdracht kenbaar” betekent dat een onregelmatigheid enkel uit de aankondiging van de aanbesteding kenbaar moet zijn. Hij is van mening dat wanneer deze zinsnede zich ook tot andere documenten kan uitstrekken, Lämmerzahl uit de bijzonderheden van het aanbestedingsbestek had moeten opmaken dat de drempel zou worden overschreden. In elk geval had zij zich dit op grond van haar eigen berekeningen kunnen realiseren. Wanneer, aan de andere kant, een onregelmatigheid enkel aan de hand van de aankondiging van de aanbesteding kenbaar dient te zijn, zou alleen al het ontbreken van enige aanduiding met betrekking tot de omvang van de opdracht op zich een kenbare onregelmatigheid vormen, aangezien een dergelijke omissie in strijd zou zijn met § 17, lid 1, punt 2, sub c, VOL/A.¹⁷ Bovendien zou een inschrijver hierdoor niet in staat zijn om de keuze van de procedure te verifiëren en, in voorkomend geval, hiertegen op te komen.

30. De nationale rechter heeft evenwel twijfels met betrekking tot de vraag of zijn beslissing van 7 november 2005 mogelijk in strijd met artikel 1 van richtlijn 89/665 inschrijvers het recht zou kunnen ontzeggen op doeltreffend beroep tegen beweerde schendingen van het gemeenschapsrecht. Hij is van mening dat de in § 107, lid 3, tweede volzin, GWB voorziene vervaltermijn

17 — Lämmerzahl is van mening dat deze bepaling van VOL/A „niet-dwingend van aard” is. De verwijzende rechter verklaart evenwel dat het woord „soll” in de regel de verplichting tot inachtneming van de bepaling impliceert, indien er geen dwingende redenen aanwezig zijn die een uitzondering rechtvaardigen. Zie punt 12 en de bijhorende voetnoot. De verwijzende rechter leidt zijn uitlegging van „soll” af uit de „Allgemeine Erläuterungen” (algemene toelichtingen) aan het einde van VOL/A.

in het licht van de rechtspraak van het Hof¹⁸ in beginsel in overeenstemming is met de richtlijn. Wanneer evenwel de waarde van de opdracht ten onrechte lager is geraamd dan de drempelwaarde, zou een inschrijver die niet binnen de vervalt termijn bezwaar maakt niet alleen geen beroep kunnen instellen tegen deze onregelmatigheid, maar zouden ook zijn materiële grieven niet worden gehoord. Wanneer een aanbestedende dienst door een kenbare onregelmatigheid een onoplettende inschrijver bescherming ten gronde kan onthouden, is sprake van een gevaar van misbruik.

31. De nationale rechter vraag zich ook af of de draconische gevolgen van de uitsluiting zich enkel dan zouden moeten voordoen wanneer de inschrijver uit de aankondiging van de aanbesteding ondubbelzinnig kan opmaken dat de aanbestedende dienst ervan uitgaat dat de opdracht onder de drempelwaarde ligt.

32. Gelet op het voorgaande, heeft de verwijzende rechter de behandeling van het hoofdgeding geschorst en het Hof twee vragen gesteld:

„1) Is het met richtlijn 89/665, inzonderheid met artikel 1, leden 1 en 3, ervan, verenigbaar dat aan een inschrijver algemeen het recht om beroep in te stellen tegen het besluit van de aanbestedende dienst inzake het plaatsen van overheidsopdrachten wordt ontzegd omdat de inschrijver door eigen nalatigheid niet binnen de in het nationale recht voorgeschreven bezwaartermijn is opgekomen tegen een inbreuk op de aanbestedingsregels die betrekking heeft op

a) de gekozen vorm van de aanbesteding

of

b) de juiste vaststelling van de waarde van de opdracht (kennelijk onjuiste raming of ontoereikende transparantie van de vaststelling)

en, in geval van een correct vastgestelde of correct vast te stellen waarde van de opdracht, andere inbreuken op de aanbestedingsregels, waarvoor er — op zichzelf beschouwd — geen verval van recht is, zouden kunnen worden onderzocht?

2) Dienen in voorkomend geval bijzondere eisen te worden gesteld aan de voor de vaststelling van de waarde van de opdracht relevante informatie in het

18 — Het Hof heeft verklaard dat de vaststelling van redelijke vervalttermijnen voor betwisting in beginsel verenigbaar is met artikel 1 van richtlijn 89/665: arrest van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.* (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punten 75-79).

bericht van aanbesteding, om ook dan uit de inbreuken op de aanbestedingsregels die betrekking hebben op de raming van de waarde van de opdracht, een algemene uitsluiting van het recht van beroep te kunnen afleiden wanneer de correct geraamde of te ramen waarde van de opdracht de drempelwaarde overschrijdt?”

33. Lämmerzahl, de stad Bremen, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Litouwen en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 28 maart 2007 hebben Lämmerzahl, de stad Bremen en de Commissie nog andere opmerkingen ingediend.

Ontvankelijkheid

34. De stad Bremen betoogt dat de voorwaarden voor een prejudiciële verwijzing krachtens artikel 234 EG niet zijn vervuld. In geding is de specifieke toepassing van een nationale bepaling, waarvan de overeenstemming met het gemeenschapsrecht buiten kijf staat.

35. Ik aanvaard dit argument niet. Aan de eerste vraag van de verwijzende rechter ligt de vraag ten grondslag of artikel 1 van richtlijn 89/665 zich verzet tegen de mogelijkheid van algemene uitsluiting van het recht op beroep in omstandigheden als die in het hoofdgeding.

36. Wat de tweede vraag van de verwijzende rechter betreft, is het weliswaar juist dat het Hof niet kan opsommen wat er precies in de aankondiging van een opdracht moet staan.¹⁹ Niettemin is het Hof bevoegd om de relevante beginselen en bepalingen van het gemeenschapsrecht uit te leggen, ten einde de nationale rechter te helpen om vast te stellen of deze in een concreet geval zijn geschonden.

37. De prejudiciële verwijzing is derhalve ontvankelijk.

Prejudiciële vragen

Voorafgaande opmerking

38. De twee vragen van de verwijzende rechter kunnen worden geherformuleerd als volgt:

1. Staat richtlijn 89/665/EEG eraan in de weg dat een inschrijver, wanneer deze

¹⁹ — De communautaire wetgever heeft bepaalde geharmoniseerde vereisten opgelegd met betrekking tot opdrachten die de relevante drempel overschrijden: zie voetnoot 3.

heeft nagelaten om binnen de in het nationale recht voorgeschreven bezwaartermijn op te komen tegen een besluit waarmee de plaatsing van een overheidsopdracht ten onrechte buiten de werkingssfeer van de communautaire bescherming wordt gebracht, het door deze richtlijn verleende recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen andere besluiten in de aanbestedingsprocedure?

2. Welke nadere bijzonderheden dient een aankondiging van een opdracht te bevatten, teneinde de conclusie mogelijk te maken dat de waarde van de opdracht ten onrechte lager is geraamd dan de drempel voor de door richtlijn 89/665 gewaarborgde bescherming?

39. De tweede prejudiciële vraag van de verwijzende rechter heeft betrekking op de vraag of de betrokken inbreuk kan worden ontdekt. Die vraag is wezenlijk om te kunnen nagaan of een bezwaartermijn ter zake van deze inbreuk verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Ik zal derhalve bij de twee prejudiciële vragen gezamenlijk stilstaan. De meeste partijen die opmerkingen hebben ingediend, hebben overigens deze aanpak in het algemeen gevolgd.

Opmerkingen

40. Lämmerzahl betoogt dat hoewel een vervaltermijn als die in § 107, lid 3, tweede

volzin, GWB in beginsel verenigbaar is met richtlijn 89/665, deze neerkomt op een uitzondering op het recht om beroep in te stellen. Bijgevolg moet de zinsnede „aan de hand van de aankondiging van de opdracht kenbaar” beperkt worden uitgelegd. Zij kan zich niet uitstrekken tot de constatering van een ommissie, waarvan de betwisting op haar beurt zou kunnen leiden tot de vaststelling van een vergissing van de stad Bremen bij de raming van de waarde van de opdracht. Die vergissing — en bijgevolg de abusievelijke procedurekeuze — kon niet uit de aankondiging van de opdracht worden opgemaakt. Het was derhalve onmogelijk of buitensporig moeilijk voor Lämmerzahl om van haar communautaire rechten gebruik te maken.

41. De Republiek Litouwen is van mening dat wanneer een vervaltermijn ingaat met de aankondiging van de opdracht, de door het gemeenschapsrecht aan de inschrijvers verleende rechten enkel doeltreffend worden beschermd indien zij op dat moment beschikken over de volledige en objectieve informatie met betrekking tot de omvang van de opdracht op dat moment. Is dit niet het geval, dan dient de vervaltermijn pas in te gaan wanneer zij kennis hebben, of konden hebben, van de betrokken procedurefout.

42. De stad Bremen vindt dat § 107, lid 3, tweede volzin, GWB verenigbaar is met richtlijn 89/665. Het criterium van de kenbaarheid waarborgt dat de uitoefening door een inschrijver van zijn communautaire rechten niet onmogelijk of buitensporig moeilijk wordt gemaakt. De vermelding van

de geraamde waarde in de aankondiging van de opdracht zou de mededinging kunnen verstoren. Het is voldoende dat een marktdeelnemer met een gemiddelde ervaring in staat moet kunnen zijn om de waarde van de opdracht aan de hand van de verstrekte informatie te berekenen. Ter terechtzitting heeft de stad Bremen erop gewezen dat ook zonder het recht op beroep krachtens richtlijn 89/665 algemene rechtsgangen in het nationale recht openstaan. Zij heeft evenwel erkend dat deze minder doeltreffend zijn dan de in het GWB voorziene procedure.

43. Volgens de Republiek Oostenrijk is een algemene uitsluiting van de communautaire beroepsprocedure als gevolg van het niet binnen de vervaltermijn opkomen tegen de betrokken inbreuk verenigbaar met richtlijn 89/665, mits de concrete toepassing van de vervaltermijn niet in strijd is met het beginsel van doeltreffende bescherming.

44. De Commissie neemt een zelfde standpunt in. Zij merkt op dat de sanctie van uitsluiting waarborgt dat tegen onregelmatigheden zo snel mogelijk wordt opgekomen. Dit is wenselijk met het oog op de mogelijke gevolgen van het opnieuw moeten inleiden van de aanbestedingsprocedure. Ter terechtzitting heeft de Commissie betoogd dat het verzuim om op tijd tegen een onregelmatigheid op te komen enkel tot uitsluiting dient te leiden, wanneer de inschrijver de inbreuk had kunnen kennen of deze had moeten kennen wanneer hij de zorgvuldigheid had

betracht die van een geïnformeerde en zorgvuldige inschrijver mag worden verwacht.

45. De Commissie is voorts van mening dat de fundamentele beginselen van het Verdrag als gelijkheid en transparantie ook van toepassing zijn op opdrachten die de communautaire drempel niet overschrijden.²⁰

Beoordeling

46. Het communautaire doeltreffendheidsbeginsel vormt de kern van de door richtlijn 89/665 verleende bescherming. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat dit beginsel vereist dat de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt.²¹

47. Zo benadrukken de eerste drie overwegingen van de considerans van richtlijn 89/665 dat de richtlijn tot doel heeft de

20 — Ik heb uitvoerig stilgestaan bij dit argument in mijn conclusie in de zaak Commissie/Finland (arrest van 26 april 2007, C-195/04, Jurispr. blz. I-3351).

21 — Zie bijvoorbeeld arresten van 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12 en de aldaar aangehaalde rechtspraak), en 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 43 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

doeltreffende toepassing van de harmoniserende communautaire richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten te waarborgen door te voorzien in een stelsel van beroepsprocedures „in geval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet”. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn noemt de voorwaarde voor een doeltreffend beroep tegen besluiten van de aanbestedende diensten. Artikel 2, lid 7, van de richtlijn bepaalt dat besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures op doeltreffende wijze ten uitvoer moeten worden gelegd.

48. De tweede en de vijfde overweging van de considerans benadrukken evenwel dat aanbestedingsprocedures door hun korte duur worden gekenmerkt. In een stadium waarin een inbreuk nog ongedaan kan worden gemaakt, is bijgevolg een spoedbehandeling ervan geboden. De snelheid van het beroep wordt derhalve beschouwd als een aspect van de doeltreffendheid en wordt in de derde overweging van de considerans en in artikel 1, lid 1, van de richtlijn uitdrukkelijk vermeld.

49. Richtlijn 89/665 voorziet daarom in de mogelijkheid van beroep tegen een besluit zelfs voordat dit tot daadwerkelijk nadeel heeft geleid. Ingevolge artikel 1, lid 3, van die richtlijn wordt een rechtsgang verleend aan „een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht [...] en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd” (cursivering van mij). In die zin machtigt artikel 1, lid 3, van de richtlijn de lidstaten om van degene die hiervan gebruik wenst te

maken, te verlangen de aanbestedende dienst vooraf in kennis te stellen van zijn voornemen om beroep in te stellen, hiermee de noodzaak benadrukkend om problemen zo snel mogelijk op te lossen.

50. De richtlijn laat niet uitdrukkelijk het gebruik toe van vervalttermijnen voor beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten. De vaststelling van vervalttermijnen in het nationale recht is in beginsel evenwel verenigbaar met het vereiste van een snelle beroepsprocedure, aangezien een herziening van dergelijke besluiten in de praktijk snel zeer moeilijk wordt. Bovendien is het vaste rechtspraak van het Hof dat de vaststelling van redelijke vervalttermijnen een toepassing vormt van het fundamentele beginsel van rechtszekerheid.²²

51. In het arrest *Universale-Bau*²³ heeft het Hof verklaard dat richtlijn 89/665 niet eraan in de weg staat dat in het nationale recht redelijke vervalttermijnen worden vastgesteld voor het instellen van beroep tegen een besluit van een aanbestedende dienst. Een vervalttermijn is redelijk wanneer deze beant-

²² — Zie arrest van 16 mei 2000, *Preston e.a.* (C-78/98, Jurispr. blz. I-3201, punt 33 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

²³ — Aangehaald in voetnoot 18.

woordt aan zowel het doeltreffendheidsbeginsel, als neergelegd in de richtlijn, als aan het rechtszekerheidsbeginsel.²⁴

52. De noodzaak om een evenwicht te vinden tussen deze twee beginselen onderscheidt vervaltermijnen van afwijkende bepalingen, waarmee Lämmerzahl vervaltermijnen op één lijn wil plaatsen. Het gemeenschapsrecht kent allerlei soorten afwijkingen die om verschillende redenen gerechtvaardigd zijn. Zij vormen vaak uitzonderingen op door het Verdrag verleende rechten of op andere algemene beginselen. In de regel zijn zij toegestaan wanneer het noodzakelijk is bepaalde specifieke belangen te beschermen. Omwille van de doeltreffendheid van hogere beginselen worden afwijkingen in het algemeen beperkend uitgelegd. Vervaltermijnen daarentegen houden het midden tussen individuele rechten en het bredere algemene belang. Aangezien zij niettemin rechten beperken, dienen zij zorgvuldig te worden onderzocht, teneinde vast te stellen of hun toepassing feitelijk het beginsel van doeltreffende bescherming ondermijnt.

53. Het Hof heeft een dergelijk onderzoek gedaan in het arrest Santex.²⁵ Daarin heeft het de Universale-Bau-rechtspraak nader uitgewerkt en criteria toegepast die het in

eerdere rechtspraak²⁶ heeft geformuleerd met betrekking tot de redelijkheid van vervaltermijnen in het kader van richtlijn 89/665. Het Hof heeft verklaard dat een termijnvoorschrift moet worden onderzocht „met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan”. Derhalve kan de toepassing van een vervaltermijn, ook al is deze op zich niet in strijd met het effectiviteitsbeginsel, in de omstandigheden van het concrete geval toch schending van dat beginsel opleveren.²⁷

54. In het arrest Grossmann Air Service heeft het Hof verklaard dat de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665 verlangen dat de betrokkene die op de hoogte is van een onregelmatigheid hiertegen opkomt²⁸, en heeft het weinig begrip opgebracht voor de betrokken verzoekster die het gunningsbesluit afwachtte vooraleer een beweerde onregelmatigheid in de aankondiging aan te vechten.²⁹

55. Het criterium dat de inschrijver op de hoogte is of zich bewust moet zijn van een

24 — Zie arrest Universale-Bau (aangehaald in voetnoot 18, punten 76 en 77).

25 — Arrest van 27 februari 2003, Santex (C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punten 49-66).

26 — Zie arrest Peterbroeck (aangehaald in voetnoot 21, punt 14).

27 — Zie arrest Santex (aangehaald in voetnoot 25, punten 56 en 57).

28 — Arrest van 12 februari 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Jurispr. blz. I-1829, punt 37).

29 — In die zaak was verzoekster van mening dat de specificaties in een aanbesteding discriminatoir ten opzichte van haar waren. Vóór het gunningsbesluit had zij noch deze specificaties aangevochten, noch een aanbieding ingediend. Het Hof heeft verklaard dat de weigering om te erkennen dat verzoekster een belang had bij het verkrijgen van de betrokken opdracht in de omstandigheden van die zaak geen afbreuk deed aan de nuttige werking van richtlijn 89/665.

inbreuk ligt niet alleen aan het arrest Grossmann ten grondslag, maar ook aan andere zaken. Wanneer de vervaltermijn om op te komen tegen een onregelmatigheid begint te lopen voordat de inschrijver op de hoogte is, of wanneer een inschrijver anderszins wordt gestraft omdat hij geen beroep heeft ingesteld in een situatie waarin hij niet op de hoogte was en niet op de hoogte kon zijn van een onregelmatigheid, wordt het doeltreffendheidsbeginsel ondermijnd. In het arrest Santex kwam de inschrijver pas op de hoogte van de interpretatie door de aanbestedende dienst van de litigieuze clause toen de vervaltermijn was verstreken³⁰, zodat hem derhalve niet door de vervaltermijn zijn mogelijkheid tot beroep mocht worden ontzegd. In het arrest GAT, waarin het niet ging om een vervaltermijn, was het Hof van oordeel dat een verzoekster niet het recht mag worden onthouden om vergoeding te eisen van de schade die een besluit haar heeft berokkend op grond dat een voorafgaand besluit onwettig was. In die zaak was het eerdere besluit niet aangevochten en was verzoekster derhalve niet noodzakelijkerwijs op de hoogte van de onregelmatigheid ervan.³¹

de uitoefening van het door richtlijn 89/665 toegekende recht om beroep in te stellen verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, mits een dergelijke vervaltermijn de uitoefening van dat recht niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Bij de beantwoording van de vraag of dit het geval is, moet niet alleen rekening worden gehouden met de duur van de vervaltermijn maar ook met de omstandigheden in de beroepsprocedure waarin deze vervaltermijn een rol speelt. Beslissend is of de betrokkene op de hoogte was. De in de richtlijn neergelegde doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid verlangen weliswaar dat een betrokkene die kennis heeft van een inbreuk hiertegen opkomt, maar hem kan niet zijn beroepsrecht worden ontzegd op grond van een vervaltermijn die in gang wordt gezet door iets waarvan hij in redelijkheid niet op de hoogte kon zijn.

56. Uit de hierboven besproken rechtspraak van het Hof volgt dat de vaststelling in het nationale recht van een vervaltermijn voor

57. Kan een vervaltermijn ook dan nog verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, wanneer het verzuim om op tijd een onregelmatigheid aan te vechten de inschrijver tevens de mogelijkheid onthoudt om op te komen tegen andere daaropvolgende onregelmatigheden tijdens de aanbestedingsprocedure? Dat is zeer zeker een vergaande sanctie. Is zij toelaatbaar?

30 — Zie arrest Santex (aangehaald in voetnoot 25, punt 60).

31 — Arrest van 19 juni 2003, GAT (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punten 53 en 54; zie ook punt 46 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed).

58. Vaststaat dat het niet binnen de vervaltermijn opkomen tegen de keuze voor een nationale procedure volgens algemene

rechtsbeginselen tot gevolg heeft dat deze procedure intact blijft en dat de aanbesteding vervolgens niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Deze situatie moet worden onderscheiden van die in het arrest GAT, waarin het Hof van oordeel was dat aangezien alle besluiten die aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten nemen, openstaan voor beroep krachtens richtlijn 89/665, een inschrijver niet het recht mag worden ontzegd om vergoeding te eisen van schade ter zake van een gesteld onrechtmatig gunningsbesluit op grond dat een voorafgaand besluit de procedure ongeldig heeft gemaakt (evenwel zonder deze buiten de werkingssfeer van de richtlijn te plaatsen).³²

59. Een mogelijkheid zou zijn om een uitzondering op de in het arrest *Universale-Bau* geformuleerde regel in het leven te roepen en te oordelen dat voor de mogelijkheid om op te komen tegen een besluit dat een concrete aanbestedingsprocedure ten onrechte buiten de werkingssfeer van de communautaire bescherming blijkt te plaatsen, geen vervalttermijn kan gelden. Dit lijkt mij geen goede oplossing. Om te beginnen zou dit een verstoring zijn van het door richtlijn 89/665 gezochte evenwicht tussen doeltreffendheid en rechtszekerheid. Voorts zou een inschrijver in de verleiding kunnen komen om de procedure niet aan te vechten (die immers door de beperking van de mededinging in zijn voordeel kan zijn), tenzij of totdat hij langs de weg van het gunnings-

besluit ontdekt dat hij daadwerkelijk belang heeft bij het beroepsrecht krachtens richtlijn 89/665.

60. Het voorstel om de vervalttermijn te verlengen wanneer een termijnoverschrijding draconische gevolgen heeft, lijkt mij net zo veel vragen op te roepen als te beantwoorden.

61. Bijgevolg kom ik tot de conclusie dat een vervalttermijn voor het opkomen tegen besluiten in het kader van een aanbestedingsprocedure ook dan nog verenigbaar is met het beginsel van doeltreffendheid gecombineerd met de noodzaak van snelheid en rechtszekerheid, wanneer het verzuim om binnen de vervalttermijn een onregelmatigheid aan te vechten ertoe leidt dat een inschrijver de door richtlijn 89/665 verleende bescherming van een beroepsprocedure wordt ontzegd.

62. Ik zal nu stilstaan bij de vervalttermijn, inclusief de bijzondere kenmerken ervan in deze zaak.

63. De in § 107, lid 3, tweede volzin, GWB vastgelegde vervalttermijn loopt van de

32 — Zie arrest GAT (aangehaald in voetnoot 31, punten 51-54).

bekendmaking van de aankondiging van een aanbesteding tot de uiterste datum voor inschrijvingen. In de onderhavige zaak lijkt deze vervalt termijn ten minste 23 dagen te hebben bedragen.³³ Gelet op het feit dat de communautaire wetgever een minimumtermijn van 22 dagen voldoende acht voor de voorbereiding en de indiening van een aanbidding³⁴, is het moeilijk te verdedigen dat 23 dagen onvoldoende zijn om een beweerde onregelmatigheid aan te vechten. Een dergelijke vervalt termijn voor betwisting lijkt derhalve in beginsel niet strijdig met het aan richtlijn 89/665 ten grondslag liggende doeltreffendheidsbeginsel, met name met het oog op de in deze richtlijn benadrukte noodzaak van een snelle beroepsprocedure.³⁵

64. Het bijzondere van de in § 107, lid 3, tweede volzin, GWB bedoelde vervalt termijn is evenwel dat deze begint te lopen wanneer de beweerde onregelmatigheid aan de hand van de aankondiging van de opdracht kenbaar is.

33 — Zie punt 13.

34 — Zie punt 8.

35 — Uit een onderzoek door de bevoegde diensten van het Hof blijkt dat dergelijke vervalt termijnen voor het aanvechten van openbare aanbestedingen binnen de bandbreedte blijven van de door de andere lidstaten vastgestelde vervalt termijnen. De navolgende vervalt termijnen zijn van toepassing in de onderzochte landen die een openbare aanbesteding beschouwen als een in rechte aanvechtbare handeling en voorzien, hetzij uitdrukkelijk, hetzij als onderdeel van een algemeen beroepsstelsel, in de mogelijkheid van beroep tegen een dergelijke aanbesteding: 7 of 14 dagen afhankelijk van de procedure (Oostenrijk, Polen), 14 dagen (Finland), 15 dagen (Hongarije), één maand (Portugal), de uiterste datum voor het indienen van aanbiedingen (Slovenië), twee maanden (Griekenland, Spanje), drie maanden (Ierland, Verenigd Koninkrijk). Frankrijk en Luxemburg hebben geen vervalt termijnen vastgesteld. In Denemarken, Nederland en Zweden kan zelfs nadat het contract voor de opdracht is ondertekend nog tegen de aanbestedingen worden opgekomen.

65. Welke is dus de mate of de aard van de kennis van een onregelmatigheid die een inschrijver mag worden toegeschreven zonder het aan richtlijn 89/665 ten gronde liggende doeltreffendheidsbeginsel te schenden?

66. Ik ben van mening dat het vereiste van een daadwerkelijke, of subjectieve, kennis van de inschrijver indruist tegen de rechtszekerheid. Bovendien zou het in omstandigheden als in het onderhavige geval moeilijk kunnen zijn om te bewijzen dat een inschrijver daadwerkelijk kennis had van een inbreuk en het vereiste van een dergelijk bewijs strookt nauwelijks met de noodzaak van een snelle beroepsprocedure.

67. Bijgevolg lijkt het de voorkeur te verdienen om een criterium in termen van veronderstelde of objectieve kennis te formuleren. Het Hof hanteert reeds een objectief criterium met betrekking tot het vermogen van de inschrijver om gunningscriteria te interpreteren in het licht van de gelijkheid van behandeling bij openbare aanbestedingen, namelijk het vermogen van een „redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver[...]”.³⁶ Dezelfde formule lijkt geëigend in het kader van de

36 — Zie arrest van 18 oktober 2001, SIAC (C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 42). Een andere formulering, afkomstig van het terrein van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, verwijst naar een „voorzichtige en bezonnen marktaandeelnemer”: zie bijvoorbeeld arrest van 22 juni 2006, België/Commissie, (C-182/03 en C-217/03, Jurispr. blz. I-5479). De stad Bremen en de Commissie hebben nog andere formuleringen voorgesteld (zie punten 42 en 44).

kennis die een inschrijver redelijkerwijs wordt geacht te hebben van een onregelmatigheid in een aanbestedingsprocedure.

in bepaalde gevallen de openbaarmaking van de geschatte waarden van opdrachten.³⁷

68. Een „redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver” kan geacht worden de nodige ervaring te hebben met het indienen van aanbiedingen op zijn specifieke terrein. Men mag tevens verwachten dat hij een algemene kennis en een globaal begrip heeft van de belangrijkste juridische aspecten van de markten waarop hij actief is. In de context van de onderhavige zaak veronderstelt dit een algemene kennis van de nationale en Europese aanbestedingsprocedures en de relevante drempels, inclusief de mogelijkheden om op te komen tegen in het kader van beide procedures genomen besluiten en de hiermee verbonden vervaltermijnen.

69. Welke informatie moet beschikbaar zijn om een dergelijke inschrijver in staat te stellen, in omstandigheden als die in het onderhavige geval, vast te stellen dat voor een onjuiste procedure is gekozen?

70. Ik ben het niet eens met de stad Bremen dat openbaarmaking van de geschatte waarde van de opdracht de mededinging zou verstoren. Tenslotte eist de communautaire wetgeving op het gebied van overheidsopdrachten, waarvan het bevorderen van de mededinging een belangrijke doelstelling is,

71. Aangezien de keuze van de procedure afhangt van de geschatte waarde van de opdracht, dient de informatie de inschrijver in staat te stellen deze waarde vast te stellen. Dit zou niet alleen de te leveren goederen omvatten, maar ook de kosten voor alle onder de opdracht vallende ondersteuning, opleiding en onderhoud. Ik ben het dienaangaande eens met de opmerking van de Republiek Litouwen, namelijk dat enkel een transparante en volledige openbaarmaking van de omvang en het volume van het project inschrijvers in staat stelt om op basis van hun ervaring en kennis met betrekking tot marktтарieven de geschatte totale waarde te berekenen.

72. Het bestaan van een dergelijke informatieplicht, gecombineerd met het criterium van de kennis en de ervaring die mag worden toegerekend aan een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver zou de bedenkingen moeten wegnemen van de verwijzende rechter ten aanzien van het misbruikpotentieel wat de mogelijkheid van een aanbestedende dienst betreft om de

³⁷ — Zie bijlage VII A bij richtlijn 2004/18 (zie voetnoot 3) die na de relevante feiten van de onderhavige zaak in werking is getreden. In aankondigingen van overheidsopdrachten en bij raamovereenkomsten moet de totale geraamde waarde van de werken, leveringen of diensten worden opgenomen. In vooraankondigingen voor overheidsopdrachten voor leveringen moet de hoeveelheid of de waarde van de te leveren artikelen worden opgenomen.

onoplettendheid van de inschrijver in zijn voordeel te gebruiken.³⁸

73. Mijns inziens hoeft deze informatie niet noodzakelijkerwijs in de aankondiging van de opdracht zelf te worden vermeld. Van een inschrijver kan redelijkerwijs worden verwacht dat hij gebruik maakt van de verwijzingen in de aankondiging naar andere documenten, mits duidelijk is aangegeven waar deze te verkrijgen zijn. Dienaangaande heeft het Hof reeds verklaard dat gunningscriteria verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling, wanneer deze criteria tevoren in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zijn vermeld.³⁹ Is de informatie die nodig is voor de afbakening van de omvang van de opdracht in het bestek opgenomen, dan begint de vervalt termijn om een inbreuk aan te vechten pas te lopen zodra de inschrijver in staat is geweest het aanbestedingsbestek te verkrijgen of bij tijdig handelen hiertoe in staat zou zijn geweest.

74. Ik denk echter niet dat het enkele ontbreken in de oorspronkelijke aankondiging van een mededeling omtrent de omvang en het geraamde volume van de opdracht volstaat om een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver attent te maken op een onjuiste schatting door de aanbestedende dienst van de opdrachtwaarde. Ook al vormt dit verzuim een onregelmatigheid op zich, lijkt mij de eis aan de inschrijver om hier tegen op te komen, teneinde te ontdekken of hieronder

een andere onregelmatigheid schuilgaat die de rechten van de inschrijver kan raken, de uitoefening van die rechten buitensporig moeilijk te maken, met name uit het oogpunt van de vervalt termijn. Dit is a fortiori het geval wanneer er op zijn minst over kan worden getwist of bekendmaking van de omvang van de opdracht krachtens § 17, lid 1, punt 2, sub c, VOL/A dwingend is.⁴⁰

75. Het staat uiteindelijk aan de nationale rechter, als enige feitenrechter, om in voorkomend geval, erover te oordelen in welk stadium een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver had moeten ontdekken dat de verkeerde procedure is gekozen. De navolgende opmerkingen zouden niettemin van nut kunnen zijn.

76. In het onderhavige geval kon het bestek van de aanbesteding zonder problemen worden gedownload van de site van de stad Bremen. Gebleken is echter dat noch de aankondiging zelf, noch het bestek de omvang en het volume van het project vermeldde.

77. Het is weliswaar juist dat het „diensten-opdracht“-onderdeel van het prijsdocument

38 — Zie punt 30.

39 — Zie arrest SLAC (aangehaald in voetnoot 36, punten 40 en 42).

40 — Zie punt 29 in fine.

de opleiding van ongeveer 300 medewerkers en 10 administrateurs specificeerde en dat het voorwerpdokument vermeldde dat ongeveer 310 medewerkers met het systeem zouden gaan werken. Het in het „licentieopdracht“-onderdeel van het prijsdocument opgenomen verzoek om eenheidsprijzen op te geven naar gelang van de verschillende mogelijke hoeveelheden, kon evenwel redelijkerwijs in die zin worden opgevat dat een lager aantal licenties zou kunnen worden overwogen of dat nog niet was beslist over het uiteindelijke aantal licenties (nog afgezien van de vraag hoeveel licenties volledig en hoeveel er read-only zouden zijn).⁴¹

78. Lämmerzahl heeft op zijn minst twee keer contact opgenomen met de stad Bremen om nadere bijzonderheden over de aanbesteding te vernemen. In haar tweede reeks vragen heeft Lämmerzahl duidelijk gemaakt ervan uit te gaan dat 310 licenties zouden worden gevraagd. Dit werd evenwel nooit uitdrukkelijk bevestigd door Bremen. Men kan hooguit zeggen dat de stad Bremen, door in haar antwoord van 6 april 2005 dit aantal niet tegen te spreken, stilzwijgend de veronderstelling van Lämmerzahl bevestigde dat het om ongeveer 310 licenties zou gaan.

79. Het blijkt kortom dat noch de aankondiging van de opdracht en het bestek ervan, noch de informatie die de stad Bremen vervolgens heeft verstrekt uitdrukkelijk het gevraagde aantal licenties heeft vermeld. Niettemin is het duidelijk dat Lämmerzahl een aanbieding heeft ingediend waarvan de waarde drie keer hoger was dan de drempel voor Europese aanbestedingen.

80. Tegen deze achtergrond staat het aan de nationale rechter om te oordelen of, hoe dan ook, de toepassing van § 107, lid 3, tweede volzin, GWB een doeltreffende bescherming bood. Dit zou het geval zijn wanneer de informatie in de aankondiging van de opdracht of het bestek een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver in staat had gesteld te ontdekken dat de verkeerde procedure was gekozen. Wanneer een met artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 verenigbare uitlegging van deze bepaling onmogelijk is, moet laatstgenoemde buiten toepassing worden gelaten⁴² en eerstgenoemde, die directe werking heeft⁴³, worden toegepast.

41 — De inconsistentie tussen de verschillende bandbreedten van aantallen licenties en het aantal van 310 werknemers kan niet volledig worden verklaard uit de mogelijke aantallen volledige en read-only licenties. Het maximale aantal read-only licenties waarvoor een prijsopgave werd gevraagd bedraagt 100; en de eerste drie bandbreedten waarvoor een prijsopgave voor een volledige licentie werd gevraagd, ligt onder het saldo (210) dat vereist is om in het totaal op 310 te komen.

42 — Zie arrest Santex (aangehaald in voetnoot 25, punten 63-65 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

43 — Zie arrest van 2 juni 2005, Koppensteiner (C-15/04, Jurispr. blz. I-4855, punt 38).

Conclusie

81. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de twee prejudiciële vragen samen te voegen en te beantwoorden als volgt:

„Wanneer een inschrijver niet binnen de in het nationale recht vastgestelde vervalltermijn opkomt tegen de keuze van een procedure waarmee de aanbesteding van een overheidsopdracht ten onrechte buiten de werkingssfeer van de communautaire bescherming wordt geplaatst, staat 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, niet eraan in de weg dat een inschrijver het door deze richtlijn verleende recht wordt ontzegd om beroep in te stellen tegen andere tijdens de aanbestedingsprocedure genomen besluiten, mits de toepassing van de vervalltermijn het feitelijk niet nagenoeg onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt om de keuze van de procedure in de gegeven omstandigheden aan te vechten. Dit zou het geval zijn wanneer de informatie in de aankondiging van de opdracht of het bestek onvoldoende was om een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver in staat te stellen te ontdekken dat de verkeerde procedure is gekozen. Het staat aan de nationale rechter om dit in het concrete geval na te gaan.”