

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

KRIS WAUTERS

HvJ (8^e k.), 18 oktober 2018, C-606/17,
IBA Molecular Italy Srl t. Azienda ULSS n° 3 e.a.

C.J.U.E. (8^e ch.), 18 octobre 2018, C-606/17,
IBA Molecular Italy Srl t. Azienda ULSS n° 3 e.a.

Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten voor leveringen – Richtlijn 2004/18/EG – Art. 1, lid 2, onder a) – Gunning zonder procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht – Begrip “overeenkomsten onder bezwarende titel” – Begrip “openbaar lichaam”
Renvoi préjudiciel – Marchés publics de fournitures – Directive 2004/18/CE – Art. 1^{er}, § 2, sous a) – Attribution en dehors d’une procédure de passation de marché public – Notion de « contrats à titre onéreux » – Notion d’« entité publique »

Deze zaak betreft een overeenkomst tussen een ziekenhuis en een privaatrechtelijke instelling voor de financiering van de vervaardiging van een geneesmiddel. Deze overeenkomst is getekend zonder voorafgaande aanbesteding.

De privaatrechtelijke instelling wordt gelijkgesteld, dankzij het Italiaanse recht, met een publiekrechtelijke instelling.

Er werd vooreerst aan het Hof gevraagd of dergelijke overeenkomst een overeenkomst onder bezwarende titel uitmaakt. Dit werd gevraagd inzonderheid omdat de overeenkomst bepaalt dat de instelling het geneesmiddel om niet moet leveren. Niettemin krijgt de instelling vooraf een financiering voor de vervaardiging van het geneesmiddel van het ziekenhuis.

Volgens de gebruikelijke juridische betekenis van de woorden “onder bezwarende titel” wordt daarmee een overeenkomst bedoeld waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie. Een overeenkomst die voorziet in een uitwisseling van prestaties valt dus onder het begrip “overheidsopdracht”, zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de gedeeltelijke terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.

Het Hof antwoordt dat het contract ongetwijfeld onder bezwarende titel werd gesloten. Dit omdat de

financiering exclusief is bedoeld voor de vervaardiging van het geneesmiddel.

Deze overeenkomst is gesloten tussen een ziekenhuis en een privaatrechtelijke instelling voor de financiering van de vervaardiging van een geneesmiddel. Deze overeenkomst is getekend zonder voorafgaande aanbesteding.

De privaatrechtelijke instelling wordt gelijkgesteld, dankzij het Italiaanse recht, met een publiekrechtelijke instelling.

Omdat de overeenkomst is gesloten tussen twee publiekrechtelijke instellingen (althans onder het nationale recht), werd aan het Hof gevraagd of de overeenkomst binnen de werkingssfeer valt van de richtlijn. Twee soorten overeenkomsten gesloten tussen publiekrechtelijke instellingen vallen immers buiten de werkingssfeer van de richtlijn omdat zij worden geacht geen overheidsopdrachten uit te maken. De vraag rees of de overeenkomst tussen het ziekenhuis en de instelling onder één van deze uitzonderingen viel.

Deze twee soorten overeenkomsten zijn enerzijds ‘in house’ overeenkomsten (wanneer een overheid een contract tekent met een partij waarop zij toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en die persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de diensten die hem beheersen) en anderzijds de samenwerking tussen openbare lichamen die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak

van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust, voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Na te hebben vastgesteld dat noch de ene, noch de andere uitzondering van toepassing is op onderhavige omstandigheden, concludeert het Hof dat het sluiten van de overeenkomst tussen het ziekenhuis en de weliswaar publiekrechtelijke instelling aan een aanbesteding moest worden onderworpen. Zodoende, beslist het Hof dat het Italiaans recht, door bepaalde overeenkomsten te onttrekken aan een openbare aanbesteding, strijdig is met het Europees recht.

**Hvj (4^e k.), 24 oktober 2018, C-124/17,
Vossloh Laeis GmbH t. Stadtwerke München GmbH
C.J.U.E. (4^e ch.), 24 octobre 2018, C-124/17,
Vossloh Laeis GmbH t. Stadtwerke München GmbH**

Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2014/24/EU – Art. 57 – Richtlijn 2014/25/EU – Art. 80 – Plaatsing van overheidsopdrachten – Procedure – Uitsluitingsgronden – Maximumduur van de uitsluiting – Verplichting voor de ondernemer om met de aanbestedende dienst mee te werken om zijn betrouwbaarheid aan te tonen

Renvoi préjudiciel – Directive 2014/24/UE – Art. 57 – Directive 2014/25/UE – Art. 80 – Passation de marchés publics – Procédure – Motifs d'exclusion – Durée maximale de la période d'exclusion – Obligation pour l'opérateur économique de coopérer avec le pouvoir adjudicateur afin de démontrer sa fiabilité

Een ondernemer werkzaam bij de spoorwegen krijgt een geldboete door de mededingingsautoriteit omdat zij tot 2011 had deelgenomen aan mededingingsvervalsende activiteiten. Niettemin heeft de mededingingsautoriteit een clementieregel toegepast om rekening te houden met het feit dat de onderneming had meegewerkt om haar collusie op te helderen.

Diezelfde ondernemer dient vervolgens een offerte in omtrent een andere aanbestedingsprocedure voor dezelfde aanbestedende dienst. Deze laatste heeft echter zijn twijfels geuit omtrent de betrouwbaarheid van de inschrijvende onderneming gegrond op voornoemd feit. Toen deze aan de ondernemer vroeg naar het besluit van de mededingingsautoriteit waarbij haar een geldboete was opgelegd, werd dit door de ondernemer echter geweigerd.

Hierdoor zag de ondernemer zich uitgesloten van de plaatsingsprocedure omdat het besluit door hem niet werd overhandigd.

Er wordt aan het Hof gevraagd of een bepaling van nationaal recht die eist dat een ondernemer zijn foutieve gedrag opheldert door niet alleen met de onderzoekende autoriteit, maar ook met de aanbestedende dienst, actief mee te werken om het herstel van zijn betrouwbaarheid te bewijzen verenigbaar is met richtlijn 2014/25/EU.

Artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat indien een ondernemer in aanmerking komt voor een uitsluitingsgrond bedoeld in hetzelfde artikel, de ondernemer toch de kans wordt geboden te bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om diens betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Indien dat bewijs als toereikend wordt beschouwd, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe moet hij o.a. bewijzen dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten. Aangezien het Duitse recht ook eist dat de ondernemer actief moet meewerken met de aanbestedende dienst, door bijvoorbeeld documenten mee te delen, heeft het Hof moeten oordelen in welke mate deze nationale bepaling strijdig is met richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof start hierbij met de respectieve functies van, enerzijds de aanbestedende diensten en, anderzijds de onderzoekende autoriteiten te onderscheiden. Terwijl de onderzoekende autoriteiten tot taak hebben het foutieve gedrag op te sporen en te bestraffen, dienen de aanbestedende diensten te beoordelen welk risico zij lopen door een opdracht te gunnen aan een inschrijver wiens betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken.



Voor zover de respectieve functies van de aanbestedende dienst en van de onderzoekende autoriteiten dit vereisen, moet de ondernemer, ondanks het bestaan van een toepasselijke uitsluitingsgrond, zijn betrouwbaarheid aantonen. Dit betekent dat de ondernemer bewijs zal moeten leveren dat deze daadwerkelijk heeft meegewerkt met de autoriteiten waaraan die respectievelijke functies zijn toevertrouwd, namelijk met de aanbestedende dienst en met de onderzoekende autoriteit.

Een dergelijke medewerking met de aanbestedende dienst moet echter beperkt blijven tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor het in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU vermelde doel dat met het onderzoek van de betrouwbaarheid van de ondernemer wordt nagestreefd (toepassing van het evenredigheidsbeginsel).

Volgens het Hof, kan de overhandiging van een besluit van de mededingingsautoriteit worden gerechtvaardigd om de betrouwbaarheid van de ondernemer te garanderen. De nationale regeling wordt met de richtlijn verenigbaar geacht voor zover het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

Ten slotte wenst de verwijzende rechter ook te weten of de duur van de uitsluiting bedoeld in artikel 57, lid 4, wordt berekend vanaf de beslissing of vanaf de feiten die tot de uitsluitingsbeslissing hebben geleid. Artikel 57, lid 7, bepaalt namelijk dat de duur wordt berekend na de datum van de 'betrokken gebeurtenis', een begrip waarvan de invulling niet helemaal duidelijk blijkt te zijn.

Het Hof heeft hierbij geoordeeld dat de duur van de uitsluiting bedoeld in artikel 57, lid 4, vanaf de dag van de beslissing dient te worden berekend.

**HvJ (9^e k.), 25 oktober 2018, C-260/17,
Anodiki Services EPE t. GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon – Polykliniki
C.J.U.E. (9^e ch.), 25 octobre 2018, C-206/17,
Anodiki Services EPE t. GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon – Polykliniki**

*Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Art. 10, onder g) – Uitsluitingen van de werkingssfeer – Arbeidsovereenkomsten – Begrip – Besluiten van openbare ziekenhuizen om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten voor maaltijdverstrekking, maaltijddistributie en schoonmaak – Richtlijn 89/665/EEG – Art. 1 – Recht van beroep
Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2014/24/UE – Art. 10, sous g) – Exclusions du champ d'application – Contrats d'emploi – Notion – Décisions d'hôpitaux de droit public de conclure des contrats de travail à durée déterminée pour les besoins de restauration, de fourniture de repas et de nettoyage – Directive 89/665/CEE – Art. 1^{er} – Droit de recours*

Twee openbare ziekenhuizen hebben beslist een aantal privaatrechtelijke individuele arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd af te sluiten teneinde in hun behoeften te voorzien. Het Griekse recht laat dit toe indien het personeelsbestand ontoereikend is en er zich onvoorziene of dringende omstandigheden voordoen.

Naar aanleiding van artikel 10, onder g), van richtlijn 2014/24/EU, vallen arbeidsovereenkomsten buiten de werkingssfeer van de richtlijn. Omdat een arbeidsovereenkomst niet door de richtlijn wordt gedefinieerd, wilde de verwijzende rechter weten of de door de ziekenhuizen gesloten arbeidsovereenkomsten al dan niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen.

Ten eerste blijkt uit overweging 5 van richtlijn 2014/24 dat deze richtlijn de lidstaten niet verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze

richtlijn, uit te besteden of te outsourcen, en dat de dienstverlening op grond van wet- of regelgeving of arbeidsovereenkomsten niet onder de werkingssfeer ervan valt. Hieruit vloeit voort dat het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor de overheidsinstanties van de lidstaten een middel vormt om zelf diensten te verrichten en om die reden is uitgesloten van de verplichtingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten als bedoeld in die richtlijn.

Deze mogelijkheid voor de overheidsinstanties om zelf in bepaalde van hun behoeften te voorzien door arbeidsovereenkomsten te sluiten, is niet beperkt tot de in de laatste zin van voornoemde overweging bepaalde gevallen. In dit verband blijkt uit het feit dat die overweging met betrekking tot die mogelijkheid waarover de overheidsinstanties zouden moeten kunnen beschikken, preciseert dat "dit bijvoorbeeld het geval [kan] zijn voor" de diensten die vervolgens in de rest van de zin worden opgesomd, afdoende dat die opsomming niet-uitputtend is.



Ten tweede dient te worden vastgesteld dat het sluiten van een arbeidsovereenkomst naar zijn aard leidt tot een arbeidsverhouding tussen de werknemer en de werkgever. In de ruimere context van het Unierecht is het vaste rechtspraak dat het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt.

Bijgevolg heeft het begrip "arbeidsovereenkomsten" in de zin van artikel 10, onder g), van richtlijn 2014/24 betrekking op alle overeenkomsten waarmee een overheidsinstantie natuurlijke personen in dienst neemt om zelf diensten te verrichten en waardoor een arbeidsverhouding ontstaat in het kader waarvan die personen gedurende een bepaalde tijd voor die overheidsinstantie en onder diens gezag prestaties leveren en als tegenprestatie een beloning ontvangen.

De wijze waarop die personen in dienst zijn genomen is voor die definitie dus niet relevant. Ook al is het juist dat een arbeidsverhouding op een bijzondere vertrouwensband tussen werkgever en werknemer kan berusten, hieruit volgt met name geenszins dat alleen overeenkomsten die zijn gesloten op grond van subjectieve criteria betreffende de in dienst genomen sollicitanten, met uitsluiting van de overeenkomsten die het resultaat zijn van een selectie volgens louter objectieve criteria, "arbeidsovereenkomsten" in de zin van die bepaling zijn.

Voor zover de werknemer "gedurende een bepaalde tijd" voor zijn werkgever en onder diens gezag prestaties levert, kunnen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bovendien niet worden uitgesloten van het begrip "arbeidsovereenkomsten" in de zin van artikel 10, onder g), van richtlijn 2014/24 op grond dat de duur van de daarbij tot stand gebrachte arbeidsverhouding beperkt is in de tijd.

Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 veronderstelt door het gebruik van de bewoordingen „met betrekking tot opdrachten”, dat ieder besluit van een aanbestedende dienst dat onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake

overheidsopdrachten valt en dat tegen die regels kan indruisen, aan het in artikel 2, lid 1, onder a) en b), van die richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht is onderworpen. Die bepaling verwijst dus algemeen naar de besluiten van een aanbestedende dienst, zonder onderscheid tussen die besluiten op grond van de inhoud of het moment van vaststelling ervan.

Deze ruime opvatting van het begrip „besluit” van een aanbestedende dienst vindt bevestiging in het feit dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten. Bovendien zou een restrictieve uitlegging van dat begrip onverenigbaar zijn met artikel 2, lid 1, onder a), van die richtlijn, op grond waarvan de lidstaten ten aanzien van elk door de aanbestedende diensten genomen besluit moeten voorzien in kortgedingprocedures.

Een voor beroep vatbaar besluit in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 is elke handeling van een aanbestedende dienst die is vastgesteld in verband met een overheidsopdracht voor dienstverlening die binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2014/24 valt en die rechtsgevolgen kan hebben, ongeacht of die handeling is vastgesteld buiten een formele gunningsprocedure om dan wel in het kader daarvan.

Wanneer een aanbestedende dienst besluit om geen gunningsprocedure in te leiden omdat de betrokken opdracht zijns inziens niet binnen de werkingssfeer van de relevante Unieregels valt, kan dat besluit door de rechter worden getoetst.

Een opvatting dat richtlijn 89/665 buiten een formele gunningsprocedure om geen rechtsbescherming vereist, zodat noch tegen het besluit van de aanbestedende dienst om een dergelijke procedure niet in te leiden noch tegen het besluit over de vraag of een overheidsopdracht binnen de werkingssfeer van de relevante gemeenschapsbepalingen valt, beroep kan worden ingesteld, zou immers tot gevolg hebben dat er sprake is van facultatieve toepassing van de relevante Unieregels naar eigen goeddunken van de aanbestedende diensten, hoewel toepassing daarvan verplicht is wanneer aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan.

**HvJ (9^e k.), 25 oktober 2018, C-413/17,
“Roche Lietuva” UAB t. Kauno Dainavos poliklinika VšĮ
C.J.U.E. (9^e ch.), 25 octobre 2018, C-413/17,
« Roche Lietuva » UAB t. Kauno Dainavos poliklinika VšĮ**

Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten voor de levering van materiaal en medische diagnostische uitrusting – Richtlijn 2014/24/EU – Art. 42 – Gunning – Beoordelingsmarge van de aanbestedende dienst – Formulering van technische specificaties

Renvoi préjudiciel – Marchés publics de fourniture de matériel et de dispositifs médicaux de diagnostic – Directive 2014/24/UE – Art. 42 – Attribution – Marge d’appréciation du pouvoir adjudicateur – Formulation détaillée des spécifications techniques

Een polikliniek heeft een aankondiging gepubliceerd voor een openbare aanbesteding. De technische specificaties in het bestek waren zeer specifiek op zo’n manier dat zij in werkelijkheid aangepast waren aan de kenmerken van de producten van specifieke fabrikanten van bloedanalysatoren.

De nationale rechter wenst te vernemen in welke mate een aanbestedende dienst op grond van de artikelen 18 en 42 van richtlijn 2014/24/EU, alsook op basis van de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid, bij de vaststelling van de technische specificaties van een openbare aanbesteding belang moet hechten aan de individuele kenmerken of de prestatie van die uitrusting.

Het Hof onderstreept dat de aanbestedende dienst, gelet op zijn behoeftes, over een ruime beoordelingsmarge beschikt met betrekking tot de formulering van technische specificaties in een opdracht.

Bovendien bestaat op basis van artikel 42, lid 4 van de richtlijn de mogelijkheid om een bepaalde fabrikant te melden indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is. In dergelijke gevallen, dient de vermelding of verwijzing te worden vergezeld van de woorden “of gelijkwaardig”.

Desalniettemin stelt richtlijn 2014/24/EU bepaalde grenzen in die de aanbestedende dienst

in acht moet nemen, namelijk het discriminatieverbod, het transparantie en evenredigheidsbeginsel. Hiervoor baseert het Hof zich op artikel 18 j^o artikel 42.2 van de richtlijn. Bovendien voegt het Hof eraan toe dat artikel 42, lid 4, van de richtlijn strikt moet worden geïnterpreteerd aangezien deze bepaling een uitzondering vormt.

Wat het non-discriminatie beginsel betreft, oordeelt het Hof dat het aan de nationale rechter toekomt om na te gaan of het zeer gedetailleerde karakter van de technische specificaties niet leidt tot het indirect bevoordelen van een inschrijver, hetgeen een schending van het non-discriminatiebeginsel inhoudt.

Het Hof bekijkt vervolgens de nationale regeling in het licht het evenredigheidsbeginsel. Dienaangaande stelt het Hof vast dat in gevoelige gebieden van de volksgezondheid, de lidstaten genieten van een ruime beoordelingsmarge in de mate dat zij zelf hun niveau van volksgezondheid mogen bepalen. In het licht hiervan dient de nationale rechter na te gaan of het evenredigheidsbeginsel door de aanbestedende dienst in acht is genomen.

Zodoende, geeft het Hof indicaties over de manier waarop een nationale rechter moet nagaan of gedetailleerde bestekken de non-discriminatie en evenredigheidsbeginselen mogelijkwerijs schenden.



HvJ (3^e k.), 28 november 2018, C-328/17,
*Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA t. Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale
SpA en Regione Liguria*
C.J.U.E. (3^e ch.), 28 novembre 2018, C-328/17,
*Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA t. Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale
SpA en Regione Liguria*

*Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Beroepsprocedures – Richtlijn
89/665/EEG – Art. 1^{er}, lid 3 – Richtlijn 92/13/EEG – Art. 1^{er}, lid 3 – Recht van
beroep dat afhankelijk is van de voorwaarde dat een offerte is ingediend in het
kader van de aanbestedingsprocedure*
*Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Procédures de recours – Directive
89/665/CEE – Art. 1^{er}, § 3 – Directive 92/13/CEE – Art. 1^{er}, § 3 – Droit de
recours subordonné à la condition d’avoir soumis une offre dans le cadre de la
procédure de passation du marché*

Een Italiaanse ondernemer, die personenvervoer op lokaal niveau organiseert, heeft een beroep ingesteld strekkende tot de nietigverklaring van verschillende handelingen waarbij een aanbestedende dienst een informele aanbestedingsprocedure voor de gunning van de openbare vervoersdiensten op het regionale grondgebied heeft uitgeschreven.

De ondernemer betwist de aanbesteding waaraan deze echter zelf niet heeft deelgenomen omdat deze van mening was dat het hoogst onwaarschijnlijk was dat deze aan hem zou worden gegund. De aanbesteding bevatte immers een kavel voor het personenvervoer voor de hele regio, hetgeen de betroffen ondernemer onmogelijk kon beantwoorden.

Het Italiaanse Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat “onderneming die niet deelneemt aan een aanbestedingsprocedure, niet kan opkomen tegen die procedure, noch tegen de gunning van de opdracht aan een andere onderneming, omdat zij geen voldoende duidelijk onderscheiden materiële rechtspositie heeft, maar slechts een feitelijk belang”.

Het Italiaanse Hof vraagt niettemin aan het Hof van Justitie of dergelijke nationale beslissing verenigbaar is met richtlijn 89/665/EU. Het Hof moet nagaan of de onmogelijkheid om een beroep in te stellen tegen de besluiten van de aanbestedende dienst betreffende een aanbestedingsprocedure ten aanzien waarvan zij hebben beslist niet deel te nemen een schending uitmaakt van richtlijn 89/665.

Overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 moeten de lidstaten er zorg voor dragen dat de in deze richtlijn vastgestelde beroepsprocedures “op zijn minst” toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften

waarin dat Unierecht is omgezet, is of dreigt te worden geschaad.

De lidstaten zijn dus niet verplicht die beroepsprocedures open te stellen voor eenieder die voor de gunning van een overheidsopdracht in aanmerking wenst te komen, maar zij mogen als voorwaarde stellen dat de betrokkene is of dreigt te worden geschaad door de schending die hij aanvoert.

De deelname aan een aanbestedingsprocedure kan in beginsel, gelet op artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, een voorwaarde vormen die moet zijn vervuld om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van die opdracht, is of dreigt te worden geschaad. Indien die persoon geen offerte heeft ingediend, zal zij moeilijk kunnen aantonen dat zij er belang bij heeft om tegen dat besluit op te komen of dat zij door deze gunning is of dreigt te worden geschaad.

Indien een onderneming evenwel geen offerte heeft ingediend wegens beweerde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten of in het bestek, die haar juist zouden hebben belet de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren, zou het buitensporig zijn te verlangen dat een onderneming die beweerdelijk geschaad is door discriminerende clausules in de aanbestedingsdocumenten, voordat zij gebruik kan maken van de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665 tegen dergelijke specificaties, een offerte moet indienen in het kader van de aanbestedingsprocedure, ofschoon de kans dat die opdracht aan haar wordt gegund nihil is wegens die specificaties.

Desalniettemin kan het beroep, om geen afbreuk te doen aan de zowel met richtlijn 89/665 als met richtlijn 92/13 beoogde doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid, pas worden ingesteld nadat



het besluit tot gunning van de opdracht door de aanbestedende dienst is vastgesteld.

Aangezien een recht van beroep slechts bij wijze van uitzondering kan worden toegekend aan een marktdeelnemer die geen offerte heeft ingediend, kan daarenboven niet worden aangenomen dat het buitensporig is, van hem te verlangen dat hij aantoonde dat de clausules van de aanbesteding het onmogelijk maken om een offerte op te stellen.

Ofschoon dit bewijsvereiste op zich niet in strijd is met het Unierecht inzake overheidsopdrachten, valt het echter niet uit te sluiten dat de toepassing ervan, gelet op de specifieke omstandigheden van het hoofdgeding, schending kan opleveren van het recht van beroep dat verzoeksters in het hoofdgeding zowel aan artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 als aan artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 ontleenden.

HvJ (8^e k.), 19 december 2018, C-216/17,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl t. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica – Sebino (ASST) e.a.

C.J.U.E. (8^e ch.), 19 décembre 2018, C-216/17,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl t. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica – Sebino (ASST) e.a.

Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2004/18/EG – Art. 1^{er}, lid 5 – Art. 32, lid 2 – Plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – Raamovereenkomsten – Clausule tot uitbreiding van de raamovereenkomst naar andere aanbestedende diensten – Beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers – Geen vaststelling van de hoeveelheid van de volgende overheidsopdrachten of vaststelling onder verwijzing naar de normale behoeften van de aanbestedende diensten die de raamovereenkomst niet hebben ondertekend – Verbod

Renvoi préjudiciel – Directive 2004/18/CE – Art. 1^{er}, § 5 – Art. 32, § 2 – Passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services – Accords-cadres – Clause d’extension de l’accord-cadre à d’autres pouvoirs adjudicateurs – Principes de transparence et d’égalité de traitement des opérateurs économiques – Absence de détermination du volume des marchés publics subséquents ou détermination par référence aux besoins ordinaires des pouvoirs adjudicateurs non signataires de l’accord-cadre – Interdiction

Dit arrest heeft betrekking op een raamovereenkomst gesloten tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer.

Een andere aanbestedende dienst is toegetreden tot de raamovereenkomst zonder daarbij een procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht te organiseren. Deze aanbestedende dienst heeft aldus de overheidsopdracht, die aan een ondernemer was gegund, uitgebreid.

Het bestek van de raamovereenkomst bevatte een clausule met het opschrift “Uitbreiding van de overeenkomst”, die één of meerdere van de in deze clausule vermelde instellingen de mogelijkheid bood om de gekozen opdrachtnemer te verzoeken de opdracht tot hen uit te breiden, en wel “onder dezelfde voorwaarden als die van de betrokken plaatsing”. De toegetreden aanbestedende dienst was één van de vermelde instellingen.

Het Hof werd derhalve verzocht om de geldigheid na te gaan van de uitbreiding van een

overheidsopdracht door een aanbestedende dienst die geen oorspronkelijke partij was aan de raamovereenkomst doch werd aangewezen in de oproep tot mededinging.

Het Hof merkt op dat artikel 32.4 van richtlijn 2004/18/EU bepaalt dat wanneer een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere opdrachtnemers, de volgende opdrachten worden gegund nadat de partijen bij de raamovereenkomst opnieuw tot mededinging zijn opgeroepen. Aangezien er geen sprake kan zijn van de situatie dat de aanbestedende diensten zelf tot mededinging worden opgeroepen, is de vereiste om een oorspronkelijke partij te zijn bij de raamovereenkomst slechts geldig voor de ondernemers.

Bijgevolg biedt de richtlijn de mogelijkheid om andere aanbestedende diensten toegang te verlenen tot een raamovereenkomst met het voornemen opdrachten af te sluiten met de ondernemers die daarbij oorspronkelijk partij zijn. Dit is echter slechts geldig indien de ‘secundaire’ aanbestedende diensten

duidelijk zijn aangewezen in de oproep tot mededinging⁽¹⁾.

Het Hof werd ook aangezocht om de verplichting voortvloeiend uit artikel 1, lid 5, van richtlijn 2004/18/EU te verduidelijken. Deze bepaling definieert een raamovereenkomst als “een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, *in voorkomend geval*, de beoogde hoeveelheid”. Uit deze definitie zou men kunnen afleiden dat de vermelding van de hoeveelheid prestaties waarop de raamovereenkomst betrekking zal hebben, slechts facultatief is.

Het Hof wijst deze opvatting ten stelligste af. Hiervoor baseert het Hof zich op zowel andere bepalingen van de richtlijn als op de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Deze impliceren immers dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Indien de aanbestedende dienst als oorspronkelijk partij bij de raamovereenkomst, de totale hoeveelheid waarop de raamovereenkomst betrekking heeft, niet specificiert, komen de beginselen van transparantie en gelijke behandeling namelijk in het gedrang.

**HvJ (12^e k.), 19 december 2018, C-375/17,
Stanley International Betting Ltd t. Ministero dell'Economia e delle Finanze
C.J.U.E. (12^e ch.), 19 décembre 2018, C-375/17,
*Stanley International Betting Ltd t. Ministero dell'Economia e delle Finanze***

Prejudiciële verwijzing – Art. 49 en 56 VWEU – Vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten – Kansspelen – Concessie voor de exploitatie van het geautomatiseerde lottospel en van andere cijferspelen tegen vaste notering volgens het model met één enkele concessiehouder – Beperking – Dwingende redenen van algemeen belang – Evenredigheid
Renvoi préjudiciel – Art. 49 et 56 T.F.U.E. – Liberté d'établissement et libre prestation de services – Jeux de hasard – Concession de la gestion du service du jeu de loto automatisé et des autres jeux numériques à cote fixe selon le modèle à concessionnaire unique – Restriction – Raisons impérieuses d'intérêt général – Proportionnalité

Dit arrest betreft de verenigbaarheid met het primair unierecht van het verlenen van vergunningen in de kansspelenmarkt. Hoewel het arrest niet rechtstreeks betrekking heeft op overheidsopdrachten, bevestigt het niettemin enkele relevante principes met betrekking tot de grenzen van de vrije mededinging.

Er wordt eerst aan het Hof gevraagd of een nationale wettelijke regeling die voor de concessie van de exploitatie van de lotto voorziet in een model met één enkele concessiehouder strijdig is met de artikelen 49 en 56 VWEU.

Het Hof stelt vast dat dergelijke concessie een belemmering uitmaakt van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden maar kan worden aanvaard mits de aanwezigheid van een legitiem doel, mits de maatregel noodzakelijk is en mits deze niet verder gaat dan nodig.

Een beperking kan worden gerechtvaardigd door dwingende vereisten van algemeen belang, zoals

de bescherming van de consument, fraudebestrijding en het doel te voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord.

De maatregel is slechts geschikt om dit doel te vrijwaren, als zij er daadwerkelijk toe strekt om dit op samenhangende en stelselmatige wijze te verwezenlijken. De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen.

Dienaangaande bevestigt het Hof dat in de sector van kansspelen, in tegenstelling tot traditionele markten, het gerechtvaardigd is dat de mededinging aan banden wordt gelegd. Immers, een “volwaardige” mededinging op de zeer specifieke kansspelmarkt, dat wil zeggen tussen meerdere exploitanten met een vergunning voor de exploitatie van dezelfde kansspelen, kan een schadelijk effect

(1) Dit wordt bevestigd door artikel 33, lid 2, van richtlijn 2014/24 dat stelt dat de procedures (voor de gunning van opdrachten gebaseerd op raamovereenkomsten) “alleen (kunnen) worden toegepast tussen aanbestedende diensten die duidelijk daarvoor zijn aangewezen in de oproep tot mededinging of in de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling, en de ondernemers die partij waren bij de gesloten raamovereenkomst”.



hebben. Deze exploitanten zouden immers geneigd zijn met elkaar te gaan wedijveren in inventiviteit om hun aanbod aantrekkelijker te maken dan dat van hun concurrenten, waardoor de uitgaven van de consument voor spelen en de gevaren van verslaving zouden toenemen.

Bij de gunning van een concessie heeft de concessieverlenende overheid een transparantieplichting die in het bijzonder inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gewaarborgd, zodat de concessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

Het transparantiebeginsel, dat een logisch uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel, heeft in dat verband in wezen tot doel te verzekeren dat elke geïnteresseerde ondernemer kan beslissen in te schrijven op de aanbestedingen op basis van het geheel van relevante informatie en dat elk risico wordt uitgesloten van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren en, anderzijds, de discretionaire bevoegdheid van de concessieverlenende overheid wordt afgebakend en deze in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken procedure van toepassing zijn.

De waarde van de opdracht vormt essentiële informatie en moet dus, met inachtneming van het transparantiebeginsel, op zijn minst in de vorm van een geraamd bedrag in de aanbesteding staan.

Inzake een clause inzake het verval van de concessieovereenkomst wegens de voorgeleiding aan een rechter blijkt dat op het specifieke gebied van de kansspelen, de uitsluiting van een onderneming wegens het begaan van een strafbaar feit in verband met het voorwerp van de in concessie gegeven activiteit, in principe haar rechtvaardiging kan vinden in de doelstelling om criminaliteit te bestrijden.

Aangezien het verval van een concessie een bijzonder zware sanctie voor de concessiehouder vormt, moet deze evenwel het risico dat die sanctie hem zal worden opgelegd, met zekerheid kunnen beoordelen. Daartoe is het noodzakelijk dat de omstandigheden waarin die sanctie kan worden toegepast duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd, zodat een behoorlijk geïnformeerde

en normaal oplettende inschrijver geen moeite kan hebben om de werkingssfeer en de strekking ervan te begrijpen.

Voorts zijn de voorwaarden voor voorgeleiding aan een rechter, gelet op het feit dat zij in het Italiaanse recht worden geregeld door het wetboek van strafvordering, voor alle ondernemers toegankelijk en voorspelbaar.

De bij de nationale wettelijke regeling opgelegde beperkingen mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Hoewel de aanbestedende diensten de vervallenverklaring van een concessieovereenkomst dus in beginsel moeten kunnen uitspreken in het geval dat de betrouwbaarheid van de concessiehouder ter discussie wordt gesteld, met name wegens het begaan van een strafbaar feit dat verband houdt met het voorwerp van de in concessie gegeven activiteit, moet deze mogelijkheid niettemin strikt worden geregeld zodat zij evenredig is aan het doel van de criminaliteitsbestrijding.

Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door punt 81 van het arrest nr. C-72/10 van 16 februari 2012, *Costa en Cifone*, waarin is geoordeeld dat een uitsluiting van de markt door het verval van de concessie in principe enkel evenredig is met het doel van criminaliteitsbestrijding wanneer zij is gebaseerd op een rechterlijke uitspraak die gezag van gewijsde heeft en een voldoende ernstig strafbaar feit betreft.

Ofschoon een concessie in beginsel automatisch vervalt wanneer een rechterlijke beslissing die gezag van gewijsde heeft, is uitgesproken wegens het begaan van een strafbaar feit dat verband houdt met het voorwerp van de in concessie gegeven activiteit, sluit deze omstandigheid niet uit dat aan de aanbestedende dienst de mogelijkheid kan worden verleend om, bij ontstentenis van een definitieve rechterlijke beslissing en in omstandigheden die bij wet strikt zijn geregeld, de vervallenverklaring uit te spreken.

De verwijzende rechter moet, bij het onderzoek of deze clauses evenredig zijn, tevens rekening houden met het feit dat het verval van de concessieovereenkomst van een ondernemer niet kan worden geacht evenredig te zijn ingeval de nationale wettelijke regeling niet voorziet in een effectieve mogelijkheid van beroep bij een rechterlijke instantie en evenmin in een vergoeding van de schade indien de uitsluiting ongerechtvaardigd blijkt.

Voor zover de ondernemer die daadwerkelijk een offerte heeft ingediend en wegens de litigieuze vervalclausules van de opdracht is uitgesloten, of de inschrijver ten aanzien van wie een besluit



houdende vervallenverklaring van de concessie op basis van diezelfde clausules is vastgesteld, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte tegen zijn uitsluiting respectievelijk tegen de vervallenverklaring van zijn concessie, en voor zover de belanghebbenden vergoeding van de geleden

schade kunnen verkrijgen indien deze feiten vervolgens ongerechtvaardigd blijken, daaronder begrepen wegens schending van het Unierecht, moet worden aangenomen dat die clausules voldoen aan de uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeiende vereisten.

