ARREST VAN HET HOF (Tiende kamer)

4 juli 2013*

„Overheidsopdrachten — Richtlijn 89/665/EEG — Beroep inzake overheidsopdrachten — Beroep tegen besluit tot gunning van opdracht door niet-gekozen inschrijver — Beroep op grond dat gekozen offerte niet overeenstemt met technische specificaties van opdracht — Incidentele vordering van gekozen inschrijver op grond dat offerte ingediend door inschrijver die beroep heeft ingesteld niet voldoet aan bepaalde technische specificaties van opdracht — Offertes beide niet in overeenstemming met technische specificaties van opdracht — Nationale rechtspraak op grond waarvan incidentele vordering eerst moet worden onderzocht en, indien zij gegrond is, principale vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard, zonder onderzoek ten gronde — Verenigbaarheid met het Unierecht”

In zaak C-100/12,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italië) bij beslissing van 25 januari 2012, ingekomen bij het Hof op 24 februari 2012, in de procedure

Fastweb SpA

tegen

Azienda Sanitaria Locale di Alessandria,

in tegenwoordigheid van:

Telecom Italia SpA,

Path-Net SpA,

wijst

HET HOF (Tiende kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, E. Juhász en D. Šváby (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Impellizzeri, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 december 2012,

* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

— Telecom Italia SpA en Path-Net SpA, vertegenwoordigd door A. Lirosi, M. Martinelli en L. Mastromatteo, avvocati,

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

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Tokár en D. Recchia als gemachtigden,

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

het navolgende

Arrest

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

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, Fastweb SpA (hierna: „Fastweb") en, anderzijds, Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (lokale gezondheidsdienst te Alessandria), Telecom Italia SpA (hierna: „Telecom Italia") en een dochteronderneming ervan, Path-Net SpA (hierna: „Path-Net"), over de gunning van een overheidsopdracht aan deze dochteronderneming.

Toepasselijke bepalingen

3 De tweede en de derde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 luiden als volgt:

„Overwegende dat de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de [daadwerkelijke] toepassing [van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten] moeten waarborgen, het niet altijd mogelijk maken te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt;

Overwegende dat de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie vereist en dat, wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden, er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan in geval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet".

4 In punt 3 van de considerans van richtlijn 2007/66 heet het:

„[...] De door middel van [onder meer richtlijn 89/665] beoogde garanties inzake doorzichtigheid en niet-discriminatie moeten [...] worden versterkt om ervoor te zorgen dat de Gemeenschap als geheel volledig profiteert van de positieve gevolgen van de bij [onder meer 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)] tot stand gebrachte modernisering en vereenvoudiging van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. [...]"

5 Artikel 1 van richtlijn 89/665 heeft als opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures” en luidt als volgt:

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

Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren overheidsopdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en dynamische aankoopsystemen.

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/18] vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

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

[...]”

6 Artikel 2, lid 1, van die richtlijn bepaalt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

[...]

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren [...]

[...].”

7 In punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18 heet het:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het [VWEU] geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere verdragsregels worden uitgelegd.”

8 Artikel 2 van die richtlijn luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

9 Artikel 32 van die richtlijn bepaalt:

„[...]

2. Met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst volgen de aanbestedende diensten de in deze richtlijn bedoelde procedureregels in alle fasen tot de gunning van de opdrachten die op deze raamovereenkomst zijn gebaseerd. [...]

[...]

Opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst, worden gegund volgens de in de leden 3 en 4 vermelde procedures. [...]

[...]

4. [...]

Opdrachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers kunnen worden gegund:

[...]

— hetzij, wanneer niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, door de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen onder dezelfde voorwaarden, die indien nodig worden gepreciseerd, en, in voorkomend geval, onder andere, in het bestek van de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, volgens de onderstaande procedure:

a) voor elke te plaatsen opdracht raadplegen de aanbestedende diensten schriftelijk de ondernemers die in staat zijn de opdracht uit te voeren;

[...]

d) de aanbestedende diensten gunnen elke opdracht aan de inschrijver die op grond van de in het bestek van de raamovereenkomst vastgestelde gunningscriteria de beste inschrijving heeft ingediend."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10 Overeenkomstig decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 codice dell'amministrazione digitale (wetsbesluit nr. 82 van 7 maart 2005 houdende het wetboek digitaal bestuur, gewoon supplement bij GURI nr. 112 van 16 mei 2005) is het Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) (nationaal centrum voor informatica in de overheidsdiensten) gemachtigd om raamovereenkomsten te sluiten met ondernemers die het selecteert. Decentrale besturen kunnen opdrachten plaatsen op basis van deze raamovereenkomsten, rekening houdend met hun eigen behoeften.

11 Het CNIPA heeft een dergelijke raamovereenkomst gesloten met name met Fastweb en Telecom Italia. Op 18 juni 2010 heeft de Azienda Sanitaria Locale di Alessandria deze vennootschappen gevraagd om een offerte voor „datatransmissie- en telefoonlijnen", op basis van een bestek. Bij besluit van 15 september 2010 heeft zij de door Telecom Italia ingediende inschrijving gekozen, en op 27 september 2010 een overeenkomst gesloten met een dochteronderneming van Telecom Italia, Path-Net.

12 Fastweb heeft tegen het besluit tot gunning van deze opdracht beroep ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionale administratieve rechtbank van Piemonte). Telecom Italia en Path-Net hebben in deze procedure geïntervenieerd en een incidentele vordering ingesteld. Elk van deze ondernemers, de enige ondernemingen die met elkaar in concurrentie zijn getreden, betwist de regelmatigheid van de inschrijving van de ander, omdat deze niet voldoet aan bepaalde technische specificaties uit het bestek.

13 Uit het door de verwijzende rechter gelaste onderzoek naar de vraag of de door deze beide vennootschappen ingediende inschrijvingen waren afgestemd op het bestek, is gebleken dat geen van deze inschrijvingen in overeenstemming was met alle door het bestek opgelegde technische specificaties. Volgens deze rechter moet deze vaststelling logischerwijs ertoe leiden dat de beide vorderingen worden toegewezen en bijgevolg dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdrachtenprocedure nietig wordt verklaard, aangezien geen enkele inschrijver een offerte heeft ingediend die tot een gunning kan leiden. Verzoekster in het hoofdgeding heeft belang bij deze oplossing, aangezien de heropening van de gunningsprocedure haar een nieuwe kans zou bieden om de opdracht in de wacht te slepen.

14 De verwijzende rechter merkt evenwel op dat de Consiglio di Stato (Italiaanse raad van state) bij beslissing van 7 april 2011, waarover in voltallige zitting is beslist, een rechtsbeginsel met betrekking tot beroepen inzake overheidsopdrachten heeft geformuleerd volgens hetwelk het onderzoek van een incidentele vordering waarmee de procesbevoegdheid van de partij die een dergelijk beroep heeft ingesteld, wordt betwist op grond dat deze partij onregelmatig is toegelaten tot deelname aan de litigieuze aanbestedingsprocedure, vooraf dient te gaan aan het onderzoek van het principale beroep, ook als deze partij een instrumenteel belang heeft om te verkrijgen dat de volledige aanbestedingsprocedure wordt heropend, en ongeacht het aantal concurrenten dat aan deze procedure heeft deelgenomen, de soort ter ondersteuning van de incidentele vordering aangevoerde grieven en de eisen van het betrokken bestuur.

15 De Consiglio di Stato is immers van oordeel dat enkel degene die rechtmatig aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen, kan opkomen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht. Volgens deze rechterlijke instantie heeft de vaststelling dat de partij die tegen dat besluit beroep heeft ingesteld, onregelmatig tot deze procedure is toegelaten, terugwerkende kracht, en heeft de definitieve uitsluiting van deze partij van de overheidsopdrachtenprocedure tot gevolg dat deze partij de uitkomst van deze procedure niet kan aanvechten.

16 Overeenkomstig deze rechtspraak van de Consiglio di Stato geeft het praktische belang bij de heropening van de aanbestedingsprocedure, aangevoerd door de partij die beroep heeft ingesteld tegen het besluit tot gunning van een overheidsopdracht, deze partij geen rechtspositie op grond waarvan zij procesbevoegd is. Een dergelijk belang onderscheidt zich immers niet van dat van alle andere ondernemers in de sector die willen deelnemen aan een nieuwe aanbestedingsprocedure. Bijgevolg moet de incidentele vordering waarmee de procesbevoegdheid wordt betwist van de partij die een dergelijk beroep heeft ingesteld, steeds als eerste worden onderzocht, zelfs wanneer er slechts twee inschrijvers waren, namelijk de niet-gekozen inschrijver, die het principale beroep heeft ingesteld, en de gekozen opdrachtnemer, die de incidentele vordering heeft ingesteld.

17 De verwijzende rechter vraagt zich af of deze rechtspraak, inzonderheid voor zover daarbij onvoorwaardelijk wordt bevestigd dat de incidentele vordering voorrang heeft op de principale vordering, in overeenstemming is met de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, vrije mededinging en effectieve rechterlijke bescherming, zoals in overweging genomen in de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665. Volgens deze rechter geeft het voorafgaande – en mogelijk uitsluitende – onderzoek van de incidentele vordering de gekozen inschrijver immers een ongerechtvaardigd voordeel ten opzichte van alle andere ondernemers die aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen, wanneer blijkt dat de opdracht hem onregelmatig is gegund.

18 In deze context heeft het Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staan de beginselen van de gelijkheid van partijen, non-discriminatie en de bescherming van de mededinging bij overheidsopdrachten als bedoeld in richtlijn [89/665] in de weg aan het [Italiaanse] positief recht zoals dat blijkt uit beslissing nr. 4 van de voltallige zitting van de Consiglio di Stato van 2011, volgens welke het onderzoek van het incidentele beroep waarmee de procesbevoegdheid van de verzoeker in de principale procedure wordt bestreden op grond dat hij ten onrechte tot de aanbestedingsprocedure is toegelaten, noodzakelijkerwijs vooraf moet gaan aan en prejudicieert op het onderzoek van het principale beroep, ook als de verzoeker in het principale beroep een instrumenteel belang heeft om te verkrijgen dat de volledige selectieprocedure wordt heropend, en onafhankelijk van het aantal concurrenten dat eraan heeft deelgenomen, inzonderheid in de situatie waarin nog maar twee inschrijvers overbleven in de aanbestedingsprocedure (namelijk de verzoeker in het principale beroep en de gekozen inschrijver, verzoeker in het incidentele beroep), die elk de uitsluiting van de andere beogen omdat diens inschrijving niet voldoet aan de minimumvereisten voor geschiktheid van de inschrijving?”

Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

19 Telecom Italia en Path-Net, alsook de Italiaanse regering, betwisten de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing op verschillende gronden. De vier excepties van niet-ontvankelijkheid kunnen evenwel niet worden aanvaard.

20 Ten eerste gaat het in de onderhavige prejudiciële verwijzing immers om een situatie die perfect binnen de bepalingen van artikel 267 VWEU valt. Overeenkomstig de eerste en de tweede alinea van dit artikel kan een rechterlijke instantie van een lidstaat het Hof verzoeken een uitspraak te doen over elke vraag inzake de uitlegging van de Verdragen en de handelingen van afgeleid recht, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis in de bij haar aanhangige zaak. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte vragen heeft over de gevolgen van richtlijn 89/665 in de procedurele en feitelijke context van het hoofdgeding, en twee mogelijke antwoorden overweegt die zouden leiden tot verschillende uitkomsten voor dit geding.

21 Ten tweede zet de verwijzingsbeslissing het nationale rechtskader voldoende uiteen, aangezien zij een omschrijving en een verduidelijking geeft van de rechtspraak van de Consiglio di Stato, die gebaseerd is op de uitlegging die deze geeft aan het geheel van de nationale procedureregels en -beginselen die relevant zijn in een situatie als in het hoofdgeding, en aan de gevolgen inzake de ontvankelijkheid van de principale vordering van de niet-gekozen inschrijver die volgens deze rechter daaruit voortvloeien.

22 Ten derde refereert de verwijzende rechter in zijn vraag zelf, hoewel hij niet aangeeft van welke specifieke bepaling van het Unierecht hij de uitlegging wenst te vernemen, aan richtlijn 89/665, en bevat de verwijzingsbeslissing een voldoende volledig geheel aan informatie op grond waarvan het Hof kan bepalen welke elementen van dit recht gelet op het voorwerp van het hoofdgeding, uitlegging behoeven (zie naar analogie arrest van 9 november 2006, Chateignier, C-346/05, Jurispr. blz. I-10951, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Ten vierde blijkt ten slotte niet dat dit geding betrekking heeft op een overheidsopdracht die overeenstemt met een in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 bedoelde uitzondering. Voor zover de waarde van deze opdracht de toepassingsdrempel van richtlijn 2004/18 als vastgesteld in artikel 7 ervan bereikt, hetgeen de verwijzende rechter dient te verifiëren, maar waarover in dit stadium geen grond voor twijfel bestaat, zijn de twee voornoemde richtlijnen dus van toepassing op een opdracht als in het hoofdgeding. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het feit dat bij een procedure voor het plaatsen

van een overheidsopdracht enkel nationale ondernemingen zijn betrokken, geen invloed heeft op de toepassing van richtlijn 2004/18 (zie in die zin arrest van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, Jurispr. blz. I-9999, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Beantwoording van de prejudiciële vraag

24 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 89/665, met name de artikelen 1 en 2 ervan, aldus moeten worden uitgelegd dat indien de gekozen inschrijver in het kader van een beroepsprocedure een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt op basis van het ontbreken van procesbevoegdheid van de inschrijver die dit beroep heeft ingesteld, op grond dat de aanbestedende dienst de door deze laatste inschrijver ingediende offerte had moeten uitsluiten omdat zij niet in overeenstemming was met de in het bestek omschreven technische specificaties, artikel 1, lid 3, van voormelde richtlijn eraan in de weg staat dat dit beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard ten gevolge van het voorafgaande onderzoek van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid, wanneer de verzoeker zelf de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver betwist op een identieke grond en enkel deze twee ondernemers een offerte hebben ingediend.

25 Opgemerkt zij dat uit artikel 1 van richtlijn 89/665 blijkt dat deze richtlijn beoogt te voorzien in de mogelijkheid om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen besluiten van aanbestedende diensten die onverenigbaar met het Unierecht zijn. Volgens lid 3 van dit artikel dragen de lidstaten er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

26 In dit opzicht is een besluit waarbij de aanbestedende dienst de offerte van een inschrijver uitsluit nog vóór hij tot de selectie overgaat, een besluit waartegen krachtens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 beroep moet kunnen worden ingesteld, aangezien deze bepaling van toepassing is op alle besluiten van de aanbestedende diensten waarvoor de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten gelden, en geen enkele beperking bevat wat de aard en de inhoud van deze besluiten betreft (zie met name arrest van 19 juni 2003, Hackermüller, C-249/01, Jurispr. blz. I-6319, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 In punt 26 van het reeds aangehaalde arrest Hackermüller heeft het Hof aldus geoordeeld dat, zou een voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie wegens het ontbreken van procesbevoegdheid de toegang tot deze procedures ontzeggen aan een inschrijver wiens offerte is uitgesloten nog vóór tot een selectie wordt overgegaan, dit tot gevolg zou hebben dat deze inschrijver niet alleen is verstoken van zijn recht van beroep tegen het door hem onrechtmatig geachte besluit, maar ook van zijn recht om op te komen tegen de juistheid van de uitsluitingsgrond die deze instantie in aanmerking heeft genomen om hem de hoedanigheid van persoon die is of dreigt te worden geschaad door de beweerde onrechtmatigheid te ontzeggen.

28 Wanneer om de gevolgen van deze situatie te verzachten aan de inschrijver wordt toegestaan om op te komen tegen de juistheid van deze uitsluitingsgrond in de door hem ingeleide beroepsprocedure ter betwisting van de rechtmatigheid van het besluit waarbij de aanbestedende dienst zijn inschrijving niet als de meest voordelige heeft aangemerkt, valt inderdaad niet uit te sluiten dat de geadieerde instantie aan het eind van deze procedure tot de conclusie komt dat deze inschrijving daadwerkelijk vooraf had moeten worden uitgesloten en dat het beroep van de inschrijver moet worden verworpen, aangezien hij gelet op deze omstandigheden niet is of niet dreigt te worden geschaad door de beweerde inbreuk (zie arrest Hackermüller, punt 27).

29 In een dergelijke situatie moet de inschrijver die een beroepsprocedure tegen het besluit tot gunning van een overheidsopdracht heeft ingeleid, beschikken over het recht om bij deze instantie in het kader van deze procedure op te komen tegen de juistheid van de grond waarop zijn inschrijving had moeten worden uitgesloten (zie in die zin arrest Hackermüller, punten 28 en 29).

30 Deze rechtspraak moet in beginsel ook worden toegepast wanneer de exceptie van niet-ontvankelijkheid niet ambtshalve wordt opgeworpen door de instantie waarbij dit beroep aanhangig is gemaakt, maar in het kader van een incidentele vordering ingesteld door een partij in de beroepsprocedure, zoals de gekozen inschrijver die in deze procedure regelmatig heeft geïntervenieerd.

31 In het hoofdgeding heeft de verwijzende rechter, na onderzoek van de geschiktheid van de door de beide betrokken vennootschappen ingediende inschrijvingen, vastgesteld dat de door Fastweb ingediende inschrijving niet in overeenstemming was met alle door het bestek opgelegde technische specificaties. Hij is echter tot dezelfde conclusie gekomen voor de door de andere inschrijver, Telecom Italia, ingediende offerte.

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

33 Bij een dergelijke vaststelling mag de incidentele vordering van de gekozen inschrijver niet ertoe leiden dat het beroep van een inschrijver wordt verworpen wanneer de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure en op identieke gronden. In een dergelijke situatie kan elk van de concurrenten immers een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, dat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren.

34 Gelet op een en ander moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat indien, in het kader van een beroepsprocedure, de inschrijver aan wie de opdracht is gegund en die incidenteel beroep heeft ingesteld, een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt op basis van het ontbreken van procesbevoegdheid van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, op grond dat de aanbestedende dienst de door deze inschrijver ingediende offerte had moeten uitsluiten omdat zij niet in overeenstemming was met de in het bestek omschreven technische specificaties, deze bepaling eraan in de weg staat dat dit beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard ten gevolge van het voorafgaande onderzoek van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid, zonder uitspraak te doen over de vraag of zowel de offerte van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, als deze van de inschrijver die het principale beroep heeft ingesteld, overeenstemmen met deze technische specificaties.

Kosten

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

Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht:

Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en

de Raad van 11 december 2007, moet aldus worden uitgelegd dat indien de inschrijver aan wie de opdracht is gegund en die incidenteel beroep heeft ingesteld, in het kader van een beroepsprocedure een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt op basis van het ontbreken van procesbevoegdheid van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, op grond dat de aanbestedende dienst de door deze inschrijver ingediende offerte had moeten uitsluiten omdat zij niet in overeenstemming was met de in het bestek omschreven technische specificaties, deze bepaling eraan in de weg staat dat dit beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard ten gevolge van het voorafgaande onderzoek van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid, zonder uitspraak te doen over de vraag of zowel de offerte van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, als deze van de inschrijver die het principale beroep heeft ingesteld, overeenstemmen met deze technische specificaties.

ondertekeningen