

Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht

– Mr. I.A.F. Hendriksen en mr. E. Verweij¹

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 2019 en de eerste helft van 2020. 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 'overheidsopdracht' (arrest *Porin kaupunki*);
- publiek-publieke samenwerking (arresten *Remondis* en *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*);
- aankoopcentrales (arrest *Asmel*);
- onderhandse gunningen onder de PSO-verordening (arrest *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*);
- overgangsrecht onder de PSO-verordening (arrest *Compañía de Tranvías de La Coruña*);
- beperking van inzet van onderaannemers (arresten *Vital* en *Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service*);
- begrip 'ondernemer' (arrest *Parsec Fondazione*);
- uitsluitingsgronden (arresten *Tim* en *Vert Marine*);
- wijzigingen na gunning (arrest *T-Systems Magyarország e.a.*);
- rechtsbescherming (arresten *Hochtief Solutions Magyarország Fióktelepe* en *HUNGEOD e.a.*).

Enkele arresten zijn nog gewezen onder de vigeur van richtlijnen 2004/17/EG en 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 29 juli 2019, C-620/17 (Hochtief Solutions Magyarország Fióktelepe)

Lidstaataansprakelijkheid. Schadevergoeding. Herziening van in kracht van gewijsde gegaan arrest

Een Hongaarse aanbestedende dienst had in een aanbestedingsprocedure opgenomen dat een gegadigde, die gedurende de laatste drie boekjaren meer dan één negatief resultaat op de balans had geboekt, niet voldeed aan de voorwaarden inzake de economische en financiële draagkracht. Hochtief Solutions voldeed niet aan dit criterium. Hochtief Solutions voerde vervolgens verschillende procedures bij de Hongaarse rechter.

De Hongaarse rechter stelde Hochtief Solutions in het ongelijk. Vervolgens vorderde zij in een nieuwe procedure voor de Hongaarse rechter vergoeding van de schade die de Hongaarse rechter haar in de uitoefening van zijn rechterlijke bevoegdheid had toegebracht. Hochtief Solutions meende onder meer dat in de voorafgaande procedures ten onrechte geen prejudiciële vragen waren gesteld; en dat een uitspraak in hoger beroep herzien had moeten worden vanwege een tussentijds gewezen arrest van het Hof.³

De Hongaarse rechter legde aan het Hof een tiental prejudiciële vragen voor over de mogelijke aansprakelijkheid van Hongarije jegens de inschrijver. Het Hof oordeelt op basis van vaste rechtspraak:

¹ Iris Hendriksen en Erik Verweij zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

² Zie voor de meest recente kronieken: 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; 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.

³ HvJ EU 18 oktober 2012, C-218/11 (*Éduková vizig en Hochtief Construction*).

- Particulieren die schade lijden door een aan een lidstaat toerekenbare schending van het Unierecht, hebben recht op vergoeding van hun schade indien (i) het geschonden voorschrift van Unierecht ertoe strekt hen rechten toe te kennen, (ii) het om een voldoende gekwalificeerde schending van dat voorschrift gaat en (iii) er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de door de particulieren geleden schade.⁴ In het nationaal recht mogen aan lidstaataansprakelijkheid ook minder beperkende voorwaarden worden verbonden.⁵
- Het feit dat een beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, sluit lidstaataansprakelijkheid niet uit.⁶
- De voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid moeten door de nationale rechter worden toegepast overeenkomstig de door het Hof daartoe verstrekte richtsnoeren.⁷ Wat betreft de tweede voorwaarde kan een lidstaat slechts aansprakelijk worden gesteld in het uitzonderlijke geval dat de rechterlijke instantie het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden.⁸ Hierbij moet met alle aspecten rekening worden gehouden.⁹
- Er is in ieder geval een schending van het Unierecht indien kennelijk voorbij wordt gegaan aan relevante rechtspraak van het Hof.¹⁰ Het is aan de verwijzende rechter om te oordelen of dit het geval is.
- Lidstaten moeten de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan maken overeenkomstig het nationale aansprakelijkheidsrecht. Daarbij mogen nationale regels over de schadevergoeding niet ongunstiger zijn dan de (nationale) regels die gelden voor gelijksoortige nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel); en niet van dien aard zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbe-

ginsel).¹¹ De omvang van de vergoeding moet adequaat zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat daadwerkelijke rechtsbescherming is verzekerd.¹²

Het Hof herhaalt conform vaste rechtspraak dat lidstaten op grond van art. 1 lid 1 richtlijn 89/665/EEG en art. 1 lid 1 richtlijn 92/13/EEG ervoor moeten zorgen dat een effectief beroep mogelijk is tegen besluiten van aanbestedende diensten.¹³ Volgens het Hof verzet het Unierecht zich niet tegen een nationale regeling die niet voorziet in herziening van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van een rechterlijke instantie.¹⁴ Het is aan de verwijzende rechter om te oordelen of het onder het Hongaars recht mogelijk is om terug te komen op een in kracht van gewijsde gegaan vonnis. Het Hof herinnert er daarbij aan dat particulieren niet de mogelijkheid mag worden ontzegd om de staat aansprakelijk te stellen, met name als een schending van het Unierecht door een definitief geworden rechterlijke beslissing gewoonlijk niet meer kan worden hersteld.¹⁵

2. HvJ EU 26 september 2019, C-63/18 (Vitali)

Onderaanneming. Art. 71 Richtlijn 2014/24/EU

In 2016 schreef Autostrade per l'Italia een niet-openbare aanbesteding uit voor uitbreiding van de autosnelweg tussen Milaan en Lainate. Op grond van het Italiaanse wetboek overheidsopdrachten mocht maximaal 30% van het totaalbedrag van de opdracht in onderaanneming worden gegeven. Vitali voldeed niet aan deze voorwaarde en werd uitgesloten. Vitali stelde tegen dit besluit beroep in.

De verwijzende rechter betwijfelde of een voornoemde beperking verenigbaar is met art. 49 en 56 VWEU, art. 71 richtlijn 2014/24/EU en het evenredigheidsbeginsel. Hierover werd een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof.

Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Richtlijn 2014/24/EU voorziet in de mogelijkheid voor inschrijvers om (onder bepaalde voorwaarden) een beroep te doen op onderaan-

⁴ HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur de Factortame*), punt 51; HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 51; en HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15 (*Tomášová*), punt 22.

⁵ HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur de Factortame*), punt 66; en HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 57.

⁶ HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 34; HvJ EU 24 oktober 2018, C-234/17 (*XC e.a.*), punt 58; en HvJ EU 6 oktober 2015, C-69/14 (*Tár ia*), punt 40.

⁷ HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 100; en HvJ EU 4 oktober 2018, C-571/16 (*Kantarev*), punt 95.

⁸ HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 53; en HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*), punten 32 en 42.

⁹ HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur de Factortame*), punt 56; HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punten 54 en 55; en HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15 (*Tomášová*), punt 25.

¹⁰ HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 56; HvJ EU 25 november 2010, C-429/09 (*Fuß*), punt

52; en HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15 (*Tomášová*), punt 26.

¹¹ HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur de Factortame*), punt 67; HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), punt 58; en HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15 (*Tomášová*), punt 38.

¹² HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur de Factortame*), punt 82; en HvJ EU 25 november 2010, C-429/09 (*Fuß*), punt 92.

¹³ HvJ EU 15 september 2016, C-439/14 en C-488/14 (*Star Storage e.a.*), punten 39–41.

¹⁴ HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), punten 59 en 60; en HvJ EU 6 oktober 2015, C-69/14

(*Tár ia*), punten 29 en 38.

¹⁵ HvJ EU 6 oktober 2015, C-69/14 (*Tár ia*), punt 40; en HvJ EU 24 oktober 2018, C-234/17 (*XC e.a.*), punt 58.

nemers.¹⁶ Deze regeling draagt bij aan de doelstellingen van de Unie, waaronder versterking van de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging aldus het Hof.¹⁷ Een beding dat het beroep op onderaannemers op abstracte wijze beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht, zonder de mogelijkheid om de bekwaamheid en draagkracht van de eventuele onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken, is niet verenigbaar met richtlijn 2004/18/EG.¹⁸

Hoewel art. 71 richtlijn 2014/24/EU aanvullende regels stelt ten opzichte van art. 25 richtlijn 2004/18/EG, kan hieruit volgens het Hof niet worden afgeleid dat lidstaten voortaan de mogelijkheid hebben om een beroep op onderaannemers op abstracte wijze te beperken tot een bepaald percentage van de opdrachtwaarde.

Het staat lidstaten evenwel vrij om in hun nationale wetgeving op bepaalde punten strengere regels vast te stellen dan opgenomen in richtlijn 2014/24/EU, mits dit verenigbaar is met het Unierecht. De bestrijding van georganiseerde misdaad (in Italië veelal de reden om inschakeling van onderaannemers te beperken) kan een legitieme doelstelling zijn op grond van het Unierecht.¹⁹ Echter, in dit geval ging de nationale regeling verder dan nodig om dit doel te bereiken. De beperking geldt immers ongeacht de economische sector waarop de opdracht betrekking heeft, de aard van de werken en de identiteit van de onderaannemers. Ook laat een dergelijk verbod geen ruimte voor een beoordeling per geval.²⁰

Zie tot slot ook het elders in deze kroniek (paragraaf 4) behandelde arrest *Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service* dat over vergelijkbare materie gaat.

3. HvJ EU 24 oktober 2019, C-515/18 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)

Onderhandse gunning. Art. 7 leden 2 en 4 PSO-Verordening

De Italiaanse regio Sardinië publiceerde in 2015 een vooraankondiging voor de onderhandse gunning van een opdracht voor openbaar spoor-

vervoer. De opdracht werd vervolgens gegund aan de zittende vervoerder Trenitalia. De Italiaanse mededingingsautoriteit stelde hiertegen beroep in.

Volgens de mededingingsautoriteit waren de bevestigingen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie niet in acht genomen. De regio Sardinië had namelijk niet alle informatie ter beschikking gesteld die nodig was om een commerciële inschrijving in te dienen. Daarnaast was er geen vergelijkende beoordeling verricht van de inschrijvingen die waren ontvangen.

De verwijzende rechter vroeg het Hof of er op grond van art. 7, leden 2 en 4, van de toepasselijke PSO-Verordening (1370/2007)²¹ een verplichting gold om (i) alle nodige informatie bekend te maken zodat geïnteresseerde ondernemingen een voldoende gedetailleerde inschrijving kunnen indienen en (ii) over te gaan tot een vergelijkende beoordeling van alle ontvangen inschrijvingen.

Het Hof gaat over tot uitleg van art. 7, leden 2 en 4, van de PSO-Verordening. Het Hof brengt daarbij in herinnering dat niet alleen rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van de bepalingen, maar ook met de context en de doelstellingen ervan. Daarbij kan ook de totstandkomingsgeschiedenis relevant zijn.²²

De bewoordingen van art. 7 leden 2 en 4 PSO-Verordening vereisen niet dat informatie over de beoogde gunning wordt bekendgemaakt. Art. 7 lid 2 somt slechts de gegevens op die de bevoegde instantie ten minste één jaar vóór de onderhandse gunning moet bekendmaken in het Publicatieblad van de EU. Deze gegevens zijn echter onvoldoende om de concrete kenmerken van de beoogde overeenkomst vast te stellen. Uit de tekst van art. 7 lid 4 volgt dat enkel de redenen gegeven moeten worden waarom de bevoegde instantie is overgegaan tot onderhandse gunning. Op basis van deze gegevens kunnen marktdeelnemers bezwaar maken tegen de beoogde onderhandse gunning. De PSO-Verordening bevat voorts geen verplichting om eventueel ontvangen inschrijvingen aan een vergelijkende beoordeling te onderwerpen. Tot slot concludeert het Hof dat de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7 leden 2 en 4 PSO-Verordening (EG) nr. 1370/2007 vernoemde uitleg ook bevestigt.

¹⁶ HvJ EU 14 juli 2016, C-406/14 (*Wrocław - Miasto na prawach powiatu*), punten 31-33.

¹⁷ HvJ EU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*), punt 48; HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), punt 29; en HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14 (*CASTA e.a.*), punt 55.

¹⁸ HvJ EU 14 juli 2016, C-406/14 (*Wrocław - Miasto na prawach powiatu*), punt 35.

¹⁹ HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), punten 27 en 28.

²⁰ Zie naar analogie HvJ EU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*), punten 54 en 55.

²¹ Verordening nr. 1370/2007 met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor, is gewijzigd bij verordening (EU) 2016/2338 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 (PB 2016, L 354, blz. 22). Deze wijzigingsverordening is op 24 december 2017 in werking getreden, zodat zij niet van toepassing is op onderhavig geding.

²² HvJ EU 8 mei 2019, C-631/17 (*Inspecteur van de Belastingdienst*), punt 29; HvJ EU 15 oktober 2014, C-561/13 (*Hošťická e.a.*), punt 29; HvJ EU 19 september 2018, C-41/17 (*González Castro*), punt 39; en HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*), punt 50.

4. HvJ EU 27 november 2019, C-402/18 (Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service)

Onderaanneming. Art. 25 Richtlijn 2004/18/EG

Deze zaak betreft een aanbesteding van de Universiteit Rome La Sapienza voor de levering van schoonmaakdiensten. De Universiteit gunde deze opdracht aan GTE Tedeschi. C.M. Service kwam tegen dit gunningsbesluit in beroep. Hiertoe bevestigde C.M. Service onder meer dat op grond van het Italiaans recht maximaal 30% van de waarde van de opdracht in onderaanneming mocht worden gegeven. Ook mochten onderaannemers geen prijzen hanteren die meer dan 20% lager waren dan de bij gunning overeengekomen prijzen.

De verwijzende rechter betwijfelde of dergelijke kwantitatieve beperkingen verenigbaar zijn met art. 49 en 56 VWEU, art. 25 richtlijn 2004/18/EG en art. 71 richtlijn 2014/24/EU. Hierover werden vragen gesteld aan het Hof.

Het Hof meent dat richtlijn 2004/18/EG van toepassing is (uitgaande van het moment waarop de aanbestedende dienst kiest welke procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een aanbestedingsplicht bestaat).²³ Richtlijn 2014/24/EU is niet van toepassing.

Het Hof stelt vast dat het op abstracte wijze beperken van de inzet van onderaannemers tot een bepaald percentage van de opdrachtwaarde, zonder de mogelijkheid om de bekwaamheid en draagkracht van onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken, niet verenigbaar is met richtlijn 2004/18/EG.²⁴ Die richtlijn beoogt immers overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging.²⁵

Het staat lidstaten evenwel vrij om in hun nationale wetgeving op bepaalde punten strengere regels uit te vaardigen dan in de richtlijn vastgesteld op het gebied onderaanneming, mits deze verenigbaar zijn met het Unierecht. De bestrijding van georganiseerde misdaad (in Italië veelal de reden om inschakeling van onderaannemers te beperken) kan een legitieme doelstelling zijn op grond van het Unierecht.²⁶

Het Hof oordeelt echter dat de Italiaanse regeling op algemene en abstracte wijze een beroep op onderaanneming verbiedt tot een vast percentage, ongeacht de economische sector waarop de opdracht betrekking heeft, de aard van de werken en de identiteit van de onderaannemers. Bovendien laat een dergelijk verbod geen ruimte voor een beoordeling per geval.²⁷ Volgens het Hof kan de door de Italiaanse wetgever nagestreefde doelstelling worden bereikt met minder restrictieve maatregelen. Zie het elders in deze kroniek (paragraaf 2) behandelde arrest *Vitali* dat over vergelijkbare materie gaat.

Wat betreft de Italiaanse regeling dat de prijzen in onderaanneming niet lager mogen zijn dan 20% onder de eenheidsprijzen uit de gunning, oordeelt het Hof dat deze beperking op algemene en abstracte wijze is omschreven, zonder enig onderzoek of een dergelijke minimumloonbescherming noodzakelijk is. De beperking is derhalve van toepassing ongeacht de economische sector of de betrokken activiteit en ongeacht de geldende wetten, regelingen of collectieve overeenkomsten inzake arbeidsvoorwaarden, die normaal gesproken op dergelijke werknemers van toepassing zouden zijn.

Bovendien rechtvaardigt geen van de in de zaak aangevoerde doelstellingen volgens het Hof de beperking van 20%. Het Hof oordeelt dat de Italiaanse beperking verder gaat dan noodzakelijk om de werknemers in onderaanneming loonbescherming te bieden en dat er minder restrictieve maatregelen mogelijk zijn om werknemers te beschermen.²⁸

5. HvJ EU 30 januari 2020, C-395/18 (Tim)

Uitsluitingsgronden. Onderaanneming. Richtlijn 2014/24/EU

De aankoopcentrale van de Italiaanse overheid schreef een aanbesteding uit voor de levering van een optisch communicatiesysteem. Tim diende een inschrijving in waarbij zij een beroep deed op drie onderaannemers. Vervolgens bleek dat een van Tim's onderaannemers een bepaald vereist certificaat niet kon overleggen, het niet kunnen overleggen van dit certificaat is in het bestek opgenomen als uitsluitingsgrond. Tim werd uitgesloten en ging daartegen in beroep.

Het Hof werd gevraagd of richtlijn 2014/24/EU en het evenredigheidsbeginsel zich verzetten te-

²³ HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*), punt 31; HvJ EU 11 juli 2013, C-576-10 (*Commissie/Nederland*), punt 52; en HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Commissie/Frankrijk*), punten 41 en 42.

²⁴ HvJ EU 14 juli 2016, C-406/14 (*Wrocław - Miasto na prawach powiatu*), punt 35.

²⁵ HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12 (*Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino*), punt 34.

²⁶ HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), punten 27 en 28.

²⁷ Zie het elders in deze kroniek behandelde arrest *Vitali*, punt 40; en HvJ EU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*), punten 54 en 55.

²⁸ HvJ EU 18 september 2014, C-549/13 (*Bundesdruckerei*), punten 28 – 31; HvJ EU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta*), punt 54; HvJ EG 3 april 2008, C-346/06 (*Rüffert*), punt 37; HvJ EG 18 maart 2004, C-314/01 (*Siemens en ARGE Telekom*), punt 45; en HvJ EU 14 juli 2015, C-406/14 (*Wrocław - Miasto na prawach powiatu*), punt 34.

gen een nationale regeling op grond waarvan een ondernemer automatisch wordt uitgesloten, als de uitsluitingsgrond ex art. 57 lid 4 sub 1 richtlijn 2014/24/EU (verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht) toepasselijk is op de ondernemer of diens onderaannemer.

Het Hof oordeelt dat het aan de lidstaten is om de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden te bepalen (art. 57 lid 7 richtlijn 2014/24/EU). Daarmee beoogt het artikel geen uniforme toepassing van de daarin opgenomen uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie. Lidstaten beschikken over een zekere beoordelingsbevoegdheid bij de bepaling van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden.²⁹

Hieruit volgt volgens het Hof dat lidstaten kunnen bepalen dat een aanbestedende dienst de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft om een inschrijver uit te sluiten van de aanbesteding, indien diens onderaannemer de verplichtingen uit art. 18 lid 2 richtlijn 2014/24/EU heeft geschonden. Volgens het Hof beletten de bewoordingen van art. 57 lid 4 sub 1 richtlijn 2014/24/EU deze uitleg niet. Ook is deze uitleg in lijn met het onderliggende doel van het artikel, te weten om naleving van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht te waarborgen.

Echter, het Hof herinnert eraan dat aanbestedende diensten gedurende de gehele procedure wel alle aanbestedingsbeginselen, waaronder het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, in acht moeten nemen (art. 18 richtlijn 2014/24/EU).³⁰ Door lidstaten opgestelde regels mogen daarbij niet verder gaan dan noodzakelijk voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn.³¹

Indien een nationale regeling bepaalt dat de aanbestedende dienst de verplichting heeft om een ondernemer uit te sluiten, omdat een onderaannemer verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht heeft geschonden, dan moet de aanbestedende dienst - om het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen - nagaan of noch de ondernemer noch diens onderaannemer deze verplichtingen heeft geschonden.

Voorts bepaalt art. 57 lid 6 derde alinea richtlijn 2014/24/EU dat de ondernemer de mogelijkheid heeft bewijs aan te leveren dat, ondanks een toepas-

selijke uitsluitingsgrond, hij betrouwbaar blijkt (en dus toch niet wordt uitgesloten). Een automatische uitsluiting van een ondernemer, zoals onder het Italiaans recht het geval is, is daarmee volgens het Hof in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Een dergelijke regeling is derhalve niet verenigbaar met richtlijn 2014/24/EU.

6. HvJ EU 19 maart 2020, C-45/19 (Compañía de Tranvías de La Coruña)

Verstrijken termijn vervoersconcessie. Overgangsregeling. Art. 8 lid 3 PSO-Verordening

De zaak betrof een overeenkomst tussen de Spaanse gemeente La Coruña en de onderneming Compañía de Tranvías uit 1987, waarin al het stedelijk openbaar vervoer in één concessie was gegund. De concessie zou eindigen per 31 december 2024. Op 5 juli 1995 sloten dezelfde partijen een andere overeenkomst met dezelfde einddatum, waarin een nieuwe dienst voor tramvervoer werd opgenomen.

Op 3 december 2009 trad de PSO-Verordening (1370/2007) in werking. Hierin is een overgangsbepaling opgenomen voor contracten die vóór 3 december 2000 waren gegund. Kort gezegd kunnen reeds gegunde contracten worden voortgezet gedurende maximaal 30 jaar (art. 8 lid 3 sub b).

In oktober 2016 deelde La Coruña mee dat de concessie op grond van de PSO-Verordening van rechtswege zou aflopen omdat er 30 jaar was verstreken sinds 1987. Er ontstond vervolgens discussie over wanneer de termijn van 30 jaar was ingegaan. Hiertoe werd het Hof aangezocht.

Volgens het Hof verwijst art. 8 van de PSO-Verordening niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten, zodat de bewoordingen ervan in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze moeten worden uitgelegd. Daarbij moet niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen van de bepaling, maar ook met de context en de doelstelling van de betreffende regeling.³²

Art. 8 PSO-Verordening formuleert niet uitdrukkelijk wanneer de termijn van 30 jaar start. Het Hof oordeelt dat deze termijn begint vanaf de datum van inwerkingtreding van de PSO-Verordening. Door deze uitleg is de einddatum identiek voor alle contracten die aan het einde van deze overgangperiode nog van kracht zijn. Op die manier staan alle bevoegde autoriteiten en betrokken marktdeelnemers op gelijke voet.

²⁹ Zie naar analogie HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (*Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato*), punten 31 en 32.

³⁰ Zie het elders in deze kroniek behandelde arrest *Vitali*, punt 39; en HvJ EU 20 september 2018, C-546/16 (*Montte*), punt 38.

³¹ HvJ EU 7 juli 2016, C-46/15 (*Ambisig*), punt 40; HvJ EU 8 februari 2018, C-144/17 (*Lloyd's of London*), punt 32; HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14 (*Impresa Edilux en SICEF*), punt 29; HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), punten 23 en 24; en HvJ EU 23 december 2009, C-376/08 (*Serrantoni en Consorzio stabile edili*), punt 33.

³² HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17 (*WB*), punt 50; en HvJ EU 21 juni 2018, C-20/17 (*Oberle*), punt 33.

7. EU 26 maart 2020, C-496/18 en C-497/18 (HUNGEOID e.a.)

Rechtsbescherming. Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG. Rechtszekerheidsbeginsel

Dit arrest betreft de aanbesteding van twee overeenkomsten voor de beveiliging en onderhoud van een metrolijn. Nadat de overeenkomsten in 2006 en 2009 waren gesloten, werden deze in 2009 en 2010 gewijzigd. De Hongaarse aanbestedingsautoriteit meende dat deze wijziging in strijd was met Hongaars recht en begon daarop een procedure. De Hongaarse rechter vroeg zich vervolgens af of de lidstaten een regeling moeten vaststellen waarbij een toezichthoudende autoriteit ambtshalve een procedure kan starten.³³

Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Art. 1 lid 3 beide rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EG verplicht noch verbiedt de lidstaten om te voorzien in een regeling waarbij de autoriteiten ambtshalve procedures kunnen beginnen in verband met schendingen van de aanbestedingsregels. Wel gelden er voor de lidstaten minimumvereisten aan rechtsbescherming. Daarbij geldt de verplichting voor de lidstaten om systemen in te voeren om de toepassing van de aanbestedingsregels te kunnen controleren.³⁴

Het Hof vervolgt dat als een lidstaat voorziet in een ambtshalve ingestelde procedure, deze procedure wordt bestreken door het Unierecht (voor zover de betreffende overheidsopdrachten binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen). Een dergelijke ambtshalve ingeleide beroepsprocedure moet dan ook in overeenstemming zijn met het Unierecht, waaronder het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel.

Vervolgens oordeelt het Hof over de vraag of het ambtshalve instellen van de procedure zich verdraagt met het rechtzekerheidsbeginsel. Het Hof concludeert dat de ambtshalve ingestelde procedure was gebaseerd op de in 2015 in Hongarije gewijzigde regelgeving. De litigieuze overeenkomsten waren al ruim daarvoor gewijzigd. Bovendien was een procedure op grond van het oude (vóór 2015 geldende) Hongaars recht niet meer mogelijk, omdat de betreffende vervaltermijnen reeds waren verstreken. Derhalve acht het Hof de regeling die voorzag in de ambtshalve procedure in strijd met het rechtzekerheidsbeginsel.

8. HvJ EU 14 mei 2020, C-263/19 (T-Systems Magyarország e.a.)

Wezenlijke wijziging. Sancties. Art. 89 richtlijn 2014/25/EU

De aanbestedende dienst BKK (een dochtervereniging van de Hongaarse stad Budapest) organiseerde een aanbesteding voor kaartjesautomaten voor openbaar vervoer. De opdracht werd gegund aan T-Systems. Vervolgens wijzigden partijen de na gunning gesloten overeenkomst verschillende keren. De lokale mededingingsautoriteit komt hier tegen in het geweer. In een daaropvolgende arbitrageprocedure werd geoordeeld dat de wijzigingen van de overeenkomst aanbestedingsrechtelijk niet toelaatbaar waren. Aan BKK en T-Systems werden boetes opgelegd, waartegen zij in beroep gingen.

Volgens T-Systems kunnen uitsluitend aanbestedende diensten het aanbestedingsrecht schenden, zodat zij geen boetes verschuldigd was. De zaak kwam uiteindelijk voor de Hongaarse rechter, die hierover vragen stelde aan het Hof.

Het Hof stelt voorop dat art. 2 sexies richtlijn 89/665/EEG en art. 2 sexies richtlijn 92/13/EEG er niet aan in de weg staan dat (i) een toezichthoudende autoriteit ambtshalve een beroepsprocedure instelt en (ii) een inbreuk zowel aan de aanbestedende dienst als de begunstigde van de opdracht kan worden toegerekend. Derhalve kan aan beide een boete worden opgelegd, aldus het Hof.

Daarnaast stelt het Hof dat uit overweging 12 en art. 1 lid 2 richtlijn 2014/25/EU niet kan worden afgeleid dat de bepalingen van de richtlijn géén betrekking hebben op de begunstigten van de overheidsopdracht. Voorts bevat art. 89 richtlijn 2014/25/EU een opsomming van de gevallen waarin een opdracht gedurende de looptijd door de partijen bij de overeenkomst kan worden gewijzigd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure.

Een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist voor wijzigingen waarbij de kenmerken wezenlijk verschillen van de kenmerken van de oorspronkelijke opdracht en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht.³⁵ Art. 89 lid 5 richtlijn 2014/25/EU bepaalt echter niet welke gevolgen moeten worden verbonden aan het schenden van deze bepaling.

Het Hof concludeert dat een toezichthoudende autoriteit ambtshalve een beroepsprocedure kan instellen waarin een inbreuk aan de aanbestedende dienst en de begunstigde van de opdracht wordt

³³ Op grond van overwegingen 25 en 27 van richtlijn 2007/66/EG, art. 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665/EEG, art. 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13/EG, art. 83, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/24/EU en art. 99, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/25/EU.

³⁴ Art. 83 lid 1 richtlijn 2014/24/EU en art. 99 lid 1 richtlijn 2014/25/EU.

³⁵ HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), punt 34; en HvJ EU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*), punt 99.

toegerekend en aan deze partijen een boete wordt opgelegd. Een dergelijke ambtshalve ingestelde beroepsprocedure moet echter wel in overeenstemming zijn met het Unierecht.³⁶

Voorts oordeelt het Hof dat bij het bepalen van de hoogte van een dergelijke boete niet slechts rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat partijen voor een wijziging van hun aanbestedingsovereenkomst gezamenlijk moeten optreden. Er moet tevens rekening worden gehouden met de gedragingen en de handelingen van de partijen bij de betrokken aanbestedingsovereenkomst gedurende de periode waarin zij voornemens waren die overeenkomst te wijzigen.

9. HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18 (Informatica-gesellschaft für Software-Entwicklung)

Begrip 'overheidsopdracht'. Opdrachten tussen aanbestedende diensten. Publiek-publieke samenwerking. Art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU

Deze zaak betrof overeenkomsten die twee Duitse overheden (Deelstaat Berlijn en de stad Keulen) hadden gesloten voor de uitwisseling van software voor meldkamersystemen van de brandweer. Berlijn had de software gekocht van een marktpartij (softwareleverancier). Berlijn zou de 'basissoftware' kosteloos aan Keulen verstrekken, waarbij Berlijn de rechten op de software bleef bezitten. Aanpassingen van de basissoftware (onderhoud en support) zouden Berlijn en Keulen elk zelfstandig inkopen en bekostigen. Berlijn en Keulen verbonden zich om toekomstige doorontwikkelingen van de basissoftware met elkaar te delen; dit eveneens zonder betalingsverplichtingen over en weer.

Een concurrent softwareleverancier probeerde hier een stokje voor te steken. Zij betoogde dat het verkrijgen van software door een overheidslichaam van een ander overheidslichaam aanbestedingsplichtig is. Niet ter discussie stond dat de aanschaf van software van een marktpartij (softwareleverancier) aanbestedingsplichtig is. De vraag was echter of het verstrekken van gekochte/reeds aanbestede software door een overheidsorgaan aan een ander overheidsorgaan (eveneens) aanbestedingsplichtig is.

Het Hof oordeelt dat slechts sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht als de software onder bezwarende titel wordt verstrekt.³⁷ Hoewel Keulen geen geldsom verschuldigd was voor de basissoftware die zij ontving van Berlijn, moest Keulen wel de door haar doorontwikkelde software met Berlijn delen. Met die doorontwik-

keling waren aanzienlijke kosten gemoeid. Het Hof ziet daarin een tegenprestatie voor het verkrijgen van de basissoftware.³⁸ Derhalve kan sprake zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht tussen Berlijn en Keulen.

Vervolgens oordeelt het Hof of Berlijn en Keulen een beroep konden doen op de uitzondering van de publiek-publieke samenwerking.³⁹ Zo ja, dan kon een aanbesteding alsnog achterwege blijven. Het moet dan gaan om een samenwerking tussen overheden ter uitoefening van hun taken van algemeen belang. Het Hof lijkt het bereik van deze uitzondering enigszins te verruimen: ook een samenwerking die niet de primaire taken van de bewuste overheidsorganen betreft, maar slechts ziet op 'nevenactiviteiten', kan onder deze uitzondering vallen. Er is dan wel vereist dat die nevenactiviteiten bijdragen aan de taken van algemeen belang. Overigens acht het Hof niet uitgesloten dat de onderhavige software zo cruciaal was voor de brandweer dat het niet slechts ging om nevenactiviteiten.

De uitzondering van de publiek-publieke samenwerking mag daarbij niet leiden tot bevoordeling van een bepaalde marktpartij. Hierbij was relevant dat Keulen en Berlijn elk opdrachten zouden gunnen aan een marktpartij voor onderhoud en support van de software. Bij de aanbestedingen van die opdrachten moet volgens het Hof voldoende informatie worden verstrekt aan marktpartijen om mee te kunnen dingen. Die informatie kan onder meer bestaan uit het verstrekken van de broncode van de betreffende software, zo meent het Hof.

10. HvJ EU 4 juni 2020, C-3/19 (Asmel)

Aankoopcentrales. Art. 1 lid 10 en art. 11 richtlijn 2004/18/EG

Asmel is een Italiaans consortium dat handelt als aankoopcentrale voor verschillende lokale overheden. De Italiaanse autoriteit voor corruptiebestrijding (ANAC) verklaarde enkele door Asmel georganiseerde aanbestedingen onrechtmatig. Volgens ANAC voldeden de aanbestedingen niet aan nationale regels voor aankoopcentrales. Onder meer was Asmel een privaatrechtelijke entiteit waar het Italiaanse recht voorschrijft dat aankoopcentrales een publiekrechtelijke rechtsvorm moeten aannemen. Asmel is tegen het besluit van ANAC in rechte opgekomen.

De hoogste Italiaanse bestuursrechter legde het Hof verschillende prejudiciële vragen voor over art. 1 lid 10 en art. 11 richtlijn 2004/18/EG betref-

³⁶ Zie ook de elders in deze kroniek behandelde zaken *HUNGEOD e.a.* en *Tim*.

³⁷ HvJ EU 21 december 2016, C-51/15 (*Remondis*), punt 4.

³⁸ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), punt 62.

³⁹ Art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU, vgl. art. 2.24c Aanbestedingswet. Voorts: HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Lecce*), punten 34-36 en HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (*Piepenbrock*), punten 36-38.

fende aankoopcentrales. Zo vroeg de bestuursrechter zich af of het is toegestaan dat particuliere ondernemingen niet mogen deelnemen in aankoopcentrales.

Het Hof stelt voorop dat in de definitie van ‘aankoopcentrale’ in richtlijn 2004/18/EG wordt verwezen naar het begrip ‘aanbestedende dienst’. De richtlijn stelt als enige beperking aan de keuze van een aankoopcentrale dat deze de hoedanigheid van ‘aanbestedende dienst’ moet hebben. Zoals eerder door het Hof is bepaald, wordt het begrip ‘aanbestedende dienst’ ruim en functioneel uitgelegd met het oog op het waarborgen van de doelstellingen van de richtlijn, in het bijzonder het vrij verrichten van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten.⁴⁰

Volgens het Hof hebben lidstaten een ruime beoordelmarge om aankoopcentrales in te richten naar hun eigen behoeften en de bijzondere omstandigheden op hun grondgebied. Dit kan bijvoorbeeld door bepaalde organisatiestructuren voor te schrijven waarbij geen sprake is van deelneming van particuliere ondernemingen. Het Hof stelt voorts dat aankoopcentrales optreden als aanbestedende dienst om in de behoefte van deze dienst te voorzien, en niet als marktdeelnemer die handelt in zijn eigen commerciële belangen.

Het Hof concludeert dan ook dat de nationale regeling niet in strijd is met richtlijn 2004/18/EG.

Tot slot was nog de vraag of richtlijn 2004/18/EG zich verzet tegen een nationale regeling waarbij het werkteerren van aankoopcentrales wordt beperkt tot het grondgebied van de deelnemende lokale overheden. Het Hof merkt op dat de richtlijn niet de territoriale grenzen van het werkteerren van aankoopcentrales regelt. Zoals gezegd, hebben de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de bepalingen uit de richtlijn betreffende aankoopcentrales een ruime beoordelmarge. Ook deze beperking acht het Hof dan ook niet in strijd met art. 1 lid 10 richtlijn 2004/18/EG.⁴¹

11. HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19 (Remondis)

Publiek-publieke samenwerking. Art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU

De Duitse districten Mayen-Koblenz en Cochem-Zell en de stad Koblenz zijn een samenwerkingsverband aangegaan om afval nuttig toe te passen dan wel te verwijderen. Nu het samenwer-

kingsverband niet over alle benodigde installaties beschikt, besteedde zij de verwerking van ongeveer 20% van haar afval uit aan district Neuwied (het ‘bestuursdistrict’). Remondis, een particuliere onderneming, meende dat het samenwerkingsverband deze opdracht onrechtmatig onderhands gunde aan het bestuursdistrict. Remondis wendde zich tot de Duitse rechter.

De verwijzende rechter vroeg zich af of de gunning zonder aanbesteding toelaatbaar was op grond van art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU (de ‘publiek-publieke samenwerking’).⁴² Aan het Hof werd gevraagd of is voldaan aan vernoemd artikel als een aanbestedende dienst zijn taken van algemeen belang door een andere aanbestedende dienst laat uitvoeren tegen een vergoeding.

Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend. Volgens het Hof moet sprake zijn van een ‘echte samenwerking’. Alle partijen bij een samenwerkingsovereenkomst nemen daaraan deel om ervoor te zorgen dat de openbare diensten die zij moeten verlenen, daadwerkelijk worden uitgevoerd. De voorwaarden uit art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU zijn *niet* vervuld als de bijdrage van een partij bij de samenwerking is beperkt tot het vergoeden van de kosten van de diensten die de andere partij uitvoert, aldus het Hof.

Het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst moet voorts het resultaat zijn van een door de partijen gezamenlijk genomen initiatief tot samenwerking.⁴³ Bij een samenwerkingsverband stellen partijen gezamenlijk vast wat hun behoeften zijn en hoe hieraan kan worden voldaan. Dit in tegenstelling tot een gewone aanbestedingsprocedure waarbij in de regel sprake is van een eenzijdige vaststelling van behoeften.

De overeenkomst tussen het samenwerkingsverband en het bestuursdistrict behelst volgens het Hof geen samenwerking als bedoeld in art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU. De overeenkomst lijkt daarentegen te zien op het verkrijgen van een dienst tegen een vergoeding. Het Hof concludeert derhalve dat de uitzondering uit art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU niet kan worden toegepast.

12. HvJ EU 11 juni 2020, C-472/19 (Vert Marine)

Uitsluitingsgronden. Zelfreiniging. Art. 38 richtlijn 2014/23/EU

De Franse nationale regelgeving inzake concessieovereenkomsten bepaalt wanneer ondernemers worden uitgesloten van aanbestedingen. Uiteslo-

⁴⁰ HvJ EU 5 oktober 2017, C-567/15 (*LitSpecMet*), punt 31; HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00 (*Commissie/Spanje*), punt 53. Anders: HvJ EG 20 oktober 2005, C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*), punt 46 e.v.

⁴¹ HvJ EU 23 december 2009, C-305/08 (*CoNISMA*), punt 38.

⁴² Vgl. art. 2.24c Aanbestedingswet.

⁴³ HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06 (*Commissie/Duitsland*), punt 38.

ten ondernemers hebben niet de mogelijkheid om bewijs te leveren om het herstel van hun betrouwbaarheid aan te tonen. Onderneming Vert Marine meent dat dit in strijd is met art. 38 richtlijn 2014/23/EU en stelde beroep in tegen haar uitsluiting op een bepaalde aanbesteding.

Het Hof herinnert eraan dat art. 38 lid 9 eerste alinea richtlijn 2014/23/EU bepaalt dat elke ondernemer waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, kan bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen, voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien dit bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten.⁴⁴

Richtlijn 2014/23/EU bevat hierop een uitzondering (art. 38 lid 9 derde alinea): een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelname aan aanbestedings- of concessiegunningsprocedures, mag gedurende de gehele *in het vonnis vastgestelde uitsluitingsperiode* geen gebruik maken van de bewijsmogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is. Hierbij geldt dat de uitsluiting rechtstreeks moet voortvloeien uit het onherroepelijke vonnis, en niet louter uit het feit dat bij een onherroepelijk vonnis een ondernemer is veroordeeld voor een in art. 38 genoemd strafbaar feit.

Het Hof oordeelt dientengevolge dat de nationale regeling een ondernemer niet de mogelijkheid biedt om het bewijs te leveren dat hij nalevingsmaatregelen heeft genomen waaruit het herstel van zijn betrouwbaarheid kan blijken. Dat is in strijd met richtlijn 2014/23/EU. Dat de lidstaten op grond van art. 38 lid 10 richtlijn 2014/23/EU de toepassingsvoorwaarden bepalen en daarbij een zekere beoordelingsvrijheid hebben, doet hieraan niet af.⁴⁵

De verwijzende rechter wenste daarnaast te vernemen of het onderzoek naar de deugdelijkheid van de door de ondernemer genomen nalevingsmaatregelen op grond van art. 38 leden 9 en 10 richtlijn 2014/23/EU mag worden opgedragen aan de gerechtelijke autoriteiten. Volgens het Hof blijkt uit art. 38 richtlijn 2014/23/EU niet welke autoriteit is belast met de beoordeling of de nalevingsmaatregelen passend zijn. Lidstaten hebben daarbij een ruime beoordelingsmarge. Indien een lidstaat de beoordelingstaak wil opdragen aan de gerechtelijke autoriteiten, is van belang dat de nationale regeling voldoet aan de vereisten van art. 38 lid 9 richtlijn 2014/23/EU en dat de toepasselijke procedure ver-

enigbaar is met de termijnen van de concessiegunningsprocedures.

Art. 38 lid 9 richtlijn 2014/23/EU verzet zich voorts niet tegen een nationale regeling op grond waarvan het de gerechtelijke autoriteiten is toegestaan om (a) een persoon te ontheffen van een verbod van rechtswege om deel te nemen aan procedures voor de gunning van concessieovereenkomsten na een strafrechtelijke veroordeling, (b) een dergelijk verbod op te heffen of (c) elke vermelding van de veroordeling uit het strafblad weg te laten, mits dergelijke gerechtelijke procedures daadwerkelijk beantwoorden aan de gestelde voorwaarden en het met die regeling nagestreefde doel. Dit moet de verwijzende rechter nagaan.

13. HvJ EU 11 juni 2020, C-219/19 (Parsec Fondazione)

Definitie van 'ondernemer'. Richtlijn 2014/24/EU

Parsec, een privaatrechtelijke stichting zonder winstoogmerk, heeft verzocht om inschrijving in het Italiaanse register van ondernemingen die gerechtigd zijn om ingenieurs- en architectuurdiensten te verrichten. Dit verzoek werd afgewezen. Italiaans recht bepaalt namelijk dat uitsluitend ondernemers met een bepaalde rechtsvorm gerechtigd zijn om deel te nemen aan aanbestedingen voor architectuur- en ingenieursdiensten. Organisaties zonder winstoogmerk worden daarbij niet genoemd. Hiertegen stelde Parsec beroep in.

De vraag die bij het Hof voorligt, is of voornoemde nationale bepaling in strijd is met art. 19 lid 1 en art. 80 lid 2 richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof stelt voorop dat een stichting zonder winstoogmerk op grond van Italiaans recht niet is toegelaten tot deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor ingenieurs- en architectuurdiensten, hoewel de stichting krachtens nationaal recht wel gerechtigd is de diensten te verrichten waarop de betrokken opdracht ziet.

In eerdere rechtspraak bepaalde het Hof dat lidstaten bij de omzetting van richtlijn 2004/18/EG de mogelijkheid hebben om bepaalde categorieën ondernemers al dan niet te machtigen om bepaalde prestaties te leveren. Wanneer dergelijke entiteiten gerechtigd zijn om bepaalde diensten op de markt aan te bieden, kan het nationale recht hen echter niet verbieden om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die betrekking hebben op het verrichten van die dien-

⁴⁴ Zie naar analogie art. 57 lid 6 richtlijn 2014/24/EU; en het elders in deze kroniek behandelde arrest *Tim*, punt 49; en HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18 (*Meca*), punten 40-41.

⁴⁵ Zie het elders in deze kroniek behandelde arrest *Tim*, punt 34; en HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (*Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato*), punten 31 en 32.

sten.⁴⁶ Deze rechtspraak is eveneens van toepassing op het bepaalde in richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof concludeert dat de Italiaanse bepaling in strijd is met voornoemde artikelen uit richtlijn 2014/24/EU.

14. HvJ EU 18 juni 2020, C-328/19 (Porin kaupunki)

Begrip 'overheidsopdracht'. Overdracht van bevoegdheden. Inhouse gunning

De zaak betreft samenwerkingsovereenkomsten tussen een aantal Finse steden waarin werd afgesproken dat bepaalde taken op het gebied van openbaar vervoer en gezondheidszorg aan één van deze steden werd toevertrouwd. Wat betreft de samenwerkingsovereenkomst inzake het openbaar vervoer is de stad die de taken kreeg toevertrouwd verantwoordelijk op grond van Fins recht voor taken onder de PSO-Verordening (1370/2007). Uit dien hoofde beslist deze overheid over de gunning van openbaar vervoer, keurt te sluiten overeenkomsten goed en stelt tarieven en vergoedingen vast. Wat betreft de samenwerkingsovereenkomst inzake de gezondheidszorg, is voornoemde stad eveneens verantwoordelijk voor het aanbod van de betreffende sociale en gezondheidsdiensten, het benodigde budget ervan en goedkeuring van gesloten overeenkomsten.

Een Fins vervoersbedrijf meende dat de samenwerkingsovereenkomsten een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht inhouden. Nadat dit bedrijf een procedure begon bij de Finse rechter, stelt deze vragen aan het Hof.

Het Hof beoordeelt allereerst of de samenwerkingsovereenkomsten een overheidsopdracht inhouden in de zin van art. 1, lid 2, sub a, van de op het geding toepasselijke richtlijn 2004/18/EG dan wel overdracht van bevoegdheden in de zin van art. 4 lid 2 VwEU.

In dat laatste geval is geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Immers, een overdracht van bevoegdheden tussen aanbestedende diensten voldoet niet aan de definitie van het begrip 'overheidsopdracht'.⁴⁷ Hierbij ontbreekt een bezwarende titel. Een overdracht van bevoegdheden in de zin van art. 4 lid 2 VwEU vereist dat de overdragende overheidsinstantie ook daadwerkelijk beschikt over de betreffende bevoegdheden. Dat neemt niet weg dat deze instantie na overdracht van de bevoegdheid nog wel toezicht kan blijven houden op de overheidsinstantie die de bevoegdheid krijgt overgedragen. Het Hof maakt uit de beschikbare informatie op dat van zo'n overdracht van bevoegdheden sprake is, hetgeen de verwijzende rechter nog wel nader moet verifiëren.

Tot slot was nog de vraag of de stad waaraan de bevoegdheden waren verleend, een entiteit kon oprichten waaraan zonder aanbesteding opdrachten werden gegund mede voorzagen in de behoeften van de andere gemeenten bij de samenwerkingsovereenkomsten. Het Hof gaat in dit kader na of de stad waaraan de bevoegdheden werden verleend een beroep kon doen op de inhouse-uitzondering.⁴⁸ Daarvoor is vereist dat voornoemde stad zeggenschap heeft over de opdrachtnemende entiteit zoals over zijn eigen diensten. Ten tweede moet deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verrichten ten behoeve van de aanbestedende dienst of aanbestedende diensten waarvan zij in handen is.⁴⁹ Het Hof acht bij het eerste criterium van belang dat er sprake is van uitoefening van doorslaggevend invloed op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van de opdrachtnemende entiteit. Kortom, de zeggenschap over deze entiteit uit moet effectief, structureel en functioneel zijn.⁵⁰ Bij het tweede criterium acht het Hof onder meer van belang dat de samenwerkingsovereenkomsten verhinderden dat de betreffende entiteit zich op de markt zou gaan richten (en dus activiteiten voor derden zou verrichten).⁵¹ Het is aan de verwijzende rechter om verder na te gaan of aan voornoemde voorwaarden is voldaan. ●

⁴⁶ HvJ EU 23 december 2009, C-305/08 (*CoNISMa*), punten 47-49. Zie ook: HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*), punt 27; HvJ EU 18 december 2014, C-568/13 (*Data Medical Service*), punt 36; en HvJ EU 6 oktober 2015, C-203/14 (*Consorti Sanitari del Maresme*), punt 35.

⁴⁷ HvJ EU 21 december 2016, C-51/15 (*Remondis*), punten 42 – 44.

⁴⁸ Zoals inmiddels gecodificeerd in art. 12 richtlijn 2014/24/EU, vgl. art. 2.24a - 2.24b Aanbestedingswet.

⁴⁹ HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), punt 50; HvJ EG 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo en Consorzio Alisei*), punt 33.

⁵⁰ HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), punt 65; HvJ EG 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo en Consorzio Alisei*), punt 36; HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*), punt 27, en HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (*Datenlotsen Informationssysteme*), punt 26.

⁵¹ HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*), punt 36.