

6. Kosten

87. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

Artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 1, leden 1 en 3, 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale bepaling van een lidstaat die volgens de nationale rechtspraak tot gevolg heeft dat justitiabelen, zoals de inschrijvers die hebben deelgenomen aan een openbare aanbestedingsprocedure, de verenigbaarheid met het Unierecht van een arrest van de hoogste bestuursrechter van die lidstaat niet kunnen betwisten in het kader van een cassatieberoep bij de hoogste rechterlijke instantie van die lidstaat.

NOOT

Procesbelang uitgesloten inschrijver bij intrekking aanbesteding

Over het procesbelang van de ondernemer die een ongeldige inschrijving heeft gedaan en om die reden van deelneming aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten, is al veel rechtspraak van het HvJ EU verschenen.¹ Die rechtspraak ziet op de situatie waarin de uitgesloten inschrijver de regelmatigheid van de inschrijving van een of meer concurrenten ter discussie stelt. Het onderhavige arrest ziet op de situatie waarin de uitgesloten inschrijver de gunning van de opdracht ter

discussie stelt op gronden die verband houden met de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure in bredere zin. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, was de inschrijver uitgesloten, omdat zijn inschrijving niet het vereiste minimumaantal punten had behaald. Hij bestreed de uitsluiting en klaagde er daarnaast over dat de opdracht niet in percelen was verdeeld, de beoordelingscriteria vaag waren en de benoeming van de aanbestedingscommissie onrechtmatig was. Het procesbelang van de uitgesloten inschrijver is volgens het HvJ EU afhankelijk van het antwoord op de vraag of zijn uitsluiting definitief is (r.o. 74). De uitsluiting is definitief, indien de inschrijver daarvan in kennis is gesteld en de uitsluiting door een onafhankelijke beroepsinstantie wettig is bevonden, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld (r.o. 73). In dat geval is de inschrijver niet meer als 'betrokken inschrijver' aan te merken en verliest hij procesbelang bij een vordering die strekt tot uitsluiting van een concurrent.²

Zolang de uitsluiting niet definitief is, is het procesbelang van de uitgesloten inschrijver bijzonder ruim, zo blijkt uit het onderhavige arrest van het HvJ EU. Aan het procesbelang kan geen afbreuk worden gedaan "door andere irrelevante elementen, zoals de klassering van de inschrijving van de uitgesloten inschrijver of het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure" (r.o. 74). De uitgesloten inschrijver hoeft ook niet te bewijzen dat de aanbestedende dienst bij intrekking van de aanbesteding de opdracht opnieuw zal moeten aanbesteden. Voldoende is dat dit redelijkerwijs het geval zal zijn (r.o. 70). Het arrest van het HvJ EU sluit aan bij zijn rechtspraak over het procesbelang van de uitgesloten inschrijver bij een vordering die strekt tot uitsluiting van de inschrijving van een concurrent. Toch is het arrest opmerkelijk te noemen. Artikel 1 lid 3 van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn schrijft voor dat beroepsprocedures ten minste

¹ Zie voor een overzicht de annotatie van A.J. van Heeswijk, «JAAN» 2021/100.

² HvJ EU 21 december 2016, zaak C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich), r.o. 35. Let op: een inschrijver is niet als definitief uitgesloten aan te merken, als het besluit tot uitsluiting en het besluit tot gunning gelijktijdig zijn genomen en de inschrijver tegen beide besluiten gelijktijdig beroep heeft ingesteld; zie HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 (Archus en Gama), r.o. 57-58.

toegankelijk moeten zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en door de beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad. Deze bepaling biedt ruimte voor lidstaten om een causaliteitseis te stellen, wat door het HvJ EU in het *Werner Hackermüller*-arrest is bevestigd.³ In de literatuur is ook betoogd dat de ondernemer die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, niet in een vordering tot heraanbesteding kan worden ontvangen, althans dat zijn vordering moet worden afgewezen, tenzij en voor zover zijn bezwaren zijn gericht tegen de eisen op basis waarvan hij van deelneming aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten.⁴ In het onderhavige arrest van het HvJ EU is geen enkele verwijzing naar het *Werner Hackermüller*-arrest te vinden. Toch lijkt het erop dat het HvJ EU van deze uitspraak is teruggekomen. Bepalend voor het procesbelang van de uitgesloten inschrijver is immers volgens het HvJ EU of de uitsluiting definitief is. Of de gronden waarop de uitgesloten inschrijver de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure ter discussie stelde, verband houden met zijn uitsluiting lijkt geen enkele rol te spelen in het oordeel van het HvJ EU. In het *NAMA*-arrest oordeelde het HvJ EU trouwens ook al dat de uitgesloten inschrijver alle middelen kan aanvoeren die betrekking hebben op schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet, met inbegrip van middelen die geen verband houden met de onregelmatigheden op grond waarvan zijn offerte is uitgesloten.⁵

Het besproken arrest heeft gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk, in het bijzonder voor het

procesbelang van de uitgesloten inschrijver bij een vordering die strekt tot intrekking van de aanbesteding en/of heraanbesteding. Sommige voorzieningenrechtshouders hebben al geoordeeld dat een uitgesloten inschrijver belang heeft bij een vordering tot heraanbesteding, ook in situaties waarin de bezwaren van de uitgesloten inschrijver niet gericht zijn tegen de eisen op basis waarvan hij van deelneming aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten.⁶ In de nationale rechtspraak is echter ook een andere, striktere opvatting te vinden.⁷ Die striktere opvatting is geleid op de rechtspraak van het HvJ EU niet langer houdbaar, in elk geval niet bij Europese aanbestedingen. Uit die rechtspraak volgt immers dat de uitgesloten inschrijver de aanbestedingsprocedure op elke grond kan aanvechten, mits de uitsluiting nog niet definitief is. Naar Nederlands recht is de uitsluiting pas definitief, indien een door de aanbestedende dienst bedongen vervalttermijn voor het aanvechten van een beslissing tot uitsluiting of afwijzing ongebruikt is verstreken of de uitsluiting of afwijzing door de (voorzieningen)rechter rechtmatig is bevonden.⁸ Wat geldt voor de ondernemer die een ongeldige inschrijving heeft gedaan en om die reden is uitgesloten, geldt *a fortiori* voor de ondernemer die een geldige inschrijving heeft gedaan. Hij kan aan zijn vordering tot intrekking van de aanbesteding iedere schending van de aanbestedingsregels ten grondslag leggen. Hij moet overigens wel rekening houden met de mogelijkheid dat zijn vordering op grond van rechtsverwerking wordt afgewezen, als hij zich tijdens de aanbestedingsprocedure onvoldoende proactief heeft opgesteld. Maar dat geldt natuurlijk ook voor de uitgesloten inschrijver.

3 HvJ EG 19 juni 2003, zaak C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359 (Werner Hackermüller), r.o. 18.

4 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', TA 2007, p. 333-340; A.J. van Heeswijk, 'De ongeldige inschrijver: wel belang, geen vordering', TA 2009, p. 303-304; A.J. van Heeswijk, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 175-176. P.F.C. Anders: Heemskerk, 'Het lot van de ongeldige inschrijver. Over belangen en acties', TA 2007, p. 116-123, die voor een ruimer procesbelang heeft gepleit.

5 HvJ EU 24 maart 2021, zaak C-771/19, ECLI:EU:C:2021:232, «JAAN» 2021/100 (NAMA), r.o. 46.

6 V.zr. Rb. Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6483; V.zr. Rb. Den Haag 15 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4284, r.o. 5.4. Laatstgenoemde uitspraak betreft overigens een procedure waarop de Aw 2012 niet van toepassing is.

7 Zie bijv. V.zr. Rb. Oost-Brabant 16 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1614, r.o. 4.4; V.zr. Rb. Rotterdam 22 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2263, r.o. 4.9.

8 De definitie van 'betrokken inschrijver' is neergelegd in artikel 2 bis lid 2 van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn en in Nederland geïmplementeerd in artikel 2.128 lid 1 Aw 2012. Zie bijv. V.zr. Rb. Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5657, r.o. 5.1.

Conclusie

Het HvJ EU heeft in het besproken arrest andermaal duidelijk gemaakt dat het criterium voor het beoordelen van het procesbelang van de inschrijver ruim moet worden uitgelegd. De ondernemer die van deelneming aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten, kan de aanbestedingsprocedure op elke grond aanvechten, mits de uitsluiting nog niet definitief is. De bestreden elementen van de aanbestedingsprocedure hoeven geen verband te houden met de onregelmatigheden op basis waarvan zijn inschrijving is uitgesloten. Aanbestedende diensten kunnen in hun aanbestedingsstukken een vervalbeding opnemen voor het aanvechten van een beslissing tot uitsluiting. Wanneer de vervaltermijn is verstreken of de uitsluiting door de voorzieningenrechter rechtmatig is bevonden, is de uitsluiting definitief. Op die manier zijn de mogelijkheden van uitgesloten inschrijvers om in rechte intrekking van de aanbesteding te bewerkstelligen, enigszins te beteugelen. Daarnaast kunnen aanbestedende diensten zich onder omstandigheden beroepen op rechtsverwerking.

mr. dr. A.J. van Heeswijck
advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedings-
advocaat

47

Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd ten gevolge van insolventie van de opdrachtnemer

Hof van Justitie EU
3 februari 2022, nr. C-461/20,
ECLI:EU:C:2022:72
(K. Jürimäe, S. Rodin, N. Piçarra)
Noot mr. A.L. Appelman

Gelijkheidsbeginsel. Insolventie. Raamovereenkomst. Transparantiebeginsel. Wezenlijke wijziging.

[Richtlijn 2014/24 EU art. 72, overweging 107 en 110]

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van art. 72 lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24/EU. Dit verzoek is ingediend in

het kader van een geding tussen Advania Sverige AB (hierna: Advania) en de Kammarkollegium (nationaal agentschap voor juridische, financiële en administratieve diensten, Zweden) enerzijds en Dustin Sverige AB (hierna: Dustin) anderzijds over het besluit van dit agentschap om de overdracht van vier raamovereenkomsten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 2014/24 goed te keuren.

Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of art. 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een ondernemer die na de faillietverklaring van de aanvankelijke aannemer – die tot diens liquidatie heeft geleid – slechts de rechten en verplichtingen van laatstgenoemde heeft overgenomen die voortvloeien uit een met een aanbestedende dienst gesloten raamovereenkomst, moet worden geacht deze aanvankelijke aannemer onder de in die bepaling bedoelde voorwaarden te hebben opgevolgd.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat in het algemeen de vervanging van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund door een nieuwe aannemer moet worden aangemerkt als een wijziging van een van de essentiële voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht, en dus als een wezenlijke wijziging van de opdracht die moet leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde opdracht, overeenkomstig de beginselen van transparantie en gelijke behandeling die ten grondslag liggen aan de verplichting tot mededinging tussen de potentieel geïnteresseerde gegadigden uit de verschillende lidstaten.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting die daaruit voortvloeit eraan in de weg staan dat de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver na de gunning van een overheidsopdracht aan de bepalingen van deze opdracht zodanige wijzigingen aanbrengen dat deze bepalingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht (zie in die zin arrest van 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634, punt 28).

Bij wijze van uitzondering bepaalt art. 72, lid 1, onder d), ii), van deze richtlijn dat een nieuwe aan-