

232 Annotatie bij HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (Idrodinamica/ Acquedotto Pugliese)

MR. DR. A.J. VAN HEESWIJCK

Lidstaten mogen krachtens artikel 2 ter van Richtlijn 92/13/EEG een termijn vaststellen waarbinnen een beroep tot nietigverklaring van een besluit tot gunning moet worden ingesteld.¹ In het te bespreken arrest doet het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) een belangwekkende uitspraak over de aanvang van deze termijn.

Feiten en prejudiciële vragen

Acquedotto Pugliese is een aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/17/EG.² Hij heeft een openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor – kort samengevat – een opdracht voor het uitvoeren van werkzaamheden aan de riolering en het waterleidingnet in de woonkernen van een bepaald gebied in de regio Apulië gedurende een periode van vier jaar. Het gunningscriterium is ‘de laagste prijs’.

Bij beschikking van 7 juni 2011 heeft Acquedotto Pugliese de opdracht definitief gegund aan een tijdelijk samenwerkingsverband met aan het hoofd Cooperativa Giovanni XXIII, dat de laagste prijs had aangeboden. Het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd Idrodinamica eindigde als derde. Op 6 juli 2011 is mededeling gedaan van de gunningsbeslissing. Naar Italiaans recht ving op dat moment een vervaltermijn van dertig dagen aan voor afgewezen inschrijvers om beroep in te stellen tegen de gunningsbeschikking.

Bij brief van 28 februari 2012, de termijn om beroep in te stellen tegen het besluit tot definitieve gunning was al ruimschoots verstreken, deelde het tijdelijke samenwerkingsverband van Cooperativa Giovanni XXIII de aanbestedende dienst mee dat een van de deelnemers zich uit het samenwerkingsverband had teruggetrokken. Acquedotto Pugliese heeft deze terugtrekking bij beschikking van 28 maart 2012 goedgekeurd. Op 17 april 2012 is de overeenkomst gesloten. Een maand later, op 17 mei 2012, stelde Idrodinamica beroep in. Zij verzocht nietigverklaring van de beschikking van 28 maart 2012 tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband van Cooperativa Giovanni XXIII, de op 17 april 2012 gesloten overeenkomst en de beschikking van 7 juni 2011 tot definitieve gunning van de opdracht. Volgens Idrodinamica had geen goedkeuring mogen worden verleend aan de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund. Idrodinamica richtte tegelijkertijd haar pijlen op het samenwerkingsverband dat als tweede was geëindigd. Volgens Idrodinamica had dit samenwerkingsverband moeten worden uitgesloten, omdat een wettelijke vertegenwoordiger van een van de deelnemende ondernemingen een valse verklaring had overgelegd over zijn strafrechtelijke verleden.

Volgens de verwijzende rechter moet Idrodinamica naar Italiaans recht niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat het beroep ruimschoots na het verstrijken van de vervaltermijn van dertig dagen na de mededeling van de definitieve gunning van de opdracht is ingesteld. Hij vraagt zich echter af of de nationale regels verenigbaar zijn met

¹ Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG 1992, L 76/14), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2014/23/EU (PbEU 2014, L 94/1).
² Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEU 2004, L 134/1).

het effectiviteitsbeginsel voor zover de gegevens in de mededeling van de gunningsbeschikking niet volstaan om afgewezen gegadigden en inschrijvers te informeren over omstandigheden die relevant zijn voor de beslissing om beroep in te stellen, met name wanneer de beweerde inbreuk zich voordoet na de gunningsbeschikking. De verwijzende rechter wijst erop dat belanghebbenden inbreuken die zich na de gunningsbeschikking hebben voorgedaan, kunnen aanvechten door binnen de vervalltermijn van dertig dagen pro forma beroep in te stellen en de inbreuken nadien als aanvullende middelen voor te dragen, maar de verwijzende rechter vraagt zich af of deze regel wel verenigbaar is met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. De verzoeker moet namelijk zijn advocaat en de door partijen aangewezen deskundigen betalen en is griffierechten verschuldigd, zowel bij het instellen van beroep als bij het voordragen van aanvullende middelen. De verwijzende rechter vraagt het HvJ EU of de relevante bepalingen van het Unierecht aldus kunnen worden uitgelegd dat de vervalltermijn voor het instellen van beroep pas begint te lopen vanaf het moment dat de belanghebbende daadwerkelijk kennis heeft of met inachtneming van normale zorgvuldigheid kennis had kunnen hebben van de inbreuk.

Oordeel HvJ EU

Het HvJ EU stelt voorop dat Richtlijn 92/13/EEG, aangescherpt door Richtlijn 2007/66/EG,³ in combinatie met artikel 49 van Richtlijn 2004/17/EG voorziet in een adequate informatieverstreking aan de afgewezen inschrijver over de uitkomst van de aanbesteding en de redenen die daaraan ten grondslag liggen. Krachtens het tweede lid van artikel 49 van Richtlijn 2004/17/EG kan de inschrijver gedetailleerde informatie opvragen. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist volgens het HvJ EU dat deze informatie en de informatie die verkregen had kunnen worden, na het verstrijken van de in het nationale recht neergelegde termijn niet meer als grondslag voor de instelling van een beroep door de inschrijver kunnen dienen.⁴

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen maakt het HvJ EU vervolgens onderscheid tussen de bezwaren van Idrodinamica tegen het besluit van de aanbestedende dienst tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband van Cooperativa Giovanni XXIII enerzijds en het vermeende verzuim om het samenwerkingsverband dat als tweede was geëindigd uit te sluiten vanwege het overleggen van een valse verklaring over het strafrechtelijke verleden door de wettelijke verte-

genwoordiger van een van de deelnemende ondernemingen anderzijds.

Over de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband van Cooperativa Giovanni XXIII overweegt het HvJ EU dat de beweerde inbreuk betrekking heeft op feiten die zich na de gunning van de opdracht en het verstrijken van de beroepstermijn van dertig dagen hebben voorgedaan. De afgewezen inschrijver kon daarvan niet op de hoogte zijn op basis van de mededeling van de gunningsbeschikking of een reactie op een eventueel verzoek tot het verstrekken van aanvullende informatie. Het HvJ EU overweegt vervolgens onder verwijzing naar het arrest Uniplex⁵ dat doeltreffend beroep tegen schendingen van de toepasselijke aanbestedingsregels slechts gewaarborgd is, indien de termijn voor het instellen van beroep pas aanvangt vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of had moeten hebben van de beweerde schending. Het HvJ EU voegt daar nog aan toe dat de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband is vastgesteld, voordat de overeenkomst werd gesloten. Onder deze omstandigheden verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich er niet tegen dat de beroepstermijn van dertig dagen voor een beroep tot nietigverklaring van de gunningsbeschikking wordt heropend.⁶

Volgens het HvJ EU biedt de in het Italiaanse recht gecreëerde mogelijkheid om aanvullende middelen voor te dragen, zodat de afgewezen inschrijver door pro forma beroep in te stellen zijn beroepsrecht zeker kan stellen om de door de verwijzende rechter genoemde redenen geen doeltreffende rechtsbescherming.⁷ Het HvJ EU concludeert dat de nationale beroepstermijn van dertig dagen tegen de gunningsbeschikking na de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband opnieuw moet aanvangen. De termijn moet een aanvang nemen vanaf de datum waarop de inschrijver hierover is geïnformeerd of daarvan kennis heeft gekregen.⁸

Over het vermeende verzuim van de aanbestedende dienst om het samenwerkingsverband dat als tweede was geëindigd van deelname aan de aanbesteding uit te sluiten vanwege het overleggen van een valse verklaring over het strafrechtelijk verleden door de wettelijke vertegenwoordiger van een van de deelnemende ondernemingen, oordeelt het HvJ EU anders. Het HvJ EU stelt om te beginnen vast dat de vermeende onregelmatigheid moet hebben plaatsgevonden voor de gunningsbeschikking. Volgens het HvJ EU had de inschrijver op basis van de informatie die hem uit hoofde

3 Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2007, L 335/31).

4 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (Idrodinamica/Acquedotto Pugliese), r.o. 35-35.

5 HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45, r.o. 32.

6 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (Idrodinamica/Acquedotto Pugliese), r.o. 36-38.

7 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (Idrodinamica/Acquedotto Pugliese), r.o. 40.

8 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (Idrodinamica/Acquedotto Pugliese), r.o. 41.

van artikel 2 bis van Richtlijn 92/13/EEG en artikel 49 van Richtlijn 2004/17/EEG is medegedeeld (de ‘samenvattende omschrijving van de relevante redenen’) en de informatie die hij met inachtneming van normale zorgvuldigheid had kunnen verkrijgen, beroep kunnen instellen tegen de vermeende schending van de aanbestedingsregels. Het HvJ EU oordeelt dat de nationale beroepstermijn onder de gegeven omstandigheden niet opnieuw hoeft aan te vangen. Het HvJ EU concludeert dat een inschrijver uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel in geval van vermeende onregelmatigheden die voor de gunningsbeschikking hebben plaatsgevonden, enkel ontvankelijk is in een beroep tot nietigverklaring van de gunningsbeschikking, indien het beroep is ingesteld binnen de specifieke termijn die in het nationale recht is neergelegd, tenzij het nationale recht wel de mogelijkheid biedt om beroep in te stellen.⁹

Het HvJ EU sluit af met de overweging dat een inschrijver binnen de algemene verjaringstermijn die daarvoor in het nationale recht is neergelegd in een beroep tot schadevergoeding kan worden ontvangen.¹⁰

Betekenis voor Nederlandse rechtspraak

De Nederlandse wetgever heeft de door de Richtlijn 92/13/EEG geboden mogelijkheid om een termijn vast te stellen waarbinnen beroep moet worden ingesteld tegen beslissingen van het speciale-sectorbedrijf niet benut.¹¹ Toch heeft het onderhavige arrest van het HvJ EU betekenis voor de Nederlandse rechtspraak. Aangenomen wordt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bevoegd zijn een vervaltermijn in hun aanbestedingsstukken te bedingen.¹² De rechter zal bij de beoordeling van een beroep van een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf op een vervaltermijn rekening houden met de jurisprudentie van het HvJ EU op dit terrein, waaronder het arrest *Idronamica/Acquedotto Pugliese*. Gelet op dit arrest zal de rechter een beroep op een vervalbeding in ieder geval moeten passeren, wanneer de informatie die de klagende inschrijver aan zijn vordering ten grondslag legt niet met inachtneming van normale zorgvuldigheid voor

het verstrijken van de vervaltermijn had kunnen verkrijgen en de opdracht nog niet definitief is gegund. Zo nodig kan de rechter dit resultaat bereiken met behulp van een richtlijnconforme interpretatie van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³

Het onderhavige arrest roept nog wel vragen op. Dat een inschrijver geen vervaltermijn kan worden tegengeworpen, wanneer de beweerde inbreuk zich na het verstrijken daarvan heeft voorgedaan spreekt voor zich.¹⁴ Maar wanneer is sprake van informatie die de inschrijver *met inachtneming van normale zorgvuldigheid* voor het verstrijken van de vervaltermijn had kunnen verkrijgen, als de beweerde inbreuk vóór de mededeling van de gunningsbeslissing heeft plaatsgevonden? Het HvJ EU wijst in zijn arrest op artikel 49 lid 2 van Richtlijn 92/13/EEG, op grond waarvan de aanbestedende dienst de afgewezen inschrijver op zijn verzoek gedetailleerde informatie moet verstrekken over de redenen die ten grondslag liggen aan de uitslag van de procedure.¹⁵ Op grond van artikel (3.75 juncto art.) 2.130 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 moet de mededeling van de gunningsbeslissing echter al direct alle ‘relevante redenen’ bevatten.¹⁶ Moet de inschrijver genoeg nemen met de informatie in de mededeling van de gunningsbeslissing of is de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gehouden de vragen van een inschrijver over de gevolgte procedure te beantwoorden, bijvoorbeeld als een afgewezen inschrijver vermoedt dat de winnende inschrijver ongeldig heeft ingeschreven? Inschrijvers zijn voor informatie over de gevolgte procedure vaak aangewezen op informatieverstrekking door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is immers in het bezit van de relevante stukken om de geldigheid van de inschrijvingen te beoordelen. Als hij gerichte vragen van een inschrijver niet, ontwijkend of onjuist beantwoordt, maakt hij het de inschrijver in mijn ogen onmogelijk of uiterst moeilijk de rechten die hij ontleent aan het Unierecht uit te oefenen.¹⁷ Uit de arresten *Santex* en *Lämmerzahl* volgt mijns inziens dat een vervaltermijn in voorkomend geval in strijd is met het effectiviteitsbeginsel.¹⁸ Deze jurisprudentie

9 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (*Idronamica/Acquedotto Pugliese*), r.o. 42-45. Naar Italiaans recht moet de aanbestedende dienst een nieuwe gunningsbeschikking nemen wanneer de oorspronkelijke gunningsbeschikking nietig wordt verklaard. De afgewezen inschrijver kan dan alsnog zijn bezwaren aanvoeren tegen het verzuim om het samenwerkingsverband dat oorspronkelijk als tweede was geëindigd uit te sluiten.

10 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (*Idronamica/Acquedotto Pugliese*), r.o. 46.

11 Dit geldt evenzeer voor aanbestedingen die vallen onder de werkingssfeer 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 (PbEG 1989, L 395/33), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2014/23/EU (PbEU 2014, L 94/1).

12 Zie ook A.J. van Heeswijk, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 72-74.

13 Art. 6:248 lid 2 BW.

14 Zie eerder al HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 61.

15 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 (*Idronamica/Acquedotto Pugliese*), r.o. 43. Gelet op de door het HvJ EU gebruikte formulering lijkt de strekking van deze informatieplicht overigens ruimer dan de tekst van art. 49 lid 2 van Richtlijn 2004/17/EG doet vermoeden.

16 Kamerstukken II 2008/09, 32.027, nr. 3 (Wira), p. 3. Zie ook HR 7 december 2012, NJ 2013, 154 (Staat en Tele2/KPN), m.nt. Mok, r.o. 3.9.2. Merkwaaardigwijze is voor de mededeling van uitsluiting en afwijzing wel het regime van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gevolgd; zie (art. 3.71 juncto) art. 2.103 Aanbestedingswet 2012.

17 Een dergelijke situatie deed zich in mijn ogen voor in vzw. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6803, r.o. 4.8. De inhoud van de door de afgewezen inschrijver gestelde vraag en de reactie hierop van de aanbestedende dienst zijn kenbaar uit het arrest in hoger beroep: Hof Den Haag 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY8708, r.o. 6-7. In deze zaak werd de afgewezen overigens geen vervaltermijn maar rechtsverwerking tegengeworpen.

18 Vgl. HvJ EG 27 februari 2003, C-327/00 (*Santex*), r.o. 60-61; HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 61.

heeft haar gelding niet verloren. Het arrest *Idronamica/Acquedotto Pugliese* is in mijn ogen als precisering hierop te beschouwen, in die zin dat de inschrijver toch een vervalttermijn kan worden tegengeworpen, indien hij de relevante informatie redelijkerwijs ook op andere wijze dan door verstrekking door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf had kunnen verkrijgen. Dit mag naar mijn mening niet te snel worden aangenomen. Het stevig op elkaar houden van de kaken door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven mag niet lonen.

Vermeldenswaardig is tot slot een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland.¹⁹ Volgens deze voorzieningenrechter is voor het terzijde stellen van een vervalttermijn plaats, indien aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste zou er een plausibele verklaring moeten zijn waarom niet eerder melding kon worden gemaakt van de feiten die aan het bezwaar ten grondslag worden gelegd. Ten tweede zouden die feiten van dien aard moeten zijn dat er aanleiding is voor aarzeling over de juistheid van de beoordeling door de aanbestedende

dienst.²⁰ De eerste voorwaarde is nog in te passen in het arrest *Idronamica/Acquedotto Pugliese*. De strekking van de tweede voorwaarde is mij echter niet geheel duidelijk. Als de voorzieningenrechter heeft bedoeld te zeggen dat voor het terzijde stellen van een vervalttermijn de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf tevens een verwijt moet kunnen worden gemaakt van een fout bij de beoordeling van de inschrijvingen, dan berust deze overweging naar mijn mening op een onjuiste rechtsopvatting. Waar het op aankomt, is of de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf rechtmatig is, dat wil zeggen in overeenstemming met de aanbestedingsregels. Toerekenbaarheid is geen vereiste voor een veroordeling tot nakoming van een aanbestedingsrechtelijke rechtsplicht.²¹

Over de auteur

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

¹⁹ Vزر. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNH:2014:611, JAAN 2014, 98, m.nt. Feenstra.

²⁰ Vزر. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNH:2014:611, r.o. 4.4-4.5.

²¹ Van Heeswijck 2013, p. 175.