
KRONIEK VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE 2019 INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN

KRIS WAUTERS en SOPHIE BLEUX

m.m.v. ANTOINE GEORIS



1 Inleiding

1. Het Hof van Justitie heeft in 2019 bijna uitsluitend de richtlijnen 2014/23 en 2014/24 toegepast. Aldus krijgen we meer en meer duidelijkheid op welke wijze men sommige heikele bepalingen van deze nieuwe regelgeving dient te begrijpen. Het Hof werd in het bijzonder geconfronteerd met vragen i.v.m. de uitsluitingsgronden en de verordening 1370/2007, dewelke oproepen tot mededinging inzake het openbaar vervoer regelt.

2. De onderverdeling van de kroniek laat zich leiden door de inhoud van de arresten. Het eerste deel betreft de rechtspraak inzake het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten (2). In een tweede onderdeel zullen de auteurs ingegaan op de rechtspraak inzake de selectiefase (3). In een derde onderdeel zullen de arresten aan bod komen betreffende voorschriften inzake het bestek (4). De kroniek zal zoals gewoonlijk afsluiten met een vierde onderdeel waarin de arresten inzake rechtsbescherming zullen worden samen-gevat (5).

2 Toepassingsgebied van de richtlijnen

2.1 Toepassingsgebied *ratione materiae*: uitsluitingen

2.1.1. Diensten

- HvJ (vijfde kamer), 6 juni 2019, C-264/18, P. M., N. G.d.M., en P. V.d.S. t. Ministerraad

3. Bij het Grondwettelijk Hof (België) werd een beroep tot nietigverklaring ingesteld betreffende de bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten waarbij bepaalde rechtskundige diensten en bepaalde arbitrage- en bemiddeldiensten onttrokken worden aan de werkingssfeer van de wet.

De verzoekers voeren aan dat deze bepalingen, voor zover zij als gevolg hebben dat de gunning van de daarin bedoelde diensten wordt onttrokken aan de in die wet vervatte regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten, een verschil in behandeling in het leven roepen die niet kan worden gerechtvaardigd.

Deze bepalingen van Belgisch recht zetten artikel 10, onder c) en artikel 10, onder d), i), ii) en v) van richtlijn 2014/24 om.

4. De vraag rijst of voormelde artikelen van de richtlijn conform zijn met het beginsel van gelijke behandeling, het subsidiariteitsbeginsel en de artikelen 49 en 56 VWEU.

Wat het subsidiariteitsbeginsel betreft, volgt uit artikel 10 van richtlijn 2014/24 dat het aan de nationale wetgever stond om te bepalen of deze diensten moesten worden onderworpen aan de regels voor het plaatsen van overheidsop-

drachten. Geen strijdigheid met het subsidiariteitsbeginsel kan derhalve worden vastgesteld.

Wat het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging betreft, stelt het Hof in de eerste plaats dat de Richtlijn 2014/24 net werd aangenomen rekening houdend met de fundamentele vrijheden van de Unie (zie o.a. overwinging 1 van de richtlijn).

Aangaande de gelijke behandeling brengt het Hof in herinnering dat de Uniewetgever, voor wat betreft de aan hem toegekende bevoegdheden, over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt op gebieden waar van hem politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en wanneer hij ingewikkelde beoordelingen moet maken. Niettemin moet de Uniewetgever zijn keuze baseren op objectieve criteria, die in een passende verhouding staan met het nagestreefde doel van de wetgeving. Tevens verwijst het Hof naar diens vaste rechtspraak inzake het algemene beginsel van gelijke behandeling op basis waarvan vergelijkbare situaties niet verschillend mogen worden behandeld en niet-vergelijkbare situatie niet als gelijk mogen worden behandeld tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.

Wat betreft arbitrage- en bemiddelingsdiensten is er geen schending van het beginsel van gelijke behandeling volgens het Hof gezien deze diensten niet vergelijkbaar zijn met andere diensten die wel onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen en dit gelet op hun objectieve kenmerken. Het is immers zo dat arbiters en bemiddelaars steeds door alle partijen in het geschil moeten worden aanvaard en in onderlinge overeenstemming moet worden aangewezen. Het is dus niet zo dat een door de openbare instantie gekozen inschrijver, op basis van een procedure inzake overheidsopdrachten, kan worden opgedrongen als een gemeenschappelijk aangestelde arbiter of bemiddelaar.

Wat betreft de advocatendiensten omschreven in artikel 10, d) is er geen schending van het beginsel van gelijke behandeling volgens het Hof gezien deze diensten niet vergelijkbaar zijn met andere diensten die wel onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen en dit gelet op hun objectieve kenmerken en het *intuitu personae* karakter van deze relatie tussen advocaat en cliënt. Een relatie *intuitu personae* wordt immers gekenmerkt door de vrije keuze en de vertrouwensband wat een objectieve omschrijving van de verwachte kwaliteit bemoeilijkt.

Het Hof neemt eenzelfde standpunt in aangaande de rekenkundige diensten, waarbij het Hof oordeelt dat deze diensten zich onderscheiden van de andere doordat zij direct en indirect verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag en met de functies die de algemene belangen van de staat of andere overheidsinstanties moeten beschermen.

De artikelen 10, c) en 10, d), i), ii) en v) schenden de voormelde bepalingen zodoende niet.

- *HvJ (derde kamer), 21 maart 2019, C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S, t. Stadt Solingen.*

5. Een Duitse stad heeft een procedure georganiseerd voor de gunning van reddingsdiensten. Het betrof meer concreet het gebruik van gemeentelijke reddingsvoertuigen bij hulpverlening in noodsituaties. De belangrijkste taak betrof het verlenen van hulp en verzorging aan patiënten en spoedpatiënten via een ambulanceverpleegkundige bijgestaan door een ambulancemedewerker.

De Stad Solingen heeft evenwel nagelaten om de opdracht te publiceren in het Publicatieblad van de Europese Unie.

6. Het Hof werd gevat om uitspraak te doen over volgende vier vragen:

- Gaat het om diensten in de zin van artikel 10, h) van de Richtlijn 2014/24, nl. 'diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie' die vallen onder reddingsdiensten of ambulancediensten?
- Kan voormeld artikel worden begrepen dat in het bijzonder er sprake is van een non-profitorganisatie of -vereniging bij hulporganisaties die naar nationaal recht erkend zijn als organisaties voor civiele bescherming en verdediging?
- Zijn non-profitorganisaties of -verenigingen in de zin van voormeld artikel organisaties waarvan het doel de vervulling van een opdracht van algemeen belang is, die geen commerciële werkzaamheden uitvoeren en waarbij eventuele winst geherinvesteerd wordt om het doel van de organisatie te verwezenlijken.
- Is het ambulancevervoer van een patiënt met bijstand door een ambulanceverpleegkundige of medewerker 'ziekenvervoer per ambulance' in de zin van artikel 10, onder h) en waarop de richtlijn van toepassing is?

Vooreerst stelt het Hof dat het voorwerp van de opdracht niet gekwalificeerd kan worden als een dienst inzake civiele verdediging of civiele bescherming.

Vervolgens gaat het Hof na of het voorwerp van de opdracht kan worden ondergebracht onder het begrip diensten inzake risicopreventie, respectievelijk als reddingsdiensten of ambulancediensten. Het Hof stelt daarbij vast dat de richtlijn geen definitie geeft van het begrip 'risicopreventie'. Risicopreventie dient, volgens het Hof, breed te worden opgevat: het omvat zowel collectieve als individuele risico's terwijl de begrippen civiele verdediging en civiele bescherming verwijzen naar situaties waarin collectieve schade moet worden opgevangen (bv. aardbeving, tsunami, oorlog,...).

Dat risicopreventie zowel collectieve als individuele risico's omvat, blijkt volgens het Hof uit vier vaststellingen. Zo vermeldt de bepaling diverse CPV-codes die verwijzen naar risico's die zowel individueel als collectief kunnen zijn. Tevens zou het begrip risicopreventie geen eigen invulling hebben indien het

verplicht zou moeten gaan om een collectief risico aangezien dit begrip dan dezelfde dekking zou hebben als civiele bescherming of verdediging. Ten derde verwijst het Hof naar overweging 28 van de richtlijn en het daarin voorkomend begrip nooddiensten die zowel bij collectieve als individuele risico's worden verleend. Ten slotte verwijst het Hof naar de uitsluiting, gewoon vervoer per ambulance, voorkomend in artikel 10, onder h). Deze uitzondering heeft enkel nut als risicopreventie niet beperkt is tot reddingsoperaties in geval van extreme situaties.

Op basis van deze evaluatie van het begrip risicopreventie komt het Hof tot de bevinding dat zowel bijstand als verzorging in een reddingsvoertuig aan een spoedpatiënt verstrekt door een ambulancehulpverlener/verpleegkundige als gekwalificeerd ziekenvervoer onder het begrip 'risicopreventie valt'. De vraag rijst vervolgens of beide diensten onder één van de CPV-codes vallen.

Aldus vallen zowel de bijstand en de verzorging die in een reddingsvoertuig aan spoedpatiënten worden verstrekt door een ambulancehulpverlener/ambulanceverpleegkundige als het gekwalificeerde ziekenvervoer onder het begrip „risicopreventie” in de zin van artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24.

7. Het Hof gaat vervolgens na of de diensten *in casu* onder de in artikel 10, h) bedoelde diensten vallen.

Ter herinnering sluit dit artikel overheidsopdrachten voor diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie van de richtlijn uit onder de dubbele voorwaarde dat die diensten onder de erin genoemde CPV-codes vallen en worden verleend door non-profitorganisaties of -verenigingen. Dit artikel bevat echter een uitzondering op de uitzondering in die zin dat ze niet geldt voor ziekenvervoer per ambulance, dat onder de aanbestedingsregeling valt die in de artikelen 74 tot en met 77 van richtlijn 2014/24 is vastgesteld.

8. Het lijdt, volgens het Hof, geen enkele twijfel dat de bijstand aan en de verzorging van spoedpatiënten, die bovendien in een reddingsvoertuig door een ambulancehulpverlener/ambulanceverpleegkundige worden verstrekt, onder het begrip reddingsdiensten valt.

9. De vraag rijst dus of een gekwalificeerd ziekenvervoer eveneens onder die code of onder CPV-code 85143000-3 (ambulancediensten) kan vallen.

De uitsluiting van de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten kan slechts gelden voor bepaalde nooddiensten die worden verricht door non-profitorganisaties of -verenigingen en dit mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is.

Hieruit volgt dat de niet-toepasselijkheid van de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarin artikel 10, onder h), van die richtlijn voorziet, onlosmakelijk verbonden is met het bestaan van een nooddienst.

Het Hof geeft aan wat wordt verstaan onder nooddienst. De aanwezigheid van gekwalificeerd personeel aan boord van een ambulance kan dus op zich niet

volstaan als bewijs dat sprake is van een ambulancedienst. Er is wel sprake van nooddienst wanneer een patiënt moet worden vervoerd bij wie het gevaar bestaat dat zijn gezondheidstoestand tijdens het vervoer achteruitgaat.

Bijgevolg kan het gekwalificeerde ziekenvervoer enkel dan een „ambulancedienst” zijn, in de zin van artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24, wanneer het daadwerkelijk wordt uitgevoerd door personeel dat naar behoren is opgeleid om eerste hulp te verlenen en het wordt verricht ten behoeve van een patiënt wiens gezondheidstoestand tijdens het vervoer riskeert achteruit te gaan.

(i) non-profitorganisaties en –verenigingen

10. De verwijzende rechter vraagt ook wat wordt precies bedoeld met non-profitorganisaties en –verenigingen. Artikel 10, h) is slechts van toepassing indien de bedoelde diensten worden verricht door non-profitorganisaties en –verenigingen.

Het Duitse recht verbindt aan de erkenning als instelling van algemeen nut niet de voorwaarde dat de betrokken organisatie geen winst nastreeft.

De erkenning door het Duitse recht als „organisatie voor civiele bescherming en verdediging” kan dus niet ten volle waarborgen dat de instellingen die deze status krijgen toegekend, geen winst nastreven. Indien de organisatie of vereniging echter geen commerciële werkzaamheden vervult en haar eventuele winst herinvesteert om het doel van de organisatie of de vereniging te verwezenlijken, kan dergelijke organisatie of vereniging binnen de werkings sfeer van artikel 10, h) van de richtlijn 2014/24 vallen.

- *HvJ (negende kamer), 20 juni 2019, C-424/18 (beschikking), Italy Emergenza Cooperativa Sociale, e.a. t. Ulss 5 Polesana Rovigo, e.a.*

11. Het Hof wordt gevat met de vraag of artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24 – gelezen in samenhang met overweging 28 – moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan ambulancediensten met aan boord een bestuurder-hulpverlener en ten minste één hulpverlener die beschikken over de kwalificaties en vaardigheden die zijn verkregen door het volgen van een opleiding en het met succes afleggen van een examen op het gebied van hulpverlening en vervoerdiensten verricht met noodhulpvoertuigen in het kader van de basiszorgniveaus vallen onder de in artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24 vermelde uitsluiting wanneer zich geen noodsituatie voordoet.

12. Volgens het Hof kan de uitsluiting ten voordele van risicopreventie enkel gelden voor bepaalde nooddiensten verricht door non-profitorganisaties en verenigingen en mag zij niet verdergaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is.

De niet-toepasselijkheid inzake risicopreventie is naar oordeel van het Hof onlosmakelijk verbonden met het bestaan van een nooddienst. De aanwezigheid

van gekwalificeerd personeel aan boord van een ambulance volstaat niet als bewijs opdat de ambulancedienst valt onder de CPV-code 851430000-3.

De *in casu* nationale regeling valt niet automatisch onder de in artikel 10, onder h), van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluiting. Deze uitsluiting is immers enkel van toepassing wanneer aan drie voorwaarden voldaan is: aanwezigheid van naar behoren in eerste hulp opgeleid personeel (1), de ambulancedienst wordt verricht door non-profitorganisaties of -verenigingen (2) en er doet zich onmiskenbaar een noodsituatie voor (3).

Artikel 10, h) van de richtlijn 2014/24 verzet zich tegen een nationale regeling op grond waarvan ambulancediensten met betrekking waartoe is vastgesteld dat zich aan boord een bestuurder-hulpverlener en ten minste één hulpverlener moeten bevinden die beschikken over de kwalificaties en vaardigheden die zijn verkregen doordat een opleiding is gevolgd en met succes een examen op het gebied van hulpverlening is afgelegd, alsook vervoersdiensten die met noodhulpvoertuigen worden verricht in het kader van de basiszorgniveaus, onder de in het voornoemde artikel 10, onder h), bedoelde uitsluiting vallen wanneer zich geen noodsituatie voordoet.

2.1.2. *In house*

- *HvJ (vierde kamer), 3 oktober 2019, C-285/18, Kauno miesto savivaldybė, Kauno miesto savivaldybės administracija, t. UAB „Irgita“, UAB „Kauno švara“.*

13. Deze zaak betreft een overeenkomst gesloten tussen twee openbare instellingen en dit voor het verrichten van diensten. Het betrof meer concreet een overeenkomst tussen een aanbestedende dienst (1) en een entiteit die rechtspersoonlijkheid bezit en die onder toezicht staat van de aanbestedende dienst die tevens het volledige kapitaal in handen heeft (2). Daarbij komt dat die entiteit in het jaar voorafgaandelijk aan het sluiten van de overeenkomst 90,07% van haar omzet gerealiseerd heeft door activiteiten die enkel ten behoeve van de aanbestedende dienst werden verricht.

Het Hof wordt gevat met meerdere vragen.

14. De eerste vraag betreft de toepassing van de richtlijn in de tijd. Meer concreet rees de vraag welke richtlijn van toepassing was: de procedure werd ingeleid op het ogenblik dat de richtlijn 2004/18 nog van kracht was en de overeenkomst werd gesloten toen de richtlijn reeds was ingetrokken.

Het Hof beantwoordt deze vraag middels verwijzing naar diens vaste rechtspraak. De op een overheidsopdracht toepasselijke richtlijn is in beginsel de welke die van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welke procedure zij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen.

De aanbestedende dienst heeft op 1 april 2016 toestemming gevraagd voor het sluiten van de inhousetransactie én deze werd hem verleend op 20 april 2016, zijnde na de intrekking van richtlijn 2004/18. De Richtlijn werd immers op 18 april 2016 ingetrokken. Bijgevolg valt de onderhavige situatie binnen de werkingssfeer van de richtlijn 2014/24 ook al werd de procedure ingeleid op een ogenblik dat de richtlijn 2004/18 nog niet was ingetrokken.

15. De tweede vraag heeft betrekking op artikel 12, lid 1 van de richtlijn 2014/24, nl. verzet voormeld artikel zich tegen een nationale regeling op basis waarvan het sluiten van een inhousetransactie afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de gunning van een overheidsopdracht de kwaliteit, de beschikbaarheid of de continuïteit van de verrichte diensten niet kan garanderen.

Artikel 12 van de richtlijn somt de voorwaarden op waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen wanneer hij een inhousetransactie wenst te sluiten. Deze verleent de lidstaten enkel de bevoegdheid om een dergelijke transactie uit te sluiten van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24.

Voormeld artikel ontnemt de lidstaten bijgevolg niet de vrijheid om de voorkeur te geven aan een wijze van dienstverlening, uitvoering van werken of levering van goederen boven een andere. Dergelijke vrijheid impliceert immers een keuze die wordt gemaakt in een fase voorafgaand aan de plaatsing van een opdracht. Deze keuze valt bijgevolg niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24.

Net zoals de richtlijn de lidstaten niet kan verplichten om gebruik te maken van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, kan deze de lidstaten ook niet verplichten om gebruik te maken van een inhousetransactie wanneer de voorwaarden van voormeld artikel vervuld zijn.

Het Hof stelt daarbij evenwel dat deze vrijheid in hoofde van de lidstaten om te beslissen hoe de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best wordt beheerd niet ongelimiteerd is. Deze vrijheid wordt begrensd door de fundamentele regels van het VWEU, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, alsmede de daaruit voortvloeiende beginselen zoals de gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

Het Hof komt tot de conclusie gelet op het bovenstaande dat een lidstaat vrij is om voorwaarden voor het sluiten van een inhousetransactie op te leggen ook al zijn deze niet degene neergelegd in artikel 12, lid 1 van de Richtlijn 2014/24 op voorwaarde dat deze in lijn zijn met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

16. Ten derde wenst de verwijzende rechter te vernemen van het Hof of deze 'bijkomende' nationale voorwaarden inzake inhoudstransacties vastgesteld moeten worden door middel van specifieke en duidelijke positiefrechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten.

Het Hof verwijst naar het transparantiebeginsel dat in acht moet worden genomen bij het opleggen van dergelijke voorwaarden. Dergelijke voorwaarden moeten zodoende zijn opgenomen in bepalingen die voldoende toegankelijk, specifiek en voorzienbaar zijn teneinde elk risico van willekeur te voorkomen. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of de voorwaarden in casu aan deze vereisten voldoen.

17. Ten slotte, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het sluiten van een inhousetransactie die aan de voorwaarden van artikel 12, lid 1, onder a) tot en met c), van richtlijn 2014/24 voldoet, als zodanig conform is met het Unierecht.

Het Hof wijst erop dat artikel 12 van de richtlijn betrekking heeft op het toepassingsgebied van de richtlijn en dient derhalve niet te worden opgevat als de voorwaarde waaronder een overheidsopdracht in het kader van een inhousetransactie moet worden gegund.

Het Hof komt tot de bevinding dat het sluiten van een inhousetransactie, wanneer deze voldoet aan de voorwaarden van voormeld artikel, niet ipso facto betekent dat deze in overeenstemming is met het Unierecht.

2.2 Verordening 1370/2007

- *HvJ (vierde kamer), 21 maart 2019, C-266/17 en C-267/17, Rhein-Sieg-Kreis t. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH e.a.*

18. Aan twee transportoperatoren worden, rechtstreeks, opdrachten gegund voor de exploitatie van openbare vervoerdiensten in twee verschillende regio's van Duitsland. Deze transportoperatoren zijn openbaarvervoermaatschappijen waarvan de aandelen direct of indirect in handen zijn van de instellingen waarvan zij afhangen.

De rechtstreekse gunning van deze contracten wordt gesteund op artikel 5, lid 2 van de Verordening 1370/2007 die dergelijke gunning toelaat onder bepaalde voorwaarden (onderhandse gunning).

Dit artikel is echter van toepassing op de gunning van opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus die de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies in de zin van richtlijnen 2004/17 en 2004/18. De verwijzende rechter verzocht het Hof of artikel 5, lid 2 van verordening 1370/2007 ook van toepassing was op contracten inzake openbaar personenvervoer per bus die *niet* de vorm aannemen van dienstenconcessies.

Het Hof stelt in dat kader vast dat artikel 5, lid 1 van voormelde verordening concessieovereenkomsten en contracten voor personenvervoer per spoor en per metro onderwerpt aan de leden 2 t.e.m. 6 van datzelfde artikel. Evenwel verwijst dit artikel voor wat betreft contracten inzake bus- en tramvervoer naar de richtlijnen 2004/17 en 2004/18. Deze laatste richtlijnen voorzien immers niet in specifieke regels voor personenvervoer per spoor en per metro, noch

voor opdrachten die de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies.

Het Hof komt tot de conclusie dat artikel 5, lid 2 van voormelde verordening niet van toepassing is op de onderhandse gunning van opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus die niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies.

- *HVJ (tiende kamer), 8 mei 2019, C-253/18, Stadt Euskirchen t. Rhenus Veniro GmbH & Co. KG*

19. Een opdracht voor openbaar personenvervoer per bus en andere voertuigen die niet de vorm aanneemt van een contract voor dienstenconcessies wordt door een publieke overheid aan een operator gegund. Dit is een rechtstreeks gunning (onderhandse gunning) conform artikel 5 verordening 1370/2007. De opdracht wordt gegund met onderaanneming omdat de operator een deel van de bedoelde diensten niet zelf kon uitvoeren

20. Het Hof werd gevat met de vraag of artikel 5, lid 2, van de verordening nr. 1370/2007 van toepassing is op de onderhandse gunning van een contract betreffende een openbare personenvervoersdienst per bus dat niet de vorm aanneemt van een concessieovereenkomst.

Indien bevestigend dient te worden geantwoord op voormelde vraag, stelt zich een bijkomende vraag, nl. of deze bepaling toestaat dat de interne exploitant deze dienst grotendeels laat uitvoeren door een onderneming waarin hij slechts 2,5% van het aandelenkapitaal bezit.

21. Wat betreft de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 – waarbij de respectieve richtlijnen 2004/18 en 2004/17 zijn ingetrokken en vervangen – merkt het Hof op dat zij geen definitie meer bevatten van het begrip „concessieovereenkomst”, dat thans is geregeld in richtlijn 2014/23.

Tevens merkt het Hof op dat de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 een codificatie en precisering bevatten van de door het Hof ontwikkelde rechtspraak inzake onderhandse gunningen. Hieruit volgt naar oordeel van het Hof dat de Uniewetgever heeft gewild dat deze regeling van onderhandse gunningen samenhangt met de richtlijnen 2014/24 en 2014/25.

22. In casu is de vooraankondiging van de opdracht bekendgemaakt op 8 december 2016. Op dat ogenblik waren de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 van toepassing.

Hieruit volgt dat artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op de onderhandse gunning van contracten betreffende openbaar vervoer per bus die niet de vorm aannemen van concessieovereenkomsten in de zin van richtlijn 2014/23.

- *HvJ (tiende kamer), 24 oktober 2019, C-515/18, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato t. Regione Autonoma della Sardegna*

23. Overeenkomstig artikel 7 van verordening 1370/2007 heeft de Regio Sardinië bekendgemaakt dat de exploitatie van het openbaar spoorvervoer zal worden gegund aan de openbaarvervoermaatschappij (Trenitalia). De gunning werd niet voorafgegaan door een oproep tot mededinging conform artikel 5 van verordening 1370/2007 (onderhandse gunning). De gunning moet slechts bekendgemaakt worden conform artikel 7 van dezelfde verordening.

Een andere operator betwist deze gunning en stapt naar de rechter.

24. Het Hof wordt gevat met twee vragen aangaande artikel 7, leden 2 en 4 van de verordening.

De vraag is of nationale instanties die voornemens zijn een openbardienstcontract voor personenvervoer per spoor onderhands te gunnen, verplicht zijn om alle nodige informatie bekend te maken of mee te delen aan geïnterepeerde marktdeelnemers teneinde deze in staat te stellen een voldoende gedetailleerde inschrijving in te dienen die het voorwerp kan uitmaken van een vergelijkende beoordeling én om een vergelijkende beoordeling van alle inschrijvingen die zij hebben ontvangen uit te voeren.

Om op deze vragen te antwoorden moet volgens het Hof, conform vaste rechtspraak, gekeken worden naar de bewoording van de bepaling, de context van de bepaling en de doestelling van de regeling waarvan de bepaling deel is waarbij ook de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling relevante gegevens voor de uitlegging ervan kan bevatten.

Vervolgens gaat het Hof kijken naar de bewoording van artikel 7, leden 2 en 4 van de verordening. Als de bewoording van voormeld artikel als uitgangspunt wordt genomen, is het antwoord op beide vragen negatief.

De context en de doelstelling van de regeling worden vervolgens onder de loep genomen door het Hof. In dat kader moet worden opgemerkt, volgens het Hof, dat de verordening voorschriften vaststelt voor de onderhandse gunning of de gunning via openbare aanbesteding van openbardienstcontracten voor het personenvervoer per spoor en over de weg. Zo maakt artikel 2, onder h) van de verordening een onderscheid tussen twee regelingen voor de gunning waarbij het begrip 'onderhandse gunning' wordt gedefinieerd als gunning zonder voorafgaande openbare aanbestedingsprocedure. Deze gunning sluit zodoende iedere voorafgaande openbare aanbesteding uit.

Hieruit volgt dat als op bovenstaande vragen een positief antwoord zou worden gegeven, dit als gevolg heeft dat de procedure voor 'onderhandse gunning' gelijkgesteld wordt met die van de openbare aanbesteding en zou er zodoende voorbijgegaan worden aan de belangrijke verschillen waarin de verordening voorziet.

Ten slotte staat het Hof stil bij de totstandkomingsgeschiedenis van het artikel waarbij deze naar oordeel van het Hof de letterlijke uitlegging bevestigt. De

Uniewetgever heeft immers geen rekening gehouden met een in het kader van de voorbereidende werkzaamheden voor de verordening ingediend voorstel van de Commissie om de markt verder open te stellen voor mededinging. De Uniewetgever heeft daarentegen ervoor gekozen om artikel 7, leden 2 en 4 op een dergelijke wijze te stipuleren dat daarin geen melding wordt gemaakt van enige verplichting tot vergelijkende beoordeling.

Gelet op bovenstaande dienen beide vragen volgens het Hof negatief te worden beantwoord.

- *HvJ (vierde kamer), 21 maart 2019, C-350/17 en C-351/17, Mobit Soc. cons. art. t. Regione Toscana.*

25. Deze zaak had betrekking op de gunning van een concessieovereenkomst voor lokale openbare vervoersdiensten op het grondgebied van de regio Toscana.

Volgens artikel 5.2 van verordening 1370/2007 kan dergelijke concessieovereenkomst onderhands worden gegund (zonder oproep tot mededinging) indien bepaalde voorwaarden worden voldaan, namelijk het feit dat de operator aan wie de concessie wordt gegund onder controle staat van de overheid die de concessie heeft toevertrouwd.

De concessieovereenkomst voor lokale openbare vervoersdiensten op het grondgebied van het regio Toscana werd aan Autolinee Toscana gegund. Mobit, een andere vervoeroperator, betwist de gunning en meent dat Autolinee niet voldeed aan de in artikel 5.2 opgesomde voorwaarden.

Autolinee Toscana blijkt een 100% dochtervennootschap van RATP Dev SA en RATP Dev Italia Scr te zijn die op hun beurt onder de volledige zeggenschap van de Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) vallen. RATP is een overheidsinstelling opgericht door en onder zeggenschap van de Franse Staat en heeft aldaar een contract voor openbare vervoersdiensten dat afloopt op 31 december 2039.

26. Het Hof wijst erop dat eerst moet worden onderzocht of artikel 5 *rationae temporis* van toepassing is. De procedure voor de gunning is gestart op 5 oktober 2013 en werd beëindigd op 2 maart 2016 middels een definitieve gunningsbeslissing. De verordening is in werking getreden op 3 december 2009.

Artikel 8, lid 2 van de verordening voorziet evenwel in een overgangsbepaling: de gunning van openbardienstcontracten voor vervoer over de weg verloopt vanaf 3 december 2019 volgens artikel 5. Tijdens deze overgangsperiode (tot 3.12.2019) kunnen de bevoegde instanties dus een definitieve gunningsbeslissing nemen zonder dat zij daarbij gehouden zijn om de voorschriften van artikel 5 van verordening 1370/2007 toe te passen ongeacht of de einddatum van het contract ligt na 3 december 2019.

Deze opvatting wordt enerzijds bevestigd door overweging 31 van de verordening, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat de Uniewetgever heeft overwogen dat dient te worden voorzien in overgangsregelingen, aangezien de bevoegde in-

stanties en de exploitanten na de inwerkingtreding van verordening 1370/2007 tijd nodig hebben om zich aan de bepalingen van deze verordening aan te passen en anderzijds door de ontstaansgeschiedenis van verordening 1370/2007.

Het concessiecontract kan dus niet strijdig zijn met artikel 5 lid 2 van verordening 1370/2007 nu dit artikel *rationae temporis* niet van toepassing is aangezien de gunningsprocedure gehouden is voor 3 december 2019.

Het Hof benadrukt tevens dat artikel 8 lid 2 enkel betrekking heeft op artikel 5 van deze verordening. Artikel 8, lid 2, eerste alinea, betreft niet de toepasselijkheid van artikel 4 van de verordening 1370/2007. De maximumduur van 10 jaar, zoals voorzien in artikel 4, lid 3, is bijgevolg wel van toepassing op het contract in casu.

Zie ook de beschikking van het Hof C-322/18 van 20 juni 2019.

3 Selectiefase

3.1 Juridische en feitelijke identiteit

- HvJ (vijfde kamer), 11 juli 2019, C-697/17, *Telecom Italia SpA t. Ministero dello Sviluppo Economico en Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia) SpA*

27. De prejudiciële vraag had in deze zaak betrekking op de vereiste van juridische en feitelijke identiteit tussen de gepreselecteerde ondernemers en de ondernemers die de inschrijving indienen.

Het betreft meer concreet de situatie waarbij een inschrijving wordt ingediend door een gepreselecteerde gegadigde die zich ertoe verbindt om een andere gepreselecteerde gegadigde over te nemen krachtens een fusie-overeenkomst die tussen de preselectiefase en de fase van indiening van de inschrijving is gesloten en na laatstgenoemde fase wordt uitgevoerd.

28. Artikel 28, lid 2 van Richtlijn 2014/24 bepaalt dat enkel ondernemers die worden verzocht een inschrijving in te dienen, na de beoordeling van de verstrekte informatie, een inschrijving kunnen indienen. Deze bepaling voorziet in regels in geval van een wijziging in structuur of economische en technische capaciteit van de gepreselecteerde.

29. Het Hof brengt in herinnering dat het beginsel van de gelijke behandeling en het transparantiebeginsel vereisen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie bevinden en dit zowel in de voorbereidingsfase als bij de beoordeling van de offertes. Een strikte toepassing van het beginsel van de gelijke behandeling houdt in dat enkel gepreselecteerde ondernemers als dusdanig een offerte kunnen indienen.

Het Hof verwijst naar een eerder arrest in het kader van een onderhandelingsprocedure waarbij het Hof geoordeeld heeft dat het gelijkheidsbeginsel niet wordt geschonden in geval van ontbinding van een combinatie van ondernemingen die gepreselecteerd was – waarvan twee ondernemers deel uitmaak-

ten – en een van die twee ondernemers in de plaats treedt van die combinatie mits vaststaat dat deze zelfstandig voldoet aan de vereisten die oorspronkelijk waren omschreven en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt (HvJ 24 mei 2016, C-396/14).

30. In casu is de situatie anders aangezien een van de inschrijvers zijn capaciteiten heeft uitgebreid door een andere gepreselecteerde inschrijver te verwerven.

De vraag is zodoende of de juridische en feitelijke identiteit is gewijzigd. De overnemende inschrijver voldoet aan de vereiste van juridische identiteit, doch is er geen sprake van feitelijke identiteit, ook al hebben de concrete en definitieve gevolgen van de fusie zich pas voorgedaan na de indiening van de inschrijvingen. Immers tussen de preselectiefase en de uiterste datum van indiening van de inschrijving werd er een raamovereenkomst gesloten die tot de fusie moest leiden.

Er moet zodoende worden nagegaan of ondanks het gebrek aan feitelijke identiteit het gelijkheidsbeginsel geacht kan worden niet te zijn geschonden.

In dat kader stelt het Hof dat wanneer een gegadigde zijn economische en technische capaciteit na de preselectie versterkt, bijvoorbeeld door overname van een ondernemer, dit niet indruist tegen de belangen van de aanbestedende dienst. Het is niet abnormaal dat een gegadigde zich de middelen verschafft die ervoor moeten zorgen dat zijn capaciteit een garantie vormt voor de goede uitvoering van de opdracht.

De vereiste dat de gegadigde moet aantonen nog steeds te voldoen aan de vereisten, die oorspronkelijk door de aanbestedende dienst zijn omschreven, is in die hypothese vervuld aangezien diens capaciteit net verstrekt is.

De vraag rijst dan of de verdere deelname een nadeel berokkent aan de concurrentiepositie van de andere inschrijvers. Het Hof verwijst dienaangaande naar de beslissing van de Commissie die zich niet heeft verzet tegen de fusie. De fusie kon dus geen nadeel berokkenen aan de concurrentiepositie van de andere inschrijvers louter vanwege het feit dat de gefuseerde entiteit over een grotere economische en technische capaciteit zal beschikken.

Er is bijgevolg geen schending voorhanden van artikel 28, lid 2 van Richtlijn 2014/24.

3.2 Facultatieve uitsluitingsgronden

- *HvJ (vierde kamer), 19 juni 2019, C-41/18, Meca Srl t. Comune di Napoli*³²

31. Een inschrijver (Sirio) dient haar offerte in voor een overheidsopdracht uitgeschreven door de gemeente Napels voor de verstrekking van schoolmaaltij-

32 Zie met betrekking tot dit arrest: Constant De Koninck, "De mogelijkheid tot uitsluiting van een deelnemer die tijdens de plaatsingsprocedure betrokken is in een lopende gerechtelijke procedure: het Hof van Justitie brengt verdere verduidelijking", *RW* 2020, 1056-1065.

den in het schooljaar 2017/2018. De opdracht is onderverdeeld in tien percelen, per deelgemeente van Napels.

Deze inschrijver had met de gemeente Napels voor het voorgaande schooljaar een overeenkomst voor de verstrekking van schoolmaaltijden en dit voor twee percelen. In mei 2017 is deze overeenkomst ontbonden wegens gevallen van voedselvergiftiging door de aanwezigheid van colibacteriën in de in een schoolkantine verstrekte voedingswaren.

In haar deelname heeft Sirio uitdrukkelijk verklaard dat de gemeente de overeenkomst van 9 mei 2017 heeft ontbonden bij besluit van 29 juni 2017 wegens een geval van voedselvergiftiging én dat zij beroep heeft ingesteld tegen deze beslissing. De aanbestedende dienst (gemeente Napels) heeft Sirio bij nota van 1 augustus 2017 toegestaan om haar deelname aan die aanbesteding voort te zetten voor het perceel waarvoor zij een offerte had ingediend.

Meca, een andere inschrijver, heeft bij de Italiaanse bestuursrechter bezwaar gemaakt tegen de deelname van Sirio aan de aanbesteding, zonder te wachten op het besluit van de gemeente Napels over de gunning van de overheidsopdracht, dat werd genomen op 7 november 2017 en waarbij de opdracht aan Sirio werd gegund.

32. De verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

Alvorens in te gaan te gronde van de zaak, meent het Hof de in artikel 57 van richtlijn 2014/24 bedoelde facultatieve uitsluitingsgronden te verduidelijken.

- Het Hof bepaalt eerst dat de rechtspraak inzake richtlijn 2004/18 in beginsel kan worden toegepast nu artikel 45, lid 2 van de richtlijn 2004/18 en artikel 57, lid 4 van de richtlijn 2014/24 voldoende gelijkenissen vertonen. Niettemin beperkt de richtlijn 2014/24 de beoordelingsmarge van de lidstaten. Terwijl de verwijzing naar nationale wet- of regelgeving voorkwam in vijf van de zeven in artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 genoemde situaties, bevat artikel 57, lid 4, van de richtlijn 2014/24 slechts een verwijzing meer (punt b) van lid 4).
- Uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van de richtlijn 2014/24 volgt dat het aan de aanbestedende diensten toekomt, en niet aan een nationale rechter, om te oordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

- De mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten draagt bij aan de doelstelling om de aanbestedende dienst in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen. Dit blijkt uit artikel 57, lid 4, onder c) en g) van de richtlijn 2014/24.
- Aanbestedende diensten hebben de mogelijkheid om een ondernemer uit te sluiten „op ieder moment tijdens de procedure” (artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24) en niet alleen nadat een rechter zijn beslissing heeft gegeven. Dit vormt een vertaling van de wil van de Uniewetgever om de aanbestedende dienst toe te laten een eigen oordeel te vormen over het handelen of nalaten van een ondernemer.
- Indien een aanbestedende dienst automatisch gebonden zou zijn door een beoordeling gegeven door een derde, zou dit op gespannen voet kunnen staan met het evenredigheidsbeginsel bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden.

Rekening houdende met deze overwegingen, gaat het Hof na of de Italiaanse bepaling, op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen, conform is aan artikel 57 van de richtlijn 2014/24.

33. De beoordelingsbevoegdheid die artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst verleent, wordt volgens het Hof lamgelegd door het feit dat de aanbestedende dienst de betrouwbaarheid van de ondernemer niet kan beoordelen wanneer een beroep werd ingesteld tegen de ontbinding van een met de aanbestedende dienst afgesloten eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht.

Bovendien zet een dergelijke nationale bepaling een inschrijver ten aanzien van wie een eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht is ontbonden, er klaarblijkelijk niet toe aan om herstelmaatregelen te nemen. In zoverre kan een dergelijke regel zelfs indruisen tegen de voorschriften van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 – zijnde het mechanisme van herstelmaatregelen (self-cleaning). Deze maatregelen benadrukken net het belang dat wordt gehecht aan de betrouwbaarheid van een ondernemer.

Gelet op het voorgaande antwoordde het Hof dat dergelijke nationale regel strijdig is met artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24.

Zie ook HvJ (negende kamer), 20 november 2019, C-552/18 (beschikking), Indaco Service Soc. coop. sociale t. Ufficio Territoriale del Governo Taranto.

- *HvJ (tiende kamer), 28 maart 2019, C-101/18, Ili Srl t. Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis)*

34. Het Hof werd gevat met de vraag of artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder b) van de richtlijn 2004/18 moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een ondernemer kan worden uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten indien de inschrijver ten tijde van de uitsluitingsbeslissing reeds een verzoek heeft ingediend om een preventief akkoord te mogen sluiten en zich daarbij de mogelijkheid heeft voorbehouden om een plan in te dienen dat voorziet in de voorzetting van de activiteiten.

35. Het Hof brengt in herinnering dat artikel 45, lid 2 de toepassing van de genoemde gevallen van uitsluitingen – die betrekking hebben op de professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid – overlaat aan de beoordeling van de lidstaten.

Zo staat artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder b) toe dat elke ondernemer tegen wie een procedure van akkoord aanhangig is gemaakt van deelneming wordt uitgesloten.

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van lid 2. De begrippen kunnen in het nationaal recht worden gepreciseerd en verduidelijkt, zoals bv. het begrip “tegen wie een procedure van akkoord aanhangig is gemaakt”.

Het Hof stelt vast dat het indienen van een verzoek tot preventief akkoord rechtsgevolgen heeft voor de rechten en plichten van zowel de aanvrager als de schuldeiser waardoor dit verzoek – nog voor enige beslissing van een rechter – beschouwd moet worden als een begin van de procedure van akkoord zoals bedoeld in artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder b).

Vervolgens brengt het Hof in herinnering dat zij reeds geoordeeld heeft dat artikel 45, lid 2 niet voorziet in een uniforme toepassing op niveau van de Unie. De lidstaten hebben de vrijheid om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om deze op te nemen in een nationale regeling die voorziet in een strengere of mindere strengere regeling. De criteria kunnen worden verlicht of versoepeld.

Het Hof besluit dan ook dat artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder b) van de richtlijn 2004/18 moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een ondernemer kan worden uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten indien de inschrijver ten tijde van de uitsluitingsbeslissing reeds een verzoek heeft ingediend om een preventief akkoord te mogen sluiten en zich daarbij de mogelijkheid heeft voorbehouden om een plan in te dienen dat voorziet in de voorzetting van de activiteiten.

- *HvJ (vierde kamer), 3 oktober 2019, C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA t. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA.*

36. Een Roemeense gemeente gunt een opdracht aan een tijdelijke vereniging van ondernemingen onder leiding van Delta. De opdracht wordt middels een vaststelling door de aanbestedende dienst vroegtijdig beëindigd op grond dat de onderneming zonder voorafgaande goedkeuring van de aanbestedende dienst een beroep heeft gedaan op een onderaannemer. Op een onlineplatform heeft de aanbestedende dienst een vaststelling geplaatst waaruit blijkt dat de opdracht vroegtijdig beëindigd werd wegens een fout van de opdrachtnemer.

Een andere aanbestedende dienst schrijft een opdracht uit inzake de verbreding van een autosnelweg. Een tijdelijke vereniging van ondernemingen waarvan Delta lid uitmaakt dient een offerte in. Nadat deze aanbestedende dienst bijkomende informatie had ontvangen vanwege Delta en de gemeente, besloot deze de offerte van de tijdelijke vereniging van ondernemingen, waarvan Delta deel uitmaakt, uit te sluiten.

37. Het Hof werd gevat met de vraag of artikel 57, lid 4, onder g), van de richtlijn 2014/24 moet worden uitgelegd dat in het kader van een eerdere overheidsopdracht door een ondernemer verrichte uitbesteding van een deel van de werken aan een onderaannemer, zonder toestemming van de aanbestedende dienst, een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens de opdracht vormt en rechtvaardigt dat die ondernemer van deelname aan een latere openbare aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten.

38. Het Hof herinnert eraan dat volgens de bewoording van artikel 57, lid 4 (facultatieve beoordelingsgronden) het enkel aan de aanbestedende dienst toekomt om te beoordelen – in de fase van de selectie – of een inschrijver moet worden uitgesloten.

Naar oordeel van het Hof is een aanbestedende dienst niet automatisch gebonden aan de beoordeling uitgebracht door een andere aanbestedende dienst in het kader van een eerdere overheidsopdracht. Dit volgt volgens het Hof uit het gegeven dat het gaat om de totstandkoming van een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver aan wie de opdracht is gegund én uit de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het kader van de facultatieve uitsluitingsgronden dewelke een eigen onderzoek en beoordeling van de feiten veronderstelt.

De tweede aanbestedende dienst moest in onderhavig geval dan ook nagaan of het aannemen van onderaannemers zonder voorafgaande toestemming van de betrokken aanbestedende dienst een voldoende ernstige nalatigheid is op basis waarvan een uitsluiting kan worden gerechtvaardigd. Uit de beslissing van de gemeente kon de tweede aanbestedende dienst niet automatisch afleiden dat blijf werd gegeven van een aanzienlijke of voortdurende

tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens de opdracht.

De tweede aanbestedende overheid moet een eigen beoordeling verrichten. Zo moet zij nagaan of het volgens haar inderdaad gaat om een aanzienlijke tekortkoming die de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van de opdracht heeft aangetast. Meer concreet moet zij het belang van het uitbestede deel van de opdracht beoordelen en moet zij beoordelen of het optreden van de onderaannemer een negatieve invloed heeft gehad op de uitvoering van de opdracht. Ook moet zijzelf controleren of de opdracht een verplichting tot persoonlijke uitvoering inhield en of er voorafgaandelijk toestemming moest worden verkregen voor het inschakelen van onderaannemers.

Tevens moet de tweede aanbestedende dienst nagegaan of de uitbesteding aan een onderaannemer een wezenlijke wijziging vormt van de door de gekozen inschrijver ingediende offerte.

Daarnaast merkt het Hof op dat het tevens toekomt aan de tweede aanbestedende overheid om te oordelen of de inschrijver niet een gedrag vertoont in de zin van artikel 57, lid 4, onder h) door haar niet te informeren omtrent de vroegtijdige beëindiging van een eerdere en andere opdracht.

39. Het Hof stelt vervolgens dat indien de tweede aanbestedende overheid van oordeel is dat voldaan is aan artikel 57, lid 4, onder g) of h), zij de betrokken ondernemer de mogelijkheid moet bieden om aan te tonen dat de corrigerende maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

40. Het antwoord op de prejudiciële vraag is bijgevolg positief, op voorwaarde dat het gaat om een eigen beoordeling van de integriteit en de betrouwbaarheid en waarbij de conclusie is dat dergelijke onderaanneming leidt tot een breuk in de vertrouwensband. Niettemin kan pas tot uitsluiting worden overgegaan nadat aan de betrokken inschrijver de mogelijkheid wordt geboden om de corrigerende maatregelen uiteen te zetten.

4 Bestek

- *HvJ (vijfde kamer), 27 november 2019, C-402/18, Tedeschi Srl et Consorzio Stabile Istant Service t. C.M. Service Srl en Università degli Studi di Roma La Sapienza.*

41. De zaak had betrekking op de toewijzing van een overheidsopdracht door de Università La Sapienza aan een schoonmaakmaatschappij (GTE Tedeschi).

Voorwerp van het arrest betreft twee bepalingen van Italiaans recht inzake onderaanneming bij de uitvoering van een overheidsopdracht. Meer concreet wordt het beroep op onderaannemers beperkt tot 30% van de totale waarde

van de opdracht (hierna beperking van 30%) en mogen de onderaannemingsprijzen maximaal 20% lager liggen dan de uit de gunning voortvloeiende eenheidsprijzen (hierna beperking van 20%).

(i) Inzake de beperking van 30%

42. Richtlijn 2004/18, dewelke *in casu* van toepassing was *ratione temporis*, voorziet in de mogelijkheid voor inschrijvers om beroep te doen op onderaannemers ter uitvoering van de opdracht.

Middels verwijzing naar een eerder arrest stelt het Hof dat de aanbestedende dienst het recht heeft om onderaanneming te verbieden voor wat betreft wezenlijke onderdelen van de opdracht wanneer zij de capaciteit van die onderaannemer niet heeft kunnen nagaan bij het onderzoek van de inschrijvingen en de selectie van de ondernemer.

De regeling die in casu aan de orde is, verschilt evenwel van de voorgaande situatie aangezien de nationale regeling het beroep op onderaannemers op een abstracte wijze beperkt tot een bepaald percentage en dit ongeacht of de aanbestedende dienst de mogelijkheid had om de draagkracht en de bekwaamheid na te gaan en zonder beperking tot wezenlijke onderdelen van de opdracht. De nationale regeling is naar oordeel van het Hof dan ook niet verenigbaar met de richtlijn 2004/18.

Deze uitlegging wordt niet afgedaan door het betoog van de Italiaanse regering dat de beperking van 30% gerechtvaardigd is gelet op de infiltratie van criminele organisaties in overheidsopdrachten. Het Hof is van oordeel dat de bestrijding van dergelijke verschijnselen een legitieme doelstelling is die een beperking, van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU die van toepassing zijn op de plaatsingsprocedures, kan rechtvaardigen op voorwaarde dat de beperking niet verder gaat dan nodig om dit doel te bereiken. Het Hof is evenwel van oordeel dat dergelijke abstracte beperking verdergaat dan nodig om dit doel te bereiken. Het verbod geldt immers ongeacht de economische sector, de aard van de werken en de identiteit van de onderaannemer. Daarbij komt, volgens het Hof, dat het verbod in casu – zijnde een algemeen verbod – geen beoordeling per geval toelaat. Volgens het Hof kan deze nagestreefde doelstelling dan ook worden bereikt met minder restrictieve maatregelen.

Het Hof concludeert dat een vaste en abstracte beperking van onderaanneming strijdig is met de Richtlijn 2004/18, in het bijzonder met de onderliggende beginselen van daarvan.

(ii) Inzake de beperking van 20%

43. De beperking in casu betreft, volgens het Hof, een dwingende regel waarbij de niet-naleving resulteert in de uitsluiting van de inschrijver van de aanbestedingsprocedure. Het gaat ook hier om een algemene en abstracte beperking in die zin dat de beperking geldt ongeacht de economische sector, de betrokken activiteit of de geldende wetten, regelingen of collectieve overeenkomsten zowel nationaal of van de Unie inzake arbeidsvoorwaarden.

Een dergelijk beperking druist naar oordeel van het Hof in tegen de doelstelling die deze richtlijnen nastreven om overheidsopdrachten voor een zo groot mogelijke mededinging open te stellen en in het bijzonder om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot de overheidsopdrachten te bevorderen. Een dergelijke beperking kan immers het gebruik van onderaannemers minder aantrekkelijk maken.

44. Er worden drie doelstellingen aangevoerd ter rechtvaardiging van deze beperking: (i) een minimumloonbescherming voor de onderaannemers (ii) verzekeren van de uitvoerbaarheid van de inschrijving en de goede uitvoering van de opdracht en (iii) het beginsel van gelijke behandeling. Geen van deze doelstellingen rechtvaardigen de beperking naar oordeel van het Hof.

Wat betreft de bescherming van de werknemers in onderaanneming, aanvaardt het Hof dat in bepaalde gevallen deze doelstelling een beperking op onderaanneming kan rechtvaardigen.

Deze beperking gaat echter verder dan noodzakelijk om de werknemers in onderaanneming loonbescherming te bieden. De beperking van 20% laat immers geen ruimte voor een beoordeling per geval door de aanbestedende dienst, aangezien zij van toepassing is ongeacht of de sociale bescherming in acht is genomen die wordt gewaarborgd door de voor de betrokken werknemers toepasselijke wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, reglementen en collectieve overeenkomsten.

Wat betreft de doelstelling om de uitvoerbaarheid van de inschrijving en de goede uitvoering van de opdracht te willen verzekeren, stelt ook hier het Hof dat deze doelstelling in bepaalde gevallen een beroep op onderaanneming kan beperken. Evenwel is het Hof ook hier van oordeel dat de algemene en abstracte beperking onevenredig is met de doelstellingen en minder restrictieve maatregelen mogelijk zijn.

Ten slotte kan niet aangenomen worden dat de beperking van 20% gerechtvaardigd is in het licht van het beginsel van gelijke behandeling van marktdeelnemers. De omstandigheid dat een inschrijver zijn kosten kan beperken op grond van de prijzen die hij met onderaannemers bedingt, is niet in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, maar draagt eerder bij aan een sterkere concurrentie en bijgevolg tot de verwezenlijking van het doel dat wordt nagestreefd met de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

Uit wat voorafgaat volgt dat zowel de beperking van 30% van onderaanneming als de beperking van 20% strijdig zijn met richtlijn 2004/18.

- *HvJ (vijfde kamer), 26 september 2019, C-63/18, Vitali SpA t. Autostrade per l'Italia SpA.*

45. Autostrade per l'Italia heeft een niet-openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van werken voor de uitbreiding van de vijfde rijstrook van een Italiaanse autosnelweg.

De verwijzende rechter vraagt zich af of de beperking van onderaanneming tot 30% van het totaalbedrag van de opdracht conform is met de richtlijn 2014/24 en met de artikelen 49 en 56 VWEU. In tegenstelling tot het arrest C-402/18 van het Hof, werd de conformiteit van de Italiaanse beperking getoetst aan de richtlijn 2014/24 en niet aan haar voorganger (richtlijn 2004/18).

46. Alvorens in te gaan op de concrete toetsing verduidelijkt het Hof dat het gaat om een opdracht boven het toepasselijke Europese drempelbedrag zodat de vraag moet worden beantwoord aan de hand van de richtlijn 2014/24.

Net zoals onder de richtlijn 2004/18 geldt ook onder de richtlijn 2014/24 dat inschrijvers de mogelijkheid hebben om gebruik te maken van onderaannemers.

Evenwel gaat de richtlijn 2014/24 verder dan de richtlijn 2004/18 in die zin dat zij aanvullende regels vaststelt (artikel 25 van de richtlijn 2004/18 versus artikel 71 van de richtlijn). Zo kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken aan te geven of hij voornemens is beroep te doen op onderaannemers. Tevens is voorzien in de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden rechtstreekse betalingen aan de onderaannemer te verrichten. Daarnaast wordt bepaald dat aanbestedende diensten kunnen controleren – of hiertoe verplicht worden door de lidstaten – of er uitsluitingsgronden van ondernemers voorhanden zijn in de zin van artikel 57 van de richtlijn die verband houden met deelname aan een criminele organisatie, omkoping of fraude.

47. De vraag is of de beperking zoals voorzien in de nationale regeling conform is met de richtlijn 2014/24.

In dat kader merkt het Hof op dat volgens voormelde richtlijn de lidstaten de vrijheid hebben om in hun nationaal recht strengere regels uit te vaardigen dan die welke in de richtlijn zijn opgenomen aangaande onderaanneming, met dien verstande evenwel dat zij verenigbaar moeten zijn met het Unierecht.

De doelstelling die wordt nagestreefd door de beperking, nl. bestrijding van infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten, is naar oordeel van het Hof een legitieme doelstelling die een beperking op de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU kan rechtvaardigen.

Het Hof is evenwel van mening dat de nagestreefde doelstelling kan worden bereikt met minder restrictieve maatregelen. Het verbod geldt immers ongeacht de economische sector, de aard van de werken en de identiteit van de onderaannemer. Daarbij komt dat een dergelijk algemeen verbod geen mogelijkheid laat voor een beoordeling per geval door de aanbestedende dienst. Het gaat om een automatische uitsluiting ook wanneer de aanbestedende dienst de identiteit kan nagaan en van oordeel kan zijn dat na een dergelijke controle een verbod niet nodig is ter bestrijding van de georganiseerde misdaad.

De beperking is niet verenigbaar met de richtlijn 2014/24.

- *HvJ (negende kamer), 2 mei 2019, C-309/18, Lavorgna Srl t. Comune di Montelanico e.a.*

48. Het Hof werd gevat met de vraag of de beginselen van rechtszekerheid, gelijke behandeling en transparantie, zoals vervat in de richtlijn 2014/24, zich verzetten tegen een nationale regeling volgens welke het feit dat in een financiële offerte de arbeidskosten niet afzonderlijk zijn vermeld tot uitsluiting van die offerte leidt zonder mogelijkheid om de offerte aan te vullen of te verduidelijken en dit zelfs indien deze verplicht niet vermeld was in de aanbestedingsdocumenten.

49. Het Hof brengt in de eerste plaats de strekking van de beginselen in herinnering.

Zo vereist het gelijkheidsbeginsel dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Voor alle inschrijvers moeten bijgevolg dezelfde voorwaarden gelden.

Het transparantiebeginsel, stelt het Hof, heeft tot doel te waarborgen dat ieder risico van begunstiging of willekeur door de aanbestedende dienst wordt vermeden. Dit houdt in dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precies en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd in de aankondiging of het bestek. Dit heeft voor gevolg dat iedere inschrijver de juiste draagwijdte ervan zou kunnen begrijpen en deze op eenzelfde manier interpreteren. Ook voor de aanbestedende overheid heeft dit zijn nut aangezien het deze in staat stelt om daadwerkelijk na te gaan of de offertes beantwoorden aan de toepasselijke criteria.

Op basis van deze beginselen kan een ondernemer niet worden uitgesloten omdat hij een verplichting niet is nagekomen die niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten of in de geldende nationale regeling is vermeld, maar die volgt uit een uitlegging van die wet en die documenten en uit de opvulling van de leemtes in bedoelde documenten door de nationale autoriteiten of bestuursrechters. Deze beginselen verzetten zich daarentegen volgens het Hof niet tegen een uitsluiting omdat de inschrijver een verplichting niet is nagekomen die op straffe van uitsluiting is opgelegd in de aanbestedingsdocumenten of door de geldende nationale bepalingen.

In dat kader merkt het Hof op dat volgens artikel 56, lid 3 van de Richtlijn 2014/24 lidstaten tevens de mogelijkheid hebben om een beperking te stellen aan de gevallen waarin aan een ondernemer kan worden verzocht om de offerte aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen.

Het Hof komt bijgevolg tot de conclusie dat de beginselen van gelijke behandeling en het transparantie zich niet verzetten tegen de nationale regelgeving die in een uitsluiting voorziet zonder mogelijkheid tot aanvulling of verduidelijking ook in geval de aankondiging niet duidelijk verwijst naar de wettelijke verplichting.

Ten slotte merkt het Hof op dat in geval het voor de inschrijvers onmogelijk was om de vereiste informatie te voegen of er dienaangaande verwarring is ontstaan bij de inschrijvers – hetgeen beoordeeld dient te worden door de verwijzende rechter – de aanbestedende dienst, op grond van de beginselen van rechtszekerheid, transparantie en evenredigheid, de mogelijkheid kan bieden aan een inschrijver om de situatie te hertellen en om binnen een door de aanbestedende dienst vastgestelde termijn te voldoen aan de verplichtingen die in de nationale wetgeving zijn vastgelegd.

5 Rechtsbescherming

- *HvJ (vierde kamer), 29 juli 2019, C-620/17, Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe t. Fővárosi Törvényszék*

50. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de beginselen inzake lidstaataansprakelijkheid voor schade aan particulieren wegens schending van het Unierecht door een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechter aldus moet worden uitgelegd dat:

1. De aansprakelijkheid van de lidstaat moet worden beoordeeld op basis van het nationaal recht
2. Het beginsel van gezag van gewijsde de aansprakelijkheid van die lidstaat uitsluit
3. Er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht wanneer de in laatste aanleg rechtsprekende rechter weigert een voor hem opgeworpen vraag over de uitlegging van het Unierecht aan het Hof voor te leggen
4. Deze zich verzetten tegen een nationaalrechtelijke regel die de kosten die een partij als gevolg van de betrokken rechterlijke beslissing heeft moeten maken uitsluit van de te vergoeden schade.

51. De beoordeling van het Hof vangt aan met de voorwaarden voor lidstaat-aansprakelijkheid. De benadeelde particulieren hebben conform vaste rechtspraak recht op schadevergoeding wanneer voldaan is aan drie voorwaarden: het geschonden voorschrift van het Unierecht strekt ertoe hen rechten toe te kennen (1), het betreft een voldoende gekwalificeerde schending van het voorschrift (2) en er is een rechtstreeks causaal verband tussen de schending en de schade (3).

Deze voorwaarden gelden ook wanneer de schade het gevolg is van een met een Unierechtelijke regel strijdige beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechter.

Ter zake merkt het Hof op dat naar nationaal recht een lidstaat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.

52. Vervolgens stelt het Hof vast dat het beginsel van gezag van gewijsde zich er niet tegen verzet dat het beginsel van lidstaataansprakelijkheid wordt erkend voor beslissingen van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechter die in strijd zijn met een Unierechtelijke regel. Het Hof merkt in dat kader op dat een schending in dergelijk geval gewoonlijk niet meer kan worden hersteld zodat zij niet de mogelijkheid mogen worden ontzegd om de staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming te verkrijgen.

53. Ten derde merkt het Hof op dat de voorwaarden hogervermeld moet worden toegepast overeenkomstig de richtsnoeren van het Hof.

Wat betreft de tweede voorwaarde merkt het Hof op dat de lidstaat pas aansprakelijk is wanneer het toepasselijke recht kennelijk werd geschonden. Om te oordelen of het gaat om een voldoende gekwalificeerde schending moet rekening worden gehouden met de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel (1), met de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel laat aan de nationale autoriteiten (2), met het al dan niet opzettelijk karakter van de schending of de schadeveroorzaking (3), met de vraag of een eventuele onjuiste rechtsopvatting al dan niet verschoonbaar is (4), met de vraag of een handelswijze van een instelling van de Europese Unie heeft kunnen bijdragen tot de vaststelling of instandhouding van een strijdig maatregel of praktijk (5), met het feit dat de betrokken nationale rechter zijn verplichting heeft verzuimd om een prejudiciële vraag te stellen (6).

Naar oordeel van het Hof is er sprake van een voldoende gekwalificeerde schending wanneer kennelijk voorbij wordt gegaan aan de rechtspraak van het Hof.

54. In de vierde plaats stelt het Hof dat een lidstaat de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan moet maken overeenkomstig het nationaal aansprakelijkheidsrecht.

In dat kader gelden twee beginselen volgens het Hof: het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt in dat de nationale voorwaarden inzake schadevergoeding niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden. Het ter zake geldende doeltreffendheidsbeginsel houdt in dat de nationale voorwaarden inzake schadevergoeding niet van dien aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van een schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

Een daadwerkelijke bescherming houdt volgens het Hof in dat de schadevergoeding adequaat is ten opzichte van de geleden schade.

55. Bovenstaande brengt het Hof ertoe te oordelen dat een nationale regeling op grond waarvan de kosten die een partij heeft gemaakt worden uitgesloten van de te vergoeden schade, het in de praktijk uiterst moeilijk of onmogelijk kan maken om een adequate vergoeding te verkrijgen voor de geleden schade. Het Unierecht verzet zich dan ook tegen een dergelijke regeling.

56. Het Hof wordt tevens gevat aangaande de richtlijnen 89/665 en 92/13.

Het Hof brengt in herinnering dat deze richtlijnen de lidstaten de verplichting opleggen om in het kader van aanbestedingsprocedures de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat tegen besluiten van aanbestedende diensten op doeltreffende wijze en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften ter omzetting van het Unierecht geschonden zijn.

Zij hebben als doel ondernemers te beschermen tegen willekeur van de aanbestedende dienst en zij beogen aldus te garanderen dat in alle lidstaten doeltreffende voorzieningen in rechte beschikbaar zijn, teneinde een daadwerkelijke naleving van de voorschriften van de Unie inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongegaan kunnen worden gemaakt.

Geen van beide richtlijnen bevatten specifieke bepalingen inzake de voorwaarden die gelden voor het instellen van dergelijke beroepen. Zij bevatten enkel minimumvoorwaarden waaraan de nationale beroepsprocedures moeten voldoen.

Bovendien beklemtoont het Hof het belang van het beginsel van gezag van gewijsde. Dit draagt bij aan de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekking. Hieruit volgt naar oordeel van het Hof dat het Unierecht een nationale rechter niet gebiedt om nationale procedureregels inzake gezag van gewijsde buiten toepassing te laten ook al zou daardoor een nationale situatie die onverenigbaar is met het Unierecht daardoor kunnen worden hersteld.

57. Indien het nationaal recht voorziet in de mogelijkheid voor een nationale rechter om terug te komen op een in kracht van gewijsde gedane beslissing om een uit die beslissing voortvloeiende situatie met het nationaal recht verenigbaar te maken, moet deze mogelijkheid ook bestaan om een situatie weer in overeenstemming te brengen met het Unierecht dit gelet op de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

- *HvJ (tiende kamer), 5 september 2019, C-333/18, Lombardi Srl t. Comune di Auletta e.a.*

58. Een overheidsopdracht wordt aan een onderneming gegund. Een afgewezen inschrijver stelt beroep tegen de gunningsbeslissing in.

De gekozen onderneming stelt incidenteel beroep in waarin zij betoogt dat de afgewezen inschrijver had moeten worden uitgesloten van de aanbesteding.

Het incidenteel beroep wordt eerst door de eerste rechter onderzocht en ingewilligd. De afgewezen inschrijver had moeten worden uitgesloten van de aanbesteding. Bijgevolg wordt het (in hoofdorde) beroep van de afgewezen inschrijver onontvankelijk verklaard wegens gebrek aan belang.

De zaak gaat in beroep en een prejudiciële vraag wordt aan het Hof voorgelegd.

De Italiaanse Raad van State wilt met name vernemen of de inwilliging van dergelijke incidenteel beroep van de gekozen onderneming en de daaruit voortvloeiende niet-ontvankelijkheid van de hoofdorde vordering van een afgewezen inschrijver strijdig is met artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665.

59. Het Hof merkt op dat uit artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665 blijkt dat beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst slechts als doeltreffend kunnen worden aangemerkt indien zij op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

Daaruit volgt dat de incidentele vordering van de gekozen inschrijver er niet toe mag leiden dat het beroep van de afgewezen inschrijver wordt verworpen ingeval de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure. In een dergelijke situatie kan immers elk van de concurrenten een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, wat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren.

De afgewezen inschrijver heeft immers een legitiem belang bij de uitsluiting van de offerte van de gekozen inschrijver en van de inschrijver die als tweede staat gerangschikt, aangezien zelfs wanneer zijn offerte onregelmatig wordt geacht, niet kan worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst moet vaststellen dat er geen andere regelmatige offerte kan worden geselecteerd, en daarop een nieuwe procedure organiseert.

Bijgevolg, een nationale procesregel die toelaat een hoofdvordering louter niet-ontvankelijk te verklaren omdat een incidenteel beroep vooraf werd ingewilligd, is strijdig met artikel 1 van richtlijn 89/665. De rechter had de twee beroepen ten gronde moeten onderzoeken.

6 Wezenlijke wijziging

- *HvJ (vijfde kamer), 18 september 2019, C-526/17, Europese Commissie t. Italiaanse Republiek*

60. Het Hof werd gevat met de situatie waarin de Italiaanse republiek een overeenkomst van 2009 de concessie van de autosnelweg A12 werd verlengd van 31 december 2028 tot 31 december 2046 en dit zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. De einddatum van de overeenkomst van 2009 was vastgelegd op 31 december 2028.

De Commissie meent dat de dat deze verlenging strijdig is met artikelen 2 en 58 van de Richtlijn 2004/18 daar het substantiële wijziging zou inhouden.

61. Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich ertegen dat de aanbestedende dienst en de concessiehouder na de gunning van een concessieovereenkomst voor openbare werken aan de bepalingen van hun concessieovereenkomst zodanige wijzigingen aanbrengen dat deze bepalingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst. Dit is het geval wanneer de voorgenomen wijzigingen tot gevolg hebben dat hetzij de concessieovereenkomst voor openbare werken in belangrijke mate wordt uitgebreid tot elementen die niet waren voorzien, hetzij het economisch evenwicht van deze overeenkomst in het voordeel van de concessiehouder wordt gewijzigd, hetzij deze wijzigingen de gunning van de concessieovereenkomst voor openbare werken ter discussie kunnen stellen, in die zin dat in het geval waarin deze wijzigingen waren opgenomen in de documenten die de procedure voor de oorspronkelijke gunning regelden, een andere inschrijving zou zijn gekozen of andere inschrijvers hadden kunnen worden toegelaten.

Een wezenlijke wijziging van een concessieovereenkomst voor openbare werken moet dus in beginsel leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde overeenkomst. De ten tijde van deze wijziging geldende wetgeving van de Unie is van toepassing. In dit opzicht is het feit dat de oorspronkelijke concessieovereenkomst is gesloten in 1969 vóór de vaststelling van de Unievoorschriften ter zake dus niet van belang.

Het Hof stelt vast dat de wijziging van de einddatum een aanzienlijke verlenging van de exploitatieduur oplevert en dat de vergoeding van de concessiehouder aanzienlijk wordt verhoogd aangezien hij zijn inkomsten haalt uit de exploitatie.

De verlenging van de oorspronkelijke looptijd vormt een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de bestaande concessie en is bijgevolg in strijd met de verplichting van gelijke behandeling van artikel 2 van de richtlijn en de verplichting tot bekendmaking van een aankondiging van opdracht van artikel 58 van de richtlijn.