
KRONIEK VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE 2018 INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN

KRIS WAUTERS en ANTOINE GEORIS



SAMENVATTING

Huidige bijdrage bevat een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie geveld in 2018 inzake de plaatsing van overheidsopdrachten.

RÉSUMÉ

La présente contribution contient un aperçu de la jurisprudence de la Cour de justice rendue en 2018 en matière d'attribution de marchés publics.

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	58
2	Algemene beginselen	59
3	Toepassingsgebied	61
3.1	Toepassingsgebied <i>ratione temporis</i>	61
3.2	Toepassingsgebied <i>ratione materiae</i>	62
4	Bestek	68
4.1	Technische specificaties	68
4.2	Tweefasige procedure beoordeling offertes	70
5	Modaliteiten (raamovereenkomsten)	71
6	De selectiefase	72
6.1	Uitsluiting(sgronden)	72
6.2	Onderscheid selectie- en gunningscriteria	76
7	Aanpassing van een offerte	76
8	Uitvoering overeenkomst	79
8.1	Herziening van de prijs tijdens de uitvoering	79
8.2	Verval van recht tot uitvoering	80
9	Rechtsbescherming	81



1 Inleiding

1. Het Hof van Justitie kreeg in 2018 voor het eerst de kans om een uitleg te geven aan sommige bepalingen van de nieuwe richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU. De verwachting is dat de komende jaren het Hof nog regelmatig zal bevraagd worden over de toepassing van deze richtlijnen. Immers, uit de praktijk blijkt dat er in dat kader nog vele vragen zijn.

2. De onderverdeling van de kroniek laat zich leiden door de inhoud van de arresten. Preliminair verwijst de kroniek naar een aantal arresten, die de beginselen in herinnering brengen, die toepasselijk zijn op elke soort overheidsovereenkomst waarbij een overheid een bepaald economisch voordeel toekent aan een derde (2). Vervolgens komt de rechtspraak inzake het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten aan bod (3). In een vierde onderdeel zullen de arresten aan bod komen betreffende voorschriften inzake het bestek (4). Daarna komen de modaliteiten (5) en de selectiefase (6) aan bod. Vervolgens wordt de rechtspraak behandeld inzake de mogelijkheid om na indiening van een offerte de inhoud ervan te preciseren of recht te zetten (6). Ten slotte heeft het Hof ook weer wat rechtspraak gevelde, die betrekking heeft op de uitvoering van een overheidsopdracht (7). De kroniek sluit zoals gewoonlijk af met een vijfde onderdeel waarin de arresten inzake rechtsbescherming zullen worden samengevat (8).

2 Algemene beginselen

- *HvJ (grote kamer), 20 maart 2018, C-187/16, Commissie t. Republiek Oostenrijk*

3. In deze niet-naleving procedure verwijt de Commissie Oostenrijk de rechtstreekse gunning aan een ondernemer van bepaalde overheidsopdrachten voor diensten die bestaan in het drukken van officiële documenten, (paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen in creditcardformaat ...). Deze gunning zou strijdig zijn met richtlijn 2004/18 en richtlijn 92/50 (voorganger van eerstgenoemde) omdat er geen oproep tot mededinging heeft plaatsgevonden. Daarnaast werpt men ook nog de schending op van bepaalde Verdragsbepalingen en de algemene beginselen van het VWEU.

4. De fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU – met name het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting – zijn van toepassing op de gunning van opdrachten die gelet op hun waarde niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake de gunning van overheidsopdrachten vallen, voor zover met die opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang is gemoeid.

In dit verband zij eraan herinnerd dat de Commissie dient aan te tonen dat een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst, een duidelijk belang heeft bij de opdracht in kwestie, en dat zij zich daarbij niet kan baseren op één of ander vermoeden.

5. Wat de objectieve criteria betreft die kunnen wijzen op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, heeft het Hof reeds geoordeeld dat een dergelijk criterium onder meer zou kunnen bestaan in het feit dat met de opdracht in kwestie een bedrag van enige omvang is gemoeid, in combinatie met de plaats waar de werken worden uitgevoerd of met de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke eigenschappen van de betreffende producten.

Er kan niet uitsluitend op basis van de waarde van de opdracht worden uitgemakt of er sprake is van een dergelijk grensoverschrijdend belang, aangezien het daarvoor noodzakelijk is alle andere criteria en alle relevante omstandigheden van het geval te beoordelen. Opgemerkt dient evenwel te worden dat de opdracht voor de vervaardiging van pyrotechnische certificaten niet alleen wordt gekenmerkt door het relatief lage bedrag ervan, maar ook door het zeer technische karakter ervan, dat bovendien noopt tot het respecteren van bijzondere veiligheidsmaatregelen en tot het dragen van de aan de toepassing van deze maatregelen verbonden kosten.

- *HvJ (tweede kamer), 19 december 2018, C-375/17, Stanley International Betting Ltd t. Ministero dell'Economia e delle Finanze*

6. 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.

7. 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.

8. 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 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.

9. 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.

3 Toepassingsgebied

3.1 Toepassingsgebied *ratione temporis*

10. De rechtspraak betreffende het toepassingsgebied *ratione temporis* van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten toont aan dat het standpunt van het Hof van Justitie hieromtrent eenduidig is. Aangezien de nieuwe richtlijnen tegen 18 april 2016 door de lidstaten moesten worden omgezet, is er vandaag sprake van een moeilijke overgangperiode tussen de werking *ratione temporis* van de oude richtlijnen (2004/18/EU en 2004/17) en de 'nieuwe' (2014/24/EU en 2014/25/EU). Het Hof zag zich dus genooddacht hierin een oordeel te vellen.

Zo heeft het Hof onder meer bepaald dat de nieuwe richtlijnen van toepassing zijn wanneer het tijdstip, waarop de aanbestedende dienst een keuze heeft gemaakt omtrent het type procedure dat hij zal volgen, na 18 april 2016 ligt.

11. In het algemeen is het zo dat dat de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken.¹³

¹³ HvJ 8 februari 2018, C-144/17, *Lloyd's of London t. Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, para. 25.

3.2 Toepassingsgebied *ratione materiae*

3.2.1. *Combinatie met Verordening 1370/2007*

- *HvJ (negende kamer), 20 september 2018, C-518/17, Stefan Rudigier t. Salzburger Verkehrsverbund GmbH.*

12. Dit arrest betreft een aanbesteding omtrent het vervoer van personen. Bijgevolg valt deze aanbesteding onder zowel het toepassingsgebied van verordening 1370/2007 als het toepassingsgebied van richtlijnen 2014/24 en 2014/25.

Een aanbestedende dienst heeft een aanbesteding uitgeschreven doch zonder vooraankondiging, in weerwil van art. 7, lid 2 van verordening 1370/2007. Dit artikel verplicht bepaalde informatie te vermelden een jaar voor de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving.

13. Vermits onderhavige aanbesteding zowel betrekking had op een klassieke overheidsopdracht als op het openbaar personenvervoer, rees de vraag welke verhouding bestaat tussen enerzijds de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 en anderzijds de verordening 1370/2007. De verwijzende rechter richtte zich tot het Hof om te weten in welke mate art. 7.2 van toepassing is op de overheidsopdracht die binnen de werkingssfeer van richtlijnen 2014/24 en 2014/25 viel.

Het Hof bevestigt eerst dat de verordening wel degelijk van toepassing is op de betrokken overheidsopdracht. Het Hof bepaalt vervolgens dat de verordening dan ook specifieke voorschriften bevat die bedoeld zijn om de algemene voorschriften van richtlijn 2014/24 of richtlijn 2014/25 te vervangen of aan te vullen naargelang de toepasselijke richtlijn al dan niet voorziet in voorschriften op de gebieden die worden geregeld door die verordening. De verordening heeft m.a.w. voorrang op de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 voor zover dat de verordening van toepassing is (de verordening heeft immers een beperkter toepassingsgebied).

3.2.2. *Overeenkomst onder bezwarende titel*

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

14. 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.

15. 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 is zo omdat de financiering exclusief is bedoeld voor de vervaardiging van het geneesmiddel.

3.2.3. *Enige selectie*

- *HvJ (derde kamer), 1 maart 2018, C-9/17, Maria Tirkkonen t. Maaseutuvirasto.*

16. Deze zaak betreft een landbouwadviseringssysteem waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in een aanbesteding gestelde geschiktheidseisen. Vervolgens moeten de ondernemers in een bepaald examen slagen om zelf te mogen deelnemen aan de aanbesteding. Er wordt aan het Hof gevraagd in welke mate dergelijke selectieprocedure een overheidsopdracht uitmaakt in de zin van richtlijn 2004/18/EU.

17. Het doel van richtlijn 2004/18 is erin gelegen het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Dat risico houdt echter nauw verband met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de ondernemer wiens inschrijving is geselecteerd, of aan de ondernemers wier inschrijvingen zijn geselecteerd in geval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is een element dat intrinsiek verbonden is met de bij richtlijn 2004/18 ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan. Hieruit volgt dat wanneer er geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, er geen noodzaak bestaat om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt.

18. Ten eerste stelt het Hof in casu vast dat de procedure geenszins nationale ondernemers bevoordeligt aangezien het agentschap alle kandidaten selecteert die aan de in het bestek bepaalde voorwaarden voldoen en zich beperkt tot het waarborgen van de naleving van kwalitatieve criteria.

Het feit dat – anders dan de context die heeft geleid tot het arrest nr. C-410/14 van 2 juni 2016, *Falk Pharma* – een landbouwadviseringssysteem als aan de

orde in het hoofdgeding niet te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers, is niet relevant. In casu is het doorslaggevend element gelegen in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel gunningscriterium noemt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen. Bij gebreke van dat element, dat – zoals volgt uit punt 38 van het arrest *Falk Pharma* – intrinsiek verbonden is met de regelgeving voor overheidsopdrachten, kan een landbouwadviseringsstelsel als aan de orde in het hoofdgeding geen overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 vormen.

19. Deze opvatting wordt, volgens de Advocaat-Generaal in zijn conclusies, bovendien ondersteund door richtlijn 2014/24, waarvan de niet-toepasselijkheid *ratione temporis* in de onderhavige zaak de vermelding ervan niet zinloos maakt. Volgens artikel 1, lid 2 van richtlijn 2014/24 betreft de aanbesteding namelijk “de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet”. Daarnaast staat in overweging 4 van dezelfde richtlijn te lezen dat in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren, “geen sprake is van, aanbesteding”.¹⁴

3.2.4. Uitzonderingen

A. Opdrachten inzake veiligheid

- *HvJ (grote kamer), 20 maart 2018, C-187/16, Commissie t. Republiek Oostenrijk*

20. In deze procedure verwijt de Commissie aan Oostenrijk om bepaalde overheidsopdrachten voor diensten die bestaan in het drukken van officiële documenten, (paspoorten met chip, noodpaspoorten, verblijfsdocumenten, identiteitsbewijzen, rijbewijzen in creditcardformaat ...) rechtstreeks te hebben gegund aan een onderneming. Dergelijke gunning zou strijdig zijn met richtlijn 2004/18 en richtlijn 92/50 omdat er geen oproep tot mededinging heeft plaatsgevonden.

Het Hof stelt eerst vast dat de betrokken diensten onder het toepassingsgebied van richtlijnen 2004/18 en richtlijn 92/50 vallen, hetgeen inhoudt dat de gunning van deze diensten in principe aan een aanbestedingsprocedure is onderworpen.

21. Oostenrijk beroept zich op de uitzondering van artikel 14 van de richtlijn 2004/18¹⁵ dat stelt dat de richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de wezenlijke belangen van die lidstaat zulks vereist.

¹⁴ Conclusie van advocaat-generaal Sanchez-Bordona in zaak C-9/17, para 55.

¹⁵ Oostenrijk voert ook artikel 346 VWEU aan dat nagenoeg identiek is.

De Republiek Oostenrijk beroept zich op deze uitzonderingen om de rechtstreekse gunning van de drukopdrachten in kwestie aan één ondernemer te rechtvaardigen. Omdat het definiëren van het begrip ‘wezenlijke veiligheidsbelangen’ tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, kunnen de Oostenrijkse autoriteiten veiligheidsmaatregelen vaststellen die noodzakelijk zijn om de openbare veiligheid van die lidstaat te beschermen.

Het behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren om de veiligheidsmaatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om de openbare veiligheid van die lidstaat te beschermen in verband met het drukken van identiteitsdocumenten en andere officiële documenten.

De maatregelen, die de lidstaten treffen in het kader van de legitieme vereisten van nationaal belang, zijn niet volledig aan de toepassing van het Unierecht onttrokken alleen omdat zij onder meer de openbare veiligheid dienen. Bovendien moeten de uitzonderingen restrictief worden uitgelegd, zoals geldt voor uitzonderingen op de fundamentele vrijheden.

22. Voorts laten artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 14 van richtlijn 2004/18 de lidstaten weliswaar een beoordelingsmarge om te beslissen welke maatregelen noodzakelijk zijn voor de bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid, maar die bepalingen kunnen niet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten daaraan – alleen omdat zij zich op die belangen beroepen – de bevoegdheid ontnemen om af te wijken van de bepalingen van het VWEU. De lidstaat die zich op de uitzonderingen in kwestie beroept, moet namelijk aantonen dat het voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid noodzakelijk is om van deze uitzonderingen gebruik te maken. Aan dit vereiste moet ook worden voldaan voor zover deze lidstaat zich tevens beroept op artikel 346, lid 1, onder a), VWEU.

Bijgevolg moet de lidstaat die zich op die uitzonderingen beroept, aantonen dat in de behoefte aan de bescherming van die belangen niet had kunnen worden voorzien in het kader van een oproep tot mededinging als bedoeld in de richtlijnen 92/50 en 2004/18.

23. Er moet worden nagegaan of de lidstaat heeft aangetoond dat de door hem nagestreefde doelstellingen niet hadden kunnen worden bereikt in het kader van een oproep tot mededinging als bedoeld in die twee richtlijnen.

Hoewel erkend dient te worden dat de centralisatie van de uitvoering van de opdrachten in kwestie, om de door de Republiek Oostenrijk aangevoerde redenen, kan worden beschouwd als een middel om de wezenlijke belangen van haar nationale veiligheid te beschermen, dient erop te worden gewezen dat de toepassing van de aanbestedingsprocedures als bedoeld in artikel 8 junctis de artikelen 11 tot en met 37 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 20 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18 niet eraan in de weg staat dat de uitvoering van die opdrachten wordt toevertrouwd aan één marktdeelnemer.

24. De noodzaak om een verplichting tot vertrouwelijke behandeling op te leggen staat als zodanig niet eraan in de weg dat voor de gunning van een opdracht een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd. Bovendien heeft het Hof ook geoordeeld dat de vertrouwelijkheid van de gegevens kan worden gewaarborgd door een geheimhoudingsplicht, zonder dat van de procedures voor de gunning van overheidsopdrachten hoeft te worden afgeweken. Het staat de aanbestedende dienst geheel vrij om bijzonder hoge eisen te stellen aan de bekwaamheid en de betrouwbaarheid van de inschrijvers, om zowel de aanbestedingsvoorwaarden als de dienstenovereenkomsten navenant op te stellen, en om van de eventuele kandidaten de nodige bewijzen te verlangen.

B. Arbeidsovereenkomsten

- *HvJ (negende kamer), 25 oktober 2018, C-260/17, Anodiki Services EPE t. GNA, O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki.*

25. 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.

26. 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.

27. Ten tweede dient te worden vastgesteld dat het sluiten van een arbeidsovereenkomst naar zijn aard leidt tot een arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. 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.

28. 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, volgt hieruit 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 van het feit dat de duur van de daarbij tot stand gebrachte arbeidsverhouding beperkt is in de tijd.

C. Overeenkomsten tussen publiekrechtelijke instellingen

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

29. Deze reeds besproken 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.

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.

30. 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 publiek-rechtelijke 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.

4 Bestek

4.1 Technische specificaties

- *HvJ (vierde kamer), 12 juli 2018, C-14/17, VARSrl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) t. Iveco Orecchia SpA.*

31. Een Italiaanse publiekrechtelijke instelling heeft een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de „levering van originele reserveonderdelen en/of originele uitrusting en/of gelijkwaardige onderdelen voor autobussen en trolleybussen van IVECO”. Het bestek bevat dus een expliciete vermelding van een bepaald merk. De inschrijver kon evenwel gelijkwaardige onderdelen leveren op voorwaarde dat homologaties of bewijzen van gelijkwaardigheid aan de originelen van de aangeboden producten bestonden.

Het Hof werd verzocht door de Italiaanse Raad van State zich uit te spreken over de vraag in welke mate, in het geval van een verwijzing naar een merk in het bestek, een inschrijver die een gelijkwaardig product aanbiedt, ook het bewijs moet leveren van gelijkwaardigheid.

32. Het Hof benadrukt dat het verwijzen naar een specifiek merk vergezeld met de woorden “of gelijkwaardig” in het bestek steeds een uitzondering moet zijn en slechts wordt gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht.

Het Hof stelt vervolgens vast dat artikel 34 van de richtlijn 2004/17/EU niet bepaalt wanneer het „gelijkwaardige” karakter van een door een inschrijver voorgesteld product moet worden aangetoond, evenmin met welke middelen.

33. Niettemin merkt het Hof op dat indien een inschrijver het bewijs levert van het gelijkwaardige karakter van het aangeboden product nà de indiening van zijn inschrijving, dit het risico met zich zou kunnen meebrengen dat de andere (reeds ingediende) inschrijvingen niet aan dezelfde voorwaarden zouden worden onderworpen bij de beoordeling ervan. Dit toelaten zou m.a.w. een eventuele schending kunnen uitmaken van de gelijke behandeling van de inschrijvers

Bovendien bepalen de artikelen 51, 42 en de overweging 42 van de richtlijn dat de aanbestedende diensten iedere beslissing waarbij geen sprake is van gelijkwaardigheid, moeten kunnen motiveren op basis van alle bewijzen geleverd door de inschrijvers. Deze motivatie kan enkel plaatsvinden indien de aanbestedende dienst over alle bewijzen en elementen beschikt om te beoordelen in welke mate de ingediende inschrijvingen voldoen aan de vereisten in de technische specificaties.

34. Het Hof concludeert dus dat de bewijzen van het gelijkwaardige karakter reeds in de offerte van de aanbesteding moeten worden aangehaald.

Wat de middelen betreft waarmee de inschrijvers de gelijkwaardigheid van de door hen voorgestelde oplossingen kunnen bewijzen, bepaalt het Hof dat het gebruik van elk passend middel is toegestaan. Deze redenering volgt uit artikel 34 van de richtlijn.

- *HvJ (negende kamer), 25 oktober 2018, C-413/17, „Roche Lietuva” UAB t. Kauno Dainavos poliklinika VŠJ.*

35. 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.

36. 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 vermelden 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”.

37. 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 ar-

tikel 18 j° artikel 42.2 van de richtlijn. Bovendien voegt het Hof eraan toe dat artikel 42, lid 4 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 van 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.

4.2. Tweefasige procedure beoordeling offertes

- *HvJ (vierde kamer), 20 september 2018, C-546/16, Montte SL t. Musikene.*

38. Een Spaanse openbare stichting heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de levering van specifieke meubilair. De procedure loopt in twee fasen: de inschrijvers moeten eerst een aantal technische punten behalen vooraleer zij aan de fase van de beoordeling van de offertes mogen deelnemen. Indien het aantal punten niet wordt bereikt, mag de inschrijver niet verder deelnemen aan de procedure.

Er wordt derhalve gevraagd aan het Hof of dergelijke tweefase-procedures verenigbaar zijn met de bepalingen van richtlijn 2014/24/EU omtrent de openbare procedures.

39. Het Hof stelt vooreerst vast dat artikel 27 van de richtlijn (dat de openbare procedure regelt) geen enkele regel bevat betreffende het verloop van de aanbestedingsprocedure, met uitzondering van de regels over de minimumtermijn voor ontvangst van inschrijvingen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht.

Aangezien de richtlijn geen bepalingen bevat die als grondslag kunnen dienen, dient deze tweefase-procedure te worden getoetst aan de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling.

40. Daarbij besluit het Hof dat deze beginselen niet beletten dat een aanbestedende dienst over de vrijheid beschikt om op grond van hun behoeften technische kwaliteiten te bepalen die de inschrijvingen minstens moeten bereiken. Dienaangaande lijkt een offerte die niet aan een dergelijke drempel voldoet, in beginsel niet te beantwoorden aan de behoeften van de aanbestedende dienst.

Daarnaast betekent het feit dat richtlijn 2014/24/EU niet in de mogelijkheid voorziet om bepaalde procedures in opeenvolgende fasen te laten verlopen geenszins dat dergelijke werkwijze verboden is voor een openbare procedure.

5 Modaliteiten (raamovereenkomsten)

- *HvJ (achtste kamer), 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.*

41. 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 clause met het opschrift „Uitbreiding van de overeenkomst”, die één of meerdere van de in deze clause 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.

42. 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 is 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.¹⁶

16 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”.

43. 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 specificeert, komen de beginselen van transparantie en gelijke behandeling namelijk in het gedrang.

6 De selectiefase

6.1 Uitsluiting(sgronden)

6.1.1. Uitsluitingsmaatregel

- *HvJ (zesde kamer), 8 februari 2018, C-144/17, Lloyd's of London t. Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria.*

44. In deze zaak worden twee offertes ingediend voor een aanbesteding door twee syndicaten aangesloten bij eenzelfde organisatie. Beide offertes waren ondertekend door dezelfde algemene vertegenwoordiger van de koepelorganisatie.

Beide syndicaten worden uitgesloten van de aanbesteding wegens een nationale bepaling die tot doel heeft collusie te vermijden. Het Italiaans recht laat namelijk de aanbestedende overheid toe om inschrijvers uit te sluiten teneinde collusie te vermijden tussen entiteiten die bij eenzelfde organisatie zijn aangesloten.

Het Hof wordt bijgevolg verzocht zich uit te spreken over de verenigbaarheid van deze uitsluitingsgrond met richtlijn 2004/18/EU.

45. Het Hof bepaalt vooreerst dat artikel 45 van richtlijn 2004/18/EU (die de uitsluitingsgronden opsomt) niet voorziet in dergelijke uitsluitingsgrond.

Het Hof stelt vervolgens vast dat artikel 45 van richtlijn 2004/18/EU niet de bevoegdheid van de lidstaten uitsluit om naast deze uitsluitingsgronden materi-

eelrechtelijke voorschriften te handhaven waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat ter zake van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers en het beginsel van transparantie in acht worden genomen, mits evenwel het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen.

46. Er dient bijgevolg te worden onderzocht of in casu de nationale bepaling naar een gelijke behandeling van alle inschrijvers streeft.

De nationale bepaling heeft duidelijk tot doel elke mogelijke collusie tussen de inschrijvers in eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht uit te sluiten en de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen.

47. Het Hof gaat vervolgens over naar het evenredigheidsbeginsel. Hierbij oordeelt het echter dat een automatische uitsluiting van gegadigden of inschrijvers verder gaat dan nodig is om collusie te voorkomen.

Het Hof eist bijgevolg dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de verhouding tussen twee entiteiten de respectieve inhoud van de in het kader van eenzelfde openbare aanbestedingsprocedure ingediende offertes concreet heeft beïnvloed. Er rust derhalve een onderzoeksplicht op de aanbestedende dienst.

6.1.2. *Belangenconflict*

- *HvJ (vierde kamer), 17 mei 2018, C-531/16, Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras Ecoservice projektai" UAB t. „VSA Vilnius" UAB e.a.*

48. In een andere zaak wordt aan het Hof gevraagd of twee aangesloten inschrijvers verplicht zijn uit eigen beweging aan de aanbestedende dienst mee te delen welke banden er tussen hen bestaan in het geval dat zij elk voor zich een offerte willen indienen voor eenzelfde overheidsopdracht.

Het Hof stelt eerst vast dat richtlijn 2004/18/EU niet voorziet in een algemeen verbod voor verbonden ondernemingen om inschrijvingen in te dienen in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Daarnaast onderstreept het Hof dat het niet uitgesloten is dat de afhankelijke ondernemingen over een bepaalde autonomie beschikken om hun handelsbeleid en hun economische activiteiten, met name op het gebied van deelname aan openbare aanbestedingen, te bepalen.

49. Bij gebrek aan een uitdrukkelijke voorschrift in de richtlijn, past het Hof de beginselen van transparantie- en gelijke behandeling toe. Deze beginselen eisen dat van tevoren de materiële en formele voorwaarden inzake de deelname aan een opdracht, in het bijzonder de verplichtingen van de inschrijvers, duidelijk zijn bepaald en bekendgemaakt, zodat de inschrijvers exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden.

De verplichting om hun banden met andere inschrijvers uit eigen beweging kenbaar te maken vormt echter geen duidelijk bepaalde voorwaarde. In dat geval is het voor de inschrijvers namelijk moeilijk om de precieze draagwijdte van een dergelijke verplichting te bepalen, temeer omdat het door de aard zelf van de gunningsprocedure niet altijd mogelijk is om vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijvingen de identiteit van alle inschrijvers in dezelfde procedure te kennen.

Er kan derhalve niet geëist worden dat inschrijvers uit eigen beweging hun banden kenbaar moeten maken.

50. Bij de tweede vraag, wenst de verwijzende rechter te weten of de aanbestedende dienst verplicht is om na te gaan of hun inschrijvingen daadwerkelijk zelfstandig zijn.

Vaste rechtspraak bepaalt dat de aanbestedende dienst een actieve rol speelt bij de vergelijking van inschrijvers, maar dat de dienst in ieder geval dient na te gaan of er eventueel sprake is van belangenconflicten ten aanzien van een deskundige van de aanbestedende dienst. Hij moet ook passende maatregelen nemen om die conflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen.

Hieruit volgt dat er op de aanbestedende dienst een verplichting rust om na te gaan of er een belangenconflict bestaat tussen de inschrijvers.

6.1.3. *Corrigerende maatregel*

- *HvJ (vierde kamer), 24 oktober 2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH t. Stadtwerke München GmbH.*

51. Een ondernemer werkzaam bij de spoorwegen krijgt een geldboete door de mededingingsautoriteit omdat zij tot 2011 had deelgenomen aan mededingingsvalsende 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 gebaseerd 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.

52. 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 moet worden 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.

53. 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.

54. 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.

55. 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.

6.2 Onderscheid selectie- en gunningscriteria

- *HvJ (derde kamer), 1 maart 2018, C-9/17, Maria Tirkkonen t. Maaseutuvirasto.*

56. Zelfs indien het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers en de gunning van de opdracht gelijktijdig plaatsvinden, moeten deze twee verrichtingen worden aangemerkt als afzonderlijke verrichtingen waarvoor verschillende regels gelden.

Derhalve kunnen criteria die er niet toe strekken de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, maar in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren, niet worden aangemerkt als „gunningscriteria”. Criteria die in hoofdzaak betrekking hebben op de ervaring, de kwalificaties en de middelen ter waarborging van de goede uitvoering van de betrokken opdracht, werden immers aangemerkt als criteria die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers om deze opdracht uit te voeren en niet als „gunningscriteria”, ook al had de aanbestedende dienst ze wel als zodanig gekwalificeerd.

57. Aan die conclusie wordt op geen enkele wijze afgedaan door de oplossing waarvoor is gekozen in het arrest nr. C-601/13 van 26 maart 2015, *Ambisig* (punten 31-34), waarin het Hof in wezen heeft verklaard dat de bekwaamheden en de ervaring van de leden van het team dat de overheidsopdracht moet uitvoeren, als gunningscriteria kunnen worden opgenomen in de aankondiging van opdracht of in het bestek, voor zover de kwaliteit van de uitvoering van een opdracht op doorslaggevende wijze kan afhangen van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan zijn belast, die bestaat uit hun professionele ervaring en opleiding, met name wanneer de opdracht betrekking heeft op een intellectuele dienst en ziet op opleidings- en adviesdiensten.

7 Aanpassing van een offerte

- *HvJ (achtste kamer), 28 februari 2018, C-523/16, MA.T.I. SUD SpA t. Centostazioni SpA.*

58. In deze zaak heeft een onderdeel van de Italiaanse spoorwegmaatschappij een aanbestedende dienst uitgeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht. Het bestek bepaalde dat indien de offerte ingediend werd door een feitelijke vereniging van ondernemingen, een ad-hoc verklaring moest worden toegevoegd met daarin de verbintenis om, in geval van toewijzing van het lot, de bijzondere collectieve vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen aan de „leidende” onderneming.

In casu diende een inschrijver een offerte in voor de overheidsopdracht zonder hierbij een ondertekening van de wettelijke vertegenwoordiger bij te voegen. Bijgevolg werd de inschrijver door de aanbestedende dienst verzocht deze onregelmatigheid, op straffe van uitsluiting van de offerte, binnen een termijn van

zeven dagen te herstellen en een geldboete van 35 000 EUR te betalen, overeenkomstig het Italiaans recht.

De inschrijver maakte vervolgens de vereiste ondertekening over, maar betwistte de geldboete op grond van het feit dat de verklaring noch onvolledig was, noch een wezenlijke onregelmatigheid bevatte.

59. Artikel 51 van richtlijn 2004/18 bepaalt dat de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 van die richtlijn overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten.

Die bepaling voorziet dus enkel in een loutere mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om de inschrijvers die in het kader van een aanbestedingsprocedure een offerte indienen, te verzoeken om aanvulling of nadere toelichting van de documentatie die moet worden verstrekt om de ontvankelijkheid van hun inschrijving te kunnen beoordelen en waaruit hun economische en financiële draagkracht alsook hun professionele en technische kennis of bekwaamheid blijkt. Noch die bepaling noch een andere bepaling van richtlijn 2004/18 bevat enige precisering over het verloop van een dergelijke herstelprocedure of over de voorwaarden waaraan deze in voorkomend geval kan worden onderworpen.¹⁷

60. Hieruit volgt dat de lidstaten, in het kader van de maatregelen die zij ter omzetting van richtlijn 2004/18 moeten vaststellen, in beginsel vrij zijn niet alleen om een dergelijke mogelijkheid tot correctie van inschrijvingen in hun nationaal recht op te nemen, maar ook om deze nader te regelen. De lidstaten kunnen dus ook beslissen om die herstelmogelijkheid afhankelijk te stellen van de betaling van een geldboete, zoals artikel 38, lid 2 bis, van het wetboek overheidsopdrachten daar in casu in voorziet.

Wanneer lidstaten uitvoeringsbepalingen met betrekking tot de in artikel 51 van richtlijn 2004/18 voorziene mogelijkheid vaststellen, moeten zij er echter op toezien dat de verwezenlijking van de door deze richtlijn nagestreefde doelstellingen niet in gevaar wordt gebracht en geen afbreuk wordt gedaan aan de nuttige werking van de bepalingen ervan of aan andere relevante bepalingen en beginselen van Unierecht, in het bijzonder de beginselen van gelijke behandeling en niet-discriminatie, transparantie en evenredigheid.

Tevens moet erop worden gewezen dat artikel 51 van richtlijn 2004/18 niet aldus kan worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst enige rectificatie kan toestaan van omissies die volgens de uitdrukkelijke bepalingen van de aanbestedingsdocumenten moeten leiden tot uitsluiting van de inschrijver.

¹⁷ Artikel 56, lid van richtlijn 2014/24 is op dit punt duidelijker: "Wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, kunnen de aanbestedende diensten, tenzij het nationale recht dat deze richtlijn uitvoert anders bepaalt; de betrokken ondernemers verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie". Zie conclusies van advocaat-generaal Sanchez-Bordona in zaak C-523/16 en C-536/16, para 57.

61. Ook al bevat richtlijn 2004/17 geen bepaling die overeenkomt met artikel 51 van richtlijn 2004/18, geen van deze twee richtlijnen staat eraan in de weg dat de inschrijvingsgegevens van een inschrijver gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits is voldaan aan een aantal voorwaarden.

Een verzoek om precisering kan niet het ontbreken verhelpen van een stuk of van informatie die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt, aangezien de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen. Een dergelijk verzoek mag er immers niet toe leiden dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient.

Volgens het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is en dat, zoals uit zowel overweging 9 van richtlijn 2004/17 als overweging 2 van richtlijn 2004/18 blijkt, bij het plaatsen van in de lidstaten toegewezen overheidsopdrachten moet worden geëerbiedigd, mogen de door de lidstaten getroffen maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Het staat aan de verwijzende rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten van de hoofdgedingen vast te stellen en te beoordelen, om in het licht van de voorgaande overwegingen te onderzoeken of, rekening houdend met de omstandigheden van de twee hoofdgedingen, de door de aanbestedende diensten gevraagde correcties betrekking hadden op de overlegging van documenten waarvan het ontbreken tot de uitsluiting van de inschrijvers moest leiden dan wel kennelijk eenvoudige verzoeken om verduidelijking betroffen van inschrijvingen die gerichte verbeteringen of aanvullingen behoefden of duidelijk materiële fouten bevatten die dienden te worden rechtgezet.

62. Het begrip „wezenlijke onregelmatigheid“, dat in artikel 38, lid 2 bis van het wetboek overheidsopdrachten niet wordt gedefinieerd, lijkt als zodanig onverenigbaar met zowel de bepalingen van artikel 51 van richtlijn 2004/18 als de vereisten waaraan de verduidelijking van een inschrijving die wordt verricht in het kader van een overheidsopdracht die onder richtlijn 2004/17 valt moet voldoen.

Hieruit volgt dat de in artikel 38, lid 2 bis, van het wetboek overheidsopdrachten vastgestelde regeling betreffende de aanvulling of de verduidelijking van stukken niet mag worden toegepast wanneer de door een inschrijver ingediende inschrijving niet in aanmerking komt om te worden gecorrigeerd of verduidelijkt en dat aan die inschrijver in een dergelijk geval dan ook geen boete mag worden opgelegd.

Het feit dat de aanbestedende dienst het bedrag van de geldboete op voorhand in de aankondiging van de opdracht vastlegt, voldoet stellig aan de vereisten van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers, transparantie en rechtszekerheid, aangezien hierdoor elke discriminatoire of willekeurige be-

handeling van deze laatsten vanwege de aanbestedende dienst op objectieve wijze kan worden vermeden. Dit neemt evenwel niet weg dat het automatisch toepassen van de op voorhand vastgelegde boete, zonder rekening te houden met de aard van de door de onzorgvuldige inschrijver verrichte correcties en dus ook zonder enige geïndividualiseerde motivering, niet verenigbaar lijkt met de vereisten op het gebied van de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel.

63. Ten tweede moet erop worden gewezen dat de oplegging van een geldboete beslist een passend middel vormt om de door de lidstaat nagestreefde legitieme doelstellingen te verwezenlijken, te weten het aanzetten van de inschrijvers tot een verantwoord gedrag bij de indiening van hun inschrijvingen en het compenseren van de financiële last die elk noodzakelijk herstel ervan kan meebrengen voor de aanbestedende dienst.

Niettemin lijken boetebedragen, zoals die welke in de twee hoofdgedingen door de aanbestedende dienst in de aankondigingen van opdracht zijn vastgelegd, op zich reeds kennelijk onevenredig, gelet op het noodzakelijkerwijs beperkte karakter van zowel het bijstellen van een inschrijving uit hoofde van artikel 51 van richtlijn 2004/18 als het toelichten van een inschrijving in het kader van richtlijn 2004/17. Dat is inzonderheid het geval bij een boete, die kennelijk buitensporig lijkt in verhouding tot de verweten feiten, namelijk het ontbreken van een handtekening op een verbintenisverklaring waarin de leidende onderneming van de vereniging die de inschrijving indient wordt aangewezen.

8. Uitvoering overeenkomst

8.1. Herziening van de prijs tijdens de uitvoering

- *HvJ (negende kamer), 19 april 2018, C-152/17, Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA t. Rete Ferroviaria Italiana SpA.*

64. Een gegunde overheidsopdracht bevatte een specifiek beding waarin de modaliteiten voor herziening van de overeengekomen prijs waren vastgelegd.

De ondernemer heeft in overeenstemming met dit beding een herziening van de prijs aangevraagd wegens de stijging van de lonen.

Er wordt bijgevolg aan het Hof gevraagd of een periodieke herziening van de prijs verenigbaar is met richtlijn 2004/17/EU.

65. Het Hof stelt eerst vast dat uit geen bepaling van de richtlijn blijkt dat deze laatste aldus moet worden uitgelegd dat zij een dergelijke herziening van de prijs in de weg zou staan. Vervolgens merkt het Hof op dat de onderliggende beginselen van de richtlijn zich niet verzetten tegen een periodieke herziening van de prijs. Hieruit volgt dat een dergelijke herziening wordt geacht in overeenstemming te zijn met de richtlijn.

8.2. Verval van recht tot uitvoering

- *HvJ (tweede kamer), 19 december 2018, C-375/17, Stanley International Betting Ltd t. Ministero dell'Economia e delle Finanze*

66. 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.

67. 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.

68. 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 inge-

val 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.

69. 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.

9. Rechtsbescherming

- *HvJ (derde kamer), 7 augustus 2018, C-300/17, Hochtief AG t. Budapest Főváros Önkormányzata.*

70. Een offerte van een consortium voor een aanbestedende dienst werd afgewezen omwille van een onverenigbaarheid.

Het beroep van de ondernemer omtrent het besluit van de aanbestedende dienst werd door de nationale rechtbank afgewezen.

Intussen heeft de Europese Commissie vastgesteld dat de aanbestedende dienst de regeling inzake overheidsopdrachten had geschonden door een aankondiging voor een procedure van gunning via onderhandelingen bekend te maken en in de voorselectiefase een gegadigde uit te sluiten zonder de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat de medewerking van de als projectleider aangestelde deskundige de concurrentie niet kon verstoren.

71. Op basis van deze vaststellingen heeft de ondernemer een verzoek tot herziening van het arrest van de rechtbank gevraagd en heeft deze tevens een beroep ingesteld tot veroordeling van de aanbestedende dienst tot een schadevergoeding die overeenkomt met haar uitgaven naar aanleiding van haar deelname aan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht.

Doordat het nationaal recht zulk beroep niet toelaat omdat het instellen van schadevorderingen afhankelijk wordt gesteld van de voorafgaande nietigverklaring van het aangevochten besluit door een bestuursorgaan of een rechter, wordt aan het Hof gevraagd of dergelijke nationale bepaling wordt toegestaan onder richtlijn 89/665/EU.

72. Ingevolge artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 kunnen de lidstaten bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is.

Bijgevolg blijkt uit de bewoordingen van deze bepaling dat de lidstaten in beginsel de mogelijkheid hebben een nationale procedurele bepaling uit te vaardigen, volgens welke de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake overheidsopdrachten afhankelijk is van de voorwaarde dat de schending definitief is vastgesteld door een arbitragecommissie als in het hoofdgeding of, in het kader van het rechterlijke toezicht op de uitspraak van een dergelijke arbitragecommissie, door een rechter.

73. Richtlijn 89/665 stelt enkel de minimumvoorwaarden vast waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsordes moeten voldoen om de eerbiediging van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten te verzekeren.

Artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 voorziet dus enkel in de mogelijkheid, voor de lidstaten, om als voorwaarde voor het instellen van een schadevordering te bepalen dat het bestreden besluit nietig is verklaard door een daartoe bevoegde instantie, maar geeft geen enkele aanwijzing over de eventuele voorwaarden of beperkingen waarmee in voorkomend geval de omzetting en tenuitvoerlegging van deze bepaling gepaard gaan. Hieruit volgt dat de lidstaten vrij blijven om te bepalen onder welke voorwaarden de nationale regels tot omzetting van artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 in hun rechtsorde toepassing moeten vinden en met welke beperkingen, uitzonderingen of afwijkingen deze toepassing in voorkomend geval gepaard kan gaan.

Het staat inderdaad aan de lidstaten om bij de vaststelling van de procedurele regels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het Unierecht aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, ervoor te zorgen dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van richtlijn 89/665 en aan de rechten die het Unierecht aan particulieren verleent.

74. De door artikel 2, lid 6, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten geboden mogelijkheid was niet onbeperkt en bleef afhankelijk van de voorwaarde dat het aan een schadevordering voorafgaande beroep tot nietigverklaring doeltreffend is. Zij moeten met name de volledige eerbiediging waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

75. In casu dient te worden vastgesteld dat de nationale procedurele bepaling die de mogelijkheid om een burgerlijke rechtsvordering in te stellen in geval van schending van de regels inzake de plaatsing en de gunning van overheidsopdrachten afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de schending vooraf definitief is vastgesteld, de betrokken inschrijver het recht op een doeltreffende voorziening in rechte niet ontzegt.

- *HvJ (negende kamer), 25 oktober 2018, C-260/17, Anodiki Services EPE t. GNA, O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki.*

76. 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.

77. 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 (derde kamer), 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.*

78. 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 aan-

bestedingsprocedure 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 betrokken 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.

79. 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.

80. 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.

81. 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 aantoont 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 ontlelen.