
KRONIEK RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE 2014 INZAKE OVERHEIDS- OPDRACHTEN – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE 2014 EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

KRIS WAUTERS en ANN-SOPHIE VANWINSEN



INLEIDING

In 2014 heeft het Hof van Justitie (minstens) veertien arresten gevelde met relevantie voor het overheidsopdrachtenrecht. Het Hof laat zich in haar arresten stevast leiden door de doelstellingen en de beginselen die zowel de gunning van overheidsopdrachten als van concessieovereenkomsten beheersen, en stelt zodoende verder grenzen aan de begrippen gehanteerd in de richtlijnen overheidsopdrachten, zowel van de tweede⁹ als van de derde generatie.¹⁰ Opvallend is de steeds uitgebreidere toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Ook heeft het Hof een aantal opvallende arresten inzake rechtsbescherming gevelde. Ten aanzien van de voorgaande jaren betreft het een rijke oogst qua aantal, maar zijn er ook een aantal arresten die belangrijk zijn. De uitspraken van het Gerecht van eerste aanleg worden in deze kroniek niet behandeld.

Op grond van het voorwerp en de inhoud van de arresten werd de kroniek opgedeeld in vier onderdelen: In een eerste deel komen een aantal arresten aan bod waar het Hof ingaat op de beginselen, die een overheid bij de gunning van een overheidsopdracht steeds moet naleven (1); Het tweede deel handelt over het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten (2); Het derde deel betreft de arresten die betrekking hebben op het verloop van de gunningsprocedure zelf (3); Het vierde deel betreft de toepassing van de richtlijnen rechtsbescherming (4).



1. Principes en doelstellingen

Het Hof grijpt terug naar de basisbeginselen van het Unierecht voor de beoordeling van die overeenkomsten met overheden die niet binnen het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten vallen, in het bijzonder de opdrachten die onder de drempelbedragen vallen. In deze gevallen is de gunning van de overeenkomsten met een grensoverschrijdend belang immers onderworpen aan het primair Unierecht. Het beginsel van gelijke behandeling en de bijzondere uitdrukkingen daarvan – met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de artikelen 49 EG en 56 VWEU – zijn van toepassing wanneer een overheidsinstantie een derde belast met de verrichting van economische activiteiten. Het Hof borduurt zodoende

9 Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen; Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken; Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

10 Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31.03.2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten; Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31.03.2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

verder op het arrest-*Telaustria*¹¹, waarin het voor een eerste maal overwoog dat aanbestedende diensten ook buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten de fundamentele vrijheden van het EG-verdrag in acht moeten nemen.

- HvJ (Derde kamer), 30 april 2014, C-390/12, Robert Pflieger, Autoart as, Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner

Het arrest-*Pfleger* betreft de verenigbaarheid met het primair unierecht van vergunningsplichten in de kansspelenmarkt. Hoewel het arrest geen rechtstreekse betrekking heeft op overheidsopdrachten, houdt dit niettemin enkele relevante principes met betrekking tot de grenzen van vrije mededinging in.

In een eerste instantie stelt het Hof vast dat een nationale regeling waarbij wordt verboden om kansspelautomaten te exploiteren zonder voorafgaande vergunning van de bestuurlijke autoriteiten, een beperking vormt op de door artikel 56 VWEU gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting, maar kan worden aanvaard mits een legitiem doel, mits de maatregel noodzakelijk is en mits deze niet verder gaat dan nodig.¹² Een dergelijke beperking van kansspelactiviteiten kan wel 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.

In een tweede instantie 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.¹³

- HvJ (Vijfde kamer), 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH t/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH

Het Hof bevestigt in dit arrest dat het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten is de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten op het gebied van de uitvoering van werkzaamheden, de le-

11 HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags*; Zie tevens de conclusie van de advocaat-generaal bij dit arrest: N.Fennelly, conclusie voor HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags*, overweging 43.

12 HvJ 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica e.a.*, punt 42.

13 HvJ 24 januari 2013, C-186/11 en C-209/11, *Stanleybet*, punt 45.

vering van producten en de verrichting van diensten, hetgeen impliceert dat elke aanbestedende dienst de relevante Unierechtelijke regels moet toepassen wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden. Dit maakt dat elke uitzondering op de gelding van deze verplichting strikt moet worden uitgelegd.

- HvJ (Tiende kamer), 10 juli 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavoì Pubblici* t/ *Comune di Milano*

In arrest-*Consorzio Stabile Libor Lavoì Pubblici* werd het Hof gevraagd zich uit te spreken over de draagwijdte van de artikelen 49 VWEU, 56 VWEU en 101 VWEU en het evenredigheidsbeginsel ten aanzien van overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen zoals vastgesteld in artikel 7, sub c, van richtlijn 2004/18. Het Hof breidt in dit arrest haar rechtspraak uit het arrest-*Michaniki*¹⁴ uit naar de overheidsopdrachten onder de drempelbedragen.

Het Hof brengt in de eerste plaats in herinnering dat de fundamentele beginselen van het Verdrag van de Werking van de Europese Unie slechts van toepassing zijn voor zover de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Het bestaan van een dergelijk belang moet door de nationale rechter worden beoordeeld op basis van het belang van de opdracht en de plaats van uitvoering¹⁵.

Het Hof herhaalt ook nogmaals dat het in het belang van de Unie is dat de gunning van een offerteaanvraag openstaat voor een zo groot mogelijke mededinging.

Het Hof stelt vast dat de nationale maatregel, voorwerp van de procedure, ertoe strekte om personen die zich schuldig hebben gemaakt aan ernstige inbreuken op de nationale regels voor de storing van socialezekerheidsbijdragen, uit te sluiten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Een dergelijke bepaling vormt een beperking van de vrije vestiging en het vrij verkeer van diensten in de zin van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, en kan bijgevolg slechts worden aanvaard voor zover een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd, en voor zover het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd. Het doel van de maatregel bestaat erin te garanderen dat inschrijvers betrouwbaar en zorgvuldig zijn, en correct ten aanzien van hun werknemers. Het Hof acht dit een legitiem doel van algemeen belang. Het Hof stelt ook vast dat de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is, nu er een precies drempelbedrag voor de uitsluiting van deelname is vastgesteld: het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag aan socialezekerheidsbijdragen is groter dan 100 EUR en 5% van het verschuldigde bedrag. De wettelijk vastgestelde drempel garandeert volgens het Hof een gelijke behandeling en rechtszekerheid voor de inschrijvers.

Het Hof acht de bestreden nationale maatregel bijgevolg verenigbaar met de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU.

14 HvJ 16 december 2008, C-213/07, *Michaniki AE* t/ *Ethniko Symvoulío Radiotileorasis* en anderen. Zie hieromtrent: K. Wauters en E. Loncke, "Hof van Justitie, nr. C-213/07", *CDPK* 2009, n° 4, p. 747-763.

15 HvJ 19 december 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* e.a., punt 23.

- HvJ (Negende kamer), 18 september 2014, C-549/13, Bundesdruckerei GmbH t/ Stadt Dortmund

De opdracht die aan het Hof wordt voorgelegd in de zaak Bundesdruckerei valt volgens de Europese Commissie wel binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18. Niettemin beroept het Hof zich uitdrukkelijk op het Unierecht, meer bepaald artikel 56 VWEU, om artikel 26 van de richtlijn 2004/18 uit te leggen.

Het Hof is van oordeel dat artikel 56 VWEU zich verzet tegen een regeling waarbij, indien een inschrijver de intentie heeft om een overheidsopdracht uit te voeren via werknemers van zijn onderaannemer die in een andere lidstaat gevestigd zijn, aan deze onderaannemer bepaalde minimale loonvereisten worden opgelegd. Het Hof stelt dat een dergelijke nationale maatregel weliswaar een legitiem doel kan dienen, met name de bescherming van de werknemers tegen sociale dumping. Echter, het opleggen aan een onderaannemer van minimale loonvereisten is volgens het Hof geen geschikte maatregel om dat doel te bereiken, indien er geen aanwijzingen zijn dat werknemers op de particuliere markt geen nood hebben aan dezelfde loonbescherming als werknemers die overheidsopdrachten uitvoeren.¹⁶ Temeer is het Hof van oordeel dat de regeling verder gaat dan wat nodig is, omdat het vast minimumloon niet noodzakelijk in verhouding staat tot de kosten van levensonderhoud in de lidstaat waar de prestaties zullen worden verricht. Volgens het Hof wordt er als het ware aan de onderaannemers een mogelijkheid ontnomen om een concurrentievoordeel te halen uit de bestaande loonverschillen.

Ook de doelstelling die erin bestaat de stabiliteit van de socialezekerheidsstelsels te verzekeren, werd volgens het Hof door de betrokken partijen niet aangetoond: als de werknemers geen passend loon zouden ontvangen, en dus beroep moesten doen op de sociale zekerheid, zouden zij recht hebben op de sociale uitkeringen in het land waar de prestaties worden verricht. Dit zou bijgevolg geen last vormen op het land waarin de overheidsopdracht is gegund.

- HvJ (Tiende kamer), 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA t/ CEM Ambiente SpA

In het arrest-*Cartiera dell'Adda SpA* spreekt het Hof zich uit over de draagwijdte van het beginsel van gelijke behandeling en transparantieverplichting, zowel voor overheidsopdrachten als voor de concessieovereenkomst van diensten in het kader van de verplichtingen die door inschrijvers moeten worden vervuld op straffe van uitsluiting.¹⁷ Doordat de verwijzende rechter geen uitsluitel had gegeven over de categorie waaronder de betrokken overeenkomst viel, heeft het Hof een uitspraak gedaan die voor beide categorieën geldt.¹⁸

Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting impliceren dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het

16 HvJ 3 april 2008, C-346/06, Rüffert, punten 38-40.

17 HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, Parking Brixen, punten 46-49.

18 HvJ 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA, punt 47-48.

aanbestedingsbericht of in het bestek moeten worden geformuleerd.¹⁹ Beide beginselen hebben ook tot gevolg dat de aanbestedende dienst de door haar vastgestelde en bekendgemaakte criteria moet toepassen.²⁰ Indien bijgevolg een marktdeelnemer een stuk of gegeven niet heeft meegedeeld, dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moest worden overgemaakt, moet de aanbestedende dienst deze marktdeelnemer ook effectief uitsluiten.^{21, 22} De richtlijnen overheidsopdrachten sluiten niet uit dat een aanbestedende dienst op dat vlak haar bevoegdheid inperkt.²³

Het Hof voegt hieraan toe dat deze uitsluiting niet kan worden vermeden indien na het verstrijken van de termijn voor het neerleggen van de inschrijvingen, toch de vereiste verklaring werd meegedeeld.²⁴

- HvJ (Vijfde kamer), 11 december 2014, C-113/13, Azienda sanitaria locale nr. 5 "Spezzino", Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) – Comitato regionale Liguria, Regione Liguria t/ San Lorenzo Soc.coop.sociale, Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus

Het Hof spreekt zich in het arrest-*Azienda sanitaria locale nr. 5* een derde maal uit over een raamovereenkomst waarvan de waarde het in artikel 7 genoemde drempelbedrag niet overschrijdt. Voor zover de overeenkomst een daadwerkelijk grensoverschrijdend belang heeft, gelden de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling zoals voorzien in de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU.

Het Hof is van oordeel dat medische spoed- en noodvervoersdiensten zonder bekendmaking kunnen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties waarmee een overeenkomst werd gesloten, voor zover het wettelijke en contractuele kader van die organisaties werkelijk bijdraagt tot het sociale doel en tot doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie.

- HvJ (Tiende kamer), 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt t/ Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság

Het Hof spreekt zich, net als in het arrest-*Consortio Stabile Libor Lavoij Publici*, opnieuw uit over een overheidsopdracht die de drempelwaarde van artikel 7 van de richtlijn 2004/18 niet overschrijdt, en die bijgevolg, net als de opdracht uit het arrest-*Generali-Providencia Biztosító Zrt*, onderworpen is aan het primair unierecht.

Voor zover, aldus het Hof, er een duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat, dienen de aanbestedende diensten overeenkomstig artikel 49 VWEU en 56 VWEU het verbod op nationaliteitsdiscriminatie en de transparantieverplichting respecteren.²⁵ Meer bepaald houden deze beginselen in dat een lidstaat

19 HvJ 18 oktober 2001, C-19/00, SIAC Construction, punten 41-43; HvJ 24 januari 2008, C-532/06, Liakakis.

20 HvJ 29 april 2004, C-496/99, Commissie / CAS Succhi di Frutta, punten 108-111.

21 Zie in gelijkaardige zin het arrest Manova, C-336/12, punt 40.

22 HvJ 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA, punt 44-45.

23 HvJ 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA, punt 45.

24 HvJ 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA, punt 45.

25 HvJ 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt, punt 27.

een regeling kan invoeren waardoor een ondernemer die een in een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde vastgestelde inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt waarvoor hij een geldboete kreeg opgelegd, van deelname aan aanbestedingsprocedures wordt uitgesloten. Het Hof redeneert dat het maken van een inbreuk op de mededingingsregels een uitsluitingsgrond is die ook onder artikel 45, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 valt.²⁶ De uitsluitingsgrond is bijgevolg te meer gerechtvaardigd als regelgeving voor overheidsopdrachten die niet onder de procedures vastgesteld in de richtlijn vallen.²⁷

2. Toepassingsgebied

2.1. *Ratione materiae*

2.1.1. *Inhouse-gunningen*²⁸

- HvJ (Vijfde kamer), 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH t/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH

Het Hof wordt gevraagd een kwalificatie te geven aan een overeenkomst tussen een universiteit en een privaatrechtelijke onderneming in het bezit van de federale staat en Duitse deelstaten, meer bepaald of onderhavige overeenkomst als een inhousegunning²⁹ van de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht kan worden vrijgesteld. Het gaat over een zogenaamde "horizontale inhouseopdracht", meer bepaald een overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een opdrachtnemer waartussen geen zeggenschapsverhouding bestaat, maar die beide onder toezicht zoals op de eigen diensten staan van dezelfde instantie die zelf een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/18 is.³⁰

Het Hof brengt in eerste instantie haar Teckal-rechtspraak in herinnering³¹: een aanbestedende dienst kan zijn taken van algemeen belang vervullen met eigen administratieve middelen, zonder dat hij hiervoor zich moet beroepen op externe diensten, hij kan zelfs een beroep doen op een juridisch onderscheiden entiteit zonder hiervoor de overheidsopdrachtenprocedure te moeten toepassen, voor zover de aanbestedende dienst op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, en de entiteit het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van die aanbestedende dienst.^{32, 33}

26 HvJ 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt, punt 35.

27 HvJ 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt, punt 36.

28 Zie hierover uitgebreider: E. Slautsky, N. Braeckeveld, "Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics: l'apport des nouvelles directives", *O.o.O.* 2014, nr. 1, 5 e.v.; F. Judo, 'Tweemaal het huis uit – Schroeft de recente Luxemburgse rechtspraak inzake in-house de nieuwe richtlijnen preventief terug', *T.Aann.* 2014, nr. 4, 425.

29 HvJ 18 november 1999, C-107/98, Teckal, punt 50.

30 P. Mengozzi, conclusie voor HvJ dd. 23 januari 2014, C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme GmbH tegen Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 2.

31 In de nieuwe Europese richtlijnen is voorzien, krachtens artikel 12, in een wettelijke basis voor de zogenaamde inhouse-gunningen. (Richtlijn 2014/24/EU.)

32 HvJ 18 november 1999, C-107/98, Teckal, punt 50.

33 HvJ 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 25.

Het begrip “toezicht zoals op de eigen diensten” is door het Hof relatief ruim geïnterpreteerd. Het begrip houdt in dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid heeft om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op de strategische beslissingen van de opdrachtnemende entiteit, en dat het toezicht van werkzame, structurele en functionele aard is.³⁴ Het toezicht kan overigens gezamenlijk worden uitgeoefend door meerdere overheidsdiensten die samen de opdrachtnemende entiteit bezitten.^{35, 36}

In onderhavig geval stelt het Hof haar grenzen aan de interpretatie van dit “toezicht zoals op de eigen diensten”. Het Hof stelt in de eerste plaats vast dat er geen toezichtverhouding bestaat tussen de universiteit en de opdrachtnemer.³⁷ Vervolgens onderzoekt het Hof of het door de Stad Hamburg (als een overkoepelend orgaan) op de universiteit uitgeoefende toezicht de toepassing van de inhouse-exceptie kan legitimeren (de “horizontale inhouseopdracht”). Volgens het Hof heeft het door de stad Hamburg op de universiteit uitgeoefende toezicht slechts betrekking op de aankopen van de universiteit, en niet op het gebied van onderwijs en onderzoek. Op laatstgenoemde gebied beschikt de universiteit over een ruime autonomie.³⁸ Nu er weliswaar sprake is van een samenwerking tussen beide instanties, maar deze er niet toe strekt om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren, is er geen enkele reden om de inhouse-uitsluiting te laten spelen.^{39, 40}

De interpretatie die het Hof geeft aan “toezicht zoals op de eigen diensten” wijkt af van wat door Advocaat-Generaal Mengozzi werd geantwoord.⁴¹ De Advocaat-Generaal is van oordeel dat de autonomie van de universiteiten een uitvloeisel is van de vrijheid van onderwijs en onderzoek, zoals gewaarborgd door artikel 13 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Volgens de Advocaat-Generaal kan de toepassing van de inhouse-uitzondering dan ook niet vereisen dat het toezicht op universiteiten (en gelijkaardige lichamen) zich tevens uitstrekt tot onderwijs- en onderzoeksactiviteiten. Hij concludeert dat het toezicht zoals op de eigen diensten niet zo strikt moet worden geïnterpreteerd alsof ook de bevoegdheden van universiteiten inzake onderwijs en onderzoek hieronder moeten vallen.

Het Hof handhaaft niettemin haar strikte interpretatie. De overeenkomst tussen de universiteit en de privaatrechtelijke onderneming in het bezit van de federale staat en de Duitse deelstaten is bijgevolg een overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, sub a van de richtlijn 2004/18.

34 HvJ 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 26.

35 HvJ, 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, Econord, punt 27.

36 HvJ 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 27.

37 HvJ 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 28.

38 HvJ 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 32.

39 HvJ 19 december 2012, C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., punt 34 en 37.

40 HvJ 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 35.

41 P. Mengozzi, conclusie voor HvJ dd. 23 januari 2014, C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme GmbH tegen Technische Universität Hamburg-Harburg, punt 73.

- HvJ (Vijfde kamer), 19 juni 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) t/ Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

Het Hof gaat in onderhavige zaak na of de Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de "SUCH"), een vereniging van private en publieke non-profit actoren, en die zelf als privaatrechtelijke vereniging geen winst nastreeft, in aanmerking komt voor een uitzondering op de procedures voorzien in richtlijn 2004/18, te weten de zogenaamde inhouse-transactie. De SUCH had als overkoepelende beleveringsvereniging immers tot doel de noden van de hierop aangesloten openbare ziekenhuizen te voorzien. Hiertoe was met deze ziekenhuizen een protocolakkoord gesloten, zonder enige aanbestedingsprocedure.

Het Hof brengt allereerst in herinnering dat het feit dat de geselecteerde entiteit een privaatrechtelijke vereniging is, niet uitsluit dat deze een economische activiteit kan uitoefenen.^{42, 43} Dit gegeven heeft op de toepasselijkheid van de inhouse-uitzondering dus geen invloed.

Het Hof stelt vervolgens dat het determinerende criterium voor een eventuele toepassing van de inhouse-transactie, de belangen zijn waardoor de vereniging zich laat leiden.⁴⁴ In onderhavig geval bleek dat de belangen van de particuliere leden (ook al betrof het slechts een minderheid van het ledenbestand) van de SUCH van een andere aard waren dan de doelstellingen van algemeen belang nagestreefd door de aanbestedende diensten van de SUCH.⁴⁵ Daarenboven zou niet zijn uitgesloten dat de particuliere leden nog steeds economische activiteiten konden uitoefenen in vrije mededinging met andere marktdeelnemers.⁴⁶

Het Hof concludeert dat er geen sprake is van "toezicht zoals op de eigen diensten" als de geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is, waarbij op het moment van de gunning niet enkel entiteiten uit de publieke sector waren aangesloten, maar ook particuliere instellingen voor sociale solidariteit die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten.⁴⁷

Richtlijn 2004/18 is volgens het Hof in deze van toepassing.

2.1.2. Hoofdvoorwerp van de overeenkomst

- HvJ (Tweede kamer), 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA t/ Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari

In onderhavige procedure dient het Hof zich uit te spreken over een overeenkomst voor de huur van een nog te bouwen gebouw. De overeenkomst was gekwalificeerd als een "voorovereenkomst tot huur". Meer bepaald werd het Hof gevraagd te oordelen of deze overeenkomst moest worden gekwalificeerd als

42 HvJ 10 september 2009, C-573/07, Sea, punt 41; HvJ 23 december 2009, C-305/08, CoNISM, punt 45.

43 HvJ 19 juni 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, SUCH, punt 33.

44 HvJ 11 januari 2005, C-26/03, Stadt Halle en RPL Lochau, punten 49 en 50.

45 HvJ 19 juni 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, SUCH, punt 39.

46 HvJ 19 juni 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, SUCH, punt 40.

47 HvJ 19 juni 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, SUCH, punt 44.

een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de regeling overheidsopdrachten.

Het Hof is van oordeel dat het hoofdvoorwerp van de overeenkomst in de verwezenlijking van het bouwwerk is gelegen^{48, 49}: deze verwezenlijking is immers het noodzakelijke uitgangspunt voor de latere verhuur van het bouwwerk.⁵⁰ De kwalificatie van de overeenkomst is "huurovereenkomst" is in elk geval irrelevant.⁵¹ Hoewel de betrokken voorovereenkomst wel degelijk enkele kenmerkende bestanddelen van een huurovereenkomst bevat, is het Hof van oordeel dat voor de kwalificatie van de overeenkomst het hoofdvoorwerp doorslaggevend is, en niet het bedrag van de aan de aannemer te betalen vergoeding.^{52, 53}

De zogenaamde voorovereenkomst tot huur valt derhalve onder artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG, en betreft een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken.

2.1.3. Aanneming van werken

- HvJ (Tweede kamer), 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA t/ Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari

Opdat een overheidsopdracht inzake de uitvoering van werken aanwezig is, moet de verwezenlijking van het geplande bouwwerk voldoen aan nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst. Daarvan is sprake wanneer laatstgenoemde maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

In huidige zaak voorziet de aanbestedende dienst een pakket van eisen. Het handelt om de verschillende technische en technologische kenmerken van het geplande bouwwerk nader omschreven alsook, aan de hand van een geheel van statistische gegevens over de gerechtelijke werkzaamheden van het arrondissement Bari, de specifieke eisen van elk van de rechterlijke instanties die binnen het arrondissement vallen, alsmede enkele gemeenschappelijke eisen, zoals de omvang van de parkeergelegenheden op de parkeerterreinen. Bovendien behoudt het bestuur zich het recht voor om vóór de aanvaarding van de oplevering van het bouwwerk te verifiëren of dit voldoet aan datzelfde pakket van eisen.

Dit wijst in de richting van een overheidsopdracht van werken.

48 HvJ, 18 januari 2007, C-220/05, Auroux, punt 37.

49 HvJ 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA, punt 41.

50 HvJ 29 oktober 2009, C-536/07, Commissie / Duitsland, punt 55.

51 HvJ 29 oktober 2009, C-536/07, Commissie / Duitsland, punt 54.

52 HvJ 29 oktober 2009, C-536/07, Commissie / Duitsland, punt 61.

53 HvJ 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA, punt 50.

2.2. *Ratione personae*

- HvJ (Vijfde kamer), 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze t/ Data Medical Service Srl

In het arrest-*Azienda Ospedaliero* onderzoekt het Hof de draagwijdte van het begrip “dienstverlener”, in het licht van het winstoogmerk van de betrokken onderneming. Meer bepaald wordt het hof gevraagd of een ziekenhuisinstelling die een “op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam is” de deelneming aan aanbestedingen mag worden ontzegd.

Het Hof bevestigt dat lidstaten activiteiten van bepaalde lichamen die geen winst nastreven, kunnen reglementeren. Van zodra echter die lichamen diensten tegen vergoeding op de markt kunnen aanbieden, al dan niet occasioneel, moeten de lidstaten hen blijkens richtlijn 92/50 ook toelaten om in te schrijven op gunningsprocedures voor overheidsopdrachten.⁵⁴ Deze redenering van het Hof gaat overigens verder: het lichaam dat overheidssubsidies geniet, en als gevolg hiervan in staat is aanbiedingen te doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van inschrijvers die geen subsidies ontvangen, moet in principe nog steeds worden toegestaan om in te schrijven op gunningsprocedures.⁵⁵

Een ziekenhuisinstelling die een “op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam is”, zelfs als deze overheidssubsidies geniet, mag niet in absolute termen de deelneming aan aanbestedingen worden ontzegd. Minstens moet de ernst van haar prijszetting in een prijzenonderzoek worden onderzocht.

Met dit arrest bevestigt het Hof nogmaals dat het begrip ‘onderneming’ in de definitie van het begrip ‘overheidsopdracht’ niet substantieel is. Iedereen moet in beginsel kunnen inschrijven op een overheidsopdracht.

3. Gunningsprocedure

3.1. Onderhandelingsprocedure

- HvJ (Vijfde kamer), 11 september 2014, C-19/13, Ministero dell’Interno t/ Fastweb SpA

In onderhavige zaak had de aanbestedende dienst de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht gevolgd, en heeft zich daarbij gebaseerd op artikel 31, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18. Het Hof brengt in herinnering dat de procedure van gunning door onderhandelingen slechts kan worden toegepast in de omstandigheden die limitatief zijn opgesomd in de artikelen 30 en 31 van richtlijn 2004/18. Deze procedure is uitzonderlijk in vergelijking met open en beperkte procedures.^{56, 57}

54 HvJ 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, punt 36.

55 HvJ 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, punt 43.

56 HvJ 23 april 2009, C-292/07, Commissie / België, punt 106 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

57 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 49.

3.2. Kwalitatieve selectie

3.2.1. Uitsluitingsgronden

- HvJ (Tiende kamer), 10 juli 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavoì Pubblici t/ Comune di Milano

Voor overheidsopdrachten waarvan de waarde lager ligt dan het drempelbedrag bepaald in artikel 7, sub c, van richtlijn 2004/18, verzet het Europees primair recht zich niet tegen een nationale regeling tot uitsluiting van inschrijvers die inbreuken hebben begaan op hun verplichting tot storting van socialezekerheidsbijdragen.

Het Hof stelt aan deze regeling, voor zover er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang van de opdracht, uiteraard wel enkele voorwaarden. In de eerste plaats kan een dergelijke maatregel slechts zijn gerechtvaardigd voor zover een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd. Het doel dat erin bestaat te garanderen dat een inschrijver betrouwbaar, zorgvuldig, degelijk is en correct ten opzichte van zijn werknemers, vormt als dusdanig een legitiem doel van algemeen belang. De maatregel is evenzeer slechts gerechtvaardigd voor zover deze noodzakelijk is. In onderhavig geval bleek dat de Italiaanse wetgever een drempelbedrag had bepaald voor de uitsluiting van inschrijvers: indien het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag aan socialezekerheidsbijdrage groter is dan 100 EUR en 5% van het verschuldigde bedrag moest de inschrijver worden uitgesloten. Volgens het Hof garandeert deze drempel een gelijke behandeling van de inschrijvers en rechtszekerheid.

Inzake de facultatieve uitsluitingsgronden laat het EU-recht hun toepassing over aan de beoordeling van de lidstaten, zoals blijkt uit de uitdrukking "Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten" aan het begin van deze bepaling, die met name in de punten e en f uitdrukkelijk verwijst naar de nationale wettelijke bepalingen. Bovendien bepalen de lidstaten uit hoofde van artikel 45, lid 2, tweede alinea, overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het recht van de Unie de voorwaarden voor de toepassing van artikel 45, lid 2.

Derhalve voorziet artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen.

Artikel 45, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/18 biedt de lidstaten de mogelijkheid om iedere marktdeelnemer die niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien van de betaling van socialezekerheidsbijdragen, van deelneming aan een opdracht uit te sluiten, zonder dat een minimumbedrag voor achterstallige

bijdragen is vastgesteld. Door de vaststelling van een dergelijk minimumbedrag in het nationale recht is het uitsluitingscriterium in die bepaling versoepeld, hetgeen dus niet kan worden geacht verder te gaan dan nodig is. Dat geldt temeer daar het gaat om overheidsopdrachten die niet het in artikel 7, sub c, van deze richtlijn neergelegde drempelbedrag halen en derhalve niet zijn onderworpen aan de in de richtlijn vastgestelde bijzondere en rigoureuze procedures.

- HvJ (Tiende kamer), 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt t/ Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság

Een ondernemer die een in een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde vastgestelde inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt waarvoor hij een geldboete opgelegd kreeg, kan deelname aan een aanbestedingsprocedure worden ontzegd. Het artikel 45, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18, laat toe dat ondernemers op deze grond kunnen worden uitgesloten. Immers, het begrip "fout in de uitoefening van zijn beroep" is niet beperkt tot schendingen van de voor de betrokken ondernemer geldende gedragsregels, maar omvat elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de ondernemer.⁵⁸ Een inbreuk op de mededingingsregels die met een geldboete werd bestraft, doet in deze zin afbreuk aan de professionele geloofwaardigheid van de ondernemer en kan bijgevolg de uitsluiting verantwoorden.⁵⁹

Deze uitsluitingsgrond geldt overigens niet alleen voor de overheidsopdrachten die boven de drempelwaarde van artikel 7 van richtlijn 2004/18 liggen, maar kan ook door de nationale wetgever worden voorzien voor overheidsopdrachten die onder deze drempelbedragen vallen.^{60, 61}

3.2.2. *Onderscheid selectie- en gunningscriterium*

- HvJ (Achtste kamer), 9 oktober 2014, C-641/13, Koninkrijk Spanje t/ Europese Commissie

Het Hof herbevestigt in dit arrest het onderscheid tussen de gunning van de opdracht en de verificatie van de geschiktheid van de inschrijvers. Volgens het Hof maken dit twee onderscheiden fases uit in de procedure, die ook aan verschillende regels onderworpen zijn.

De gunningscriteria moeten bijgevolg duidelijk worden onderscheiden van de kwalitatieve selectiecriteria: kwalitatieve selectiecriteria strekken ertoe de geschiktheid van de inschrijvers voor de uitoefening van de opdracht te ramen. Criteria inzake ervaring, kwalificatie en middelen die de goede uitoefening van de opdracht kunnen garanderen, vallen hieronder. Deze criteria mogen dan ook niet in acht worden genomen bij de gunning van de opdracht. De inschrij-

58 HvJ 13 december 2012, C-465/11, Forposta SA en ABC Direct Contact, punt 27.

59 HvJ 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt, punt 35.

60 HvJ 19 december 2012, C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.; HvJ 10 juli 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, punt 24.

61 HvJ 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt, punt 36.

ver die over relevante ervaring beschikt met betrekking tot de te gunnen opdracht, kan deze ervaring slechts laten gelden in het kader van de kwalitatieve selectie. Ervaring moet immers worden gekoppeld aan de geschiktheid van de inschrijver te ramen. Deze ervaring kan niet in overweging worden genomen in de gunningsfase.

3.3. Abnormale prijzen

- HvJ (Vijfde kamer), 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze t/ Data Medical Service Srl

Uit de bewoordingen van artikel 37, leden 1 en 3, van richtlijn 92/50 blijkt dat een abnormaal lage aanbidding niet alleen kan worden afgewezen wanneer het feit dat in de aanbidding een lage prijs wordt voorgesteld, wordt verklaard door de ontvangst van staatssteun die onrechtmatig of onverenigbaar met de interne markt is. Dit is immers meer algemeen mogelijk.

Enerzijds volgt uit de bewoordingen van die bepaling dat de aanbestedende dienst bij het onderzoek of een aanbidding abnormaal laag is, verplicht is om gegadigde te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat zijn inschrijving serieus is. Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt bijgevolg een vereiste van richtlijn 92/50 om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen.

Anderzijds moet worden opgemerkt dat artikel 37 van richtlijn 92/50 het begrip "abnormaal lage aanbidding" niet definieert. Het staat dus aan de lidstaten en met name aan de aanbestedende diensten om de berekeningswijze te bepalen van een drempel die resulteert in een "abnormaal lage aanbidding" als bedoeld in dat artikel. Daarbij zij aangetekend dat de Uniewetgever in die bepaling heeft gepreciseerd dat "in verhouding tot de te verrichten dienst" moet worden beoordeeld of een aanbidding abnormaal laag is. Teneinde een gezonde mededinging te waarborgen kan de aanbestedende dienst in het kader van zijn onderzoek of een aanbidding abnormaal laag is, dus niet alleen rekening houden met de in artikel 37, lid 2, van richtlijn 92/50 bedoelde omstandigheden, maar ook met alle elementen die relevant zijn voor de betrokken dienst.

3.4. Stopzetting van de procedure

- HvJ (Vijfde kamer), 11 december 2014, C-440/13, Croce Amica One Italia Srl t/ Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)

In het arrest-*Croce Amica One Italia Srl* bevestigt het Hof de mogelijkheid voor de lidstaten om een lopende gunningsprocedure 'in te trekken' (stop te zetten). Het oogmerk voor dergelijke intrekking kan bestaan in de gewijzigde opportuniteit van de aanbestedingsprocedure: als de aanbestedende dienst van

oordeel zou zijn in het licht van de economische context, de feitelijke omstandigheden, of de behoeften van de aanbestedende dienst, dat de aanbesteding niet meer opportuun is, kan een intrekingsbesluit worden uitgevaardigd.^{62, 63}

De intrekking kan ook zijn ingegeven door de vaststelling dat het concurrentieniveau te laag was, bijvoorbeeld doordat aan het einde van de procedure voor de plaatsing van de opdracht bleek dat slechts één inschrijver geschikt was om deze opdracht uit te voeren.⁶⁴ Een toetsing aan de uitsluitingsgronden genoemd in artikel 45, leden 1 en 2, sub c, van richtlijn 2004/18 (ernstige beroepsfouten of valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen met het oog op kwalitatieve selectie) zou tot gevolg kunnen hebben dat er slechts één inschrijver overblijft. In een dergelijk geval beschikt de aanbestedende dienst over de mogelijkheid om om deze reden de aanbesteding in te trekken. Een dergelijk intrekingsbesluit moet uiteraard nuttig toetsbaar zijn (lees: kunnen worden aangevochten) aan de relevante voorschriften van het Unierecht.⁶⁵

4. Rechtsbescherming

4.1. Beroepstermijn na nieuwe beschikking

- HvJ (Vijfde kamer), 8 mei 2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl, Giovanni Putignano e figli srl, Cogeir srl, Splendor Sud srl, Sceap srl t/ Acquedotto Pugliese SpA*

Het arrest-*Idrodinamica* heeft betrekking op de rechtsbescherming voor de inschrijver aan wie niet werd gegund. Krachtens de wijzigingen van richtlijn 92/13 die bij richtlijn 2007/66 en artikel 49 van richtlijn 2004/17 zijn ingevoerd, beschikt de inschrijver reeds over het recht om gedetailleerde informatie te verkrijgen over de gunning en de motivering hierachter.⁶⁶ Het Hof gaat in onderhavig arrest op twee punten verder. Het rechtszekerheidsbeginsel vergt dat de aldus verkregen informatie en de informatie die verkregen had kunnen worden, na verstrijken van de in het nationale recht neergelegde termijn niet meer als grondslag voor de instelling van beroep door de inschrijver kunnen dienen.

Doeltreffende beroepen kunnen tegen schendingen van de toepasselijke bepalingen voor het plaatsen van overheidsopdrachten slechts worden gewaarborgd indien de termijnen voor het instellen van die beroepen pas beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van die bepalingen.

Een beslissing tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan een opdracht wordt gegund, houdt een wezenlijke wijziging in ten opzichte van de gunningsbeslissing.⁶⁷ Bijgevolg dient

62 HvJ 18 juni 2002, C-92/00, *Hi*, punt 41.

63 HvJ 11 december 2014, C-440/13, *Croce Amica One Italia Srl*, punt 31.

64 HvJ 11 december 2014, C-440/13, *Croce Amica One Italia Srl*, punt 35.

65 HvJ 11 december 2014, C-440/13, *Croce Amica One Italia Srl*, punt 34.

66 HvJ 8 mei 2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl*, punt 34.

67 HvJ 8 mei 2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl*, punt 39.

een beroepstermijn tot nietigverklaring tegen een gunningsbeslissing opnieuw aan te vangen na dergelijke beschikking. Het concept "wezenlijke wijziging" is uitgebreid toegelicht in het kader van het arrest-Pressetext, waarin het Hof vaststelde dat een wijziging van de bepalingen van een overeenkomst tijdens de uitvoering ervan, een nieuwe plaatsing vereist, indien die wijziging wezenlijk is ten opzichte van de oorspronkelijke overeenkomst.⁶⁸ Het begrip krijgt in onderhavige context een ietwat andere invulling. De wijziging doet zich immers voor tijdens de gunningsfase. Het Hof werd in deze enkel vragen gesteld over de termijn voor het instellen van een beroep in een dergelijk geval. Op deze vragen heeft het Hof geantwoord dat in een dergelijke situatie minstens een nieuwe beroepstermijn moet beginnen lopen na de wezenlijk wijzigende beslissing.

4.2. Bevoegdheid rechter

- HvJ (Vijfde kamer), 11 december 2014, C-440/13, Croce Amica One Italia Srl t/ Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)

Artikel 1, lid 1, derde alinea van richtlijn 89/665/EEG voorziet in een doeltreffend beroep tegen aanbestedende diensten, op grond van het feit dat het Unierecht inzake overheidsopdrachten of nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden is.⁶⁹ De rechtmatigheidstoets die voorzien is, mag niet worden beperkt tot het onderzoek of de besluiten van de aanbestedende dienst arbitrair zijn.⁷⁰ De nationale wetgever kan overigens aan de bevoegde nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid verlenen een opportuniteitstoetsing te verrichten.

4.3. Uitzondering op onverbindendverklaring

- HvJ (Vijfde kamer), 11 september 2014, C-19/13, Ministero dell'Interno t/ Fastweb SpA⁷¹

Het Hof wordt gevraagd zich uit te spreken over de draagwijdte van de uitzonderingen op de onverbindendverklaring als rechtsmiddel. De betwiste kwestie betreft een overeenkomst die zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht is gegund, terwijl de overeenkomst niet aan de voorwaarden voor een dergelijke procedure voldeed. De gunning had met andere woorden moeten worden aangekondigd en bekendgemaakt. De aanbestedende dienst had wel een aankondiging bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van de sluiting van de overeenkomst. Tussen de

68 HvJ 19 juni 2008, C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH. Zie hieromtrent verder: K. Wauters en K. Man, "De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsvereenkomsten. Een Europees sausje?", *CDPK* 2010, 142-158; A. Brown, "When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at last in Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)", *Public Procurement Law Review* 2008, 253-267.

69 HvJ 18 juni 2002, C-92/00, Hi, punt 41.

70 HvJ 11 december 2014, C-440/13, Croce Amica One Italia Srl, punt 43.

71 Zie verder: S. Maeyaert, "Europees rechtsbeschermingscompromis inzake overheidsopdrachten begrenst vrijheid nationale rechter", *T.Aann.* 2014, nr. 4, 440.

bekendmaking en de sluiting van de overeenkomst zal een termijn van tien dagen. Het Hof spreekt zich enerzijds uit over het toepassingsgebied van artikel 2quinquies, lid 4 van richtlijn 89/665, en toetst anderzijds dit artikel aan artikel 47 van het Handvest.

4.3.1. *Draagwijdte*

Het Hof brengt in de eerste plaats in herinnering dat de bepalingen van richtlijn 89/665 de bestaande voorzieningen trachten te versterken, door in een stadium waarin eventuele schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt, hiertoe de nodige middelen te verschaffen.^{72, 73}

Het Hof is van oordeel dat artikel 2quinquies, lid 1, sub a), van richtlijn 89/665, de regel vaststelt: de overeenkomst wordt onverbindend verklaard als de aanbestedende dienst een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat dit op grond van richtlijn 2004/18 is toegestaan. In artikel 2quinquies, lid 4 van voormelde richtlijn staat de uitzondering op deze regel. Een dergelijke uitzondering moet strikt worden uitgelegd, maar niet zodanig strikt dat de uitzondering geen effect meer sorteert.^{74, 75}

De uitzondering uit artikel 2quinquies, lid 4, omvat drie voorwaarden die cumulatief moeten zijn vervuld om de uitzondering toegepast te zien.⁷⁶ De eerste voorwaarde houdt dat de aanbestedende dienst van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie op grond van richtlijn 2004/18 is toegestaan. De tweede voorwaarde houdt dat de in artikel 3bis bedoelde aankondiging van het voornemen om tot sluiting van de overeenkomst wel is bekendgemaakt. Deze aankondiging moet een rechtvaardiging bevatten van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht. Deze rechtvaardiging moet duidelijk en ondubbelzinnig de redenen weergeven waarom de aanbestedende dienst van mening is de opdracht te kunnen gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht. Deze rechtvaardiging moet ook aan de belanghebbenden toelaten het nut in te schatten van een zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie.⁷⁷ Het vervuld zijn van de voorwaarden moet worden beoordeeld door een beroepsinstantie.⁷⁸

Het Hof besluit dat artikel 2quinquies, lid 4 van richtlijn 89/665 uitsluit dat een overeenkomst, gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankon-

72 HvJ 24 juni 2002, C-212/02, Commissie / Oostenrijk, punt 20.

73 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 34.

74 HvJ 10 juni 2010, C-86/09, Future Health Technologies, punt 30.

75 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 40.

76 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 45.

77 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 48.

78 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 50.

diging hoewel dat niet was toegestaan op grond van richtlijn 2004/18, onverbindend wordt verklaard, mits de drie voorwaarden zijn voldaan.

4.3.2. *Recht op doeltreffende voorziening in rechte*

Het Hof toetst in het arrest-*Fastweb* tevens de verenigbaarheid van de uitzondering op de onverbindendverklaring, voorzien in artikel 2quinquies, lid 4 van richtlijn 89/665, met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

Het Hof stelt dat de opschortende termijn van tien dagen, voorzien door artikel 2quinquies, lid 4, aan belanghebbenden de gelegenheid verschaft om de gunning van een opdracht in rechte te betwisten voordat deze wordt gesloten. Gelet op de verplichte openbaarmaking is hier volgens het Hof wel degelijk een effectieve rechtsbescherming.⁷⁹ Het Hof voegt daaraan toe dat ondernemingen die schade zouden hebben geleden ook na de termijn van tien kalenderdagen nog een vordering tot schadevergoeding kunnen indienen.⁸⁰

Volgens het Hof strijdt het betrokken artikel dan ook niet met de bepalingen van artikel 47 van het Handvest.

Chronologische olijsting

- HvJ (Derde kamer), 30 april 2014, C-390/12, Robert Pflieger, Autoart as, Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner
- HvJ (Vijfde kamer), 8 mei 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH t/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH
- HvJ (Vijfde kamer), 8 mei 2014, C-161/13, Idrodinamica Spurgo Velox srl, Giovanni Putignano e figli srl, Cogear srl, Splendor Sud srl, Sceap srl t/ Acquedotto Pugliese SpA
- HvJ (Vijfde kamer), 19 juni 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) t/ Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda
- HvJ (Tweede kamer), 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA t/ Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari
- HvJ (Tiende kamer), 10 juli 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavoì Pubblici t/ Comune di Milano
- HvJ (Vijfde kamer), 11 september 2014, C-19/13, Ministero dell'Interno t/ Fastweb SpA

79 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 61.

80 HvJ 11 september 2014, C-19/13, Fastweb SpA, punt 62.

- HvJ (Negende kamer), 18 september 2014, C-549/13, Bundesdruckerei GmbH t/ Stadt Dortmund
- HvJ (Achtste kamer), 9 oktober 2014, C-641/13, Koninkrijk Spanje t/ Europese Commissie
- HvJ (Tiende kamer), 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA t/ CEM Ambiente SpA
- HvJ (Vijfde kamer), 11 december 2014, C-113/13, Azienda sanitaria locale nr. 5 "Spezzino", Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) – Comitato regionale Liguria, Regione Liguria t/ San Lorenzo Soc.coop.sociale, Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus
- HvJ (Vijfde kamer), 11 december 2014, C-440/13, Croce Amica One Italia Srl t/ Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)
- HvJ (Vijfde kamer), 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze t/ Data Medical Service Srl
- HvJ (Tiende kamer), 18 december 2014, C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt t/ Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság