

1. Wanneer aanvullende informatie op een andere manier zijn verzameld van een habitattoets, van die gegevens niet voldoende om enkel antwoorden af te wijken.

elinge claim van het gebied kracht van het leefgebied met 20% is toegevoegd door belangrijke relatie tussen kracht van een gebied. Van een leefgebied ook op moment 'minder' dan de aantallen die worden genoemd (r.o. 8.2). Zo is het bijvoorbeeld klimaat, bijvoorbeeld rooie, minder vogels en verblijven. Dat hoeft niet van een leefgebied. Een vergelijkbare opbrengst tot klimaatverandering kunnen zijn op de d. Zo wordt in recente rman e.a., 'Populatie-tekende watervogels 07) melding gemaakt allen overwinterende id. Genoemde achteraan de warmere wind daarvan is langdurige den en overwinteren orheen in dat gebied. oegde gezag zich bij in verschuilen achter-gebied zijn gelegen. het op de weg van het tallen tafeleenden en t gebied ondanks de ivang en de kwaliteit acht behoudt voor in .o. 8, tweede alinea). zorgsbeginsel.

dt gesteld dat sinds afgebied voor de tafelenomen. De verwaterplanten (+16-pdieren (driehoeks-g van dat onderdeel de Afdeling gebruik esteld deskundigen-estuursrechtspraak ierna: het deskun-orten tafeleend en nterperioden op de rven de waterplan-eert de Afdeling het

positieve effect van het gegroeide areaal waterplanten voor de draagkracht van het leefgebied van de beide vogelsoorten (zie r.o. 8.1 en 8.2). Op basis van het deskundigenbericht van het StaB concludeert de Afdeling - in tegenstelling tot in de passende beoordeling - dat het biovolume van schelpdieren niet is gegroeid maar juist is gedaald. Daarnaast is in de passende beoordeling een aantal essentiële onderzoeksgegevens met betrekking tot het voorkomen van schelpdieren op een onjuiste wijze met elkaar vergeleken (r.o. 8.3). Op basis van het voorgaande trekt de Afdeling de conclusie dat in de periode 2008-2013 een aanzienlijke verslechtering heeft plaatsgevonden van de voedselsituatie van de tafeleend en de brilduiker. Om die reden kan: *de conclusie in de passende beoordeling dat de draagkracht sinds 2009 met meer dan 20% is toegenomen en dat derhalve een lichte achteruit-*

gang als gevolg van de projecten geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het gebied, voor zover dit de instandhoudingsdoelen van de tafeleend en de brilduiker betreft, niet worden gevolgd. Het is niet uitgesloten dat de voorgenomen baggerwerkzaamheden in het Natura 2000-gebied 'Veluwevandenmeren' mogelijke significant verstoringen hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van de tafeleend en de brilduiker (r.o. 8.4).

10. Het wekt na het voorgaande geen verbazing dat de Nbw 1998 vergunningen op basis van de geconstateerde gebreken in de passende beoordeling niet in stand kunnen blijven.

S.D.P. Kole

Jurisprudentie – IV. Aanbestedingsrecht

TBR 2015/89

Hof van Justitie EU, 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (Crocé Amica One Italia/Azienda Regionale Emergenza Urgenza)

(T. von Danwitz, C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász en D. Šváby)

Richtlijn 2004/18/EG: art. 41, art. 43, art. 45: Awb: art. 1:1, Aanbestedingswet 2012: art. 1.4

Prejudiciële vragen Italiaanse administratieve rechter. Besluit tot intrekking van een aanbesteding. Rechterlijke toetsing door nationale rechter van besluiten van aanbestedende diensten onder reikwijdte rechtsbeschermingsrichtlijn:

Met gastnoot A.J. van Heeswijck¹, Red.

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 41, lid 1, 43 en 45 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Crocé Amica One Italia Srl (hierna: 'Crocé Amica One') en Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) (regionale dienst voor spoedeisende medische en verpleegkundige hulp; hierna: 'AREU' of 'aanbestedende dienst') over de rechtmatigheid van het besluit van laatstge-

noemde als aanbestedende dienst om de betrokken opdracht definitief niet te gunnen aan Crocé Amica One, waaraan zij voorlopig was toegewezen, en de aanbesteding in te trekken.

Toepasselijke bepalingen Unierecht

3. Artikel 41 ('Informatieverstreking aan gegadigden en inschrijvers'), lid 1, van richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

'De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers ten spoedigste in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake [...] de gunning van een opdracht [...], met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten [...] een opdracht waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan niet te plaatsen [...]; deze informatie wordt desgevraagd schriftelijk verstrekt.'

4. Artikel 43 ('Inhoud van de processen-verbaal') van deze richtlijn bepaalt:

'Over elke opdracht [...] stellen de aanbestedende diensten een proces-verbaal op, dat ten minste het volgende bevat:

[...] h) in voorkomend geval, de redenen waarom de aanbestedende dienst besloten heeft een opdracht niet te plaatsen [...]

5. Artikel 45 ('Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver') van deze richtlijn preciseert:

'1. Van deelneming aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten, iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft:

¹ Arthur van Heeswijck is advocaat bij PlasBossinade advocaten en notarissen in Groningen.

a) deelneming aan een criminele organisatie in de zin van artikel 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad [(PB 1998, L 351, blz. 1)];
 b) omkoping in de zin van artikel 3 van het besluit van de Raad van 26 mei 1997 [(PB C 195, blz. 1)], respectievelijk artikel 3, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad [(PB 1998, L 358, blz. 2)];

c) fraude in de zin van artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap [(PB 1995, C 316, blz. 48)];

d) witwassen van geld in de zin van artikel 1 van richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld [(PB L 166, blz. 77)], zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 (PB L 344, blz. 76)].

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.

[...]

2. Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[...]

c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;

d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

[...]

g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.

[...]

6. Artikel 1 ('Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures'), lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB L 335, blz. 31; hierna: 'richtlijn 89/665'), bepaalt:

'De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot

en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.'

Italiaans recht

7. Aan richtlijn 2004/18 is in de Italiaanse rechtsorde uitvoering gegeven bij decreto legislativo nr. 163/2006 van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006) houdende codificatie van de regels inzake overheidsopdrachten.

8. Artikel 38 van dit decreto legislativo bepaalt: '1. De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor het plaatsen [...] van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [...] en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

[...]

c) personen die bij een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis of bij een onherroepelijk geworden strafbeschikking zijn veroordeeld wegens ernstige, jegens de Staat of de Gemeenschap gepleegde strafbare feiten die in strijd zijn met hun beroepsgedragsregels;

[...]

h) personen die zich naar het met redenen omklede oordeel van de aanbestedende dienst schuldig hebben gemaakt aan ernstige nalatigheid of zich te kwader trouw hebben gedragen bij de uitvoering van de opdrachten die hun zijn gegund door de aanbestedende dienst die de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt; of personen die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld met elk bewijsmiddel door de aanbestedende dienst;

[...]

9. In artikel 78, lid 1, van dit decreto legislativo wordt bepaald:

'Over elke opdracht [...] stellen de aanbestedende diensten een proces-verbaal op, dat ten minste het volgende bevat:

[...]

h) in voorkomend geval, de redenen waarom de administratie besloten heeft een opdracht niet te plaatsen [...]

10. Artikel 79, lid 1, van dit decreto legislativo luidt:

'De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers tijdig in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake [...] de gunning van een opdracht [...], met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten [...] een opdracht waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan niet te plaatsen [...].'

11. In artikel 11, lid 9, van decreto legislativo nr. 163/2006 wordt met name erop ge-

n, op grond van het
eenschapsrecht inza-
tionale voorschriften
omgezet, geschonden

s in de Italiaanse
geven bij decreto
april 2006 (gewoon
van 2 mei 2006)
egels inzake over-

legislativo bepaalt:
zijn uitgesloten van
et plaatsen [...] van
leveringen en dien-
geen overeenkomsten

van gewijsde gegaan
roepelijk geworden
wegens ernstige, je-
gepleegde strafbare
beroepsgedragsregels;

edenen omklede oor-
schuld hebben trouw
van de opdrachten
estedende dienst die
eest bekendgemaakt;
van hun beroep een
steld met elk bewijs-
st;

decreto legislativo

aanbestedende dien-
minste het volgende

en waarom de ad-
cht niet te plaatsen

lit decreto legisla-

de gegadigden en
besluiten die zijn
een opdracht [...],
m zij hebben beslo-
prop tot mededin-
?;

decreto legislativo
et name erop ge-

wezen dat de administratie haar eigen handelingen kan intrekken, schorsen of wijzigen. Deze bepaling luidt als volgt:

'Als de definitieve gunning eenmaal van kracht is en onverminderd de bevoegdheid van de administratie om in de in de wet genoemde gevallen haar handelingen in te trekken, te schorsen of te wijzigen, wordt de opdracht [...] overeenkomst binnen 60 dagen gesloten.'

12. De bevoegdheid van de administratie tot intrekking van haar eigen handelingen is als een algemeen, voor alle administratieve procedures geldend beginsel neergelegd in artikel 21 quinquies van legge n. 241 - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (wet nr. 241 houdende nieuwe bepalingen op het gebied van de administratieve procedure en het recht van toegang tot administratieve documenten) van 7 augustus 1990 (GURI nr. 192 van 18 augustus 1990, blz. 7). Dit artikel is geredigeerd als volgt:

'Om redenen van algemeen belang, wanneer er sprake is van wijziging van de feitelijke situatie of bij een nieuwe beoordeling van het oorspronkelijke algemeen belang, kan de administratieve maatregel met duurzame gevolgen worden ingetrokken door het orgaan dat de maatregel heeft getroffen of door een ander in de wet voorzien orgaan; door de intrekking verliest de betrokken maatregel zijn werking.'

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13. Bij besluit van 28 december 2010 heeft AREU een openbare procedure uitgeschreven voor het plaatsen van een opdracht die betrekking had op 'het transport per voertuig van organen, weefsel en biologische monsters, chirurgische teams en patiënten voor transplantatiedoel-einden'. De opdracht zou worden gegund voor een periode van twee jaar, eventueel te verlengen met twaalf maanden, volgens het criterium van de economisch voordeligste aanbidding.

14. Na beoordeling van de technische aanbiddingen heeft het selectiecomité drie van de vier aan de betrokken aanbestedingsprocedure deelnemende vennootschappen uitgesloten van verdere deelneming. De opdracht is bij een in een proces-verbaal van 10 mei 2011 opgenomen besluit voorlopig gegund aan de enige onderneming die nog in de running was, te weten Croce Amica One. Aangezien in casu echter was voldaan aan de voorwaarden van de nationale regeling voor het instellen van het 'verplichte' onderzoek naar de onregelmatigheid van de aanbidding', nu de score die was toegekend voor de prijs en de scores voor de andere te beoordelen aspecten gelijk of hoger waren dan vier vijfde van elk van de bovengrenzen als bepaald in de aanbesteding, heeft de aanbestedende dienst Croce Amica One verzocht bewijsstukken over te leggen in verband met haar techni-

sche aanbidding. Na afloop van dit onderzoek heeft het selectiecomité bij een in een proces-verbaal van 23 juni 2011 opgenomen besluit vastgesteld dat de aanbidding onregelmatig was.

15. Tezelfdertijd hebben de bevoegde diensten documenten betreffende die onderneming veiliggesteld in het kader van wegens oplichting en intellectuele valsheid ingestelde voorbereidende strafrechtelijke onderzoeken naar, met name, de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One.

16. Bij nota van 21 juli 2011 heeft de aanbestedende dienst Croce Amica One en een andere onderneming die aan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure had deelgenomen, ervan in kennis gesteld dat hij krachtens zijn bevoegdheid om zijn eigen handelingen in te trekken, te schorsen of te wijzigen, een procedure tot nietigverklaring van de aanbesteding had ingeleid.

17. Bij besluit van 8 september 2011 heeft de directeur-generaal van AREU besloten de opdracht definitief niet aan Croce Amica One te gunnen en, tegelijkertijd, de gehele aanbestedingsprocedure nietig te verklaren. In dat besluit heeft de aanbestedende dienst overwogen *'dat AREU in de beschreven omstandigheden, afgezien van de onregelmatigheid van de aanbidding, om kennelijke redenen van opportuniteit en verband houdende met de beginselen van behoorlijk bestuur, hoe dan ook niet [kon] beslissen om de dienst te gunnen aan de inschrijver Croce Amica One [...] en dat hij, gelet op de noodzaak van de dienst, evenmin de afloop van de strafrechtelijke procedure of zelfs maar de conclusie van het gaande onderzoek [kon] afwachten'*.

18. De aanbestedende dienst heeft geen nieuwe procedure voor het plaatsen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht opgestart maar heeft de reeds bestaande dienstenovereenkomst, die was gesloten met twee verenigingen, verlengd.

19. Bij op 2 november 2011 bij de verwijzende rechter ingesteld beroep is Croce Amica One opgekomen tegen het in punt 17 van het onderhavige arrest bedoelde besluit van de aanbestedende dienst van 8 september 2011 en heeft zij gevraagd om nietigverklaring en voorlopige schorsing daarvan. Zij heeft bovendien een vordering ingesteld tot vergoeding van de schade die zij vanwege dat besluit zou hebben geleden.

20. Bij beslissing van 14 mei 2013 heeft het Tribunale di Milano (rechtbank Milaan) de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One, samen met een andere verdachte, met name

beschuldigd van het strafbare feit van obstructie van openbare aanbestedingsprocedures, aangezien de betrokkene 15 valse getuigschriften van deelneming aan de cursus veilig rijden voor ambulances had overgelegd om de opdracht binnen te halen.

21. De verwijzende rechter is van oordeel dat de betrokken aanbestedende dienst, die schijnbaar handelde om redenen van administratieve opportuniteit verband houdende met het feit dat een strafonderzoek gaande was naar de wettelijk vertegenwoordiger van de onderneming waaraan de opdracht voorlopig was gegund, in het algemeen gesproken en onverminderd de uitoefening van de bevoegdheid waarover de administratie beschikt om haar eigen handelingen in het kader van overheidsopdrachten in te trekken, te schorsen of te wijzigen, inbreuk heeft gemaakt op artikel 45 van richtlijn 2004/18, in het bijzonder gelet op de in dat artikel vermelde 'persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver'.

22. Volgens de verwijzende rechter kan een inschrijver overeenkomstig die bepaling slechts van deelneming worden uitgesloten wanneer hij bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis is veroordeeld.

23. De verwijzende rechter vraagt zich tevens af hoever zijn eigen bevoegdheid dienaangaande reikt vanuit het perspectief van het Unierecht. Hij is van mening dat zijn bevoegdheid niet kan worden beperkt tot het toetsen of de administratie bij de uitoefening van haar bevoegdheid geen externe fouten heeft gemaakt. Volgens hem zou het volledig in tegenspraak zijn met de bewoordingen en de ratio legis van artikel 45 van richtlijn 2004/18, wanneer niet zou worden erkend dat de bestuursrechter een ruime bevoegdheid heeft om de feiten of de juridische concepten te onderzoeken, zoals in casu het feit dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de wettelijk vertegenwoordiger van de onderneming waaraan de opdracht voorlopig was gegund, niet definitief is vastgesteld.

24. In die omstandigheden heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionale bestuursrechtbank Lombardije) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

'1) Is het in overeenstemming met het gemeenschapsrecht dat de aanbestedende dienst in de uitoefening van een bevoegdheid om overheidsopdrachten in te trekken krachtens artikel 21, quinquies van wet nr. 241 [van 7 augustus 1990] kan besluiten om niet over te gaan tot de definitieve gunning van een opdracht, alleen op grond dat een strafrechtelijk onderzoek is ingesteld naar de wette-

lijk vertegenwoordiger van de vennootschap waaraan de opdracht voorlopig is gegund?

2) Is een afwijking van het beginsel van het definitieve karakter van de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 45 van richtlijn [2004/18], om redenen van administratieve opportuniteit, waarvan de beoordeling wordt voorbehouden aan de administratie, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht?

3) Is een afwijking van het beginsel van het definitieve karakter van de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 45 van richtlijn [2004/18], in het geval waarin het ingestelde strafrechtelijk onderzoek een strafbaar feit betreft dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure waarop het besluit betrekking heeft dat de administratie heeft genomen op grond van haar bevoegdheid om haar eigen handelingen te verifiëren, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht?

4) Is het in overeenstemming met het gemeenschapsrecht dat de besluiten genomen door een aanbestedende dienst op het gebied van overheidsopdrachten gecontroleerd kunnen worden door een nationale administratieve rechter met volledige rechtsmacht, in de uitoefening van een controlerende bevoegdheid die hem op het gebied van overheidsopdrachten is verleend, en wel uit het oogpunt van de betrouwbaarheid en de conformiteit van het aanbod, en dus naast alleen de gevallen waarin sprake is van kennelijke onlogica, onredelijkheid, ontoereikende motivering of feitelijke dwaling?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste tot en met derde vraag

25. Met deze vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45 van richtlijn 2004/18, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden waarin het voorziet, eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst besluit af te zien van het plaatsen van een overheidsopdracht waarvoor een oproep tot mededinging is gedaan, en niet over te gaan tot de definitieve gunning van die opdracht aan de enige inschrijver die nog in de running was en aan wie de opdracht voorlopig was gegund.

26. Deze vragen en de verwijzing naar artikel 45 van richtlijn 2004/18 vinden hun oorsprong in het feit dat de directeur-generaal van AREU op 8 september 2011 heeft besloten de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht definitief niet te gunnen aan Croce Amica One, en de desbetreffende aanbestedingsprocedure nietig te verklaren.

27. Van meet af aan zij opgemerkt dat in het verzoek om een prejudiciële beslissing

vennootschap waar-
gund?

ginsel van het defi-
elling van de straf-
oals tot uitdrukking
rtlijn [2004/18], om
oportunititeit, waar-
houden aan de ad-
g met het gemeen-

ginsel van het defi-
elling van de straf-
oals tot uitdrukking
rtlijn [2004/18], in
e strafrechtelijk ont-
t dat verband houdt
e waarop het besluit
istratie heeft geno-
heid om haar eigen
eenstemming met

met het gemeen-
genomen door een
bied van overheids-
nen worden door
chter met volledige
an een controleren-
t gebied van over-
wel uit het oogpunt
e conformiteit van
de gevallen waarin
ica, onredelijkheid,
elijke dwaling?"

le vragen

ie samen moeten
renst de verwijzen-
n of artikel 45 van
is voldaan aan de
van de uitsluitings-
an in de weg staat
sluit af te zien van
pdracht waarvoor
daan, en niet over
g van die opdracht
in de running was
g was gegund.

rwijzing naar arti-
04/18 vinden hun
teur-generaal van
eft besloten de in
nde opdracht de-
e Amica One, en
rocedure nietig te

gemerkt dat in het
diciële beslissing

weliswaar wordt verwezen naar artikel 45 van richtlijn 2004/18, maar dat het besluit dat in het hoofding wordt aangevochten blijkt het dossier in het bezit van het Hof een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van de aanbesteding en tot nietigverklaring van de aanbestedingsprocedure is. Dat besluit verschilt van het besluit tot uitsluiting van een inschrijver krachtens artikel 45 van deze richtlijn.

28. In deze samenhang moet onder de aandacht worden gebracht dat de precieze redenen voor het intrekken van de in het hoofding aan de orde zijnde aanbesteding niet aan het Hof zijn meegedeeld, maar dat de verwijzende rechter de gedragingen van de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One kennelijk uitsluitend in verband brengt met de uitsluitingsgronden van strafrechtelijke aard, die een veroordeling bij een definitief geworden vonnis vereisen, dat wil zeggen de uitsluitingsgronden die worden genoemd in artikel 45, leden 1 en 2, sub c, van richtlijn 2004/18. In dit verband is het nuttig te preciseren dat de aanbestedende diensten op basis van de uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, sub d en g, van deze richtlijn ook iedere ondernemer kunnen uitsluiten die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, of die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die kunnen worden verlangd met het oog op de kwalitatieve selectie van de aanbiedingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt, zonder dat is vereist dat jegens hem een veroordeling bij een onherroepelijk vonnis is uitgesproken.

29. Een besluit tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht moet de artikelen 41, lid 1, en 43 van richtlijn 2004/18 in acht nemen.

30. Artikel 41, lid 1, van richtlijn 2004/18 voorziet in de verplichting de gegadigden en inschrijvers ten spoedigste in kennis te stellen van een dergelijk besluit, met opgave van de redenen ervoor. Artikel 43 van deze richtlijn schrijft voor dat die redenen worden vermeld in het proces-verbaal dat over iedere overheidsopdracht moet worden opgesteld. Richtlijn 2004/18 bevat geen bepalingen inzake de materiële of formele voorwaarden waaraan een dergelijk besluit moet voldoen.

31. Dienaangaande moet de rechtspraak van het Hof in herinnering worden gebracht volgens welke ingevolge artikel 8, lid 2, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), een be-

paling die vergelijkbaar is met artikel 41, lid 1, van richtlijn 2004/18, de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien of het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten (arrest *Fracasso en Leitschutz*, C-27/98, EU:C:1999:420, punten 23 en 25).

32. Voorts heeft het Hof overwogen dat overeenkomstig artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), een bepaling die eveneens vergelijkbaar is met artikel 41, lid 1, van verordening nr. 2004/18, de aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht weliswaar verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, maar dat dit voor die dienst niet de verplichting inhoudt de aanbestedingsprocedure te voltooien (zie arrest HI, C-92/00, EU:C:2002:379, punt 41).

33. Het Hof heeft echter onderstreept dat de verplichting om de redenen voor de intrekking van de aanbesteding mee te delen, is ingegeven door de zorg om in de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen, dat de basis van die regels vormt (zie in die zin arrest HI, EU:C:2002:379, punten 45 en 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 vereist dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht beroep openstaat, en dat een dergelijk besluit in voorkomend geval nietig kan worden verklaard wegens schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale omzettingsbepalingen. Het Hof heeft bovendien overwogen dat ook wanneer de aanbestedende diensten ingevolge de geldende nationale voorschriften over een grote beoordelingsbevoegdheid aangaande de intrekking van aanbestedingen beschikken, de nationale rechters krachtens richtlijn 89/665 de mogelijkheid moeten hebben om het besluit tot intrekking van een aanbesteding aan de relevante voorschriften van Unierecht te toetsen (zie arrest HI, EU:C:2002:379, punten 55 en 62).

35. Bijgevolg verzet het Unierecht zich er niet tegen dat de lidstaten in hun wettelijke regeling voorzien in de mogelijkheid om een besluit tot intrekking van een aanbesteding vast te stellen. Een dergelijk besluit kan zijn ingegeven door re-

denen die met name verband houden met de beoordeling of het uit het oogpunt van het algemeen belang opportuun is om een aanbestedingsprocedure te voltooien, onder meer gelet op het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd. Aan een dergelijk besluit kan ook de vaststelling ten grondslag liggen dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht nog slechts één inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren.

36. Een aanbestedende dienst is derhalve niet gehouden een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de betrokken opdracht te gunnen - ook niet aan de enige inschrijver die nog in de running is - mits hij daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht neemt.

37. Gelet op het voorgaande moet op de eerste tot en met derde vraag worden geantwoord dat de artikelen 41, lid 1, 43 en 45 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat artikel 45 van deze richtlijn, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden waarin het voorziet, niet eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst besluit af te zien van het plaatsen van een overheidsopdracht waarvoor een oproep tot mededinging is gedaan, en niet over te gaan tot de definitieve gunning van die opdracht aan de enige inschrijver die nog in de running was en aan wie de opdracht voorlopig was gegend.

Vierde vraag

38. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bevoegde nationale rechter overeenkomstig het Unierecht het besluit van een aanbestedende dienst in volle omvang kan toetsen, dat wil zeggen bij die toetsing rekening kan houden met de betrouwbaarheid en de conformiteit van de aanbiedingen van de inschrijvers en zijn eigen beoordeling van de vraag of het opportuun is de aanbesteding in te trekken, in de plaats kan stellen van die van de aanbestedende dienst.

39. Benadrukt moet worden dat volgens de rechtspraak van het Hof de intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht behoort tot de „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” ten aanzien waarvan de lidstaten krachtens artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665 in het nationale recht moeten voorzien in beroepsprocedures ter verzekering van de naleving van het relevante materiële Unierecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale omzettingbepalingen (zie in die zin arresten

HI, EU:C:2002:379, punten 53-55, en Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, punt 29).

40. Richtlijn 89/665 beperkt zich echter er toe de in de lidstaten bestaande mechanismen te coördineren, teneinde de volledige en daadwerkelijke toepassing te waarborgen van de richtlijnen die de materiële voorschriften inzake overheidsopdrachten vastleggen, en bepaalt niet uitdrukkelijk de strekking van de beroepsmogelijkheden waarin de lidstaten te dien einde moeten voorzien. Bijgevolg moet de vraag naar de omvang van de rechterlijke toetsing in het kader van de in richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedures worden onderzocht uit het oogpunt van het door de richtlijn nagestreefde doel, waarbij erop moet worden gelet dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid ervan (arrest HI, EU:C:2002:379, punten 58 en 59).

41. Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat de functie van het stelsel van beroepsmogelijkheden wordt geregeld in artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, volgens hetwelk de lidstaten met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 vallen, de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.

42. Bijgevolg beogen de in die bepaling bedoelde beroepsprocedures te waarborgen dat de relevante regels van Unierecht, in het bijzonder die van richtlijn 2004/18, of de nationale bepalingen ter omzetting van die regels worden nageleefd.

43. Onderstreept moet worden dat die rechtmatigheidstoetsing niet mag worden beperkt tot het onderzoek of de besluiten van de aanbestedende dienst arbitrair zijn (zie in die zin arrest HI, EU:C:2002:379, punt 63).

44. Bij die beroepen gaat het dus om het verichten van een rechtmatigheidstoetsing, en niet van een opportuniteitstoetsing.

45. Bij gebreke van een specifieke Unieregeling op dit gebied dienen de voorwaarden voor de rechterlijke toetsing te worden vastgesteld in het nationale procesrecht, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel (zie in die zin arrest HI, EU:C:2002:379, punt 68). De nationale wetgever kan de bevoegde nationale rechterlijke instanties dus ruimere be-

55, en Koppenstei-
punt 29).

erkt zich echter er-
1 bestaande mecha-
ide de volledige en
waarborgen van de
voorschriften inzake
n, en bepaalt niet
1 de beroepsmoge-
: dien einde moeten
aag naar de omvang
het kader van de in
epsprocedures wor-
nt van het door de
rbij erop moet wor-
rdt gedaan aan de
II, EU:C:2002:379,

et in herinnering
: de functie van het
n wordt geregeld in
an richtlijn 89/665,
met betrekking tot
ingssfeer van richt-
maatregelen nemen
door de aanbestede-
iten op doeltreffend-
lijk beroep kan wor-
feit dat door die be-
verheidsopdrachten
aarin dat Unierecht

in die bepaling be-
dures te waarbor-
1 Unierecht, in het
/18, of de nationale
regels worden na-

orden dat die recht-
st mag worden be-
sluiten van de aan-
zie in die zin arrest

et dus om het ver-
natigheidstoetsing,
tsing.

ecifieke Unierege-
en de voorwaarden
vorden vastgesteld
inachtneming van
doeltreffendheids-
3, EU:C:2002:379,
: kan de bevoegde
dus ruimere be-

voegdheden verlenen, om hen in staat te stellen een
opportuniteitstoetsing te verrichten.

46. Bijgevolg moet op de vierde vraag wor-
den geantwoord dat het Unierecht inzake
overheidsopdrachten, en met name artikel 1,
lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, aldus moet
worden uitgelegd dat de in die bepaling bedoelde
toetsing een rechtmatigheidstoetsing van de beslui-
ten van de aanbestedende diensten is, die beoogt te
waarborgen dat de relevante regels van Unierecht
of de nationale bepalingen ter omzetting van die re-
gels worden nageleefd, en die niet mag worden be-
perkt tot het enkele onderzoek of de besluiten van
de aanbestedende dienst arbitrair zijn. Dit sluit ech-
ter niet uit dat de nationale wetgever de bevoegde
nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid kan
verlenen een opportuniteitstoetsing te verrichten.
(...)

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) De artikelen 41, lid 1, 43 en 45 van richt-
lijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en
de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördi-
natie van de procedures voor het plaatsen van
overheidsopdrachten voor werken, leveringen en
diensten moeten aldus worden uitgelegd dat arti-
kel 45 van deze richtlijn, wanneer niet is voldaan
aan de voorwaarden voor de toepassing van de uit-
sluitingsgronden waarin het voorziet, niet eraan in
de weg staat dat een aanbestedende dienst besluit af
te zien van het plaatsen van een overheidsopdracht
waarvoor een oproep tot mededinging is gedaan,
en niet over te gaan tot de definitieve gunning van
die opdracht aan de enige inschrijver die nog in de
running was en aan wie de opdracht voorlopig was
gegrond.

2) Het Unierecht inzake overheidsopdrachten, en
met name artikel 1, lid 1, derde alinea, van richt-
lijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december
1989 houdende de coördinatie van de wettelijke
en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de
toepassing van de beroepsprocedures inzake het
plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen
en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd
bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parle-
ment en de Raad, moet aldus worden uitgelegd dat
de in die bepaling bedoelde toetsing een rechtma-
tigheidstoetsing van de besluiten van de aanbestede-
nde diensten is, die beoogt te waarborgen dat de
relevante regels van Unierecht of de nationale be-
palingen ter omzetting van die regels worden nage-
leefd, en die niet mag worden beperkt tot het enkele
onderzoek of de besluiten van de aanbestedende
dienst arbitrair zijn. Dit sluit echter niet uit dat de
nationale wetgever de bevoegde nationale rechter-
lijke instanties de bevoegdheid kan verlenen een op-
portuniteitstoetsing te verrichten. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. In de regel organiseert een aanbestedende dienst een
aanbestedingsprocedure met het oog op het sluiten
van een overeenkomst. Soms loopt het anders af. De aanbe-
stedende dienst kan op enig moment voor definitieve gun-
ning beslissen de aanbesteding in te trekken. In het onder-
havige arrest zet het Hof van Justitie van de Europese Unie
(hierna: het Hof) het Unierechtelijke kader voor het 'besluit
tot intrekking van een aanbesteding' uiteen naar aanleiding
van prejudiciële vragen van een Italiaanse administratieve
rechter. Daarnaast spreekt het Hof zich uit over de omvang
van de rechterlijke toetsing door de nationale rechter van
besluiten van aanbestedende diensten die onder reikwijdte
van de rechtsbeschermingsrichtlijn vallen.² Beide aspecten
zijn al eerder aan de orde gekomen in de jurisprudentie van
het Hof. In dit arrest verduidelijkt het Hof zijn uitspraken.

Prejudiciële vragen

2. De prejudiciële vragen zijn gerezen in een geschil
over een Europese openbare aanbesteding van het
transport per voertuig van organen, weefsel en biologische
monsters, chirurgische teams en patiënten voor transplan-
tatie doeleinden. Drie van de vier ondernemingen die een
inschrijving hadden gedaan, waren al direct na de beoor-
deling van de inschrijvingen van deelname uitgesloten. De
aanbestedende dienst gunde de opdracht voorlopig aan de
enige overgebleven onderneming, Croce Amica One Italia.
Na onderzoek van de overgelegde bewijsstukken stelde de
aanbestedende dienst vast dat de inschrijving van Croce
Amica One Italia onregelmatig was. Vervolgens werd bij
besluit van 8 september 2011 bepaald dat de opdracht de-
finitief niet aan haar zou worden gegund en voorts dat de
aanbestedingsprocedure nietig werd verklaard. Hoewel de
precieze redenen voor het besluit in de procedure bij het
Hof niet duidelijk zijn geworden, hield de intrekking van de
aanbesteding vermoedelijk verband met een strafrechtelijk
onderzoek naar de wettelijk vertegenwoordiger van Croce
Amica One Italia.

3. Croce Amica One Italia vocht het besluit aan bij de Ita-
liaanse administratieve rechter. Deze zag zich gesteld
voor de vraag of het besluit tot intrekking van de aanbeste-
ding zich verdroeg met artikel 45 lid 1 van Richtlijn 2004/18/
EG.³ Deze bepaling vereist een strafrechtelijke veroordeling
bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis om een onder-
neming van deelname aan een aanbesteding uit te sluiten,
terwijl er alleen een strafrechtelijk onderzoek was ingesteld
naar de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One
Italia. Daarnaast vroeg de Italiaanse administratieve rechter
zich af hoe ver zijn controle op de besluiten van de aanbe-
stedende dienst reikt. Deze kwesties zijn in een viertal pre-
judiciële vragen aan het Hof voorgelegd.

² Richtlijn 89/665/EEG (PbEG 1989, L 395/33), ingrijpend gewijzigd
bij Richtlijn 2007/66/EG (PbEU 2007, L 335/31).

³ Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2004, L 134/114).

Oordeel Hof

4. Het Hof stelt voorop dat de vragen over de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om de aanbesteding in te trekken niet in de context van artikel 45 van Richtlijn 2004/18/EG kunnen worden beantwoord. Het besluit tot intrekking van een aanbesteding verschilt namelijk wezenlijk van het besluit tot uitsluiting van een inschrijver op grond van artikel 45 van deze richtlijn (r.o. 27). Bij het besluit tot intrekking van een aanbesteding dient de aanbestedende dienst de artikelen 41 lid 1 en 43 van Richtlijn 2004/18/EG in acht nemen. Artikel 41 lid 1 van Richtlijn 2004/18/EG voorziet in de verplichting gegadigden en inschrijvers ten spoedigste in kennis te stellen van een dergelijk besluit, met een opgave van de redenen hiervoor. Artikel 43 van Richtlijn 2004/18/EG ziet op het voor iedere opdracht op te stellen proces-verbaal, waarin de redenen moeten worden opgenomen om een opdracht niet te plaatsen. Richtlijn 2004/18/EG bevat geen materiële voorschriften voor het besluit tot intrekking van de aanbesteding, aldus het Hof (r.o. 30).

5. Vervolgens herinnert het Hof aan het eerder door hem gewezen arrest *Metalmecanica Fracasso*,⁴ waarin het oordeelde dat de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien of dat het besluit daartoe op gewichtige redenen moet berusten. Het Hof sprak destijds van een door de betrokken aanbestedingsrichtlijn stilzwijgend erkend recht om de opdracht niet te plaatsen of de aanbestedingsprocedure opnieuw te beginnen.⁵ Onder verwijzing naar het arrest *Hospital Ingenieure* wijst het Hof er vervolgens op dat de aanbestedende dienst weliswaar verplicht is de redenen voor zijn besluit mede te delen, maar dat dit geen verplichting behelst om de aanbestedingsprocedure te voltooien.⁶

6. De in de aanbestedingsrichtlijn neergelegde motiveringsplicht bestaat echter niet voor niets. In het arrest *Hospital Ingenieure* had het Hof al overwogen dat het besluit tot intrekking van een aanbesteding is onderworpen aan het primaire Unierecht, in het bijzonder het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.⁷ In het onderhavige arrest zet het Hof een stap verder en overweegt het dat de aanbestedende dienst de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht moet nemen (r.o. 36).⁸ De motiveringsplicht strekt ertoe de aanbestedende dienst op de naleving van deze beginselen bij het nemen van het besluit tot intrekking te controleren (r.o. 32). Ook dit was overigens al bekend.⁹

4 HvJ EG 16 september 1999, C-27/98, EU:C:1999:420 (*Metalmecanica Fracasso*), r.o. 23 en r.o. 25.

5 HvJ EG 16 september 1999, C-27/98, EU:C:1999:420 (*Metalmecanica Fracasso*), r.o. 25.

6 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, EU:C:2002:379 (*Hospital Ingenieure*), r.o. 41.

7 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, EU:C:2002:379 (*Hospital Ingenieure*), r.o. 47.

8 Dat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling enerzijds en het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit anderzijds niet hetzelfde zijn en de stap die het Hof zet derhalve een nadere motivering had verdiend, laat ik hier rusten.

9 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, EU:C:2002:379 (*Hospital Ingenieure*), r.o. 45 - 46.

7. Naast de Europeesrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling kunnen nationale voorwaarden de vrijheid van de aanbestedende dienst om een aanbesteding in te trekken aan banden leggen. In een algemene bestuursrechtelijke wet van Italië is bepaald dat een 'maatregel' kan worden ingetrokken "om redenen van algemeen belang, wanneer er sprake is van wijziging van de feitelijke situatie of bij een nieuwe beoordeling van het oorspronkelijke algemeen belang" (r.o. 12). In het onderhavige arrest oordeelt het Hof voor het eerst expliciet dat het Unierecht zich niet verzet tegen een dergelijke nationale regeling (r.o. 35).

8. Over wat in het 'openbaar belang' is en welke 'wijziging van de feitelijke situatie' de intrekking van een besluit rechtvaardigen, kunnen de opvattingen uiteenlopen. Dwingt het Unierecht de nationale rechter het besluit van de aanbestedende dienst in volle omvang te toetsen en zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de aanbestedende dienst? Misschien heeft het arrest *Hospital Ingenieure* de verwijzende rechter aanleiding gegeven tot deze gedachte. In dit arrest oordeelde het Hof immers dat de rechtsbeschermingsrichtlijn zich ertegen verzet dat de wettigheidstoetsing beperkt is tot de vraag of het besluit al dan niet arbitrair is.¹⁰ In het onderhavige arrest maakt het Hof voor het eerst onderscheid tussen rechtmatigheidstoetsing en opportuniteitstoetsing (r.o. 44). Rechtmatigheidstoetsing mag volgens het Hof niet zijn beperkt tot de vraag of het besluit al dan niet arbitrair is. De omvang van opportuniteitstoetsing is volgens het Hof bij gebrek aan een Unierechtelijke regeling aan het nationale recht van lidstaten. Nationale regels moeten vanzelfsprekend wel voldoen aan het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel (r.o. 45).

9. Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden zegt, lijkt uit de context van het arrest te kunnen worden afgeleid dat het Hof de toetsing door de Italiaanse administratieve rechter van de beslissing tot intrekking van de aanbesteding aan de toepasselijke nationale voorschriften als opportuniteitstoetsing beschouwt. De omvang van die rechterlijke toetsing is aan het nationale recht overgelaten. Het Unierecht verlangt niet van de Italiaanse administratieve rechter zijn oordeel over de intrekking van de aanbesteding op grond van het 'openbaar belang' in de plaats te stellen van dat van de aanbestedende dienst.

Betekenis voor Nederlandse rechtspraak

10. Het onderhavige arrest brengt een welkome verduidelijking voor de Nederlandse rechtspraak. Ten eerste stelt het arrest buiten iedere twijfel dat lidstaten mogen bepalen onder welke voorwaarden een aanbestedende dienst een aanbesteding mag intrekken. De Europeesrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie zijn echter in ieder geval van toepassing. De Nederlandse wetgever heeft op dit terrein niets geregeld. In het algemeen wordt aangenomen dat de bevoegdheid van

10 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, EU:C:2002:379 (*Hospital Ingenieure*), r.o. 64.

beginselen van trans-
ling kunnen nationale
bestedende dienst om
banden leggen. In een
an Italië is bepaald dat
ken "om redenen van
is van wijziging van de
oordeling van het oor-
12). In het onderhavige
t expliciet dat het Unie-
elijke nationale regeling

ig' is en welke 'wijziging
ekking van een besluit
en uiteenlopen. Dwingt
het besluit van de aan-
e toetsen en zijn eigen
van de aanbestedende
spital Ingenieur de ver-
tot deze gedachte. In
dat de rechtsbescher-
at de wettigheidstoet-
luit al dan niet arbitrair
het Hof voor het eerst
stoetsing en opportu-
heidstoetsing mag vol-
vraag of het besluit al
opportuiniteitstoetsing
Unierechtelijke rege-
aten. Nationale regels
aan het gelijkwaardig-
o. 45).

zoveel woorden zegt,
st te kunnen worden
r de Italiaanse admi-
tot intrekking van de
ationale voorschriften
.. De omvang van die
ale recht overgelaten.
Italiaanse administra-
ekking van de aanbe-
elang' in de plaats te
dienst.

tspraktijk

gt een welkome ver-
indse rechtspraktijk.
ere twijfel dat lidsta-
rwaarden een aan-
g mag intrekken. De
elijke behandeling en
l van toepassing. De
ein niets geregeld. In
de bevoegdheid van

de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om
een aanbesteding in te trekken besloten ligt in het beginsel
van contractsvrijheid.¹¹ De aanbestedende dienst is bij de
uitoefening van deze bevoegdheid gebonden aan de pre-
contractuele redelijkheid en billijkheid en, indien zijn orga-
nen a-bestuursorganen zijn in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub
a Awb, tevens aan de algemene beginselen van behoorlijk
bestuur. Volgens vaste jurisprudentie van lagere rechters
staan deze beginselen in de weg aan de heraanbesteding
van een opdracht zonder de specificaties wezenlijk te wijzi-
gen.¹² Voorts kan een aanbestedende dienst op basis van
deze beginselen worden gedwongen op een beslissing tot
intrekking van een aanbesteding terug te komen, indien
de verstrekte motivering niet dragend is.¹³ Tot slot kan de
aanbestedende dienst worden verboden de aanbesteding
in te trekken, eventueel in combinatie met een gebod tot
voortzetting van de aanbesteding. Voor toewijzing van een
dergelijke verstrekkende vordering dient de aanbestedende
dienst bij de inschrijver gerechtvaardigd vertrouwen te heb-
ben gewekt op de totstandkoming van een overeenkomst.¹⁴
Daarvan zal niet snel sprake zijn. Jurisprudentie op dit ter-
rein is dan ook schaars.¹⁵

11. Ten tweede maakt het arrest mijns inziens duidelijk
dat indien en voor zover de aanbestedende dienst
beoordelingsvrijheid geniet, het Unierecht niet van de na-
tionale rechter verlangt op de stoel van de aanbestedende
dienst plaats te nemen en de beslissing in volle omvang te
toetsen. Ook op dit punt ontbreekt duidelijke regelgeving in
Nederland. In de jurisprudentie valt niettemin een duidelijk
onderscheid te bespeuren tussen 'rechtmatigheidstoetsing'
enerzijds en 'opportuiniteitstoetsing' anderzijds. Zo pleegt
de rechter vol te toetsen of gunningscriteria verenigbaar
zijn met de beginselen van transparantie en gelijke be-
handeling.¹⁶ Als het aankomt op de beoordeling van een
inschrijving aan gunningscriteria, stelt de rechter zich in
het algemeen terughoudend op en beperkt hij zich tot een
marginale toets,¹⁷ tenzij het gunningscriterium geen be-
oordelingsruimte laat.¹⁸ Deze aanpak, die in de ogen van
het Hof dus door de beugel lijkt te kunnen, sluit aan bij de
toetsing door de bestuursrechter van besluiten waarbij het
bestuursorgaan beoordelingsvrijheid toekomt. Vanuit het
oogpunt van coherentie van het recht, waarbij zowel de

rechtsgelijkheid als de rechtszekerheid is gebaat, valt dit toe
te juichen.¹⁹

12. De vraag is nog wel wanneer sprake is van 'oppor-
tunititeitstoetsing' in de door het Hof bedoelde zin,
in welk geval de rechter zich kan beperken tot een margi-
nale toets, dan wel van 'rechtmatigheidstoetsing', in welk
geval toetsing in volle omvang geboden is. Hierover bestaat
niet in alle gevallen eenduidigheid in de jurisprudentie. Een
voorbeeld hiervan betreft de toetsing van gegadigden en
inschrijvers aan uitsluitingsgronden.²⁰ Komt de aanbest-
dende dienst daarbij beoordelingsvrijheid toe of niet? De
Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland
vond van wel, maar zijn collega in Rotterdam niet.²¹ Op dit
punt is het laatste woord aan het Hof, aangezien de regeling
betreffende de uitsluitingsgronden een Europese oorsprong
heeft.

13. En wat te denken van de verplichting van de aan-
bestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op
grond van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 om
zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren voor
de publieke middelen? Voorzieningenrechters lijken zich
terughoudend op te stellen bij de toetsing van aanbested-
ingsstukken aan deze bepaling. In advies 48 van 27 januari
2014 van de Commissie van Aanbestedingsexperts valt een
dergelijke terughoudendheid echter niet te bespeuren.²²
Nu artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 geen Eu-
ropese oorsprong kent, heeft de Hoge Raad op dit punt het
laatste woord.

14. De omvang van rechterlijke toetsing heeft grote
invloed op de kans van slagen van bezwaren tegen
een beslissing van een aanbestedende dienst of een specia-
le-sectorbedrijf en is daardoor in belangrijke mate bepalend
voor de rechtsbescherming van ondernemers. De door de
rechter toe te passen maatstaf verdient daarom aandacht,
in de eerste plaats van de wetgever, zowel de Europese als
de Nederlandse.

A.J. van Heeswijck

¹¹ Zie bijv. Vznr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RB-MNE:2013:BZ1349, r.o. 4.11.

¹² Zie bijv. Vznr. Rb. Overijssel 26 juli 2013, ECLI:NL:RBO-VE:2013:1598.

¹³ Zie bijv. Vznr. Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500. Deze zaak betrof overigens een concessie voor diensten waarop Richtlijn 2004/18/EG en de rechtsbeschermingsrichtlijn niet van toepassing zijn, maar voor de beslechting van het geschil lijkt dit geen rol te hebben gespeeld.

¹⁴ A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 99-102.

¹⁵ Zie voor een jurisprudentieoverzicht E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 629.

¹⁶ Vznr. Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBD-HA:2014:16374.

¹⁷ Vznr. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7228.

¹⁸ Vznr. Rb. Rotterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ7374.

¹⁹ Van Heeswijck, a.w., p. 3.

²⁰ Zie hierover L. Knoups & L.C. van den Berg, 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken', VGR 2013, p. 148-149.

²¹ Vznr. Rb. Noord-Holland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBN-HO:2013:7854; Vznr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535.

²² Zie over dit verschil A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', TBR 2015, p. 134.