

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

HvJ (6^e k.), 13 juli 2017, C-35/17,
*Saferoad Grawil sp. z o.o. en Saferoad Kabex sp. z o.o. t. Generalna Dyrekcja Dróg
Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*

C.J.U.E. (6^e ch.), 13 juillet, C-35/17,
*Saferoad Grawil sp. z o.o. en Saferoad Kabex sp. z o.o. t. Generalna Dyrekcja Dróg
Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*

*Beginselen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten – Gelijke behandeling
van de inschrijvers – Geldigheidsduur van de inschrijving en van de borgstel-
ling – Verlenging niet uitdrukkelijk vermeld – Uitgesloten van de opdracht*

*Principes de passation des marchés – Égalité de traitement des soumission-
naires – Durée de validité de la soumission et de la caution – Prorogation non
explicitement prévue – Exclusion du marché*

Le principe d'égalité de traitement impose que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et le principe implique donc que ces offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires. D'autre part, l'obligation de transparence, qui en constitue le corollaire, a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Cette obligation implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

Les principes de transparence et d'égalité de traitement, qui régissent toutes les procédures de passation de marchés publics, exigent que les conditions de fond et de procédure concernant la participation à un marché soient clairement définies au préalable et rendues publiques, en particulier les obligations pesant sur les soumissionnaires, afin que ceux-ci puissent connaître exactement les contraintes de la

procédure et être assurés du fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents.

En outre, la directive 2004/18 prévoit, au point 17 de son annexe VII A, portant sur les informations qui doivent figurer dans les avis pour les marchés publics, dans sa partie relative aux « [a]vis de marchés », que les « [c]ritères de sélection concernant la situation personnelle des opérateurs économiques qui peuvent entraîner l'exclusion de ces derniers » de la procédure de passation du marché en cause doivent être énoncés dans l'avis de marché. Ainsi, en vertu de l'article 2 de la directive 2004/18, il incombe à un pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés.

Par ailleurs, une condition relative à l'expiration du délai de validité d'une offre dans le cadre d'une procédure de marché public qui découlerait de l'interprétation jurisprudentielle du droit national et de la pratique d'une autorité est particulièrement préjudiciable pour les soumissionnaires établis dans d'autres États membres, dans la mesure où leur niveau de connaissance du droit national et de son interprétation ainsi que de la pratique des autorités nationales ne peut être comparé à celui des soumissionnaires nationaux.

Il ressort de la décision de renvoi que, dans l'affaire au principal, l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure, en raison de l'expiration



du délai de validité de son offre, n'est pas explicitement prévue par la loi applicable ni dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Ainsi que le souligne la juridiction de renvoi, malgré plusieurs années de contentieux relatif à la loi sur les marchés publics et, notamment, à la question de l'expiration du délai de validité de l'offre, la jurisprudence polonaise a développé deux analyses différentes en parallèle, entraînant ainsi une situation d'insécurité juridique tant pour les opérateurs économiques que pour les pouvoirs adjudicateurs.

Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché

public à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation qui résulte non pas expressément des documents afférents à cette procédure ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation de cette loi et de ces documents ainsi que du comblement des lacunes, de la part des autorités ou des juridictions administratives nationales, présentées par lesdits documents.

A fortiori, ces principes s'opposent à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public, lorsque, en raison d'une jurisprudence nationale divergente, la condition dont le respect est exigé ne ressort même pas de l'interprétation des règles pertinentes par les juridictions compétentes.

**HvJ (2^e kamer), 13 juli 2017, C-76/16,
*Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. t. Úrad pre verejné obstarávanie***

**C.J.U.E. (2^e ch.), 13 juillet 2017, C-76/16,
*Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. t. Úrad pre verejné obstarávanie***

Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 47, leden 1, 4 en 5 – Economische en financiële draagkracht van de inschrijver – Richtlijnen 89/665/EEG en 2007/66/EG – Beroep in rechte tegen een besluit om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte

Directive 2004/18/CE – Article 47, paragraphes 1, 4 et 5 – Capacité économique et financière du soumissionnaire – Directives 89/665/CEE et 2007/66/CE – Recours juridictionnel contre une décision d'exclusion d'un soumissionnaire d'une procédure d'appel d'offres – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 47 – Droit à un recours effectif

In het kader van een overheidsopdracht voor de renovatie, modernisering en verbouwing van zestienvoetbalstadions ontstond een discussie inzake de economische en financiële draagkracht die in de aankondiging van de opdracht werd verlangd van de inschrijvers.

Meer concreet dienden de inschrijvers bij hun inschrijving een verklaring toe te voegen. Deze verklaring diende te gebeuren in de vorm van een kredietovereenkomst of krediettoezegging uitgaande van Slowaakse banken of van Slowaakse filialen van buitenlandse banken en dit inzake de toekenning van een lening van minimum 3 miljoen EUR. De inschrijvers moesten gedurende de hele uitvoeringstijd van de opdracht kunnen beschikken over dit bedrag.

In voormeld arrest brengt het Hof in de eerste plaats in herinnering dat de aanbestedende diensten zelf de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheid moeten kunnen vaststellen en dat deze moeten worden vermeld in de aankondiging

van de opdracht. Tevens dienen de aanbestedende diensten aan te geven in de aankondiging welke referenties zij verlangen, alsook andere bewijsstukken diengaangende.

Vervolgens herhaalt het Hof dat het systeem voor de financiële en economische draagkracht niet gesloten is zoals inzake de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Het is dus niet zo dat de aanbestedende overheden slechts over beperkte beoordelings- en controlemethoden beschikken. Het staat de aanbestedende overheden daarentegen net vrij om de bewijsstukken te kiezen die inschrijvers dienen over te maken. Eenzelfde keuzevrijheid geldt inzake de minimumeisen voor deze draagkracht.

Voormelde keuzevrijheid inzake de minimumeisen is volgens het Hof evenwel niet onbegrensd. De minimumeisen moeten enerzijds verband houden met de opdracht en moeten anderzijds in verhouding staan met het voorwerp van de opdracht. Met andere woorden, de minimumeisen moeten



objectief geschikt zijn om informatie te bieden omtrent de draagkracht van de inschrijvers en dienen tevens niet verder te gaan dan hetgeen daartoe redelijkerwijze noodzakelijk is.

Het Hof van Justitie past vervolgens voormelde principes toe op het concrete geval waarmee zij werd gevat. Het Hof oordeelde dat een vereiste dat een lening wordt verkregen die bestemd is voor de uitvoering van de opdracht objectief geschikt is voor het bieden van informatie over de economische draagkracht van de inschrijver om de opdracht met succes uit te voeren.

Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of een aanbestedende overheid van een inschrijver kan vereisen dat de noodzakelijke middelen voor de uitvoering van de opdracht gedurende de gehele uitvoeringstermijn van de opdracht beschikbaar zijn. Het Hof antwoordt hierop positief. De controle inzake de financiële en economische draagkracht van een inschrijver hebben immers tot doel zekerheid te krijgen dat de inschrijver gedurende de

uitvoering van de opdracht gebruik kan maken van de soorten middelen waarover hij stelt de beschikken.

Tenslotte gaat het Hof in op de vraag of een inschrijver middels andere bewijsmiddelen zijn draagkracht mag aantonen indien zij de gevraagde referenties niet zou kunnen voorleggen.

Het Hof verwijst daarbij naar artikel 47, lid 5 van de richtlijn 2004/18 en stelt dat inschrijvers, wanneer zij om gegronde redenen de gevraagde referenties niet kunnen voorleggen, de mogelijkheid hebben om met andere bewijsmiddelen hun draagkracht aan te tonen. Er is sprake van "gegronde redenen" wanneer de gevraagde referenties objectief onmogelijk bij te brengen zijn door de inschrijver. Dit betreft een feitelijke beoordeling. Deze mogelijkheid neemt evenwel niet weg dat het steeds aan de aanbestedende overheid toekomt om de geschiktheid van deze bewijsmiddelen te beoordelen.

**HvJ (9^e k.), 13 juli 2017, C-701/15,
*Malpensa Logistica Europa SpA t. Società Esercizi Aeroportuali SpA (SEA)***

**C.J.U.E. (9^e ch.), 13 juillet 2017, C-701/15,
*Malpensa Logistica Europa SpA t. Società Esercizi Aeroportuali SpA (SEA)***

Vervoer – Begrip “exploitatie van een geografisch gebied met het oogmerk op de terbeschikkingstelling aan luchtvervoerders van luchthaven- of andere aanlandingsfaciliteiten” – Richtlijnen 2004/17/EG en 96/67/EG – Nationale regeling die niet voorziet in een aanbestedingsprocedure voorafgaand aan de toewijzing van ruimten op luchthavens

Transports – Notion d’« exploitation d’une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d’autres terminaux de transport » – Directives 2004/17/CE et 96/67/CE – Réglementation nationale ne prévoyant pas de procédure préalable d’appel d’offres pour l’attribution d’espaces aéroportuaires

Als beheersorgaan van de luchthaven Milaan-Malpensa heeft SEA aan Beta-Trans SpA op die luchthaven een magazijn met een oppervlakte van ongeveer 1 000 m² toegewezen teneinde haar in staat te stellen daar grondafhandelingsdiensten te verlenen. Volgens Malpensa Logistica Europa is die handeling onrechtmatig omdat zij is vastgesteld zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure.

In wezen wenst de nationale rechter te vernemen in welke mate voornoemde toewijzingsprocedure valt onder het materieel toepassingsgebied van Richtlijn 2004/17.

Overeenkomstig artikel 7 van richtlijn 2004/17 vallen onder de activiteiten waarop deze richtlijn van toepassing is, diegene die de exploitatie van

een geografisch gebied beogen met het oogmerk op de terbeschikkingstelling aan luchtvervoerders van luchthavenfaciliteiten. Evenwel dient te worden nagegaan of de overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde ruimte op de luchthaven binnen het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17 kan vallen.

De in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, zoals beschreven door de verwijzende rechter, kan niet worden gekwalificeerd als een “opdracht voor diensten”, gelet op het feit dat het beheersorgaan van de luchthaven Milaan-Malpensa geen dienst heeft verkregen die door de dienstverlener tegen betaling werd uitgevoerd.



Bovendien is het niet nodig om na te gaan of die overeenkomst als „concessie” kan worden aangemerkt, aangezien op grond van artikel 18 van richtlijn 2004/17 concessieovereenkomsten voor diensten met betrekking tot de exploitatie van een

geografisch gebied om luchthavens ter beschikking te stellen van luchtvervoerders, in ieder geval van het toepassingsgebied van deze richtlijn zijn uitgesloten.

**HvJ (1^{re} kamer), 14 september 2017, C-223/16,
Casertana Costruzioni Srl t. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti
– Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,
Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.**

**C.J.U.E. (1^{re} ch.), 14 septembre 2017, C-223/16,
Casertana Costruzioni Srl t. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti
– Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,
Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.**

Inschrijver die zich beroept op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de vereisten van de aanbestedende dienst – Verlies door die entiteiten van de vereiste draagkracht – Nationale wettelijke regeling die voorziet in de uitsluiting van de inschrijver van de aanbesteding en in de gunning van de opdracht aan een concurrent

Soumissionnaire faisant valoir les capacités d'autres entités pour satisfaire aux exigences du pouvoir adjudicateur – Perte par ces entités des capacités requises – Réglementation nationale prévoyant l'exclusion du soumissionnaire de l'appel d'offres et l'attribution du marché à un concurrent

In onderhavige zaak had het bestuur een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van de planning van de uitvoering, de veiligheidscoördinatie in de ontwerpfase en de uitvoering van de werken voor een specifiek project.

Het bestek bepaalde dat om te kunnen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure een attest van een welbepaalde certificeringsinstelling vereist was betreffende de kwalificaties om tot bepaalde categorieën behorende werkzaamheden te kunnen verrichten.

Eén van de inschrijvers op de aanbesteding was een tijdelijke combinatie van ondernemingen in oprichting waarbij één onderneming de leiding had over deze combinatie en beroep deed, voor wat betreft de vereiste kwalificaties, op die van twee nevenondernemingen.

Welnu, tijdens de procedure doch na afloop van de fase van toelating verliest de nevenonderneming de vereiste kwalificatie.

Het Hof van Justitie werd gevat met de vraag of een wettelijke regelgeving mag uitsluiten dat een ondernemer een nevenonderneming kan vervangen die na indiening van zijn inschrijving de vereiste kwalificaties verliest met als gevolg dat de onderneming automatisch wordt uitgesloten.

In de eerste plaats brengt het Hof het recht van een ondernemer om zich voor een

overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van een derde in herinnering, waarbij zij opmerkt dat dit recht onder de richtlijn 2014/24 ingrijpend gewijzigd wordt. Deze wijziging ligt volgens het Hof niet in het verlengde van de regeling onder richtlijn 2004/18 maar voegt daarentegen nieuwe voorwaarden toe.

Het Hof brengt de artikelen 47, lid 2 en 48, lid 3 van de richtlijn 2004/18 in herinnering. Iedere onderneming heeft het recht om zich, in het kader van een bepaalde overheidsopdracht, te beroepen op de draagkracht of bekwaamheden van een andere entiteit waarbij de aard van zijn banden met die welbepaalde entiteit irrelevant is. Dit kan op voorwaarde dat de inschrijver aantoont dat hij effectief kan beschikken over de middelen van die entiteit en welke noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

Dit principe ligt in lijn met zowel de doelstelling om overheidsopdrachten te onderwerpen aan een zo groot mogelijke mededinging als de doelstelling om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot aanbestedingen te vergemakkelijken.

Wat betreft de concrete vraag of een derde onderneming, horende tot een combinatie, kan worden vervangen wanneer deze een op straffe van uitsluiting vereiste kwalificatie heeft verloren, is het



Hof van oordeel dat deze vervanging omwille van meerdere redenen niet toegelaten kan zijn.

Een dergelijke vervanging vormt volgens het Hof een substantiële wijziging van de inschrijving en de identiteit van de combinatie. Deze vervanging zou als gevolg hebben volgens het Hof dat de aanbestedende dienst verplicht wordt om een nieuwe controle uit te voeren en dit zou *in casu* een competitief voordeel opleveren in hoofde van de combinatie gezien deze zou kunnen trachten om diens inschrijving te optimaliseren. Voormelde brengt het Hof

ertoe te concluderen dat dergelijke situatie strijdig is met het beginsel van de gelijke behandeling en tevens een verstoring van de gezonde en effectieve concurrentie tussen deelnemende ondernemingen zou vormen.

Ten slotte volgt het Hof het argument van overmacht niet gezien de onderneming die optreedt als leider van de combinatie verantwoordelijk blijft voor het voldoen van alle ondernemingen aan de verplichtingen en voorwaarden van de aanbesteding.

**HvJ (4^e k.), 5 oktober 2017, C-567/15,
“LitSpecMet” UAB t. “Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB**

**C.J.U.E. (4^e ch.), 5 octobre 2017, C-567/15,
« LitSpecMet » UAB t. « Vilniaus lokomotyvų remonto depas » UAB**

Begrip “aanbestedende dienst” – Vennootschap waarvan het kapitaal in handen is van een aanbestedende dienst – Inhoustransacties

Notion de « pouvoir adjudicateur » – Société dont le capital est détenu par un pouvoir adjudicateur – Opérations internes au groupe

Een Litouwse aanbestedende overheid (het Litouws spoorbedrijf) richtte een handelsvennootschap op, die zich bezighoudt met de fabricatie en het onderhoud van elektrische locomotieven, wagons en motorwagons voor het Litouws spoorbedrijf.

In het raam van een betwisting tussen beide partijen rees de vraag in welke mate de handelsvennootschap al dan niet een aanbestedende dienst is in de zin van richtlijn 2004/18. Meer specifiek dient het Hof een uitleg te geven over het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’.

Volgens artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a) tot en met c), van richtlijn 2004/18 wordt als een “publiekrechtelijke instelling” beschouwd iedere instelling die 1) is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, 2) rechtspersoonlijkheid bezit, en waarvan 3) ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn de in dat artikel gestelde voorwaarden cumulatief, zodat een instelling niet als een “publiekrechtelijke instelling” kan worden beschouwd en dus ook niet als

een “aanbestedende dienst” in de zin van richtlijn 2004/18, wanneer één van die voorwaarden niet is vervuld.

In het licht van de doelstellingen van de richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, die erin bestaan zowel het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, als de mogelijkheid dat een door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde entiteit zich door andere dan economische overwegingen laat leiden, moet het begrip “aanbestedende dienst”, het begrip “publiekrechtelijke instelling” daaronder begrepen, functioneel en ruim worden uitgelegd.

Volgens het Hof van Justitie lijkt de Litouwse handelsvennootschap te voldoen aan de voorwaarden van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder b) en c), van richtlijn 2004/18. Het is immers onbetwist dat zij rechtspersoonlijkheid heeft. Voorts heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat zij een volle dochteronderneming is van het Litouws spoorwegbedrijf en dat zij onderworpen is aan “toezicht” door dit laatste. Bijgevolg moet enkel worden onderzocht of de handelsvennootschap een instelling is die “is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn” in de zin van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18.



Blijkens de bewoordingen van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18 moet aan het daarin gestelde vereiste worden voldaan door de entiteit waarvan de kwalificatie wordt onderzocht en niet door een andere entiteit, ook al is deze laatste de moedermaatschappij van de eerste, die goederen levert aan of diensten verricht voor de moedermaatschappij. Een onderneming kan dus niet reeds zelf als een aanbestedende dienst worden beschouwd omdat zij door een aanbestedende dienst is opgericht of omdat haar activiteiten worden gefinancierd met financiële middelen afkomstig uit de door een aanbestedende dienst verrichte activiteiten.

Blijkens de bewoordingen van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18 moet aan het daarin gestelde vereiste worden voldaan door de entiteit waarvan de kwalificatie wordt onderzocht en niet door een andere entiteit, ook al is deze laatste de moedermaatschappij van de eerste, die goederen levert aan of diensten verricht voor de moedermaatschappij. Een onderneming kan dus niet reeds zelf als een aanbestedende dienst worden beschouwd omdat zij door een aanbestedende dienst is opgericht of omdat haar activiteiten worden gefinancierd met financiële middelen afkomstig uit de door een aanbestedende dienst verrichte activiteiten.

Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat het gebruik van de term "specifieke" wijst op de wens van de Uniewetgever om alleen dan entiteiten aan de strenge voorschriften op het gebied van overheidsopdrachten te onderwerpen wanneer zij zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en hun activiteit concreet in dergelijke behoeften voorziet. Bijgevolg moet eerst worden nagegaan of de Litouwse handelsvennootschap is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang en of haar activiteiten werkelijk in dergelijke behoeften voorzien en, als dat het geval is, moet vervolgens worden uitgemaakt of die behoeften al dan niet van industriële of commerciële aard zijn.

De Litouwse handelsvennootschap is, volgens het Hof van Justitie, kennelijk opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van haar moedermaatschappij aangezien de behoeften met de vervulling waarvan zij is belast een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de uitoefening door die moedermaatschappij van haar activiteiten van algemeen belang. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter na te gaan of dat zo is.

Het is niet van belang dat de betrokken entiteit naast de activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang ook activiteiten met een winstoogmerk verricht op een concurrerende markt. Dat de Litouwse handelsvennootschap niet alleen activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verricht middels inhousetransacties met het Litouws spoorwegbedrijf, zodat dit laatste zijn vervoersactiviteiten kan uitoefenen, maar ook andere activiteiten, waarmee zij winst nastreeft, is in dat verband dus irrelevant.

In het kader van de beoordeling of een instelling valt onder het begrip "publiekrechtelijke instelling" in de zin van artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder a), van richtlijn 2004/18, is het voorts noodzakelijk dat die instelling voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.

Bij de beoordeling van die aard moet worden gelet op alle relevante elementen rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij de activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verricht, met inbegrip van met name het feit dat er geen concurrentie is op de markt, dat de instelling geen winstoogmerk heeft, dat de met die activiteiten verbonden risico's niet door haar worden gedragen alsook dat de betrokken activiteiten eventueel met openbare middelen wordt gefinancierd.

Het is weinig waarschijnlijk, wat activiteiten betreft die beogen te voorzien in behoeften van algemeen belang, dat de behoeften waarin de betrokken instelling wil voorzien van andere dan industriële of commerciële aard zijn indien zij onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteiten verbonden verliezen draagt. Een sterke concurrentie wettigt op zich evenwel niet de conclusie dat er geen sprake is van een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.

In die omstandigheden is het de taak van de verwijzende rechter om op basis van alle juridische en feitelijke elementen van het geval na te gaan of de Litouwse handelsvennootschap ten tijde van de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht haar activiteiten ter vervulling van behoeften van algemeen belang verrichtte in een situatie van concurrentie, en met name of de Litouwse vennootschap zich in de concrete omstandigheden kon laten leiden door andere dan economische overwegingen.



HvJ (achtste kamer), 6 december 2017, C-408/16,
*Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA t. Ministerul
Fondurilor Europene – Directia Generala Managementul Fondurilor Externe*

C.J.U.E. (8^e ch.), 6 décembre 2017, C-408/16,
*Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA t. Ministerul
Fondurilor Europene – Directia Generala Managementul Fondurilor Externe*

Verordening (EG) nr. 1083/2006 – Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, Europees Sociaal Fonds en Cohesiefonds – Contract inzake de financiering van de bouw van een autosnelweg, met de Europese Investeringsbank gesloten vóór de toetreding van de lidstaat tot de Europese Unie – Begrip onregelmatigheid in de zin van verordening nr. 1083/2006

Règlement (CE) n° 1083/2006 – Fonds européen de développement régional, Fonds social européen et Fonds de cohésion – Contrat de financement de la construction d'une autoroute conclu avec la Banque européenne d'investissement avant l'adhésion de l'État membre à l'Union européenne – Notion d'« irrégularité » au sens du règlement n° 1083/2006

In de punt 1.2. behandelde zaak rees ook een vraag naar de toepasselijkheid *ratione temporis* van een richtlijn.

Uit artikel 2 van het Toetredingsprotocol gesloten door Roemenië volgt dat door de instellingen van de Unie vóór deze toetreding genomen besluiten vanaf de datum van die toetreding verbindend zijn voor Roemenië en in deze staat van toepassing zijn onder de voorwaarden waarin de verdragen en dit protocol voorzien. Dienaangaande volgt uit artikel 53, lid 1, van dit protocol dat Roemenië de maatregelen in werking doet treden die nodig zijn om vanaf het tijdstip van zijn toetreding tot de Unie uitvoering te geven aan de richtlijnen die voor elke lidstaat van bestemming verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties de bevoegdheid laten vorm en middelen te kiezen, tenzij in dit protocol een andere termijn is vastgesteld.

Vast staat echter dat niet is voorzien in een dergelijke termijn voor de omzetting van richtlijn 2004/18 in nationaal recht. Roemenië diende deze richtlijn dus te volgen vanaf datum van zijn toetreding tot de Unie, overeenkomstig het beginsel van onmiddellijke en volledige toepassing van het Unierecht op de nieuwe lidstaten. Bijgevolg dient te worden nagegaan of richtlijn 2004/18 wel van toepassing is op een procedure van plaatsing van overheidsopdrachten voor werken als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

Dienaangaande is het vaste rechtspraak dat de op een overheidsopdracht 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 een verplichting bestaat om voor de gunning van

deze opdracht een voorafgaande oproep tot mededinging te doen.

Geoordeeld dient te worden dat wanneer in een procedure van plaatsing van een opdracht een aankondiging van opdracht wordt bekendgemaakt, de datum van deze bekendmaking het tijdstip is waarop de aanbestedende dienst definitief uitmaakt of voor de gunning van de opdracht een voorafgaande oproep tot mededinging moet worden gedaan. Deze datum is dus bepalend voor het beoordelen van de rechtmatigheid van de voorwaarden betreffende een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht.

Het Hof werd gevat in het kader van een project voor de bouw van een autosnelweg waaromtrent een financieringscontract op 23 december 2003 werd afgesloten tussen Roemenië, de Europese Investeringsbank en de aanbestedende dienst. Inzake de aankoop van goederen, diensten en uitvoering van werken golden de procedures van de Europese Investeringsbank (gids van de EIB). In het kader van voormeld project werd een overheidsopdracht voor werken voor de bouw van de autosnelweg uitgeschreven. De opdracht werd bekendgemaakt op 17 juli 2007 en werd gegund op 15 december 2008.

Het Hof werd onder meer gevat met de vraag of het een lidstaat toegestaan is om, na zijn toetreding tot de Europese Unie, de Richtlijn inzake overheidsopdrachten niet toe te passen wanneer deze lidstaat voorafgaandelijk aan de toetreding een financieringsovereenkomst heeft afgesloten met de EIB op grond waarvan de opdrachten dienen te worden geplaatst op basis van de regels uitgetekend door de EIB (gids van de EIB), de welke bovendien restrictiever zouden zijn.



In de eerste plaats stelt het Hof van Justitie dat artikel 15, c van de richtlijn 2004/18 uitdrukkelijk bepaalt dat de Richtlijn geen toepassing kent voor overheidsopdrachten waarvoor specifieke procedureregels van een internationale organisatie gelden. Voormeld artikel vormt volgens het Hof een uitzondering op de materiële werkingssfeer van de richtlijn en men dient deze uitzondering strikt uit te leggen.

De vraag is zodoende volgens het Hof of procedurevoorschriften van de gids van de EIB *in casu* nog gelden als specifieke procedurevoorschriften van een internationale organisatie na de toetreding van Roemenië tot de EU. Het Hof is van oordeel dat dit niet het geval is gezien de opdracht bekend

werd gemaakt na de toetreding van Roemenië tot de Unie zodat gelet op die omstandigheid de procedure die werd toegepast niet meer kan ressorteren onder het begrip specifieke procedurevoorschriften van een internationale organisatie in de zin van artikel 15, c van de richtlijn 2004/18. Het Hof besluit dan ook dat Roemenië zich na de toetredingsdatum niet meer kan beroepen op de uitzondering in artikel 15, c van de richtlijn 2004/18.

Ook het gegeven dat de criteria uit de gids van de EIB restrictiever zijn dan dewelke opgenomen in richtlijn 2004/18, kan er niet toe leiden volgens het Hof dat deze procedure geacht wordt volledig in overeenstemming met het Unierecht te zijn gevoerd.

HvJ (4^e k.), 20 december 2017, C-178/16,
Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA t. Provincia autonoma di Bolzano, ACP, ANAC

C.J.U.E. (4^e ch.), 20 décembre 2017, C-178/16,
Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA t. Provincia autonoma di Bolzano, ACP, ANAC

Voorwaarden voor uitsluiting van deelneming aan de overheidsopdracht – Verklaring inzake het ontbreken van onherroepelijke vonnissen houdende veroordeling van de voormalige bestuurders van de inschrijvende vennootschap – Strafbbaar gedrag van een voormalige bestuurder – Strafrechtelijke veroordeling – Volledige en daadwerkelijke distantiëring tussen de inschrijvende onderneming en die bestuurder – Bewijs – Beoordeling door de aanbestedende dienst van de eisen betreffende die verplichting

Conditions d'exclusion de la participation au marché public – Déclaration relative à l'absence de jugements définitifs de condamnation des anciens administrateurs de la société soumissionnaire – Comportement délictueux d'un ancien administrateur – Condamnation pénale – Dissociation complète et effective entre l'entreprise soumissionnaire et cet administrateur – Preuve – Appréciation par l'entité adjudicatrice des exigences relatives à cette obligation

In onderhavige zaak werd het Hof gevat in het kader van een vraag over de toepassing van een facultatieve uitsluitingsgrond.

Een aanbestedende dienst had een onderneming uitgesloten, omdat zij had nagelaten om een nog niet onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling van een bestuurder voor een strafbaar feit welke inging tegen de beroepsgedragsregels van de onderneming te melden. Deze bestuurde had weliswaar zijn functies neergelegd in het jaar voorafgaandelijk aan de aankondiging van de opdracht. Vraag rees of dergelijke uitsluiting niet inging tegen de Europese regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Wat betreft de facultatieve uitsluitingsgronden beschikken de lidstaten over de vrijheid om de voorwaarden voor de toepassing te bepalen, uiteraard met eerbied voor het Unierecht. De richtlijn voorziet

voor wat betreft deze uitsluitingsgronden niet in een uniforme toepassing. De lidstaten beschikken tevens over de autonomie om deze gronden al dan niet toe te passen waarbij zij in dat kader de criteria opgenomen in artikel 45, lid 2 van de richtlijn 2004/18 kunnen verlichten of versoepelen.

Het rechtsgeschil kaderde in de facultatieve uitsluitingsgrond opgenomen in artikel 45, lid 2, eerste alinea, c van de richtlijn 2004/18. Het betreft de situatie waarin een inschrijver strafrechtelijk veroordeeld werd middels een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde wegens een strafbaar feit welke in strijd is met zijn beroepsregels.

Het Hof diende onder meer uitspraak te doen omtrent de vraag of de gedragingen van een bestuurder of een directielid onder deze uitsluitingsgrond kunnen vallen.



In de eerste plaats stelt het Hof dat rechtspersonen handelen door tussenkomst van hun vertegenwoordigers zodat het met de beroepsgedragsregels strijdig gedrag van deze vertegenwoordigers een relevante factor kan zijn bij de beoordeling of de onderneming de beroepsgedragsregels respecteert. De lidstaten beschikken zodoende over de mogelijkheid om het gedrag van de bestuurders te beschouwen als een relevante factor om de integriteit van de inschrijvende onderneming te beoordelen. Het in rekening brengen van het gedrag van een bestuurder vormt volgens het Hof dan ook geen uitbreiding van het toepassingsgebied van de facultatieve uitsluitingsgrond opgenomen in artikel 45, lid 2, eerste alinea, c van de richtlijn 2004/18. Integendeel, het Hof is van oordeel dat het in rekening brengen van deze relevante factor, zijnde het gedrag van de bestuurder, net ertoe leidt dat aan de uitsluitingsgrond een nuttig effect wordt gegeven.

Vervolgens stelt het Hof dat het gegeven dat de betrokken bestuurder zijn functies had neergelegd een toepassing van de uitsluitingsgrond niet verhindert. Daarbij brengt het Hof in herinnering dat een uitsluitingsgrond betrekking heeft op het foutief handelen van een onderneming in het verleden, nl. vóór de aanbestedingsprocedure. De vraag hoe ver in het verleden kan worden teruggegaan dient te

worden beantwoord aan de hand van het evenredigheidsbeginsel en behoort tot de autonomie van de lidstaten. Specifiek voor wat betreft het rechtsgeschil dat voorlag oordeelde het Hof dat rekening houden met een foutief gedrag in de loop van het jaar voorafgaand aan de aanbesteding niet onevenredig is.

Tevens wordt het Hof gevat omtrent het vraagstuk inzake de distantiëring door de onderneming van het gedrag dat een strafbaar feit opleverde.

In dat kader brengt het Hof in herinnering dat lidstaten de mogelijkheid hebben om de toepassingsvoorwaarden voor facultatieve uitsluitingsgronden te verlichten alsook om deze gronden niet toe te passen in geval van distantiëring van de onderneming ten aanzien van het specifieke gedrag. Daarbij komt het aan de lidstaat toe om de voorwaarden van die distantiëring vast te leggen.

Een voorbeeld daarvan is het in kennisstellen van de aanbestedende overheid van een dergelijke veroordeling zoals voorkomt in het Italiaans recht. De inschrijver kan het bewijs van deze voorwaarden leveren met alle middelen. Indien evenwel de aanbestedende overheid oordeelt dat de distantiëring niet afdoende is, wordt zij verplicht om de uitsluitingsgrond toe te passen.

HvJ (1^{er} kamer), 20 december 2017, ~~C-178/16~~, *C-322/16*
**Global Starnet Ltd t. Ministero dell'Economia e delle Finanze en Amministrazione
Autonoma Monopoli di Stato**

C.J.U.E. (1^{er} ch.), 20 décembre 2017, C-178/16,
**Global Starnet Ltd t. Ministero dell'Economia e delle Finanze en Amministrazione
Autonoma Monopoli di Stato**

Vrij verrichten van diensten, vrijheid van vestiging, vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van onderneming – Beperkingen – Verlening van nieuwe concessies voor het beheer op afstand van kansspelen – Rechtszekerheidsbeginsel en beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen – Arrest van het grondwettelijk hof – Al dan niet een verplichting voor de nationale rechterlijke instantie om zich tot het Hof te wenden

Libre prestation des services, liberté d'établissement, libre circulation des capitaux et liberté d'entreprise – Restrictions – Attribution de nouvelles concessions pour la gestion à distance des jeux – Principes de sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime – Arrêt de la Cour constitutionnelle – Obligation ou non pour la juridiction nationale de saisir la Cour

Wanneer een nationale maatregel tegelijkertijd op meerdere fundamentele vrijheden betrekking heeft, onderzoekt het Hof de maatregel in beginsel slechts uit het oogpunt van één van deze vrijheden, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de andere vrijheden volledig ondergeschikt zijn aan die ene en daarmee kunnen worden verbonden.

Een regeling van een lidstaat, die de uitoefening van een economische activiteit onderwerpt aan de verkrijging van een concessie en die in verschillende gevallen van verval van de concessie voorziet, vormt een belemmering van de door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden. Wat de toepasselijkheid van de artikelen 34 en 35



VWEU betreft, dient eraan herinnerd dat de exploitatie van kansspel- of gokautomaten, ongeacht of zij kan worden gescheiden van de vervaardiging, de invoer en de verspreiding van deze automaten, niet onder de artikelen betreffende het vrije verkeer van goederen valt. Wat de toepasselijkheid van artikel 63 VWEU betreft, zijn de mogelijke beperkende gevolgen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voor het vrije verkeer van kapitaal en het vrije betalingsverkeer slechts onontkoombare consequenties van de mogelijke beperkingen van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden.

Als beperkingen van de vrijheid van vestiging en/of de vrijheid van dienstverrichting moeten worden beschouwd: alle maatregelen die de uitoefening van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

De kansspelregeling behoort tot de gebieden waarop er tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan. Bij het ontbreken van harmonisatie ter zake op het niveau van de Unie beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsbevoegdheid om te bepalen welk niveau van bescherming van de consument en de maatschappelijke orde zij het meest passend achten. De lidstaten zijn derhalve vrij om hun beleidsdoelstellingen op het gebied van kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen. De beperkingen die de lidstaten opleggen, moeten evenwel voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarden aan met name de rechtvaardiging ervan door dwingende redenen van algemeen belang en de evenredigheid ervan.

In casu was het doel van de aan de orde zijnde nationale bepalingen, blijkens de bewoordingen van die bepalingen, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 43 van zijn conclusie, de verbetering van de winstgevendheid en de solventie van de concessiehouders en de verhoging van hun aanzien en betrouwbaarheid, en bestrijding van de criminaliteit. Rekening houdend met het bijzondere karakter van de aan kansspelen verbonden situatie, kunnen dergelijke doelstellingen dwingende redenen van algemeen belang vormen die een beperking van de fundamentele vrijheden zoals aan de orde in het hoofdgeding kunnen rechtvaardigen.

Opgemerkt zij verder dat wanneer een lidstaat zich beroept op dwingende redenen van algemeen

belang ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheden van vestiging en dienstverrichting belemmert, deze rechtvaardigingsgrond ook moet worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht en met name van de grondrechten die thans door het Handvest van de grondrechten worden gewaarborgd. De betrokken nationale regeling kan dus slechts de voorziene rechtvaardiging vinden wanneer zij in overeenstemming is met die rechtsbeginselen en grondrechten.

Benadrukt moet worden dat het rechtszekerheidsbeginsel, waarvan het beginsel van gewettigd vertrouwen het rechtstreekse uitvloeisel is, met name vereist dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en ondernemingen. Een marktdeelnemer mag evenwel niet erop vertrouwen dat zich in het geheel geen wetswijziging zal voordoen, maar kan alleen de wijze van toepassing van een dergelijke wijziging ter discussie stellen. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de nationale wetgever moet voorzien in een voldoende lange overgangperiode zodat de marktdeelnemers zich kunnen aanpassen, of in een billijke vergoedingsregeling.

Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, geldt de toetsing aan de artikelen 49 en 56 VWEU van de beperking die een nationale regeling inhoudt, ook voor de mogelijke beperkingen van de uitoefening van de rechten en vrijheden die zijn neergelegd in de artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest van de grondrechten, zodat een afzonderlijke toetsing van het beginsel van de vrijheid van ondernemerschap niet nodig is.

Bij de beoordeling of een sanctie in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, moet de nationale rechter met name rekening houden met de aard en de ernst van de inbreuk waarvoor de sanctie wordt opgelegd en met de wijze waarop de hoogte ervan wordt bepaald.

Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat de invoering van een stelsel van objectieve aansprakelijkheid niet onevenredig aan de nagestreefde doelstellingen is, wanneer dit stelsel voor de betrokkenen een stimulans kan vormen om een bepaalde regeling na te leven en de nagestreefde doelstellingen een algemeen belang vertegenwoordigen dat de invoering van een dergelijk stelsel kan rechtvaardigen.



HvJ (4^e k.), 20 december 2017, C-677/15 P,
*Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) t. European
Dynamics Luxemburg SA e.a.*

C.J.U.E. (4^e ch.), 20 décembre 2017, C-677/15 P,
*Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) t. European
Dynamics Luxemburg SA e.a.*

Externe dienstverlening voor programma- en projectbeheer alsook technische
bijstand op IT-gebied – Cascadeprocedure – Weging van subcriteria binnen de
gunningscriteria – Beginsel van gelijke kansen en transparantiebeginsel – Ken-
nelijke beoordelingsfouten – Ontoereikende motivering – Verlies van een
kans – Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie – Verzoek
om schadevergoeding

Fourniture de services externes relatifs à la gestion de programmes et de projets
ainsi que de conseils techniques dans le domaine des technologies de l'infor-
mation – Procédure en cascade – Pondération de sous-critères au sein des cri-
tères d'attribution – Principes d'égalité des chances et de transparence – Erreurs
manifestes d'appréciation – Défauts de motivation – Perte d'une chance – Res-
ponsabilité non contractuelle de l'Union européenne – Demande indemnitaire

De beginselen van gelijke behandeling en trans-
parantie van de aanbestedingsprocedures voor de
aanbestedende diensten houden de verplichting in
de gunningscriteria gedurende de gehele procedure
op dezelfde wijze uit te leggen. Derhalve kan een
aanbestedende dienst geen wegingsregels of subcri-
teria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet
vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht.

Niettemin kan een aanbestedende dienst na het
verstrijken van de termijn voor het indienen van
de inschrijvingen wegingscoëfficiënten voor de
subcriteria vaststellen die in wezen aansluiten op
de criteria die vooraf ter kennis zijn gebracht van
de inschrijvers. Deze vaststelling achteraf moet
evenwel voldoen aan drie voorwaarden, name-
lijk, ten eerste, dat deze geen wijziging brengt
in de in het bestek of de aankondiging van de
opdracht omschreven criteria voor de gunning van
de opdracht, ten tweede, dat deze geen elemen-
ten bevat die, indien zij bij de voorbereiding van
de inschrijvingen bekend waren geweest, deze

voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en, ten
derde, dat daarbij geen elementen in aanmerking
zijn genomen die discriminerend kunnen werken
jegens een van de inschrijvers.

In casu hadden de omstreden vaststellingen
betrekking op de invoering van een weging van sub-
criteria binnen één van de gunningscriteria, waarin
het bestek niet voorzag en die evenmin vooraf aan
de inschrijvers ter kennis was gebracht. Gelet op het
voorgaande, kon het Gerecht niet op goede gronden
constateren dat het beginsel van gelijke kansen en
het transparantiebeginsel waren geschonden zon-
der dat het vooraf had onderzocht of voor hem was
aangevoerd en bewezen dat niet was voldaan aan
deze drie voorwaarden.

Aangezien het Gerecht niet heeft onderzocht of
in casu was voldaan aan deze drie in de rechtspraak
van het Hof ontwikkelde voorwaarden, dient het
eerste middel in hogere voorziening te worden aan-
vaard.

