

Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht

– Mr. E. Verweij, mr. I.A.F. Hendriksen, mr. S.J. Petiet en mr. D.C. Orobio de Castro¹

Deze jaarlijks verschijnende kroniek vat een aantal belangrijke uitspraken samen die door het Europese Hof van Justitie (Hof) zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de tweede helft van 2017 en de eerste helft van 2018. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerdere jaargangen van dit tijdschrift.²

De arresten die in deze kroniek worden behandeld beslaan uiteenlopende aanbestedingsrechtelijke thema's, waaronder:

- het begrip 'publiekrechtelijke instelling' (arrest *LitSpecMet*) en 'overheidsopdracht' (arrest *Tirrkonen*);
- dienstenconcessies versus verdeling van schaarre rechten (arrest *Malpensa Logistica Europa*);
- uitgezonderde opdrachten wegens toepasselijke procedurevoorschriften van een internationale organisatie (arrest *Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România*) of nationale veiligheid en staatsbelang (arrest *Commissie/Oostenrijk*);
- technische specificaties (arrest *VAR* en *ATM*);
- uitsluitingsgronden (arrest *Mantovani/Bolzano*);
- verbod op inschrijving door verbonden ondernemingen (arresten *Specializuotas Transportas* en *Lloyd's of London*);
- eisen aan economische en financiële draagkracht (arrest *Ingsteel Metrostav*);
- beroep op derden (arrest *Casertana Costruzioni*);
- herstel omissies in een inschrijving (arrest *MA.TI. SUD* en *Duemme SGR*);

- duidelijk grensoverschrijdend belang (arresten *Oftalma Hospital* en *Commissie/Oostenrijk*);
- verplichting tot overname van werknemers na een aanbesteding (arrest *Securitas*);
- tussentijdse beëindiging van een gunningprocedure (*EuropaWay* en *Persidera*);
- schadevergoeding wegens een gemiste kans op gunning (arresten *Agriconsulting/Commissie* en de twee arresten *EUIPO/European Dynamics*); en
- de beginselen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) (arresten *Unibet International*, *Global Starnet* en *Sporting Odds*).

Net als voorgaande jaren zijn de arresten gewezen onder de vigeur van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Bij de besproken arresten dus nog geen arresten waarbij een van de nieuwe richtlijnen (2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU) toepasselijk wordt geacht. Wel behandelt het Hof in hoeverre de nieuwe richtlijnen een rol kunnen spelen bij de uitleg van een voorgaande richtlijn (zie het in deze kroniek besproken arrest *Casertana Costruzioni*).

De arresten worden hierna in chronologische volgorde behandeld.

1. HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16 (Unibet International)

Vrij verkeer van diensten. Dienstenconcessie. Art. 56 VwEU

Deze zaak betreft de toelaatbaarheid van bepaalde nationale regels voor de verlening van dienstenconcessies voor kansspelen. De zaak is gewezen onder oud recht, toen dienstenconcessies nog waren uitgezonderd van de aanbestedingsrichtlijnen.³ Zie ook het verderop besproken arrest *Sporting Odds*.

Unibet is een onderneming actief op het gebied van online kansspelen in verschillende lidstaten.

¹ Erik Verweij, Iris Hendriksen, Simon Petiet en David Orobio de Castro zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Dit artikel kwam mede tot stand dankzij mr. Emma van Dam en Justine Schellekens, respectievelijk advocaat en student-stagiaire bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

² Zie voor de meest recente kronieken: E. Verweij, I.A.F. Hendriksen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2017/141; E. Verweij, I.A.F. Hendriksen en E.M. van Dam, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2016/133; D.C. Orobio de Castro, E. Verweij en I.A.F. Hendriksen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2015/144; E. Verweij en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2014/183.

³ Artikel 17 richtlijn 2004/18/EG (oud). Zie thans richtlijn 2014/23/EU, hoofdstuk 2a Aanbestedingswet 2012.

In 2014 werd haar website in Hongarije afgesloten omdat Unibet niet over de in Hongarije vereiste vergunningen en concessies beschikte. Unibet stelde beroep in bij de Hongaarse rechter. Zij meende dat het voor haar onmogelijk was om een concessie voor de online kansspelen te verkrijgen in Hongarije. Volgens lokale wetgeving waren concessies uitsluitend te verkrijgen door ondernemingen die ten minste tien jaar kansspelen in Hongarije organiseren. De Hongaarse rechter vroeg zich af of die nationale regeling verenigbaar is met het vrije verkeer van diensten uit art. 56 VwEU. Die vraag werd voorgelegd aan het Hof.

Het Hof overweegt dat art. 56 VwEU de opheffing vereist van iedere beperking die de werkzaamheden van de dienstverlener verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt.⁴ De nationale regeling vormt een inbreuk op art. 56 VwEU.⁵ Niettemin kan zo'n inbreuk worden gerechtvaardigd door doelstellingen van algemeen belang, zoals bescherming van consumenten en de maatschappelijke orde.⁶ De lidstaten kunnen kansspelen geheel of gedeeltelijk verbieden, beperken of aan controle onderwerpen, mits dat noodzakelijk en proportioneel is.⁷

Een nationaal stelsel van concessies en vergunningen voor kansspelen moet voorts zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf bekendgemaakt zijn.⁸ Daarbij moeten de autoriteiten transparantie in acht nemen. Als dienstverleners uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de concessie, moet een passende mate van openbaarheid in acht genomen worden zodat de concessie voor mededinging open staat.⁹ Tot slot vereist het rechtszekerheidsbeginsel dat nationale rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn.¹⁰

Het Hof acht de nationale regeling discriminerend. Haangezien nationale ondernemingen er makkelijker aan kunnen voldoen dan ondernemingen uit andere lidstaten. Een dergelijke ongelijke behandeling kan niet op doelstellingen van algemeen belang worden gerechtvaardigd. Het Hof acht de regeling dan ook in strijd met art. 56 VwEU.

2. HvJ EU 13 juli 2017, C-701/15 (Malpensa Logistica Europa)

Verdeling schaarse rechten. Luchthavenfaciliteiten. Richtlijnen 2004/17/EG en 96/67/EG

Società Esercizi Aeroportuali SpA (SEA) is de beheerder van de Italiaanse luchthaven Milaan-Malpensa. SEA wees aan Beta-Trans ruimtes op de luchthaven toe voor grondafhandelingsdiensten. Volgens Malpensa Logistica, een concessiehouder van ruimtes voor goederenbehandelingsactiviteiten, was dat onrechtmatig omdat er geen aanbesteding had plaatsgevonden.

Op basis van Italiaans recht moest vrije toegang tot de grondafhandelingsmarkt worden verleend aan iedere dienstverlener van een bepaalde omvang. De nationale regeling voorzag in de toekenning van ruimte voor grondafhandelingsactiviteiten zonder voorafgaande openbare aanbesteding. De verwijzende rechter wenste te vernemen of dat in strijd is met richtlijn 2004/17/EG.

Richtlijn 2004/17/EG is - blijkens art. 7 daarvan - onder meer van toepassing op de exploitatie van luchthavens. Het Hof meent echter dat het toekennen van ruimtes niet kan worden aangemerkt als een opdracht voor diensten. Er wordt immers geen dienst tegen betaling uitgevoerd. Bovendien hoeft niet nagegaan te worden of sprake is van een dienstenconcessie. Dergelijke concessies zijn immers uitgezonderd in art. 18 richtlijn 2004/17/EG.¹¹ Het Hof oordeelt derhalve dat richtlijn 2004/17/EG niet van toepassing is.

Wel acht het Hof richtlijn 96/67/EG van toepassing. Het betreft een bijzondere Unierechtelijke regeling voor de verdeling van ruimtes op luchthavens voor de grondafhandelingsmarkt. Kort gezegd, voorziet die richtlijn in een eerlijke verdeling van dergelijke schaarse rechten op basis van objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria. Die richtlijn verplicht echter niet tot het organiseren van een aanbesteding. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of SEA aan richtlijn 96/67/EG heeft voldaan.

⁴ HvJ EG 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 51; HvJ EG 3 oktober 2000, C-58/98 (*Corsten*) r.o. 33; HvJ EEG 25 juli 1991, C-76/90 (*Säger*), r.o. 12.

⁵ HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (*Pfleger*), r.o. 39; HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 42.

⁶ HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 46.

⁷ HvJ EU 8 september 2010, C-46/08 (*Carmen Media Groep*), r.o. 46; HvJ EG 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 58; HvJ EG 21 oktober 1999, C-67/98 (*Zenatti*), r.o. 33 - 34; HvJ EG 21 september 1999, C-124/97 (*Läärä*), r.o. 35 en 36; HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 48 en 53; HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*), r.o. 63.

⁸ HvJ EU 4 februari 2016, C-336/14 (*Ince*), r.o.55; HvJ EU 24 januari 2013, C-186/11 en C-209/11 (*Stanleybet International*), r.o. 47; HvJ EU 8 september 2010, C-46/08 (*Carmen Media Groep*), r.o. 90.

⁹ HvJ EU 9 september 2010, C-/64/08 (*Engelman*), r.o. 49 en 50.

¹⁰ HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14 (*Berlington Hungary*), r.o. 77; HvJ EU 12 december 2013, C-362/12 (*Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*), r.o. 44; HvJ EG 17 juli 2008, C-347/06 (*ASM Brescia*), r.o. 69; HvJ EG 7 juni 2005, C-17/03 (*VEMW*), r.o. 80 en aldaar genoemde rechtspraak.

¹¹ Zie thans richtlijn 2014/23/EU, hoofdstuk 2a Aanbestedingswet 2012.

3. HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16 (Ingsteel Metrostav)

Bewijsstukken economische en financiële draagkracht. Art. 47 richtlijn 2004/18/EG

De Slowaakse voetbalbond hield in 2013 een aanbesteding voor de renovatie, modernisering en verbouwing van 16 voetbalstadions. Eén van de selectiecriteria zag op de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers. Inschrijvers moesten deze draagkracht aantonen met een bankverklaring. In die verklaring diende de bank toe te zeggen aan de inschrijver dat hem een lening van minstens € 3 miljoen werd verstrekt, die geldig was voor de gehele duur van de opdracht.

Inschrijver Ingsteel Metrostav had niet zo'n verklaring verstrekt. In plaats daarvan diende zij een bankverklaring in dat zij beschikte over een rekening courant. Ook beloofde Ingsteel Metrostav € 3 miljoen op haar rekening aan te houden gedurende de uitvoering van de opdracht. De aanbestedende dienst meende dat dit niet de gevraagde bewijsmiddelen betrof. Ingsteel Metrostav werd derhalve uitgesloten. Zij ging in beroep bij de Slowaakse rechter die zich wendde tot het Hof.

Het Hof merkt op dat uit art. 47 richtlijn 2004/18/EG volgt dat aanbestedende diensten een ruime vrijheid hebben bij het verlangen van bewijsmiddelen. Wel moeten de gevraagde bewijsmiddelen verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, en dus objectief geschikt zijn voor het bepalen van de financiële draagkracht.¹² Het gelijkheids- en transparantiebeginsel (art. 2 van richtlijn 2004/18) vereisen voorts dat eisen voor deelname vooraf bekendgemaakt zijn.¹³

Een eis dat een bankverklaring moet zien op de beoogde uitvoering van de opdracht - en dus geen algemeen geformuleerde kredietovereenkomst mag zijn - voldoet volgens het Hof aan die criteria. Dat geldt ook voor een eis dat uit de bankverklaring moet blijken dat het bedrag gedurende de uitvoering van de opdracht gegarandeerd beschikbaar is.¹⁴ De verklaring die Ingsteel Metrostav had ingediend, voldeed niet aan die eisen. Haar uitsluiting was in zoverre dus rechtmatig.

Vervolgens is de vraag of Ingsteel Metrostav een alternatief bewijsmiddel mocht indienen omdat haar bank de litigieuze verklaring weigerde te verstrekken. Is dat een gegronde reden in de zin van art. 47 lid 5 richtlijn 2004/18/EG voor zo'n alter-

natief bewijsmiddel? Het Hof meent dat de verwijzende rechter dat moet beoordelen. Als die vaststelt dat het voor Ingsteel Metrostav onmogelijk was om de litigieuze verklaring in Slowakije te verkrijgen, kan dat kwalificeren als een gegronde reden. Daarna dient de verwijzende rechter uit te maken of het door Ingsteel Metrostav ingediende alternatief geschikt is.

4. HvJ EU 26 juli 2017, C-560/15 (Europa Way and Persidera)

Tussentijdse beëindiging 'beauty contest'. Unierechtelijk vertrouwensbeginsel

Deze uitspraak betreft een complex dispuut tussen enerzijds ondernemingen die in aanmerking wilden komen voor gebruiksrechten van radiofrequenties in Italië en anderzijds een aantal Italiaanse overheidslichamen. In dat kader stelde de Italiaanse rechter een aantal prejudiciële vragen. Die vragen hebben grotendeels betrekking op specifieke EU-regelgeving op het gebied van elektronische communicatiediensten en -netwerken. Die vragen blijven hier buiten bespreking.

Voor aanbestedingsjuristen is echter wel interessant dat in eerste instantie een 'beauty contest' was uitgeschreven voor de verdeling van de radiofrequenties. Daarbij waren verschillende 'percelen' geopend waarnaar kon worden meegedongen. Voor twee percelen was er slechts één inschrijver. De desbetreffende inschrijvers - één per perceel - rekenden (dus) op toekenning van de frequentie waarop het perceel betrekking had. Echter, de beauty contest werd tussentijds beëindigd en vervangen door een andere procedure op grond waarvan kon worden meegedongen naar de desbetreffende frequenties. De betrokken inschrijvers betoogden dat met het afbreken van de 'beauty contest' het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel was geschonden. Deze stelling werd onderwerp van een prejudiciële vraag.

Het Hof legt allereerst uit dat het vertrouwensbeginsel één van de fundamentele beginselen is van de Unie.¹⁵ Het vertrouwensbeginsel moet niet alleen in acht worden genomen door instellingen van de Europese Unie, maar ook door de lidstaten bij de uitoefening van aan hen door de richtlijnen van de Unie verleende bevoegdheden.¹⁶ Precieze, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende inlichtingen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn vormen, ongeacht de vorm

¹² HvJ EU 8 oktober 2012, C-218/11 (*Hochtief*), r.o. 28 - 29.

¹³ HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*), r.o. 37; en HvJ EG 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04, (*La Cascina*), r.o. 32.

¹⁴ HvJ EU 14 januari 2016, C-234/14 (*Ostas celtņieks*), r.o. 26; HvJ EG 2 december 1999, C-176/98 (*Holst Italia*), r.o. 29; HvJ EG 14 april 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam Groep I*), r.o. 17.

¹⁵ HvJ EU 14 maart 2013, C-545/11, (*Agrar Genossenschaft Neuzelle*), r.o. 23.

¹⁶ HvJ EU 9 juli 2015, C-183/14 (*Salomie en Oltean*), r.o. 30.

waarin zij worden medegedeeld, toezeggingen die dergelijke verwachtingen kunnen wekken.¹⁷

In het onderhavige geval oordeelt het Hof dat de procederende inschrijvers weliswaar in de respectievelijke percelen als enige in aanmerking kwamen voor gunning, maar dat daarmee nog niet sprake is geweest van toewijzing van een radiofrequentie. Ook overigens blijkt volgens het Hof niet dat er een precieze en onvoorwaardelijke toezegging is gedaan dat een radiofrequentie zou worden toegewezen. Het enkele feit dat de betrokkenen als enige inschreven op een perceel, acht het Hof onvoldoende voor een beroep op het vertrouwensbeginsel.

5. HvJ EU 14 september 2017, C-223/16 (Casertana Costruzioni)

Beroep op derden. Wijziging hoedanigheid combinatie. Uitleg richtlijn 2004/18/EG naar nieuwe richtlijn 2014/24/EU? Art. 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG

Deze zaak betreft een aanbesteding in Italië waarbij als geschiktheidseis was gesteld dat inschrijvers moesten beschikken over een bepaalde certificering. Casertana participeerde in een combinatie die had ingeschreven. Om aan voornoemde eis te voldoen, beriep Casertana zich op haar combinanten. Na inschrijving bleek een van die combinanten echter niet langer aan de eis te voldoen. De vraag was vervolgens of de combinatie van Casertana moest worden uitgesloten dan wel de betreffende combinant mocht worden vervangen. Het Italiaanse recht verbood zo'n vervanging. De Italiaanse rechter legde die vraag voor aan het Hof.

Het Hof stelt allereerst vast dat de oude richtlijn 2004/18/EG van toepassing is. Op grond van art. 47 lid 2 en 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG hebben ondernemers het recht zich te beroepen op derden. Wel moeten zij aantonen over die derden te kunnen beschikken bij de uitvoering van de opdracht.¹⁸ Vervolgens is de vraag of art. 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG uitgelegd moet worden in het licht van het corresponderende art. 63 lid 1 richtlijn 2014/24/EU. Zoals al eerder geoordeeld,¹⁹ meent het Hof van niet. Anders dan art. 63 lid 1 richtlijn 2014/24/EU, vermeldt art. 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG niet uitdrukkelijk hoe een ondernemer zich kan beroepen op derden en dat een

derde kan worden vervangen als deze niet langer voldoet aan de betreffende eisen. Het Hof meent dat art. 63 lid 1 richtlijn 2014/24/EU derhalve een ingrijpende wijziging inhoudt ten opzichte van art. 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG. De nieuwe richtlijn mag dus niet gebruikt worden voor de uitleg van de oude richtlijn. De vraag of Casertana haar combinant mocht vervangen wordt dus uitsluitend beantwoord op basis van art. 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG.

Bij het antwoord op die vraag wijst het Hof op de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie.²⁰ Die beginselen brengen mee dat een ingediende inschrijving in beginsel niet mag worden aangepast. Het Hof wijst voorts op eerdere rechtspraak waaruit volgt dat het wijzigen van de samenstelling of identiteit van de onderneming waaraan gegund is, een wezenlijke wijziging kan inhouden. Dat kan leiden tot een plicht tot heraanbesteding.²¹ Een dergelijk oordeel heeft het Hof eerder ook gegeven voor vervanging van bepaalde onderaannemers.²²

Het Hof meent dat als Casertana in de gelegenheid wordt gesteld om een combinant te vervangen die op straffe van uitsluiting niet langer aan de eis voldoet, dat een substantiële wijziging van de inschrijving en zelfs de identiteit van de combinatie zou betekenen. Zo'n wijziging zou de aanbestedende dienst verplichten om nieuwe controles te verrichten. Het zou de combinatie een voordeel kunnen opleveren doordat zij haar inschrijving kan optimaliseren, aldus het Hof.

De slotsom is dat art. 47 lid 2 en 48 lid 3 richtlijn 2004/18/EG niet in de weg staan aan een Italiaanse regeling die verbiedt dat een combinant na inschrijving wordt vervangen. Wij merken daarbij op dat het Hof in een andere zaak wél toestond dat - onder voorwaarden - er na inschrijving bepaalde wijzigingen plaatsvonden in de samenstelling van een combinatie.²³

6. HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15 (LitSpecMet)

Dochtervennootschap van aanbestedende dienst een 'publiekrechtelijke instelling'? Behoeften van algemeen belang. Art. 1 lid 9 richtlijn 2004/18/EG

In deze zaak staat de vraag centraal of VLRD, een 100 % dochteronderneming van het Litouwse spoorwegbedrijf, een publiekrechtelijke instelling is en dus een aanbestedende dienst. Bijna 90 % van

¹⁷ HvJ EU 17 maart 2011, C-221/09 (*AJD Tuna*), r.o. 72; HvJ EU 16 december 2010, C-537/08 P (*Kahla Thüringen Porzellan/Commissie*), r.o. 63.

¹⁸ HvJ EU 7 april 2016, C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz*), r.o. 51; HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12 (*Mannocchi*), r.o. 29 e.v. Zie ook: HvJ EG 14 april 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam Groep I*), r.o. 17; en HvJ EG 2 december 1999, C-176/98 (*Holst Italia*), r.o. 29; HvJ EG 18 maart 2004, C-314/01 (*Siemens*). Vgl. ook: HR 22 juni 2007, NJ 2007/519 (*Staat/Stevin*).

¹⁹ HvJ EU 7 april 2016, C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz*), r.o. 87 - 90.

²⁰ HvJ EU 7 april 2016, C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz*), 62; HvJ EU 4 mei 2017, C-387/14 (*Esaprojekt*), r.o. 36.

²¹ HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13 (*Idrodinamica Spurgo*), r.o. 39; HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 40.

²² HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 39.

²³ HvJ EU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Hojgaard en Zublin*), r.o. 44.

de omzet van VLRD bestond uit orders van het Litouws spoorwegbedrijf. Niet ter discussie stond dat het Litouws spoorwegbedrijf zelf een aanbestedende dienst was. Richtlijn 2004/18/EG was van toepassing.

Het Hof merkt op dat het begrip 'publiekrechtelijke instelling' functioneel en ruim moet worden uitgelegd.²⁴ Voorts zijn de voorwaarden uit de definitie van 'publiekrechtelijke instelling' (art. 1 lid 9 richtlijn 2004/18/EG) cumulatief.²⁵ VLRD lijkt te voldoen aan die voorwaarden. Er dient echter te worden onderzocht of ook is voldaan aan de voorwaarde dat VLRD is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Daarbij moet worden gekeken naar VLRD zelf en niet zozeer naar haar moederbedrijf. Een onderneming kan dus niet reeds als aanbestedende dienst worden beschouwd, enkel omdat zij door een aanbestedende dienst is opgericht of omdat haar activiteiten door een aanbestedende dienst worden gefinancierd.²⁶ Nagegaan moet worden of VLRD is opgericht met het specifieke doel (daadwerkelijk) te voorzien in behoeften van *algemeen belang*. Als dat het geval is, moet vervolgens worden beoordeeld of die behoeften al dan niet van *industriële of commerciële aard* zijn.²⁷

VLRD is specifiek opgericht om te voorzien in de behoeften van de Litouwse spoorwegen. VLRD levert goederen en diensten (waaronder de productie en onderhoud van treinstellen) die de Litouwse spoorwegen in staat stellen haar passagiers- en vrachtvervoer te verzekeren. De activiteiten van VLRD zijn noodzakelijk om de Litouwse spoorwegen in staat te stellen te voorzien in diens behoeften van algemeen belang. Derhalve wordt VLRD geacht zelf ook te voorzien in behoeften van *algemeen belang* (hetgeen de verwijzende rechter echter moet verifiëren). Niet relevant is dat VLRD ook activiteiten met een winst oogmerk verricht op een concurrerende markt.²⁸

Vervolgens beoordeelt het Hof of de behoeften van algemeen belang van *niet-industriële en niet-commerciële aard* zijn. Bij die beoordeling moet worden gelet op alle relevante elementen, rechtens

en feitelijk. Indien VLRD onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en met de uitoefening van haar activiteiten verbonden verliezen draagt, is het weinig waarschijnlijk dat sprake is van het voorzien in behoeften van niet-industriële en niet-commerciële aard.²⁹ Een sterke concurrentie betekent echter op zichzelf nog niet dat géén sprake is van een behoefte van algemeen belang van niet-industriële en niet-commerciële aard. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of VLRD, ten tijde van de gunning, opereerde in een situatie van concurrentie en zich kon laten leiden door andere dan economische overwegingen.

Het Hof concludeert - kort gezegd - dat een 100% dochteronderneming van een aanbestedende dienst een 'publiekrechtelijke instelling' is als (i) de aanbestedende dienst zonder de activiteiten van de dochteronderneming zijn eigen activiteiten niet kan uitoefenen; en (ii) de dochteronderneming zich bij het vervullen van behoeften van algemeen belang laat leiden door andere dan economische overwegingen.

7. HvJ EU 19 oktober 2017, C-200/16 (Securitas)

Overgang van onderneming. Richtlijn 2001/23/EG

Onderhavige zaak betreft de vraag of sprake is van een overgang van onderneming in arbeidsrechtelijke zin na een gehouden aanbesteding. Wij bespreken enkele relevante onderdelen.

In 2013 hield de Portugese Portos dos Açores een openbare aanbesteding voor bewakings- en beveiligingsdiensten. De opdracht werd aan Securitas gegund. ICTS, de zittende dienstverlener, meldde vervolgens aan enkele werknemers dat hun arbeidsovereenkomsten op Securitas waren overgegaan. Securitas betwiste dat echter.

Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of sprake was van een overgang van een onderneming in de zin van art. 1 lid 1 onder a richtlijn 2001/23/EG. Krachtens art. 1 lid 1 onder b van die richtlijn geldt als voorwaarde voor een overgang van een economische eenheid dat deze haar identiteit behoudt. Hieronder wordt een geheel van georganiseerde middelen verstaan. Zo moet onder andere rekening worden gehouden met de vraag of materiële activa worden overgedragen; of de nieuwe ondernemer vrijwel al het personeel overneemt; en de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte

²⁴ HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 53; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Adolf Truley*), r.o. 43; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 51-53; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 41-43.

²⁵ HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 21; HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*), r.o. 29; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 40; HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99-C-260/99 (*Agorà*), r.o. 26; HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 32; HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Aigner*), r.o. 36.

²⁶ HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 39.

²⁷ HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 40.

²⁸ HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 25; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Adolf Truley*), r.o. 56; HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Aigner*), r.o. 47.

²⁹ HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*), r.o. 50-15; HvJ EG 10 mei 2001, C-223/99-C-260/99 (*Agorà*), r.o. 37; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Adolf Truley*), r.o. 50 en 66; HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*), r.o. 47-48 en 56; HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 81-82.

activiteiten met elkaar overeenkomen.³⁰ Het loutere verlies van een opdracht voor diensten aan een concurrent is geen aanwijzing voor een overgang van een onderneming.³¹

De verwijzende rechter moet nagaan of ICTS de uitrusting of materiële of immateriële activa, die noodzakelijk zijn voor het verrichten van de werkzaamheden, rechtstreeks of indirect heeft overgedragen aan Securitas. Hierbij is niet van belang of dergelijke activa in eigendom waren van ICTS of dat deze activa door de aanbestedende dienst ter beschikking waren gesteld.

8. HvJ EU 19 oktober 2017, C-198/16 P (Agriconsulting Europe/Commissie)

Hogere voorziening. Abnormaal lage inschrijving. Schadevergoeding. Causaal verband

Deze zaak betreft een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht van de Europese Unie over schadevergoeding. Het betreft een aanbesteding door de Europese instanties op basis van het Financieel Reglement van de Europese Gemeenschappen. Wij volstaan met een bespreking van enkele relevante aspecten. Zie ook de elders in deze kroniek besproken twee arresten tussen *EU-IPO* en *European Dynamics*.

De Europese Commissie schreef in 2012 een aanbesteding uit voor het opstellen van een netwerkfaciliteit voor een Europees innovatiepartnerschap. De inschrijving van Agriconsulting werd als abnormaal laag aangemerkt en kwam mede daarom niet voor gunning in aanmerking. Agriconsulting stelde beroep in bij het Gerecht. Onder meer verzocht zij de Commissie te veroordelen tot schadevergoeding op grond van artikelen 268 en 340 VwEU.

Het Gerecht verwierp het beroep. Onder meer meende het Gerecht dat er geen causaal verband was aangetoond tussen de beweerde onregelmatigheden en de aangevoerde schade (bestaande uit het verlies van een kans op de opdracht alsmede de kosten voor deelneming aan de aanbesteding).³² Ook het Hof oordeelt in de hogere instantie dat het vereiste causale verband niet is aangetoond. Derhalve wijst ook het Hof de gevorderde schadevergoeding af.

9. HvJ EU 6 december 2017, C-408/16 (Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România)

Europese steun. Uitzondering wegens procedurevoorschriften van een internationale organisatie. Art. 15 sub c richtlijn 2004/18/EG

In 2003 sloten Roemenië, de Europese Investeringsbank (EIB) en CNADNR (Roemeense aanbestedende dienst voor de aanleg van snelwegen) een financieringsovereenkomst voor de bouw van een autosnelweg. Naast leningen vanuit de EIB heeft Roemenië naderhand ook steun ontvangen uit Europese fondsen.

Voor de aanbesteding van de bouw van de snelweg diende CNADNR de 'Gids voor de plaatsing van opdrachten voor door de EIB gefinancierde projecten' te volgen. Aangezien Roemenië destijds nog geen lid was van de EU, volgde CNADNR hoofdstuk 3 van de gids. Dit hoofdstuk is van toepassing op 'acties buiten de EU'. In 2008 gunde CNADNR de opdracht na een voorafgaande aanbesteding.

Nadien stelde de Roemeense autoriteit AMPOST onregelmatigheden vast. Volgens AMPOST was richtlijn 2004/18/EG van toepassing omdat de aanbesteding was gestart na de toetreding van Roemenië tot de EU. AMPOST meende dat richtlijn 2004/18/EG niet correct was nageleefd. Daarop werd een correctie toegepast op de aan Roemenië toegekende financiële middelen op grond van Verordening 1083/2006. CNADNR stelde beroep in bij de verwijzende rechterlijke instantie.

Het Hof stelt voorop dat Roemenië richtlijn 2004/18/EG moet volgen vanaf de datum van toetreding tot de EU.³³ De aankondiging van de opdracht is bekendgemaakt na de toetreding. Derhalve is richtlijn 2004/18/EG van toepassing.

Art. 15 sub c richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat die richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten waarvoor specifieke procedurevoorschriften gelden van een internationale organisatie.³⁴ Volgens het Hof kan Roemenië zich na de toetreding tot de EU niet beroepen op deze uitzondering. Dit blijkt overigens ook uit de Gids van de EIB. Hierin is opgenomen dat een kandidaat-lidstaat die financiering van de EIB heeft gekregen, vanaf zijn toetreding tot de EU niet meer is onderworpen aan hoofdstuk 3 maar aan hoofdstuk 2 van de Gids. Hoofdstuk 2 ziet op 'acties binnen de Europese Unie'. Op grond van hoofdstuk 2 moet richtlijn 2004/18/EG worden toegepast.

³⁰ HvJ EU 26 november 2015, C-509/14 (*Aire Pascual*), r.o. 32; HvJ EU 20 januari 2011, C-463/09 (*CLECE*), r.o. 34; HvJ EG 20 november 2003, C-340/01 (*Abler*), r.o. 33 en 34; HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95 (*Süzen*), r.o. 14; HvJ EEG 19 mei 1992, C-29/91 (*Redmond Stichting*), r.o. 24; HvJ EEG 18 maart 1986, 24/85 (*Spijkers*), r.o. 13.

³¹ HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95 (*Süzen*), r.o. 16.

³² GEU 28 januari 2016, T-570/13 (*Agriconsulting/Commissie*), r.o. 43-46.

³³ HvJ EG 3 december 1998, C-233/97 (*KappAhl*), r.o.15.

³⁴ Vgl. art. 2.23 sub i en j Aanbestedingswet 2012.



EUIPO

BUREAU VOOR INTELLECTUELE EIGENDOM
VAN DE EUROPESE UNIE

CNADNR heeft bij de prekwificatie van de inschrijvers de regels van hoofdstuk 3 gevolgd, die restrictiever zijn dan richtlijn 2004/18/EG. Het Hof meent daarom dat de aanbesteding niet in overeenstemming is met richtlijn 2004/18/EG.

Wat betreft de financiële correctie oordeelt het Hof als volgt. Verordening 1083/2006 beoogt dat de EU slechts acties financiert die volledig in overeenstemming zijn met het Unierecht. In geval van 'onregelmatigheden' kunnen correcties op steun gerechtvaardigd zijn. Een schending van het Unierecht kan zo'n 'onregelmatigheid' opleveren, als hierdoor de algemene begroting van de EU wordt benadeeld.³⁵ Criteria voor de prekwificatie van inschrijvers die restrictiever zijn dan die volgen uit richtlijn 2004/18/EG kunnen zo'n benadeling inhouden. Het is evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of daar inderdaad sprake van is.

10. HvJ EU 20 december 2017, C-677/15 P (EUIPO/European Dynamics (I))

Hogere voorziening. Nieuwe wegingsfactoren. Schadevergoeding. Causaal verband

Deze zaak betreft een aanbesteding van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) op basis het Financieel Reglement van de Europese Gemeenschappen.³⁶ De inschrijving van European Dynamics eindigde als derde. Zij vorderde schadevergoeding wegens het verlies van een kans op gunning. Onder meer meende European Dynamics dat bij de beoordeling van haar inschrijving fouten waren gemaakt en de motivering van de gunningbeslissing onvoldoende was. Het Gerecht veroordeelde EUIPO inderdaad tot schadevergoeding.³⁷ EUIPO ging in beroep bij het Hof. Wij volstaan met een bespreking van enkele relevante aspecten.

Het Hof neemt tot uitgangspunt dat geen wegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toegepast worden die niet vooraf ter kennis van de inschrijvers zijn gebracht.³⁸ Een aanbestedende

dienst kan echter ook na inschrijving wegingscoëfficiënten vaststellen die aansluiten op de vooraf bekendgemaakte criteria, indien dit (i) niet leidt tot een wijziging van het bestek of in de aankondiging omschreven criteria, (ii) de voorbereiding van de inschrijvingen niet beïnvloedt en (iii) niet discriminerend werkt jegens een inschrijver. Het betreft een bevestiging van onder meer het arrest *TNS Dimarso*.³⁹ Volgens het Hof heeft het Gerecht nagelaten om te onderzoeken of aan deze drie voorwaarden is voldaan.

Het Hof meent voorts dat European Dynamics geen schadevergoeding toekomt. Zij heeft namelijk het daadwerkelijke bestaan van schade niet aangetoond. Evenmin is zij er in geslaagd om een causaal verband aan te tonen. European Dynamics heeft niet aangetoond dat zij, bij gebreke van de fouten door EUIPO, beter zou zijn gerangschikt.⁴⁰ Het Hof wijst de gevorderde schadevergoeding alsnog af. Overigens oordeelde het Hof op vergelijkbare wijze in een andere zaak tussen EUIPO en European Dynamics die verderop in deze kroniek wordt besproken.⁴¹

11. HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (Mantovani/Bolzano)

Facultatieve uitsluitingsgronden. Evenredigheidsbeginsel. Art. 45 lid 2 richtlijn 2004/18/EG

In 2013 organiseerde de Italiaanse provincie Bolzano een aanbesteding voor de bouw van een penitentiaire inrichting. Mantovani verzocht om deel te nemen. Ter discussie stond of zij moest worden uitgesloten. Haar voormalig bestuursvoorzitter was namelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf voor vervalsing van facturen.

³⁵ HvJ EU 14 juli 2016, C-406/14 (*Wroctaw*), r.o. 44 en 45.

³⁶ Zie ook de elders in deze kroniek behandelde arresten *Agriconsulting/Commissie en EUIPO/European Dynamics (II)*.

³⁷ GEU 7 oktober 2015, T-299/11.

³⁸ HvJ EG 24 januari 2008, C532/06 (*Lianakis*), r.o. 38.

³⁹ HvJ EG 24 november 2005, C331/04 (*ATI EAC*), r.o. 32; HvJ EU 21 juli 2011, C252/10 P (*Evropaiki Dynamiki/EMSA*), r.o. 32 en 33; en HvJ EU 14 juli 2016, C6/15 (*TNS Dimarso*), r.o. 26.

⁴⁰ HvJ EU 10 juli 2014, C-220/13 P (*Nikolaou/Rekenkamer*), r.o. 52; HvJ EU 18 april 2013, C-103/11 P (*Commissie/Systran en Systran Luxembourg*), r.o. 60; HvJ EG 9 november 2006, C-243/05 P (*Agraz e.a./Commissie*), r.o. 26; HvJ EG 30 juni 2005, C-295/03 P (*Alessandri e.a./Commissie*), r.o. 61; HvJ EEG 27 januari 1982, 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 en 5/81 (*Birra Wührer e.a./Raad en Commissie*), r.o. 9; HvJ EU 30 mei 2017, C-45/15 P (*Safa Nicu Saphan/Raad*), r.o. 61-62 en aldaar genoemde rechtspraak.

⁴¹ HvJ EU 3 mei 2018, C-376/16 P (*EUIPO/European Dynamics*).

Aanvankelijk werd Mantovani toegelaten om deel te nemen, onder de voorwaarde dat zij nadere gegevens over de veroordeling zou verstrekken. Nadat de veroordeling onherroepelijk was geworden, liet Mantovani het na om dat te melden aan de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst meende vervolgens dat zij onvoldoende was geïnformeerd en dat Mantovani zich onvoldoende had gedistantieerd van het handelen van haar voormalig bestuursvoorzitter. Daarop werd Mantovani alsnog uitgesloten. Zij kwam in beroep bij de Italiaanse rechter. Die vroeg zich af of richtlijn 2004/18/EG zich verzet tegen de uitsluiting.

Het Hof beoordeelt of art. 45 lid 2 sub c, d en g richtlijn 2004/18/EG zich er tegen verzetten dat een onderneming wordt uitgesloten vanwege het niet tijdig melden van het onherroepelijk worden van een veroordeling van de bestuurder; en het niet volledig distantiëren van die bestuurder. Het betreft de facultatieve uitsluitingsgronden wegens een onherroepelijke veroordeling voor delicten in strijd met de beroeps gedragsregels (sub c); ernstige beroepsfouten (sub d); en het verstrekken van valse verklaringen (sub g).

Het Hof herinnert eraan dat lidstaten de vrijheid hebben om deze facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen of om deze in nationale wetgeving op te nemen met verschillende mate van hardheid.⁴² Art. 45 lid 2 sub c richtlijn 2004/18/EG bepaalt niet in hoeverre de door bestuurders gepleegde delicten tot uitsluiting van de inschrijver kunnen leiden. Niettemin kunnen dergelijke delicten gepleegd door een bestuurder worden betrokken bij de beoordeling of deze facultatieve uitsluitingsgrond toepasselijk is. Dat een bestuurder zijn functies al heeft neergelegd doet daar niet aan af. Wel is het aan de lidstaat om met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel te bepalen vanaf welke datum dat foutieve handelen nog tot uitsluiting moet leiden.

Het Hof meent dat vervalsing van facturen door een bestuurder kan worden beschouwd als een strafbaar feit dat indruist tegen de beroeps gedragsregels. Ook is sprake van een onherroepelijke veroordeling als vereist in art. 45 lid 2 sub c richtlijn 2004/18/EG. Evenwel kunnen lidstaten bepalen dat uitsluiting achterwege kan blijven, als de onderneming zich voldoende heeft gedistantieerd van het gedrag van de bestuurder. De lidstaten kunnen daar voorwaarden aan verbinden, zoals een plicht om de aanbestedende dienst te informeren wanneer de veroordeling onherroepelijk wordt. Worden die voorwaarden niet nagekomen, dan moet alsnog uitsluiting volgen.

Het voorgaande geldt ook voor de facultatieve uitsluitingsgrond wegens een ernstige beroepsfout (art. 45 lid 2 sub d richtlijn 2004/18/EG). Een aanbestedende dienst kan een ernstige beroepsfout op elke grond aannemelijk maken. Een rechterlijke beslissing, ook als die nog niet onherroepelijk is, kan een ernstige beroepsfout inhouden. Tot slot meent het Hof dat het nalaten om de aanbestedende dienst te informeren over strafbare gedragingen van de bestuurder, ook valse verklaringen kunnen inhouden. Dat kan dus leiden tot toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond uit artikel 45 lid 2 sub g richtlijn 2004/18/EG.

12. HvJ EU 20 december 2017, C-322/16 (Global Starnet)

Concessies voor kansspelen. Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Artikelen 49 en 56 VwEU

De Italiaanse autoriteiten verleenden een concessie aan Global Starnet voor de exploitatie van (netwerken voor) kansspelen. Concessieverlening geschiedde op basis van een nationale regeling waardoor uitsluitend bestaande concessiehouders (waaronder Global Starnet) nieuwe concessies konden verkrijgen. Nadien werd deze regeling gewijzigd. Onder meer werden aan de kansspelen bepaalde verzwarende voorwaarden verbonden en werden de concessies alsnog aanbesteed.

Global Starnet stelde beroep in. In het geding was de vraag of Global Starnet werd gedwongen om deel te nemen aan een aanbesteding, terwijl ten tijde van de concessieverlening aan Global Starnet zo'n aanbesteding niet vereist was. Daarbij stond ter discussie dat Global Starnet al investeringen had gedaan en of zij erop mocht vertrouwen dat de oorspronkelijke concessie ongewijzigd kon worden uitgevoerd. De Consiglio di Stato wenste vervolgens te vernemen of de nationale regeling, waarin nieuwe eisen werden opgelegd aan bestaande concessiehouders, in strijd was met het VwEU.

Het Hof stelt voorop dat de exploitatie van kansspel- of gokautomaten niet valt onder de artikelen betreffende het vrije verkeer van goederen (art. 34 en art. 35 VwEU).⁴³ Het Hof toetst derhalve aan art. 49 en art. 56 VwEU (vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten).

Alle maatregelen die de uitoefening van de door de art. 49 en art. 56 VwEU gewaarborgde vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, houden een beperking in van de vrijheid van vestiging en/of dienstverrichting.⁴⁴ De nieuwe

⁴² HvJ EU 14 december 2016, C-171/15 (*Connexion Taxi Services*), r.o. 29; en HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12 (*Libor Lavori*), r.o. 36; HvJ EU 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04 (*La Cascina*), r.o. 23.

⁴³ HvJ EU 11 september 2003, C-6/01 (*Anomar*), r.o. 56.

⁴⁴ HvJ EU 22 januari 2015, C-463/13 (*Stanley International Betting*), r.o. 45; HvJ EU 10 mei 2012, C-357/10-C-359/10 (*Duomo Gpa*), r.o. 35 en 36 en aldaar genoemde rechtspraak.

eisen aan bestaande concessiehouders houden zo'n beperking in, aangezien die eisen hen kunnen verhinderen hun investeringen te laten renderen.

Vervolgens moet worden onderzocht of deze beperking op art. 49 en art. 56 VwEU niettemin kan worden gerechtvaardigd. De lidstaten beschikken namelijk over een ruime beoordelingsvrijheid om te bepalen welk niveau van consumentenbescherming zij passend achten voor kansspelen. De beperkingen die lidstaten opleggen, moeten evenwel worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en moeten evenredigheid zijn.⁴⁵ Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of daarvan sprake is.⁴⁶

Wat betreft het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel merkt het Hof het volgende op. Deze beginselen vereisen dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn. In het bijzonder wanneer deze nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en ondernemingen. Een marktdeelnemer mag er echter niet op vertrouwen dat er nimmer wetswijzigingen plaatsvinden. Wel kan hij de wijze van toepassing van een wetswijziging ter discussie stellen.⁴⁷ Een nationale wetgever moet voorzien in ofwel een voldoende lange overgangsperiode zodat marktdeelnemers zich kunnen aanpassen, ofwel in een billijke vergoedingsregeling.⁴⁸ Volgens het Hof was een overgangsperiode van 180 dagen toereikend voor de bestaande concessiehouders om zich aan te passen aan de nieuwe wettelijke eisen. De verwijzende rechter moet dit evenwel verder beoordelen.

13. HvJ EU 8 februari 2018, C-144/17 (Lloyd's of London)

Limitatief stelsel uitsluitingsgronden? Evenredigheidsbeginsel. Anti-collusiebeginsel. Art. 45 richtlijn 2004/18/EG

Arpacal (de regionale dienst voor milieubescherming van Calabrië, Italië) organiseerde in 2015 een aanbesteding voor verzekeringsdiensten. Twee bij Lloyd's of London aangesloten syndicaten had-

den afzonderlijk ingeschreven. Beide inschrijvingen waren ondertekend door de bijzonder gevolmachtigde van de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's voor Italië.

De inschrijvingen werden daarop ongeldig verklaard. Nationale regelgeving vereiste namelijk dat inschrijvers geen onderlinge afhankelijkheidsrelatie mogen hebben. Arpacal stelde dat de inschrijvingen van de syndicaten objectief op één en hetzelfde beslissingscentrum waren terug te voeren. Eenzelfde persoon had immers de inschrijvingen ondertekend. Derhalve meende Arpacal dat er sprake was van een afhankelijkheidsrelatie.

Lloyd's stelde beroep in bij de Italiaanse rechter. Haar betoog komt er op neer dat Lloyd's een erkende organisatie is van natuurlijke en rechtspersonen ('members'). Die members handelen weliswaar in groepen ('syndicaten'), doch doen dat autonoom en in onderlinge concurrentie. Aangezien de interne afdelingen geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hebben, kunnen de syndicaten slechts handelen via de algemeen vertegenwoordiger. Die is voor elk land een en dezelfde persoon.

De Italiaanse rechter vroeg zich vervolgens af of de nationale regeling verenigbaar is met de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie uit art. 2 richtlijn 2004/18/EG.

Het Hof merkt op dat art. 45 richtlijn 2004/18/EG bepaalt welke uitsluitingsgronden aanbestedende diensten mogen toepassen. Die gronden voorzien niet in uitsluiting zoals beschreven in de nationale regeling.⁴⁹ Echter, aanbestedende diensten mogen aanvullende uitsluitingsgronden toepassen, mits de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Daaraan acht het Hof voldaan: de nationale regeling is bedoeld om collusie tussen inschrijvers uit te sluiten om zo de gelijke behandeling en transparantie te waarborgen.⁵⁰

Op grond van het evenredigheidsbeginsel mag de nationale regeling echter niet verder gaan dan noodzakelijk is.⁵¹ Daarnaast beoogt het Unierecht de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een aanbesteding.⁵² Een automatische uitsluiting gaat verder dan nodig om collusie te voorkomen. De betreffende inschrijvers dienen de kans te

⁴⁵ HvJ EU 8 september 2016, C-225/15 (*Politanò*), r.o. 39 en 40; HvJ EU 22 januari 2015, C-463/13 (*Stanley International Betting*), r.o. 51 - 52; HvJ EU 12 juni 2014, C-156/13 (*Digibet Albers*), r.o. 32 en aldaar genoemde rechtspraak; HvJ EG 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 59; HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 48.

⁴⁶ HvJ EU 8 september 2016, C-225/15 (*Politanò*), r.o. 42 - 44; HvJ EU 28 januari 2016, C-375/14 (*Laezza*), r.o. 35.

⁴⁷ HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14 (*Berlington Hungary*), r.o. 77 en 78; HvJ EU 12 december 2013, C-362/12 (*Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*), r.o. 44; HvJ EG 17 juli 2008, C-347/06 (*ASM Brescia*), r.o. 69; HvJ EG 7 juni 2005, C-17/03 (*VEMW*), r.o. 80; HvJ EG 29 april 2004, C-487/01 en C-7/02 (*Gemeente Leusden en Holin Groep*), r.o. 81.

⁴⁸ HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14 (*Berlington Hungary*), r.o. 85 en aldaar genoemde rechtspraak.

⁴⁹ HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 42 en 43.

⁵⁰ HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), r.o. 21 - 22.

⁵¹ HvJ EG 14 december 2004, C-210/03 (*Swedish Match*), r.o. 47; HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), r.o. 23 en 24; HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 48 en 61; HvJ EU 23 december 2009, C-376/08 (*Serraton*), r.o. 33; HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), r.o. 29.

⁵² HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), r.o. 26; HvJ EU 23 december 2009, C-376/08 (*Serraton*), r.o. 40; HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), r.o. 36.

krijgen om aan te tonen dat hun inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand kwamen. Het betreft een bevestiging van onder meer het arrest *Assitur*.⁵³ Het evenredigheidsbeginsel vereist bovendien dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt of de inschrijvingen concreet zijn beïnvloed door de verhouding tussen twee inschrijvers. De vaststelling van een dergelijke invloed, in welke vorm ook, volstaat voor uitsluiting. Het enkele feit dat de inschrijvingen waren ondertekend door dezelfde persoon rechtvaardigde evenwel nog niet dat de syndicaten werden uitgesloten.

Zie het elders in deze kroniek behandelde arrest *Specializuotas transportas* dat over vergelijkbare materie gaat.

14. HvJ EU 28 februari 2018, C-523/16 en C-536/16 (M.A.T.I. SUD en DUEMME SGR)

Herstel omissies in inschrijving. Boete toelaatbaar? Art. 51 richtlijn 2004/18/EG

Dit arrest betreft twee gevoegde zaken over aanbestedingen in Italië. Ter discussie stond een nationale regeling waarbij een inschrijver op straffe van geldboetes gebreken in diens inschrijving kon corrigeren. In beide zaken werden inschrijvers in de gelegenheid gesteld inschrijvingsgebreken recht te zetten tegen betaling van boetes van € 35.000 en € 50.000. De hoogte van deze boetes stond op voorhand vast en hield geen rekening met de ernst van het gebrek. Het Hof werd de vraag voorgelegd of dat verenigbaar is met richtlijn 2004/18/EG.

Op grond van art. 51 richtlijn 2004/18/EG kan een aanbestedende dienst verlangen dat ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 van die richtlijn overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten. Het Hof constateert dat een verdere regeling ontbreekt voor de wijze van die aanvulling of toelichting. Lidstaten zijn dus in beginsel vrij om de herstelmogelijkheid in hun nationaal recht te regelen.⁵⁴ Derhalve mag aan de herstelmogelijkheid ook een geldboete verbonden worden. Zo'n boete mag echter niet voorbij gaan aan de doelstellingen van richtlijn 2004/18/EG en de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid (art. 2 richtlijn 2004/18/EG).⁵⁵

Voorts constateert het Hof dat op één van de gevoegde zaken vermoedelijk richtlijn 2004/17/

EG van toepassing is (en niet richtlijn 2004/18/EG). Richtlijn 2004/17/EG bevat geen bepaling vergelijkbaar aan art. 51 richtlijn 2004/18/EG. De eventuele toepasselijkheid van richtlijn 2004/17/EG maakt echter geen verschil voor de verdere beoordeling.

Vervolgens herhaalt het Hof de vaste rechtspraak over herstel van een inschrijving: een inschrijving kan worden verbeterd of aangevuld met name als deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft of om kennelijke materiële fouten recht te zetten (mits is voldaan aan een aantal voorwaarden); herstel mag er evenwel niet toe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt ingediend; en het is niet toegestaan stukken of informatie te herstellen die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende(n) te worden verstrekt.⁵⁶

De verwijzende rechter moet onderzoeken of herstel op grond van het voorgaande toelaatbaar is. Zo ja, dan moet de verwijzende rechter tevens nagaan of de hoogte van de boetes evenredig is.⁵⁷ Het Hof is daarbij bevoegd aanwijzingen te geven.⁵⁸ Het Hof merkt op dat het op voorhand vaststellen van de hoogte van de boetes voldoet aan de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en rechtszekerheid. Echter, het niet rekening houden met de aard van het gebrek in de inschrijving, acht het Hof onevenredig.

De conclusie is dat een boete kan worden verbonden aan het herstellen van een inschrijving, mits dergelijk herstel toelaatbaar is op grond van de vaste rechtspraak van het Hof. Voorts moet de hoogte van de boete proportioneel zijn.

15. HvJ EU 28 februari 2018, C-3/17 (Sporting Odds)

Vrij verkeer van diensten. Dienstenconcessie. Art. 56 VwEU

Sporting Odds is een onderneming actief op het gebied van online kansspelen in het Verenigd Koninkrijk. In 2016 werd haar Hongaarse website afgesloten door de lokale belastingautoriteiten omdat Sporting Odds niet over de in Hongarije vereiste vergunningen en concessies beschikte. Net als in het hiervoor besproken arrest *Unibet International*,

⁵⁶ HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG ELV Slovensko*), r.o. 40; HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*), r.o. 37-40; HvJ EU 6 november 2014, C-42/13 (*Cartiera dell'Adda*), r.o. 46; HvJ EU 10 november 2016, C-199/15 (*Ciclat*), r.o. 30; HvJ EU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus en Gama*), r.o. 29-33.

⁵⁷ HvJ EU 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), r.o. 21-23; HvJ EU 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 48 en 61; HvJ EU 23 december 2009, C-376/08 (*Serratori*), r.o. 33; HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), r.o. 29.

⁵⁸ HvJ EU 30 maart 1993 C-328/91 (*Thomas*), r.o. 13; HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (*G4S Secure Solutions*), r.o. 36; en HvJ EU 21 september 2017 C-441/16 (*SMS group*), r.o. 48.

⁵³ HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 (*Fabricom*), r.o. 33 en 35; HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 62; HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), r.o. 29 en 30; HvJ EU 23 december 2009, C-376/08 (*Serratori*), r.o. 39 en 40; HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), r.o. 36.

⁵⁴ HvJ EG 23 januari 2003, C-57/01 (*Michaniki*), r.o. 61; HvJ EU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Hojgaard en Züblin*), r.o. 35.

⁵⁵ HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*), r.o. 34.

meende Sporting Odds dat bepaalde nationale eisen om in aanmerking te komen voor een concessie in strijd waren met art. 56 VwEU. Ook deze zaak kwam voor de Hongaarse rechter die (opnieuw) een aantal vragen voorlegde aan het Hof.

Allereerst is de vraag of art. 56 VwEU er aan in de weg staat dat sommige kansspelen onder het monopolie van de staat vallen terwijl voor andere kansspelen een stelsel van concessies en vergunningen geldt. Het Hof meent dat dit in beginsel niet het geval is. Zo hebben de lidstaten de vrijheid om zelf te beoordelen wat noodzakelijk is voor de bescherming van betrokken belangen waar het gaat om kansspelen,⁵⁹ en kunnen zij zelf de wijze van organisatie en controle bepalen.⁶⁰

Vervolgens is de vraag of art. 56 VwEU zich verzet tegen een nationale regeling waardoor aanbieders slechts in aanmerking komen voor een concessie als zij reeds beschikken over een concessie voor de exploitatie van casino's in Hongarije. Onder verwijzing naar onder meer het hiervoor besproken arrest *Unibet International*, oordeelt het Hof dat art. 56 VwEU zich inderdaad tegen deze eis verzet.

Tot slot beantwoordt het Hof nog enkele procedurele vragen, waaronder de vraag wie de bewijslast draagt dat bepaalde inbreuken op artikel 56 VwEU gerechtvaardigd en proportioneel zijn. Kort gezegd, rust die bewijslast op de lidstaat die de beperkende regeling heeft ingevoerd.

16. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17 (Tirkkonen)

Begrip 'overheidsopdracht'. Art. 1 lid 2 sub a richtlijn 2004/18/EG

In 2014 startte het Finse agentschap voor plattelandszaken een aanbesteding inzake adviesdiensten op landbouwgebied. De adviesdiensten werden aangeboden aan landbouwers die waren aangesloten bij een overeenkomst over compenserende (milieu)maatregelen. Geselecteerde adviseurs kwamen terecht in een 'pool'. Landbouwers konden vervolgens een adviseur van hun voorkeur kiezen uit de pool. Het agentschap droeg de kosten van de adviseur. De landbouwer diende slechts BTW te voldoen.

Tirkkonen, een adviseur, beklagde zich dat zij niet was toegelaten tot de pool. Vervolgens kwam aan de orde of sprake was van een 'overheidsopdracht' in de zin van richtlijn 2004/18/EG. De Finse rechter legde deze vraag voor aan het Hof.

Volgens het Hof zou de gunning van de adviesdiensten begrepen kunnen worden als een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en ondernemers (art. 1 lid 2 sub a richtlijn 2004/18/EG). Echter, het begrip 'overheidsopdracht' vereist dat de aanbestedende dienst een keuze maakt voor een inschrijving. Dit is immers intrinsiek verbonden met het begrip 'overheidsopdracht'. Wanneer er geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, is er geen noodzaak richtlijn 2004/18/EG toe te passen.⁶¹

Het Hof beoordeelt of het agentschap een inschrijving koos uit alle inschrijvingen die voldeden aan de voorwaarden van de aanbesteding. Dat blijkt niet het geval: het agentschap selecteerde alle adviseurs die voldeden aan eisen voor de toelating tot de pool. Er werd geen nadere rangschikking gemaakt tussen inschrijvingen middels gunningscriteria. Derhalve kan geen sprake zijn van een overheidsopdracht. Dat adviseurs slechts binnen een bepaalde periode konden verzoeken om toelating tot de pool, doet daar niet aan af.⁶²

Het Hof concludeert dat geen sprake is van een overheidsopdracht.

17. HvJ Eu 20 maart 2018, C-187/16 (Commissie/Oostenrijk)

Inbreukprocedure. Veiligheid en geheimhouding. Grensoverschrijdend belang. Art. 14 richtlijn 2004/18/EG

De republiek Oostenrijk gunde de opdracht tot het drukken van identiteitsbewijzen, waaronder paspoorten, zonder voorafgaande aanbesteding aan de Oostenrijkse Staatsdrukerei (OS). De Europese Commissie kwam hiertegen in het geweer. Zij stelde dat de desbetreffende opdrachten Europees moesten worden aanbesteed.

Het Hof constateert allereerst dat het gaat om opdrachten die deels onder richtlijn 92/50/EEG vallen en deels onder richtlijn 2004/18/EG.⁶³ Het Hof stelt vervolgens vast dat de opdrachten in beginsel aanbestedingsplichtig zijn. Echter, volgens art. 346 lid 1 onder a VwEU zijn lidstaten niet gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verspreiding strijdig is met wezenlijke veiligheidsbelangen. Bovendien bepalen artikelen 4 lid 2 richtlijn 92/50/EEG en 14 richtlijn 2004/18/EG dat een aanbesteding achterwege mag blijven als bijzondere veiligheidsmaatregelen of de bescherming van we-

⁵⁹ HvJ EG 8 september 2009, C-42/07 (*Liga Portuguesa*), r.o. 57 en aldaar genoemde rechtspraak.

⁶⁰ HvJ EU 8 september 2010, C-46/08 (*Carmen Media Group*), r.o. 59.

⁶¹ HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (*Falk Pharma*), r.o. 37.

⁶² HvJ EG 20 september 1988, C-31/87 (*Beentjes*), r.o. 15 - 16; HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 26.

⁶³ De voorlopers van de huidige richtlijn 2014/24/EU.

zenlijke staatsbelangen dat vereisen.⁶⁴ Maartregelen die de openbare veiligheid dienen, zijn evenwel niet geheel onttrokken aan het Unierecht.⁶⁵ Bovendien moeten bovenbedoelde uitzonderingen restrictief worden uitgelegd. De lidstaat moet aantonen dat een beroep op de uitzonderingsgrond gerechtvaardigd is.⁶⁶

Als eerste voert Oostenrijk aan dat de nationale veiligheid vereist dat de opdracht aan één onderneming wordt gegund. Het Hof meent echter dat ook een aanbesteding er toe kan leiden dat slechts aan één onderneming wordt gegund. Dit argument wordt derhalve verworpen. Vervolgens betoogt Oostenrijk dat OS is gebonden aan diverse administratiefrechtelijke voorschriften op het gebied van vertrouwelijkheid en veiligheid. Ondernemers uit andere lidstaten zijn dat niet. Ook dit argument vindt het Hof niet overtuigend. Vergaande verplichtingen in verband met vertrouwelijkheid kunnen - aldus het Hof - ook langs privaatrechtelijke weg worden opgelegd.⁶⁷ Tot slot had Oostenrijk betoogd dat ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk informatie moeten verstrekken aan hun autoriteiten omtrent de opdracht, terwijl Oostenrijk die informatie juist als vertrouwelijk beschouwt. Ook dit laatste argument slaagt niet. Ondernemingen kunnen immers worden uitgesloten als zij geheimhouding onvoldoende waarborgen. Al met al meent het Hof dat Oostenrijk tekort is geschoten in haar verplichtingen uit hoofde van de aanbestedingsrichtlijnen door de opdracht niet Europees aan te besteden.

Een andere opdracht die zonder aanbesteding aan OS werd gegund, betrof de vervaardiging van 'pyrotechnische certificaten.' De waarde van deze opdracht (EUR 56.000) was aanzienlijk lager dan de toepasselijke drempelwaarde. Niettemin betoogde de Commissie dat ook deze opdracht moest worden aangekondigd zodat ondernemers uit andere lidstaten konden meedingen. Volgens de Commissie was sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Het Hof oordeelt echter dat de Commissie niet heeft bewezen dat sprake is van zo'n duidelijk grensoverschrijdend belang. De Commissie kan zich niet slechts beroepen op "een of ander vermoeden" dat van zo'n belang sprake is.⁶⁸ Het feit dat de opdracht technisch complex is vindt het Hof onvoldoende om een grensoverschrijdend belang aan te

nemen. Het Hof tekent daarbij aan dat de opdracht een lage waarde kent en dat het vervaardigen van pyrotechnische certificaten bovendien noopt tot bijzondere en kostbare veiligheidsmaatregelen. Die laatste omstandigheden - zo lijkt het Hof te redeneren - zouden ondernemingen uit andere lidstaten juist kunnen afschrikken. Het beroep van de Commissie wordt derhalve op dit punt verworpen.

18. HvJ EU 19 april 2018, C-65/17 (Oftalma Hospital)

Diensten met verlicht regime. Duidelijk grensoverschrijdend belang. Art. 9 richtlijn 92/50/EEG

Deze zaak betreft een opdracht voor gespecialiseerde gezondheidsdiensten op het gebied van oogheelkunde in een ziekenhuis in Turijn. In 1999 sloot het ziekenhuis een overeenkomst met dienstverlener CIOV. In 2004 werd de overeenkomst gewijzigd. Vervolgens ontstond een geschil over bepaalde betalingen voor verrichte diensten. Daarbij is de vraag of de overeenkomst tussen CIOV en het ziekenhuis nietig is omdat deze was gesloten zonder voorafgaande aanbesteding. De Italiaanse rechter overwoog dat CIOV kwalificeerde als publiekrechtelijke instelling en dus een aanbestedende dienst in de zin van de oude richtlijn diensten (92/50/EEG).⁶⁹

De Italiaanse rechter constateerde evenwel dat op de onderhavige diensten het verlichte regime van art. 9 van richtlijn 92/50/EEG van toepassing was. Kort gezegd, bestond er destijds geen verplichting om de betreffende diensten aan te besteden, vergelijkbaar aan de 'IIB-diensten' onder richtlijn 2004/18/EG.⁷⁰ De Italiaanse rechter vroeg zich of bij het gunnen van deze diensten niettemin de beginselen van het VwEU in acht genomen moesten worden.

Het Hof stelt voorop dat de diensten bedoeld in art. 9 richtlijn 92/50/EEG, gelet op hun specifieke aard, worden vermoed geen voldoende grensoverschrijdend belang te vertonen. Dat kan rechtvaardigen dat gunning plaatsvindt zonder aanbesteding. Indien echter toch sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, dan dienen - conform vaste rechtspraak - de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie uit het VwEU te worden gerespecteerd.⁷¹ Dit houdt in dat

⁶⁴ Vgl. art. 2.23 sub e Aanbestedingswet 2012.

⁶⁵ HvJ EG 8 april 2008, C-337/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 42.

⁶⁶ HvJ EG 8 april 2008, C-337/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 53; HvJ EU 7 juni 2012, C-615/10 (*Insinõõritõimisto Ins Tiimi Oy*), r.o. 35; HvJ EU 4 september 2014, C-474/12 (*Schiebel Aircraft*), r.o. 34.

⁶⁷ HvJ EG 8 april 2008, C-337/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 52 en HvJ EG 5 december 1989, C-3/88 (*Commissie/Italië*), r.o. 15.

⁶⁸ HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (*Commissie/Ierland*), r.o. 32 en 33.

⁶⁹ Een van de voorlopers van richtlijn 2004/18/EG en thans richtlijn 2014/24/EU.

⁷⁰ Art. 21 en bijlage IIB richtlijn 2004/18/EG. Dit is herzien middels art. 74 e.v. richtlijn 2014/24/EU (art. 2.6a Aanbestedingswet 2012).

⁷¹ HvJ EU 17 maart 2011, C-95/10 (*Strong Seguranga*), r.o. 35; HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (*Commissie/Ierland*), r.o. 25 - 26, 29 - 31.

een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd.⁷²

Behoudens bijzondere omstandigheden is het moment van gunning bepalend voor de vraag of sprake is (was) van een duidelijk grensoverschrijdend belang.⁷³ De latere wijziging van een overeenkomst maakt dit niet anders, tenzij daardoor de algemene opzet van de overeenkomst wezenlijk verandert. Vermoedelijk doelt het Hof daarmee op het leerstuk van de 'wezenlijke wijziging'.⁷⁴ Het is aan de nationale rechter om na te gaan of van zo'n wezenlijke wijziging sprake is, en of een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is.

Verder herhaalt het Hof eerdere rechtspraak dat er in concreto moet worden beoordeeld of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het is onvoldoende dat een mogelijk duidelijk grensoverschrijdend belang niet kan worden uitgesloten. Integendeel. Zo'n belang dient vast komen te staan op basis van objectieve gegevens.⁷⁵ Hierbij kan rekening worden gehouden met de waarde van de opdracht; de plaats van uitvoering; de technische kenmerken; en klachten van ondernemers uit andere lidstaten mits dit geen 'schijnklachten' betreffen.⁷⁶ Het Hof voegt daaraan toe dat ook relevant kan zijn of ten tijde van de gunning al soortgelijke gezondheidsdiensten werden verstrekt door ondernemers uit andere lidstaten.

Als een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is, dan kan het ontbreken van transparantie worden gerechtvaardigd door objectieve omstandigheden.⁷⁷ Overwegingen van volksgezondheid kunnen onder omstandigheden een dergelijke rechtvaardiging inhouden.⁷⁸ De verwijzende rechter moet ook beoordelen of daarvan sprake is (voor zover hij een duidelijk grensoverschrijdend belang aanneemt).

⁷² HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*), r.o. 25; HvJ EG 21 juli 2005, C231/03 (*Coname*), r.o. 1619 en aldaar genoemde rechtspraak; HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), r.o. 21, 60 - 62.

⁷³ HvJ EG 10 november 2005, C-29/04 (*Commissie/Oostenrijk*), r.o. 38.

⁷⁴ HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), HvJ EU 29 april 2010 C-160/08 (*Commissie/Duitsland*); HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*); HvJ EU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*).

⁷⁵ HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (*Tecnoedi Construzioni*), r.o. 22.

⁷⁶ HvJ EU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*) r.o. 18, 54 en 123; HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (*Tecnoedi Construzioni*), r.o. 20 en aldaar genoemde rechtspraak. Vgl. ook: HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722.

⁷⁷ HvJ EU 11 december 2014, C-113/13 (*Azienda sanitaria locale*), r.o. 52 en aldaar genoemde rechtspraak.

⁷⁸ HvJ EU 11 december 2014, C-113/13 (*Azienda sanitaria locale*), r.o. 57.

19. HvJ EU 3 mei 2018, C-376/16 P (EUIPO/ European Dynamics (II))

Hogere voorziening. Schadevergoeding. Causaal verband

Deze zaak betreft een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht. De zaak betreft een aanbesteding van EUIPO (het Bureau voor intellectuele eigendom van de EU) op basis van het Financieel Reglement van de Europese Gemeenschappen.⁷⁹ European Dynamics was gunning misgelopen. Zij vorderde schadevergoeding wegens het verlies van een kans op gunning. Onder meer meende European Dynamics dat bij de beoordeling van haar inschrijving fouten waren gemaakt en de motivering van de gunningbeslissing onvoldoende was.

In eerste aanleg stelde het Gerecht European Dynamics op onderdelen in het gelijk en wees schadevergoeding toe. EUIPO legde de zaak vervolgens voor aan het Hof. Wij volstaan met een opmerking bij het oordeel van het Hof over de schadevergoeding.

Het Hof meent dat European Dynamics er niet in is geslaagd om een causaal verband aan te tonen tussen de door EUIPO gemaakte fouten en de door European Dynamics geleden schade. Zo'n causaal verband is vereist voor aansprakelijkheid.⁸⁰ Er is echter onder meer niet vastgesteld of en in hoeverre European Dynamics, bij gebreke van de fouten door EUIPO, beter zou zijn gerangschikt. Het Hof wijst derhalve de gevorderde schadevergoeding alsnog af.

20. HvJ EU 17 mei 2018, C-531/16 (Specializuotas transportas)

Verbonden ondernemingen. Belangenconflicten. Art. 2 richtlijn 2004/18/EG

In 2015 schreef afvalverwerkingscentrum voor de regio Šiauliai (Litouwen) een aanbesteding uit voor afvalinzameling. Twee inschrijvers ('A' en 'B') waren beide dochterondernemingen van eenzelfde vennootschap. Hun besturen bestonden uit dezelfde natuurlijke personen. Inschrijver B verklaarde bij zijn inschrijving dat hij zelfstandig en onafhankelijk deelnam aan de aanbesteding. De opdracht werd aan hem gegund. Een derde inschrijver maakte hiertegen bezwaar. Die inschrijver meende dat

⁷⁹ Zie ook de elders in deze kroniek behandelde arresten *Agriconsulting/Commissie en EUIPO/European Dynamics (I)*.

⁸⁰ HvJ EU 20 december 2017, C-677/15P (*EUIPO/European Dynamics*), r.o.100 en aldaar genoemde rechtspraak; HvJ EU 30 mei 2017, C-45/15 P (*Safa Nicu Saphan/Raad*), r.o. 61 en aldaar genoemde rechtspraak; HvJ EU 10 juli 2014, C-220/13 P (*Nikolaou/Rekenkamer*), r.o. 52; HvJ EU 18 april 2013, C-103/11 P (*Commissie/Systran*), r.o. 60 en aldaar genoemde rechtspraak.

inschrijvers A en B als verbonden ondernemingen moesten worden uitgesloten. Deze nationale rechter wendde zich tot het Hof.

Het Hof overweegt dat richtlijn 2004/18/EG niet voorziet in een algemeen verbod voor verbonden ondernemingen om inschrijvingen in te dienen. Systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen gaat bovendien in tegen het Unierecht.⁸¹ Het gelijkheids- en transparantiebeginsel (art. 2 richtlijn 2004/18/EG) vereisen dat eisen voor deelname vooraf bekendgemaakt zijn.⁸² Verbonden ondernemingen zijn derhalve niet verplicht om uit eigen beweging mee te delen welke banden er tussen hen bestaan, als een verplichting daartoe niet is opgenomen in de aanbestedingsstukken.

Vervolgens meent het Hof dat het gelijkheidsbeginsel zich ertegen verzet dat verbonden inschrijvers gecoördineerde of onderling afgestemde inschrijvingen indienen. Dat wil zeggen niet-zelfstandige en niet-onafhankelijke inschrijvingen. Immers, die inschrijvers kunnen hierdoor ongerechtvaardigd worden beoordeeld ten opzichte van de overige inschrijvers. De vraag is of de aanbestedende dienst onderzoek moet doen bij twijfel of inschrijvingen onderling zijn afgestemd. Het Hof beantwoordt die vraag naar analogie van eerdere rechtspraak over (mogelijke) belangenconflicten wanneer een aanbestedende dienst een deskundige inschakelt bij een aanbesteding. De aanbestedende dienst moet dan nagaan of inderdaad sprake is van belangenconflicten en passende maatregelen nemen om die conflicten te voorkomen, onderkennen en beëindigen.⁸³ Deze rechtspraak kan volgens het Hof ook worden toegepast op de onderhavige situatie. Als de aanbestedende dienst kennisneemt van objectieve gegevens die leiden tot twijfel over het onafhankelijke karakter van een inschrijving, dan moet hij alle relevante omstandigheden onderzoeken die hebben geleid tot de indiening van die inschrijving. Dat kan meebrengen dat de aanbestedende dienst nadere gegevens moet opvragen bij de betreffende inschrijver.

Het Hof concludeert dat inschrijvingen terzijde dienen te worden gelegd, als wordt vastgesteld dat banden tussen inschrijvers hun inschrijvingen hebben beïnvloed. De loutere vaststelling van een afhankelijkheidsverhouding is echter onvoldoende voor uitsluiting.⁸⁴ Indien de verwijzende rechter concludeert dat de inschrijvingen van inschrijvers A en B niet zelfstandig en onafhankelijk zijn inge-

diend, dan staat dat in de weg aan gunning aan inschrijver B.

21. HvJ EU 12 juli 2018, C-14/17 (VAR en ATM)

Technische specificaties. Verwijzing naar merken. Toevoeging 'of gelijkwaardig'. Bewijsmiddelen. Art. 34 richtlijn 2004/17/EG

Het Italiaanse vervoersbedrijf Azienda Trasporti Milanese (ATM) organiseerde in 2015 een aanbesteding voor de levering van onderdelen voor bussen. Het betrof een aanbesteding waarop richtlijn 2004/17/EG van toepassing was.

De te leveren onderdelen moesten voldoen aan bepaalde technische eisen waarbij werd verwezen naar merken van Fiat en Iveco. Bepaalde gelijkwaardige onderdelen werden toegestaan. De kwaliteit daarvan moest overeenkomen met die van de originele onderdelen. Dat moest worden aangetoond met bewijzen van gelijkwaardigheid.

ATM wenste de opdracht te gunnen aan de onderneming VAR. Een andere inschrijver, Iveco, meende echter dat VAR niet de bewijzen had geleverd dat haar onderdelen gelijkwaardig waren. De Italiaanse rechter vroeg zich af of die bewijzen al bij inschrijving ingediend moesten worden (dan wel op een later moment). Met deze vraag wordt het Hof aangezocht.

Het Hof merkt allereerst op dat de technische specificaties inschrijvers gelijke toegang moeten bieden op grond van art. 34 lid 2 richtlijn 2004/17/EG. De specificaties mogen niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van opdrachten. Op grond van art. 34 lid 8 richtlijn 2004/17/EG mogen technische specificaties niet verwijzen naar onder meer een bepaald fabricaat, herkomst, merk, octrooi of type waardoor bepaalde ondernemingen of producten worden beoordeeld of uitgesloten. Een uitzondering is mogelijk als het voorwerp van de opdracht dat rechtvaardigt. Die uitzondering is echter slechts toegestaan als een voldoende nauwkeurige beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is en de vermelding 'of gelijkwaardig' is opgenomen (zodat ook gelijkwaardige producten worden toegelaten).

Art. 34 richtlijn 2004/17/EG bepaalt niet op welk moment de 'gelijkwaardigheid' van een product moet worden aangetoond. Evenmin is beschreven met welke middelen dat moet worden aangetoond. Wel bepaalt art. 34 lid 3 - 5 richtlijn 2004/17/EG dat, als technische specificaties verwijzen naar bepaalde normen, bij inschrijving moet worden bewezen dat aan die normen wordt voldaan. Dat bewijs kan 'met elk passend middel' worden geleverd, waaronder een technisch dossier van de fabrikant

⁸¹ HvJ EG 19 mei 2009, C-538 (*Assitur*), r.o. 26 en 28. Zie ook het eerder in deze kroniek besproken arrest *Lloyd's of London*.

⁸² HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*), r.o. 37; en HvJ EG 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04, (*La Cascina*), r.o. 32.

⁸³ HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*), r.o. 43 en 44. Vgl. ook art. 1.10b Aanbestedingswet 2012.

⁸⁴ HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), r.o. 32.

of een testverslag van een erkende organisatie. Het Hof meent dat deze regels ook van toepassing zijn als gelijkwaardige producten worden gevraagd als bedoeld in art. 34 lid 8 richtlijn 2004/17/EG.

Dat betekent dat de aanbesteder moet eisen dat bij inschrijving wordt bewezen dat een product gelijkwaardig is. Het Hof meent dat die conclusie wordt ondersteund door het beginsel van gelijke behandeling en transparantie,⁸⁵ alsook artikelen 49 lid 2 en 51 lid 3 richtlijn 2004/17/EG.

Tot slot oordeelt het Hof dat de aanbesteder beschikt over een beoordelingsbevoegdheid om te bepalen welke bewijsmiddelen passend zijn. Echter, er moet worden vermeden dat zodanige bewijsmiddelen worden gevraagd dat er sprake is van ongerechtvaardigde belemmeringen van de opstelling van opdrachten als bedoeld in art. 34 lid 2 richtlijn 2004/17/EG. ●

⁸⁵ HvJ EU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Hojgaard en Zublin*), r.o. 37.