

Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht

– Mr. I.A.F. Hendriksen, mr. J. Berckenkamp, mr. D.C. Orobio de Castro en mr. S.M.Y. Beaumont¹

1. Inleiding

Deze jaarlijks verschijnende kroniek vat een aantal in het oog springende uitspraken samen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de tweede helft van 2023 en de eerste helft van 2024. Kronieken van voorgaande jaren verschenen eveneens in dit tijdschrift.

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

- Essentiële veiligheidsbelangen
- Misbruik van machtspositie
- Aankoopcentrale
- Wezenlijke wijziging
- Schending mededingingsrecht
- Evenredigheidsbeginsel
- Rechtsbescherming
- Uitsluiting van toekomstige aanbestedingen
- Schadevergoeding/verlies van een kans
- Verdeling opdracht in percelen

De arresten worden hierna in chronologische volgorde behandeld.

2. HvJ EU 7 september 2023, C-601/21 (Commissie/Polen)

Identiteitsdocumenten. Essentiële veiligheidsbelangen. Art. 15 RI. 2024/24/EU.

Deze zaak betrof een inbreukprocedure van de Commissie tegen Polen vanwege uitzonderingen in de Poolse wetgeving met betrekking tot de vervaardiging van bepaalde overheidsdocumenten (zoals identiteitskaarten en paspoorten) zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. De opdrachten voor het produceren van deze documenten waren rechtstreeks gegund aan een staats-

drukkerij. Polen beriep zich op art. 15 lid 2 en 3 RI. 2014/24/EU en art. 346 lid 1 VWEU. Op grond hiervan kan een lidstaat overheidsopdrachten uitsluiten van aanbestedingsprocedures, als de bescherming van haar essentiële veiligheidsbelangen door een aanbestedingsprocedure zou kunnen worden ondermijnd, mits er geen minder beperkende maatregelen voorhanden zijn.

Het Hof merkt op dat de enige uitzonderingen op richtlijn 2014/24/EU daarin uitputtend en uitdrukkelijk zijn genoemd, en dat deze uitzonderingen strikt moeten worden uitgelegd. Lidstaten moeten aantonen dat de bescherming van de veiligheidsbelangen niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen binnen een aanbestedingsprocedure. Het Hof concludeert dat de door Polen aangevoerde argumenten niet overtuigen.

Het Hof overweegt dat de vertrouwelijkheid van de gegevens kan worden gewaarborgd door een geheimhoudingsplicht, eventueel met sancties voor het geval die verplichting niet wordt nagekomen. Het staat de aanbestedende dienst geheel vrij om bijzonder hoge eisen te stellen aan de bekwaamheid en de betrouwbaarheid van de inschrijvers, om zowel de aanbestedingsvoorwaarden als de dienstovereenkomsten navenant op te stellen, en om van de eventuele kandidaten de nodige bewijzen te verlangen. Daarnaast kan de veiligheid van het merendeel van de overheidsdocumenten worden gewaarborgd binnen de kaders van richtlijn 2014/24/EU door bijvoorbeeld technische specificaties en selectiecriteria vast te stellen.

Het Hof acht de uitsluiting voor aanbestedingsprocedures van de productie van overheidsdocumenten onder de Poolse wetgeving onevenredig, met uitzondering van onder andere persoonsbewijzen en identiteitskaarten van militairen, staatsveiligheidsfunctionarissen, inlichtingendiensten en leden van de marechaussee. Het Hof merkt op dat deze documenten betrekking hebben op functionarissen van wie de taken rechtstreeks en nauw verband houden met het behoud van de nationale veiligheid

¹ Iris Hendriksen, Juriaan Berckenkamp, David Orobio de Castro en Sophie Beaumont zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

van een lidstaat. Voor die documenten kan daarom een beperking van de verspreiding van hun kenmerken en de daarin opgenomen gegevens (waaronder de identiteit van deze functionarissen) noodzakelijk zijn, zodat zij moeten worden beschouwd als bijzonder gevoelige documenten waarvoor een versterkte bescherming tegen met name lekken en vervalsing noodzakelijk is.

3. HvJ EU 21 september 2023, C-510/22 (Romaqua Group)

Misbruik van machtspositie. Concessie.

In 1999 gunde het Roemeense agentschap voor minerale hulpbronnen (ANRM) een rechtstreekse concessie aan SNAM. In 2016 verzocht Romaqua Group de ANRM om de exploitatievergunningen voor mineraalwaterbronnen over te dragen en de rechtstreeks verleende concessies niet te verlengen na de einddatum, en een openbare aanbesteding uit te schrijven voor nieuwe concessies. De ANRM weigerde deze verzoeken. De ANRM wees erop dat de concessies uitsluitend – met voorafgaande instemming van de concessiegever (de ANRM) – door de concessiehouder konden worden overgedragen, overeenkomstig de Roemeense mijnbouwwet. Voorts stelde de ANRM dat een openbare aanbesteding voor de aanwijzing van nieuwe concessiehoudende ondernemingen slechts kon worden uitgeschreven als de concessiehouder niet om verlenging van de huidige concessies verzocht, zoals zij om de vijf jaar kan doen en welke verlenging de ANRM in dat geval niet kan weigeren.

De verwijzende rechter wenste te vernemen of art. 106 lid 1 VWEU, gelezen in samenhang met art. 102 VWEU, zich verzet tegen een nationale regeling die de houder van een exclusief exploitatierecht voor een mineraalwaterbron de mogelijkheid biedt om, zonder mededinging, de exploitatievergunning telkens met vijf jaar te verlengen. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend wanneer die regeling de vergunninghouder toelaat om, door de enkele uitoefening van de hem toegekende rechten, misbruik te maken van zijn machtspositie op een wezenlijk deel van de interne markt, of wanneer deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die houder tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.

Art. 102 VWEU verbiedt praktijken die bestaan in misbruik van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. Voor misbruik van een machtspositie moet aan drie voorwaarden zijn voldaan:

(1) De betrokken onderneming moet een machtspositie innemen op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan. Het bestaan van bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van art. 106 VWEU impliceert niet noodzakelijkerwijs het bestaan van een machtspositie.

(2) Er moet sprake zijn van misbruik van de machtspositie. Hiervan is sprake als een onderneming met machtspositie het voor concurrenten moeilijker maakt om de betreffende markt te betreden of zich er te handhaven, of belang heeft bij uitschakeling van concurrenten om vervolgens haar prijzen te verhogen door te profiteren van haar monopoliepositie.

(3) Het misbruik van de machtspositie moet de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.

4. HvJ EU 23 november 2023, C-480/22 (EVN Business Service e.a.)

Aankoopcentrale. Toepasselijk procesrecht. Art. 57 RI. 2014/25/EU.

In 2020 werd een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een raamovereenkomst met betrekking tot de uitvoering van werkzaamheden uit te voeren in Bulgarije. De Oostenrijkse vennootschap EBS trad op als aankoopcentrale en vertegenwoordiger van de Bulgaarse aanbestedingsdienst ER Yug. Zowel EBS als ER Yug waren indirect voor 51% in handen van een Oostenrijkse deelstaat. Volgens de aanbestedingsstukken was EBS belast met de afwikkeling en uitvoering van de aanbesteding en werd de Oostenrijkse bestuursrechter aangewezen als de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie.

Twee Bulgaarse ondernemingen gingen tegen de uitkomst van de aanbesteding in beroep bij de Oostenrijkse bestuursrechter. Deze rechter verklaarde zich ter zake onbevoegd. De verwijzende rechter stelde prejudiciële vragen over de uitleg van art. 57 lid 3 RI. 2014/25/EU. Op grond van dit artikel geschiedt het leveren van gecentraliseerde aankoopactiviteiten door een in een andere lidstaat gevestigde aankoopcentrale in overeenstemming met de nationale bepalingen van de lidstaat waar die aankoopcentrale is gevestigd.

Het Hof oordeelt dat art. 57 lid 3 van toepassing is wanneer de aankoopcentrale en de aanbestedende dienst zich in verschillende lidstaten bevinden, ongeacht de plaats waar een derde instantie is gevestigd die zeggenschap heeft over een van deze instanties.

Volgens het Hof bepaalt voornoemd artikel niet uitdrukkelijk of de nationale bepalingen van de lidstaat waar de aankoopcentrale is gevestigd, ook de beroepsprocedures en de bevoegdheid van de beroepsinstantie regelen. Dit artikel moet volgens het Hof zo worden uitgelegd dat de daarin opgenomen collisieregels zowel het materiële recht als het recht inzake beroepsprocedures kan omvatten voor zover die aankoopcentrale belast was met de afwikkeling van de aanbestedingsprocedure. Het Hof merkt daarbij op dat wel onderscheid moet worden

gemaakt tussen het recht dat van toepassing is op de aanbestedingsprocedure en het recht dat van toepassing is op de later gesloten overeenkomsten.

5. HvJ EU 7 december 2023, C-441/22 en C-443/22 (Obshtina Razgrad en Obshtina Balchik)

Wijziging van opdracht. Schriftelijkheidsvereiste. Onvoorziene omstandigheden.

Twee gemeenten in Bulgarije gunden in verschillende aanbestedingsprocedures afzonderlijk een opdracht. De projecten werden gefinancierd met Europese middelen. De aanbestedingsstukken voorzagen in een maximumtermijn en een uiterlijke opleverdatum. De werkzaamheden waren vertraagd als gevolg van slecht weer en nationale verbodsbepalingen om de werkzaamheden in het toeristische seizoen uit te voeren. De financieringsautoriteit kortte beide gemeenten als gevolg hiervan op de financiering. De vertraging hield volgens de autoriteit een wezenlijk wijziging van de opdracht in, waardoor de subsidie lager uit zou vallen. Volgens de gemeenten was geen sprake van een wijziging, omdat dit niet schriftelijk was overeengekomen. Bovendien was er volgens de gemeenten sprake van onvoorziene omstandigheden waardoor de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kon worden gewijzigd. De verwijzende rechter legt in dit kader diverse prejudiciële vragen voor aan het Hof.

Het Hof oordeelt allereerst dat art. 72 Rl. 2014/24/EU niet bepaalt dat alleen sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging indien deze schriftelijk is overeengekomen. Uit het artikel volgt dat een wezenlijke wijziging in beginsel wilsovereenstemming impliceert. Met een andere uitleg zouden partijen gemakkelijk de regels voor het wijzigen van lopende contracten kunnen omzeilen. Partijen zouden dan immers een opdracht naar eigen goeddunken kunnen wijzigen, zolang zij dat niet op papier vastleggen.

Daarnaast bepaalt het Hof dat normale weersomstandigheden en wettelijke verbodsbepalingen die vooraf zijn bekendgemaakt, niet kunnen worden beschouwd als onvoorziene in de zin van art. 72 Rl. 2014/24/EU. Deze omstandigheden rechtvaardigen geen overschrijding van de uitvoeringstermijn zoals opgenomen in de aanbestedingsstukken en de overeenkomst.

Voor omstandigheden die voor een aanbestedende dienst voorzienbaar zijn, kunnen in de aanbestedingsdocumenten herzieningsclausules worden opgenomen. Op grond hiervan kunnen uitvoeringsvoorwaarden worden aangepast indien specifieke omstandigheden zich voordoen. Dergelijke herzieningsclausules waarborgen dat alle

marktdelnemers daarvan kennis hebben en op gelijke voet staan.

6. HvJ EU 21 december 2023, C-66/22 (Infraestruturas de Portugal en Futrifer Indústrias Ferroviárias)

Facultatieve uitsluitingsgrond. Schending mededingingsrecht.

Een Portugese onderneming (Toscca) vorderde vernietiging van het besluit waarbij de opdracht aan de winnende inschrijver (Futrifer) was gegund. De hoogste bestuursrechter merkte op dat Futrifer in het verleden door de Portugese mededingingsautoriteit was beboet wegens schending van het mededingingsrecht, en stelde verschillende prejudiciële vragen aan het Hof over de uitleg van art. 57 lid 4 eerste alinea onder d) Rl. 2014/24/EU.

Het Hof stelt voorop dat uit de bewoordingen, context en doelstelling van dit artikel – anders dan in eerdere arresten is geoordeeld door het Hof – blijkt dat de lidstaten verplicht zijn deze bepaling om te zetten in hun nationale recht; ofwel door de aanbestedende diensten toe te staan de daarin genoemde uitsluitingsgronden toe te passen, ofwel door de aanbestedende diensten daartoe te verplichten.

Op grond van voornoemd artikel kunnen aanbestedende diensten een ondernemer uitsluiten (of door lidstaten worden verplicht dat te doen) wanneer blijkt dat die ondernemer vóór of tijdens de aanbestedingsprocedure overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op de vervalsing van de mededinging. Het Hof herinnert eraan dat aanbestedende diensten verplicht zijn na te gaan of een inschrijving afkomstig is van een inschrijver die niet is uitgesloten van deelname op grond van art. 57 Rl. 2014/24/EU. Het is aan de aanbestedende dienst om te oordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten, door de integriteit en betrouwbaarheid van alle deelnemende ondernemers na te gaan. Op basis van het evenredigheidsbeginsel moet daarbij het gedrag van de betrokken entiteit concreet en geïndividualiseerd worden beoordeeld op basis van alle relevante gegevens.

Volgens het Hof komt bijzondere betekenis toe aan een besluit van een nationale mededingingsautoriteit waarin een inschrijver een financiële sanctie wordt opgelegd, helemaal als daarin een tijdelijk verbod is opgenomen om deel te nemen aan toekomstige aanbestedingsprocedures. Het Hof oordeelt echter dat de bevoegdheid om ondernemers uit te sluiten van aanbestedingsprocedures wegens schending van de mededingingsregels niet exclusief aan de nationale mededingingsautoriteit mag worden toegekend. De aanbestedende dienst zal telkens zelf moeten beoordelen of een onder-

nemer wordt uitgesloten wegens schending van de mededingingsregels. Bij een dergelijk besluit tot uitsluiting moet de aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht in acht nemen. Dit geldt eveneens bij een besluit tot niet-uitsluiting terwijl er wel een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing lijkt te zijn.

7. HvJ EU 21 december 2023, C-421/22 (DOBELES AUTOBUSU PARKS e.a.)

Indexering. Evenredigheidsbeginsel. Abnormaal lage inschrijving.

In deze zaak beklagden verschillende Letse busvervoerbedrijven zich over de indexeringsclausule die in een vervoersovereenkomst was opgenomen. De overeenkomst werd openbaar aanbesteed en bepaalde – kort gezegd – dat een verandering van de brandstofkosten en de loonkosten met minder dan respectievelijk 5% en 8% niet zou worden gecompenseerd, dat andere kosten dan brandstof, loonkosten en sociale zekerheidsbijdragen niet zouden worden gecompenseerd en tot slot dat in de eerste vier jaar en de laatste drie jaar van de tienjarige overeenkomst prijsstijgingen überhaupt niet zouden worden gecompenseerd. Voorts was bepaald dat als de aanbestedende dienst zou besluiten om de omvang van de dienstverlening te verminderen, prijsherziening slechts aan de orde kon zijn als het volume van de te verlenen diensten met meer dan 30% zou worden verminderd. De vervoersbedrijven beriepen zich onder meer op het Unierecht, verordening nr. 1370/2007, die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder openbaar personenvervoer mag worden opgedragen aan marktpartijen. De verwijzende rechter legde aan het Hof de prejudiciële vraag voor of een indexeringsregeling, die de aanbestedende dienst niet verplicht om de verlener van openbare vervoersdiensten volledig te compenseren voor kostenstijgingen, zich wel verdraagt met verordening nr. 1370/2007 en het evenredigheidsbeginsel.

Het Hof stelt voorop dat verordening nr. 1370/2007 tot doel heeft ervoor te zorgen dat, in de situatie waarin geen volledige vrije marktwerking is, veiligheid en kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen terwijl een lagere kostprijs moet kunnen worden verzekerd. Voorts wijst het Hof erop dat slechts een deel van de verordening ziet op contracten die na een open aanbestedingsprocedure zijn gesloten. Voor het overige kan de verordening in deze zaak onbesproken blijven. Volgens het Hof beoogt de verordening onder meer te bewerkstelligen dat bij openbare aanbestedingen vooraf op objectieve en transparante wijze wordt vastgesteld hoe eventuele compensatie wordt berekend. Bij de vaststelling van een compensatieregeling heeft de openbare dienst een zekere beoordelingsmarge. Daarbij is de aanbestedende dienst

niet gehouden om alle kosten van de marktpartij te compenseren en mag hij wel degelijk het risico van de stijging van bepaalde kosten op de verlener van de openbare dienst overdragen. Sterker nog – zo meent het Hof – een compensatieregeling die in alle omstandigheden waarborgt dat alle kosten die de uitvoering van het openbare dienstcontract volledig worden afgedekt, zet de betrokken dienstverlener niet aan tot grotere efficiëntie, hetgeen wel een doel van de verordening is.

Het Hof voegt daaraan toe dat de inschrijver op een openbare aanbesteding in beginsel zelf bepaalt welke risico's hij wil nemen, door al dan niet te kiezen voor inschrijving op de aanbesteding. Voor zover de inschrijver een compensatieregeling in de aanbestedingsstukken onvoldoende acht, kan de inschrijver ook – aldus nog steeds het Hof – eventueel zijn inschrijfprijs verhogen. Mocht een inschrijver onverhoopt inschrijven tegen een onverantwoorde prijs dan staat het Unierecht de nationale instanties toe om zo'n abnormaal lage inschrijving te weigeren.

Vervolgens bespreekt het Hof nog of de indexeringsregeling zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel – zijnde een algemeen beginsel van het Unierecht. Het Hof meent dat dit wel het geval is, gelet op het feit dat een vervoerder kan kiezen om al dan niet in te schrijven. Als er geen inschrijvingen zouden worden ontvangen, kan dit een indicatie zijn dat de aanbestedende dienst onredelijk of buitensporige eisen heeft gesteld. Ter terechtzitting was echter opgemerkt dat in de desbetreffende aanbesteding een honderdtal (!) inschrijvingen zouden zijn ontvangen van vervoersondernemingen uit verschillende lidstaten. Het Hof merkt op dat de verwijzende rechter dit nog wel dient te verifiëren.

8. HvJ EU 18 januari 2024, C-303/22 (CROSS Zlín)

Rechtsbescherming. Opschorting gunningsbeslissing.

Deze zaak betreft de uitleg van rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG. In Tsjechië is de instantie die als eerste kennisneemt van bezwaar tegen gunning van een overheidsopdracht geen rechterlijke instantie maar een 'beroepsinstantie' in de zin van art. 2 lid 9 Rl. 89/665/EEG. Het gaat om een onafhankelijke instantie, bij (Tsjechische) wet aangewezen om onder meer bezwaar tegen het besluit van gunning van overheidsopdrachten te behandelen. Volgens de Tsjechische wet mag de overheidsopdracht niet worden gegund zolang deze beroepsinstantie niet op het bezwaar tegen de gunning heeft beslist. Aan het Hof werd de prejudiciële vraag voorgelegd of het verbod om een overheidsopdracht te sluiten totdat (slechts) een niet-rechterlijke instantie op de bezwaren heeft beslist, wel

voldoet aan de eisen van de rechtsbeschermingsrichtlijn.

Het Hof stelt allereerst vast dat art. 2 lid 9 van de Richtlijn de lidstaten inderdaad de keuze biedt tussen het (doen) beslissen van bezwaren tegen gunning door een rechterlijke instantie of door een niet-rechterlijke instantie. Als wordt gekozen door de behandeling van een niet-rechterlijke instantie moet daarna steeds beroep bij een rechter kunnen worden ingesteld. Het Hof overweegt vervolgens dat de Uniewetgever met de rechtsbeschermingsrichtlijnen weliswaar de belangen van de afgewezen inschrijver heeft willen dienen, maar dat hij die belangen ook heeft willen verzoenen met de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Het belang dat overheidsopdrachten kunnen worden gegund zonder buitensporige verträgen speelt daarbij een rol. Uiteindelijk oordeelt het Hof dat lidstaten ervoor kunnen kiezen om te bepalen dat de gunning van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht (slechts) wordt opgeschort tot de datum waarop een beroepsinstantie, niet zijnde een rechterlijke instantie, uitspraak doet op het bezwaar tegen gunning.

Het Hof oordeelt echter ook dat doeltreffende rechtsbescherming vereist dat de bezwaarmaker vervolgens over een redelijke opschortende termijn moet kunnen beschikken om tegen het besluit van die beroepsinstantie beroep bij een rechter in te stellen en daarbij te verlangen dat de opschorting van de gunning voortduurt totdat de rechter uitspraak heeft gedaan in beroep.

9. HvJ EU 30 mei 2024, C-130/23 (Vialto Consulting/Commissie)

Uitsluiting van toekomstige aanbestedingen en subsidies. Motiveringsplicht.

In deze zaak tekende Vialto Consulting beroep aan tegen een uitspraak van het Gerecht van de Europese Unie van 21 december 2022. Het Gerecht had Vialto's beroep verworpen dat gericht was op de nietigverklaring van een besluit van de Commissie van 29 juni 2018. Dit besluit sloot Vialto voor twee jaar uit van deelname aan openbare aanbestedingen en subsidies gefinancierd door de EU vanwege enerzijds het beletten van onderzoek naar beschuldigingen van fraude en corruptie en anderzijds niet-nakoming van haar belangrijkste verplichting onder de overeenkomst. De Commissie maakte de uitsluitingssanctie op haar website bekend.

Het Hof benadrukt dat de sanctie van uitsluiting en de maatregel van publicatie twee afzonderlijke maatregelen zijn. De uitsluitingssanctie is hoofzakelijk punitief; de bekendmakingsmaatregel strekt eerder tot afschrikking en preventie. Beide maatregelen zijn echter complementair en gericht

op hetzelfde doel, namelijk dat betrokkenen afzien van een eventuele inbreuk op de regels. Het Hof oordeelt dat de Commissie de maatregel van publicatie kon nemen om het afschrikwekkende effect van de uitsluiting te versterken.

Het Hof bevestigt dat de bekendmakingsmaatregel, hoewel niet expliciet genoemd in art. 105 bis Vo. nr. 966/2012 als een maatregel ter bescherming van de financiële belangen van EU, toch bijdraagt aan dit doel door het afschrikwekkende effect te versterken. Dit versterkte afschrikwekkende effect helpt op termijn om de financiële belangen van EU te beschermen door te voorkomen dat andere economische operatoren soortgelijke overtredingen begaan.

10. HvJ EU 6 juni 2024, C-547/22 (INGSTEEL)

Schadevergoeding. Verlies van een kans. Art. 2 RI. 89/665/EEG.

De aanbestedende dienst had de vereniging INGSTEEL uitgesloten van de aanbestedingsprocedure met betrekking tot de renovatie en bouw van zestien voetbalstadions. De vereniging zou niet voldoen aan de vereisten van de aankondiging van de opdracht, met name wat betreft haar economische en financiële draagkracht. De vereniging ging daartegen in beroep. Na het Hof te hebben verzocht om een prejudiciële beslissing, verklaarde de hoogste rechtelijke instantie in Slowakije het besluit tot uitsluiting nietig. Aangezien de aanbestedingsprocedure inmiddels was afgesloten door de sluiting van een raamovereenkomst met de enige overgebleven inschrijver, stelde de vereniging een vordering in tot vergoeding van haar schade als gevolg van de onrechtmatige uitsluiting.

Het Slowaakse recht bood een inschrijver die onrechtmatig was uitgesloten geen mogelijkheid tot vergoeding van schade geleden als gevolg van het missen van een kans om deel te nemen aan die aanbestedingsprocedure. Aan het Hof werd de prejudiciële vraag gesteld of een dergelijke nationale regeling in strijd is met art. 2 lid 1 onder c RI. 89/665/EEG. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend.

Het Hof benadrukt dat de richtlijn beoogt een effectief rechtsmiddel te bieden aan personen die schade hebben geleden door schendingen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten, dat op alle soorten geleden schade kan slaan. Het is niet aanvaardbaar dat het verlies van een kans om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure volledig wordt uitgesloten als schade die voor vergoeding in aanmerking komen in geval van een inbreuk op het Unierecht.

De lidstaten moeten de criteria opstellen voor het vaststellen en begroten van de schade die voortvloeit uit het verlies van een kans, met inachtneming van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het Hof herinnert eraan dat nationale rechtbanken verplicht zijn hun nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen, zelfs als dit betekent dat regelmatige of vaste rechtspraak moet worden gewijzigd wanneer deze berust op een met een richtlijn onverenigbare uitlegging.

11. HvJ EU 13 juni 2024, Zaak C-737/22 (BibMedia)

Verdeling opdracht in percelen. Beginsel van gelijke behandeling en transparantie.

Een Deense aankoopcentrale schreef een aanbesteding uit voor een raamovereenkomst voor de levering van bibliotheekmateriaal en voorbereidende diensten op basis van laagste prijs. De opdracht bestond uit 8 percelen; het hoofdgeding zag op percelen 1 en 2. Op basis van het bestek kreeg de inschrijver met de laagste prijs perceel 2 gegund. De inschrijver die de op één na laagste prijs indiende kreeg perceel 1 gegund, op voorwaarde dat deze inschrijver de producten zal leveren tegen exact dezelfde prijzen die de winnende inschrijver bood. Indien deze inschrijver niet bereid was de produc-

ten voor die prijs te leveren, werd de eerstvolgende inschrijver deze mogelijkheid geboden, en zo verder. De verwijzende rechter wenste te vernemen of een dergelijke regeling in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en transparantie (art. 18 lid 1 Rl. 2014/24/EU).

Het Hof herinnert eraan dat deze beginselen zich verzetten tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver. Een inschrijving mag na de indiening daarvan in beginsel niet worden aangepast. De regeling uit het bestek bevat volgens het Hof geen element van onderhandeling. Deze regeling waarborgt dat de aanbestedende dienst bij de gunning van alle percelen het criterium van laagste prijs in acht neemt, zonder dat deze een inschrijver kan verzoeken zijn inschrijving te wijzigen. De aanbestedende dienst moet zich baseren op de prijzen die de inschrijvers uiterlijk op de inschrijvingsdatum in hun offertes hebben voorgesteld en daarbij de rangorde in acht nemen die uit deze prijsaanbiedingen voortvloeit. Een beslissing van de inschrijvers, gerangschikt van de tweede tot de laatste plaats, om de producten tegen de prijzen van de winnende inschrijver te leveren, houdt geen wijziging in van zijn ingediende offerte, aldus het Hof. Het Hof oordeelt dat de regeling in het bestek niet in strijd is met voornoemde aanbestedingsbeginselen. ●