

Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht

– Mr. I.A.F. Hendriksen, mr. E. Verweij, mr. D. Muis en mr. A.B. de Blanken¹

Deze jaarlijks verschijnende kroniek vat een aantal in het oog springende uitspraken samen die door het Europese Hof van Justitie (Hof) zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de tweede helft van 2020 en de eerste helft van 2021. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerdere jaargangen van dit tijdschrift.²

De in deze kroniek behandelde arresten beslaan uiteenlopende aanbestedingsrechtelijke thema's, waaronder:

- het begrip 'publiekrechtelijke instelling' (arrest *FIGC en Consorzio Ge.Se.Av.*);
- kwalificatie van de huurovereenkomst als 'overheidsopdracht' (arrest *Commissie/Oostenrijk*);
- het onderscheid tussen klassieke en speciale sectoren (arrest *Pegaso en Sistemi di Sicurezza*);
- specifieke uitsluiting voor omroeporganisaties (arrest *Tsjechische Republiek/Commissie*);
- ernstige beroepsfout (arrest *RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*);
- beroep op derden (arrest *Rad Service e.a.*);
- selectiecriteria vs. uitvoeringsvereisten (arresten *Sanresa en Riigi Tugiteenuste Keskus*);
- abnormaal lage inschrijving (arrest *Taks-Fin-Lex*);
- raamovereenkomsten (arrest *Simonsen & Weel* en);
- rechtsbescherming (arrest *NAMA e.a.*).

Enkele arresten zijn nog gewezen onder de vigeur van richtlijn 2004/18/EG. De meeste uitspraken betreffen echter de toepassing en uitleg van de huidige aanbestedingsrichtlijnen (2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU).

De arresten worden hierna in chronologische volgorde behandeld.

1. HvJ EU 10 september 2020, C-367/19 (*Tax-Fin-Lex*)

Definitie 'overheidsopdracht'. Art. 2, lid 1, punt 5 richtlijn 2014/24/EU. Abnormaal lage inschrijving

In 2018 kondigde het Sloveense Ministerie van Binnenlandse zaken een opdracht aan voor diensten inzake de toegang tot een juridisch informatiesysteem. Tax-Fin-Lex had een inschrijving ingediend met een prijs van nul euro. Het Ministerie wees de inschrijving af omdat deze volgens haar in strijd was met de regels inzake overheidsopdrachten. Tax-Fin-Lex verzocht het Ministerie tot herziening van dit besluit. Het Ministerie wees dit verzoek af en legde het geschil voor aan de rechter.

De verwijzende rechter vroeg zich onder meer af of sprake is van een 'overeenkomst onder bezwarende titel' in de zin van art. 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU, wanneer de aanbestedende dienst geen enkele financiële tegenprestatie hoeft te leveren, maar de ondernemer door middel van de uitvoering van de overeenkomst toegang tot een nieuwe markt en referenties verwerft. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens het Hof wordt met de uitdrukking 'onder bezwarende titel' bedoeld een overeenkomst waarbij iedere partij een prestatie moet leveren in ruil voor een tegenprestatie.³ Deze wederkerigheid van de overeenkomst is een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht.⁴ De door de aanbestedende dienst te leveren tegenprestatie hoeft niet noodzakelijkerwijs een betaling

¹ Iris Hendriksen, Erik Verweij, Daniël Muis en Anna-Belle de Blanken zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

² Zie voor de meest recente kronieken: I.A.F. Hendriksen en E. Verweij, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2020/131; E. Verweij, I.A.F. Hendriksen, S.J. Petiet en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2019/124; E. Verweij, I.A.F. Hendriksen, S.J. Petiet en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2018/154; E. Verweij, I.A.F. Hendriksen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2017/141.

³ HvJ EU 18 oktober 2018, C606/17 (*IBA Molecular Italy*), punt 28.

⁴ HvJ EU 21 december 2016, C-51/15 (*Remondis*), punt 43; HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, (*Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*), punt 40; en HvJ EU 18 juni 2020, C-328/19 (*Porin kaupunki*), punt 47.

van een geldsom te zijn. Ook andere vormen van tegenprestaties zijn mogelijk.⁵

Het Hof vervolgt dat richtlijn 2014/24/EU het begrip 'overheidsopdracht' slechts definieert om te bepalen of die richtlijn van toepassing is. Zodoende biedt art. 2, lid 1, punt 5 van deze richtlijn geen grondslag om een inschrijving af te wijzen op de enkele grond dat deze een prijs van nul euro bevat. Wel kan sprake zijn van een abnormaal lage inschrijving in de zin van art. 69 richtlijn 2014/24/EU. De aanbestedende dienst had de procedure uit die bepaling moeten volgen en de inschrijver moeten verzoeken om de inschrijving nader toe te lichten. Vervolgens had de inschrijving slechts afgewezen mogen worden, als het lage niveau van de aanboden prijzen of de kosten niet genoegzaam kon worden gestaafd met de door de inschrijver verstrekte informatie.

2. HvJ EU 28 oktober 2020, C-521/18 (Pegaso en Sistemi di Sicurezza)

Onderscheid klassieke vs. speciale sectoren. Postdiensten. Art. 13, lid 1 richtlijn 2014/25/EU

In 2017 schreef de rechtsvoorganger van Poste Italiane een aanbestedingsprocedure uit voor het sluiten van raamovereenkomsten voor portiers-, receptie- en toegangscontrolediensten. Pegaso stelde hiertegen beroep in bij de verwijzende rechter, omdat de aankondiging in strijd zou zijn met de Italiaanse aanbestedingswet. De aanbestedingsprocedure werd daarop in kort geding geschorst. De vraag kwam vervolgens op of richtlijn 2014/25/EU van toepassing is op de onderhavige opdracht.

De verwijzende rechter legde het Hof onder meer de vraag voor of portiers-, receptie- en toegangscontrolediensten in de vestigingen van de aanbieders van postdiensten, behoren tot het 'aanbieden van postdiensten' in de zin van art. 13, lid 1 van richtlijn 2014/25/EU. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend, mits de portiers-, receptie- en toegangscontrolediensten daadwerkelijk dienen voor de uitoefening van postdiensten. Het Hof acht hierbij relevant dat voornoemde diensten het mogelijk maken om de postdiensten naar behoren te verrichten.

Het Hof redeneert hierbij als volgt. Allereerst merkt het Hof op dat met betrekking tot richtlijn 2004/17/EG al eerder is geoordeeld dat die richtlijn niet enkel van toepassing is op opdrachten op het gebied van de in artikel 3 tot en met 7 van die richtlijn genoemde activiteiten. Richtlijn 2004/17/

EG is ook van toepassing op opdrachten *van andere aard en die dienen voor* de voornoemde activiteiten. Ook dergelijke opdrachten moeten volgens richtlijn 2004/17/EG (thans 2014/25/EU) worden geplaatst (en niet volgens richtlijn 2004/18/EG, thans 2014/24/EU).⁶

Vervolgens stelt het Hof dat op grond van art. 13 richtlijn 2014/25/EU deze richtlijn van toepassing is op activiteiten die betrekking hebben op het 'aanbieden van postdiensten en andere diensten'. Dit laatste op voorwaarde dat deze 'andere diensten' worden aangeboden door een entiteit die ook 'postdiensten' aanbiedt. Het Hof acht het moeilijk voorstelbaar dat postdiensten naar behoren kunnen worden verricht, als er geen portiers-, receptie- en toegangscontrolediensten worden verricht in de vestigingen van de betrokken aanbieder. Dit geldt zowel voor de vestigingen die toegankelijk zijn voor publiek als voor de vestigingen waar administratieve functies worden verricht. De onderhavige opdracht kan derhalve niet worden geacht te zijn geplaatst voor andere doeleinden dan de uitoefening van postdiensten.

3. HvJ EU 14 januari 2021, C-387/19 (RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel)

Ernstige beroepsfout. Rechtstreekse werking. Art. 57, lid 4 en 6 richtlijn 2014/24/EU

In mei 2016 kondigde het Vlaamse Agentschap Wegen en Verkeer een opdracht aan voor de herinrichting van een kruispunt. De inschrijvers RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel werden uitgesloten vanwege ernstige beroepsfouten begaan bij eerdere opdrachten van het Agentschap. RTS infra en Norré-Behaegel verzochten de Belgische rechter om nietigverklaring van dit besluit. Alvorens te worden uitgesloten, hadden zij de mogelijkheid moeten krijgen om aan te tonen dat zij de gevolgen van die fouten hebben weggenomen door passende corrigerende maatregelen te nemen overeenkomstig art. 57, lid 6 richtlijn 2012/24/EU. Het Agentschap betwistte daarentegen dat deze bepaling rechtstreekse werking heeft. Voorts hadden de ondernemers volgens het Agentschap de genomen corrigerende maatregelen op eigen initiatief moeten melden.

Het Hof wijst erop dat art. 57, lid 6 noch overweging 102 van richtlijn 2014/24/EU duidelijk maakt op welke wijze of in welk stadium van de aanbestedingsprocedure het bewijs van corrigerende maatregelen kan worden geleverd. De tekst van voornoemd artikel biedt de mogelijkheid voor de ondernemers om zowel op eigen initiatief als op dat

⁵ HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri Della Provincia di Lecce e.a.*), punt 29; HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (*Piepenbrock*), punt 31 en HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17 (*IBA Molecular Italy*), punt 29.

⁶ HvJ EG 10 april 2008, C-393/06 (*Aigner*), punten 31 en 56 - 59; HvJ EU 19 april 2018, C-152/17, (*Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi*), punt 26.

van de aanbestedende dienst bewijs aan te leveren. De lidstaten moeten de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel bepalen.⁷ Het Hof concludeert dat op grond van art. 57, lid 6 een ondernemer geen verplichting heeft om uit eigen beweging bewijs te leveren van de corrigerende maatregelen, wanneer een dergelijke verplichting niet uit de toepasselijke nationale regeling of de aanbestedingsstukken voortvloeit.⁸ Dit is (dus) anders als een dergelijke verplichting wel duidelijk, nauwkeurig en eenduidig staat vermeld in een toepasselijke nationale regeling of in de aanbestedingsstukken.

Voorts oordeelt het Hof over de vraag of art. 57, lid 6 rechtstreekse werking heeft. De Belgische wet trad in werking ná de uiterste datum voor omzetting. Uit vaste rechtspraak volgt dat bij de nationale rechterlijke instanties een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn, indien die bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn (en de lidstaat heeft verzuimd om de richtlijn tijdig en correct te implementeren).⁹ Een bepaling is onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig als zij de lidstaten in ondubbelzinnige bewoordingen een nauwkeurige resultaatsverplichting oplegt.¹⁰

Volgens het Hof bepaalt art. 57, lid 6 richtlijn 2014/24/EU voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk dat de betrokken ondernemer niet kan worden uitgesloten indien hij erin slaagt om aan te tonen dat zijn betrouwbaarheid met de genomen corrigerende maatregelen is hersteld. De bepaling heeft derhalve rechtstreekse werking.

4. HvJ EU 3 februari 2021, C-155/19 en C-156/19 (FIGC en Consorzio Ge.Se.Av.)

Definitie 'publiekrechtelijke instelling' Art. 2, lid 1, punt 4 richtlijn 2014/24/EU

De Italiaanse voetbalbond gunde een opdracht voor kruiersdiensten voor de nationale voetbalploegen aan een consortium. Een andere onderneming (De Vellis Servizi Globali) stelde beroep in bij de Italiaanse bestuursrechter. Zij meende dat de Italiaanse voetbalbond moest worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling en dat daarom de opdracht niet correct was aanbesteed. De Italiaanse bestuursrechter verklaarde de gunning van de opdracht nietig. Zowel de Italiaanse voetbalbond als voornoemd consortium stelden beroep in. Volgens hen moest de Italiaanse voetbalbond

niet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling.

Het Hof stelt voorop dat sprake is van een publiekrechtelijke instelling als aan de drie cumulatieve voorwaarden van art. 2, lid 1, punt 4, sub a - c van richtlijn 2014/24/EU is voldaan.¹¹

Wat betreft sub a) van voornoemd artikel: de betrokken entiteit moet sinds haar oprichting of daarna daadwerkelijk voorzien in behoeften van algemeen belang. Daarbij moet objectief kunnen worden vastgesteld dat de entiteit die behoeftevoorziening op zich heeft genomen.¹² In Italië is sport een activiteit van algemeen belang die door elk van de nationale sportbonden wordt verricht in het kader van openbare taken die op grond van de wet uitdrukkelijk aan die bonden zijn toegekend. Dat de voetbalbond een privaatrechtelijke vereniging is, en de oprichting dus niet voortvloeit uit een formele handeling tot oprichting van een overheidsinstantie, doet hier niet aan af.¹³ Evenmin is relevant dat de voetbalbond ook andere activiteiten verricht naast de activiteiten die voorzien in behoeften van algemeen belang, zelfs als die laatstgenoemde activiteiten een geringe rol spelen.¹⁴ Ook het vermogen om zelf in financiering te voorzien is niet van belang.

Wat betreft sub c) van voornoemd artikel is de vraag of het beheer van een nationale sportbond geacht wordt onder controle te staan van een overheidsinstantie. Het Hof merkt hierover op dat dergelijke controle een *actieve* controle op het beheer van de betrokken instelling vereist. Dat dient een afhankelijkheid van de betrokken instelling jegens de overheid te scheppen, waardoor besluiten op het gebied van overheidsopdrachten kunnen worden beïnvloed.¹⁵ Toezicht 'a posteriori' voldoet hier niet aan, omdat de overheid door een dergelijk toezicht de beslissingen van de betrokken instelling inzake overheidsopdrachten niet kan beïnvloeden.¹⁶

Volgens het Hof kan een nationale sportbond die beschikt over beheersautonomie slechts onder controle staan van een overheidsinstantie, als sprake is van een 'actieve beheerscontrole' waardoor be-

⁷ HvJ EU 1 juni 2020, C-472/19 (*Vert Marine*), punt 23.

⁸ HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, (*Connexion Taxi Services*), punt 40; HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*), punt 36; HvJ EU 6 november 2014, C-42/13 (*Cartiera dell'Adda*) punt 44.

⁹ HvJ EU 13 februari 2019, C-434/17 (*Human Operator*), punt 38.

¹⁰ HvJ EU 5 oktober 2004, C-397/01-C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer e.a.*), punten 104 en 105; en HvJ EU 14 oktober 2010, C-243/09 (*Fuß*), punten 57 en 58.

¹¹ HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*IVD*), punt 20; en HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15 (*LitSpecMet*), punt 30.

¹² HvJ EU 12 december 2002, C-470/99 (*Univerale-Bau e.a.*), punt 63.

¹³ HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*), punt 62; HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00 (*Commissie/Spaanje*), punten 55 en 56 en HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*IVD*), punt 21.

¹⁴ HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*), punt 55; HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*).

¹⁵ HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, (*Adolf Truley*), punten 68, 69 en 73; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), punten 44, 48 en 49; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*), punt 20.

¹⁶ HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (*IVD*), punt 29; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, (*Adolf Truley*), punt 70.

slissingen op het gebied van overheidsopdrachten kunnen worden beïnvloed. Het Hof meent dat het aan de verwijzende rechter is om nader te onderzoeken of hiervan sprake is. Relevante aspecten hierbij zijn onder meer: of de wet en de statuten van het Italiaans olympisch comité bedoeld zijn om de beheersautonomie te beperken; de eventuele bevoegdheid van het comité om jaarrekeningen en begrotingen goed te keuren; en de mate van financiële autonomie van de sportbonden.

5. HvJ EU 24 maart 2021, C-771/19 (NAMA e.a.)

Rechtsbescherming. Procesbelang uitgesloten inschrijver. Richtlijn 92/13/EEG

Begin 2018 publiceerde Attico Metro een aanbesteding voor technische adviesdiensten voor de uitbreiding van het metronetwerk in Athene. De aanbestedingsprocedure bestond uit twee fasen: in de eerste fase werden de bewijsstukken en technische offertes van de gegadigden gecontroleerd; in de tweede fase werden de economische offerten geopend en vond een globale beoordeling plaats. Het consortium SALFO werd als enige inschrijver toegelaten tot de tweede fase. NAMA werd in de eerste fase uitgesloten. Zowel tegen dit besluit als tegen de toelating van SALFO tot de tweede fase ging NAMA in (hoger) beroep bij de bestuursrechter.

Op grond van Griekse nationale rechtspraak heeft een uitgesloten inschrijver slechts procesbelang om de rechtmatigheid van een andere inschrijving te betwisten, indien bij de beoordeling van de inschrijvingen het beginsel van gelijke behandeling is geschonden. De appelrechter vroeg het Hof of deze praktijk zich verhoudt met rechtsbeschermingsrichtlijn 92/13/EEG en de rechtspraak van het Hof.¹⁷

Het Hof verwijst bij de beantwoording van deze vraag allereerst naar het *Fastweb*-arrest, waarin werd geoordeeld dat inschrijvers een gelijkwaardig legitiem belang hebben bij de uitsluiting van andere inschrijvers.¹⁸ In het *PFE*-arrest oordeelde het Hof vervolgens dat de uitsluiting van de ene inschrijver ertoe kan leiden dat de opdracht op basis van dezelfde procedure direct aan een andere inschrijver wordt gegund, of dat beide inschrijvers worden uitgesloten en een nieuwe aanbestedingsprocedure wordt gestart.¹⁹ Daarnaast geldt dat onder meer de omstandigheid dat uitgesloten inschrijvers in hun beroep uiteenlopende gronden hebben aangevoerd, niet relevant is voor de toepassing van dit in

de rechtspraak ontwikkelde beginsel.²⁰ Dit beginsel is eveneens van toepassing op richtlijn 92/13/EEG, aldus het Hof.²¹

Volgens het Hof is het dus de vraag of het voorgaande ook van toepassing is wanneer een inschrijver vóór gunning is uitgesloten. Volgens het Hof mogen lidstaten aan het instellen van beroep niet de voorwaarde verbinden dat de aanbestedingsprocedure een bepaald stadium heeft bereikt.²² In het bijzonder mogen inschrijvers niet worden verplicht om te wachten totdat de opdracht is gegund voordat zij beroep kunnen instellen.²³ Dit is in strijd met het doel van richtlijn 92/13/EEG om snelle en effectieve rechtelijke bescherming te bieden, aldus het Hof.

Het Hof concludeert dat de niet-geselecteerde inschrijver tegen het besluit tot toelating van een andere inschrijver alle middelen mag aanvoeren. Ook als die geen verband houden met de onregelmatigheden op grond waarvan zijn eigen offerte is uitgesloten en ongeacht het stadium van de aanbestedingsprocedure.

6. HvJ EU 22 april 2021, C-537/19 (Commissie/Oostenrijk)

Kwalificatie huurovereenkomst als 'overheidsopdracht'. Art. 16 onder a) richtlijn 2004/18/EG

Het Oostenrijkse Wiener Wohnen (een aan de stad Wenen verbonden overheidsentiteit) sloot in 2012 onderhands, zonder aanbesteding, een langdurige huurovereenkomst voor een nog te bouwen kantoorgebouw in Wenen. De Europese Commissie meende dat er een aanbesteding had moeten plaatsvinden omdat sprake is van een overheidsopdracht voor werken (art. 2, art. 28 en art. 35 van richtlijn 2004/18/EG). Oostenrijk erkende dat de huurovereenkomst viel binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG. Oostenrijk meende echter dat de uitzondering uit art. 16 onder a) richtlijn 2004/18/EG van toepassing was en daarom geen aanbesteding verplicht was. De Commissie stelde beroep in.

Het Hof stelt voorop dat de vraag of sprake is van een overheidsopdracht naar Unierecht moet worden beantwoord. De kwalificatie van de overeenkomst door partijen als 'huurovereenkomst' is niet doorslaggevend.²⁴ Wanneer sommige bestand-

¹⁷ Onder meer: HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12, (*Fastweb*), HvJ EU 5 april 2016, C-689/13 (*PFE*), HvJ EU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus en Gama*) en HvJ EU 5 september 2019, C-333/18 (*Lombardi*).

¹⁸ HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12, (*Fastweb*), punt 33.

¹⁹ HvJ EU 5 april 2016, C-689/13 (*PFE*), punt 27.

²⁰ HvJ EU 5 april 2016, C-689/13 (*PFE*), punt 29.

²¹ HvJ EU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus en Gama*), punt 50-53.

²² HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle en RPL Lochau*), punt 38; HvJ EU 5 april 2017, C-391/15 (*Marina del Mediterráneo e.a*) punt 31.

²³ HvJ EU 5 april 2017, C-391/15 (*Marina del Mediterráneo e.a*) punt 34.

²⁴ HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), punt 40; HvJ EG 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*), punt 54; HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05 (*Aurox/Roanne*), punt 40.

delen van een overeenkomst zien op een opdracht voor de uitvoering van werken en andere bestanddelen op een ander soort opdracht, moet de kwalificatie aan de hand van het hoofvoorwerp van de overeenkomst worden bepaald.²⁵ Het Hof stelt vast dat op het moment van sluiten van de overeenkomst nog niet was begonnen met de bouw. Derhalve kon het onmiddellijke doel van die overeenkomst niet de verhuur van gebouwen zijn. Het doel van de overeenkomst was de bouw van een werk.²⁶ Een aanbestedende dienst kan zich niet op de uitzondering van art. 16 onder a) beroepen indien sprake is van een opdracht voor de uitvoering van werken, voor zover deze wezenlijk voldoet aan nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst.²⁷ Daarvan is sprake wanneer deze maatregelen neemt om de kenmerken van het werk te definiëren, althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uitoefent.²⁸ Dit is met name het geval indien de verlangde specificaties verder gaan dan de eisen die een huurder gewoonlijk aan een gebouw stelt.²⁹

Anders dan in andere gevallen³⁰, komt het Hof vervolgens - opvallend genoeg - tot de conclusie dat de onderhavige huurovereenkomst voor een nog te bouwen gebouw géén overheidsopdracht voor werken inhoudt. Volgens het Hof is het ontwerp van het gebouw niet het resultaat van de wensen van Wiener Wohnen, maar van het eigen initiatief van de verhuurder zoals al genomen vóórdat de onderhandelingen met Wiener Wohnen waren gestart. Zodoende heeft Wiener Wohnen hierop geen invloed uitgeoefend. Hoewel Wiener Wohnen een aanzienlijk en gedetailleerd aantal wensen heeft aangedragen, meent het Hof dat die wensen niet verder gaan dan wat een huurder normaliter zou kunnen eisen. Kortom: het beroep van de Commissie wordt verworpen.

7. HvJ EU 20 mei 2021, C-6/20 (Riigi Tugiteenuste Keskus)

Selectie criterium of uitvoeringsvoorwaarde. Art. 2 en art. 46 richtlijn 2004/18/EG. Vertrouwensbeginsel

Het Estse Ministerie van Sociale Zaken organiseerde twee aanbestedingsprocedures voor de aankoop van voedselsteun voor de meest behoefti-

gen. Inschrijvers moesten bij inschrijving aantonen dat zij beschikten over de registratie of erkenning van een Estse autoriteit. Het Estse Ministerie voor Financiën achtte deze eis ongerechtvaardigd beperkend voor inschrijvers uit andere lidstaten.

Aan het Hof werden prejudiciële vragen voorgelegd over de kwalificatie en rechtmatigheid van een vereiste registratie of erkenning. Het Hof stelt voorop dat een registratie of erkenningseis zoals in deze procedure aan de orde een kwalitatief selectie criterium³¹ is en geen uitvoeringsvereiste³². Een aanbestedende dienst moet bij inschrijving in staat zijn om te beoordelen of een inschrijver bevoegd en geschikt is de betreffende beroepsactiviteit uit te oefenen. De registratie- en erkenningsplicht impliceert dat de inschrijver zich in de lidstaat van uitvoering moet vestigen, terwijl het niets zegt over de manier waarop de opdracht moet worden uitgevoerd. Het vereiste kan dus niet worden gezien als een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, aldus het Hof.

Het Hof oordeelt dat uit art. 46 jo. overweging 42 van richtlijn 2004/18/EG volgt dat inschrijvers hun geschiktheid kunnen aantonen met documenten van de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat. Schending van art. 46 richtlijn 2004/18/EG impliceert dat eveneens een inbreuk wordt gemaakt op de beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling. Hier is sprake van: er is geen reden om aan te nemen dat de opdracht niet kan worden uitgevoerd door een onderneming uit een andere lidstaat.

Tot slot wenste de verwijzende rechter te vernemen of de betreffende aanbestedende dienst (het Ministerie van Sociale Zaken van Estland) een beroep kon doen op het vertrouwensbeginsel waardoor de schending van richtlijn 2004/18/EG zonder gevolgen zou moeten zijn. Dit omdat inspecteurs van een ander overheidslichaam (het Ministerie van Financiën in Estland) de aanbesteding - kort gezegd - had goedgekeurd. Het Hof oordeelt in lijn met eerdere rechtspraak dat een beroep op het vertrouwensbeginsel slechts opgaat, indien een bestuurlijke autoriteit gegronde verwachtingen heeft gewekt door precieze, onvoorwaardelijke en overeenstemmende toezeggingen te doen die uitgaan van bevoegde en betrouwbare bronnen.³³ De Unitaire opvatting van de staat sluit echter uit dat een nationale autoriteit (zoals hier het Ministerie van Sociale Zaken) zich op het vertrouwensbeginsel beroept.³⁴ Het vertrouwensbeginsel kan der-

²⁵ HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), punt 41; HvJ EU 18 januari 2007, C-220/05 (*Auroux/Roanne*), punt 37.

²⁶ HvJ EU 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*), punt 56.

²⁷ HvJ EU 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*), punt 55; HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), punt 43.

²⁸ HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), punt 44; HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), punt 67.

²⁹ HvJ EU 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*), punt 58.

³⁰ HvJ EU 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*), HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*).

³¹ Zoals bedoeld in art. 46 richtlijn 2004/18/EG.

³² Zoals bedoeld in art. 26 richtlijn 2004/18/EG.

³³ Zie in die zin HvJ EU 7 augustus 2018, C-120/17 (*Ministru kabinets*), punt 50; HvJ EU 5 maart 2019, C-349/17 (*Eesti Pagar*), punt 97; HvJ EU 19 december 2019, C-236/18 (*GRDF*), punt 46.

³⁴ HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur en Factortame*), punt 34.

halve niet door een aanbestedende dienst worden ingeroepen om te voldoen aan nationale wetgeving die strijdig is met het Unierecht.

8. HvJ EU 3 juni 2021, C-210/20 (*Rad Service e.a.*)

Beroep op derden. Uitsluitingsgronden. Art. 57 richtlijn 2014/24/EU

Een Toscaanse gezondheidsdienst schreef op 3 januari 2018 een procedure uit voor de sloop van een voormalig ziekenhuis. Het consortium Del Debbio gaf in haar offerte aan een beroep te doen op de technische en beroepsbekwaamheden van een derde. Del Debbio werd uitgesloten, omdat de betreffende derde in haar verklaring niets had vermeld over een strafrechtelijk vonnis en daarmee een valse verklaring had afgelegd.

Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of een inschrijver automatisch - dat wil zeggen zonder mogelijkheid tot vervanging van de derde - kan worden uitgesloten wegens een valse verklaring van een derde op wie een beroep wordt gedaan. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend.

Het Hof stelt voorop dat een inschrijver volgens art. 63, lid 1 richtlijn 2014/24/EU het recht heeft een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. Dit om te voldoen aan de criteria inzake economische en financiële draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid.³⁵ De inschrijver dient een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) te overleggen waarmee hij verklaart dat er geen uitsluitingsgrond van toepassing is op hemzelf alsook de derden waarop hij een beroep wil doen.

Indien een uitsluitingsgrond van toepassing is op een derde, heeft de ondernemer op grond van art. 57, lid 6 richtlijn 2014/24/EU het recht te bewijzen dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Indien de ondernemer geen enkele herstelmaatregel(en) heeft genomen die de aanbestedende dienst onvoldoende acht, dan kan of - indien zijn nationale recht hem daartoe verplicht - moet de aanbestedende dienst van de inschrijver eisen dat hij de derde vervangt. De nationale regel - die uitgaat van automatische uitsluiting - is derhalve in strijd met richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof overweegt tot slot dat een verzoek van een aanbestedende dienst om de derde te ver-

vangen er niet toe mag leiden dat de inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient, waardoor de oorspronkelijke inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd.³⁶

9. HvJ EU 17 juni 2021, C-862/19 P (*Tsjechische Republiek/Commissie*)

Specifieke uitsluiting voor omroeporganisaties. Art. 16 onder b) richtlijn 2004/18/EG

Volgens art. 16 onder b) richtlijn 2004/18/EG is die richtlijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten 'betreffende de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programmamateriaal bestemd voor uitzendingen door radio-omroeporganisaties en overeenkomsten betreffende zendtijd'.

De Commissie heeft een gedeelte van aan Tsjechië verleende steun uit het Europees Sociaal Fonds (ESF) alsook het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) nietig verklaard. Tsjechië had namelijk verschillende overheidsopdrachten - gefinancierd met voornoemde steun - zonder openbare bekendmaking gegund. Volgens de Commissie was dit niet toegestaan, nu de uitzondering van art. 16 sub b) richtlijn 2004/18/EG enkel betrekking heeft op aanbestedende diensten die omroeporganisaties zijn.

Tsjechië verzocht het Gerecht van de Europese Unie tot nietigverklaring van dit besluit van de Commissie, welk verzoek werd afgewezen. Met haar hogere voorziening verzocht Tsjechië om vernietiging van het arrest van het Gerecht.

Het Hof concludeert echter dat art. 16 sub b) richtlijn 2004/18/EG strikt moet worden uitgelegd.³⁷ De uitsluiting in dit artikel heeft enkel betrekking op opdrachten die omroeporganisaties in hun hoedanigheid van aanbestedende diensten plaatsen ter uitvoering van hun eigen taak inzake het verlenen van een openbare dienst. Het Hof meent dat Tsjechië zich niet op art. 16 sub b) richtlijn 2004/18/EG kon beroepen en verwerpt derhalve het beroep.

³⁵ HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12 (*Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino*), punt 29 en 33; HvJ EU 7 april 2016, C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz*), punten 33, 35, 39, 49 en 51; en HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15 (*Pizzo*), punt 25.

³⁶ HvJ EU 29 maart 2021, C-599/10 (*SAG ELV Slovensko*), punt 40; HvJ EU 7 april 2016, C-324/14 (*Partner Apelski Dariusz*), punt 64; en HvJ EU 11 mei 2017, C-131/16 (*Archus en Gama*), punten 31 en 37.

³⁷ HvJ EU 6 december 2017, C-408/16 (*Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*), punt 45.

10. HvJ EU 17 juni 2021, C-23/20 (Simonsen & Weel)

Raamovereenkomsten. Geraamde en maximum hoeveelheid. Art. 18 lid 1, 33 en 49 richtlijn 2014/24/EU

De Deense regio's Noord-Jutland en Zuid-Denemarken organiseerden een aanbesteding voor de levering van sondevoeding apparatuur. Met de winnende inschrijver zou een raamovereenkomst worden gesloten. Nutricia kreeg als voordeligste inschrijving de opdracht gegund. De verliezende inschrijver Simonsen & Weel maakte hiertegen bezwaar bij de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen.

Volgens Simonsen & Weel had bij de aankondiging van de opdracht de geraamde hoeveelheid of waarde moeten vermelden van de leveringen onder de raamovereenkomst. Daarnaast hadden de regio's moeten aangeven hoeveel producten er maximaal mochten worden aangekocht onder de raamovereenkomst, dan wel wat daarvan de totale maximale waarde was. De Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen stelde hierover prejudiciële vragen aan het Hof.

Het Hof herhaalt eerdere jurisprudentie, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bij het aanbesteden van een raamovereenkomst de maximumhoeveelheid en/of waarde moet opnemen.³⁸ Het gaat daarbij om de totale hoeveelheid prestaties van opdrachten die onder de raamovereenkomst verwacht kunnen worden. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie komen in het gedrang, indien de maximumwaarde of -hoeveelheid waarop de raamovereenkomst betrekking heeft niet wordt vermeld.³⁹ Een inschrijver moet op basis van de geraamde hoeveelheid en/of waarde *alsmede* de maximumhoeveelheid en/of -waarde kunnen beoordelen of hij in staat is de verplichtingen uit de raamovereenkomst na te komen, aldus het Hof.

Verder geldt dat de raamovereenkomst geen effect meer sorteert als de opgegeven maximum hoeveelheid is bereikt.⁴⁰ Het Hof maakt daarbij de volgende aanvullende opmerkingen:

- op grond van art. 33 lid 2 en art. 71 van richtlijn 2014/24/EU zijn niet-wezenlijke wijzigingen van de raamovereenkomst toegestaan; en
- de maximumhoeveelheid of -waarde kan zowel in de aankondiging van de opdracht als in het

bestek worden vermeld. Immers is de aanbestedende dienst verplicht om vanaf de datum van bekendmaking van een opdracht toegang te verschaffen tot de aanbestedingsdocumenten, waaronder het bestek (art. 53, lid 1 van richtlijn 2014/24/EU).

Met andere woorden, als het vermelde maximum is bereikt mogen onder de raamovereenkomst geen verdere aankopen meer worden gedaan (behoudens niet-wezenlijke wijzigingen).

Het Hof concludeert desondanks dat een raamovereenkomst niet onverbindend is (in de zin van rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG en 2007/66),⁴¹ als in de aankondiging en/of het bestek de geraamde hoeveelheid en/of waarde en de maximumhoeveelheid en/of -waarde ontbreekt.⁴² Het Hof acht deze sanctie te zwaar. De gedachte hierachter is dat de niet-nakoming van de informatieverplichting van de aanbestedende dienst voor een inschrijver bij inschrijving voldoende kenbaar is.

11. HvJ EU 8 juli 2021, C-295/20 (Sanresa)

Vereiste vergunning. Selectiecriteria of uitvoeringsvoorwaarde. Art. 58 en 70 richtlijn 2014/24/EU

Het Litouwse Ministerie van Milieu organiseerde een openbare aanbesteding voor beheersdiensten van gevaarlijke afvalstoffen. De inschrijving van Sanresa was ongeldig verklaard omdat zij niet beschikte over een vereiste vergunning voor internationaal transport van afvalstoffen.⁴³ Sanresa meende dat zij niet mocht worden uitgesloten omdat de vergunningseis geen selectiecriteria, maar een uitvoeringsvoorwaarde betrof.⁴⁴ De verwijzende Litouwse rechter stelde in dit kader een aantal prejudiciële vragen aan het Hof.

Het Hof stelt voorop dat selectiecriteria op grond van art. 58 richtlijn 2014/24/EU enkel betrekking hebben op (a) de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, (b) de economische en financiële draagkracht en (c) de technische en beroepsbekwaamheid.⁴⁵ De vereiste toestemming van de bevoegde autoriteiten voor het transport van afvalstoffen valt onder geen van deze criteria, aldus het Hof.

Volgens art. 70 richtlijn 2014/24/EU zijn 'uitvoeringsvoorwaarden' voorwaarden verbonden aan

³⁸ HvJ EU 19 december 2018, C-216/17 (*Autorità garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coopservice*).

³⁹ HvJ EU 19 december 2018, C-216/17 (*Autorità garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coopservice*), punt 64.

⁴⁰ Zie ook naar analogie: HvJ EU 19 december 2018, C-216/17 (*Autorità garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coopservice*) punt 61.

⁴¹ Vgl. art. 4.15 Aanbestedingswet 2012.

⁴² Het Hof verwijst naar art. 2 quiquies, lid 1 onder (a) van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van de overwegingen 13 en 14 van richtlijn 2007/66.

⁴³ Op grond van verordening nr. 1013/2006.

⁴⁴ Zie art. 58 resp. art. 70 richtlijn 2014/24/EU.

⁴⁵ Deze criteria worden nader uitgewerkt in lid 2 tot en met lid 4 van art. 58 richtlijn 2014/24/EU.

de uitvoering van een opdracht. Deze moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht. De toestemming van de autoriteiten om afvalstoffen van de ene lidstaat naar de andere te mogen vervoeren, maakt volgens het Hof deel uit van de uitvoering van de opdracht. De vergunningseis kan mede daarom worden aangemerkt als een uitvoeringsvereiste.

Een inschrijver hoeft bij inschrijving niet te bewijzen dat hij voldoet aan alle uitvoeringsvereisten. Het Hof stelt dat dit een buitensporige voorwaarde zou zijn die ondernemers kan ontmoedigen om zich in te schrijven. Een inschrijving mag daarom niet worden afgewezen op de enkele grond dat de

inschrijver bij indiening van zijn inschrijving niet heeft aangetoond aan een uitvoeringsvereiste te voldoen.⁴⁶ De verplichting om te bewijzen dat aan de uitvoeringseisen wordt voldaan, ontstaat pas na gunning.

Het Hof merkt nog op dat de aanbestedende dienst het risico, dat bij gunning geen vergunning wordt verleend, kan beperken. Met selectiecriteria kan specifieke ervaring op het gebied van transport van gevaarlijke stoffen worden vereist. Hiermee kan het risico dat de opdracht uiteindelijk niet kan worden uitgevoerd worden verminderd, aldus het Hof. Immers, aan de selectiecriteria moet bij inschrijving wél al worden voldaan. ●

licentie verstrekt aan
kmservicedesk@stibbe.com
Stibbe
IBR Publicatie - 06-10-2021

⁴⁶ Dit is mogelijk anders wanneer reeds ten tijde van de gunning zou vaststaan dat een inschrijver niet aan een uitvoeringseis kan voldoen. Zie bijv. Hof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1583, ro 3.5.