

122

Hof van Justitie EU  
8 mei 2014, C-161/13  
(mr. Juhász, mr. Rosas, mr. Šváby)  
Noot mr. T. van Wijk

**Verzoek prejudiciële beslissing. Watersector. Doeltreffende en snelle beroepsprocedure. Beroepstermijnen. Datum waarop deze termijnen ingaan.**

[Richtlijn 92/13/EG; Richtlijn 2004/17/EG]

*Acquedotto Pugliese (hierna AP) is een overheids-onderneming waarvan alle aandelen in handen zijn van Regione Puglia (Apulië). Zij is verantwoordelijk voor het beheer van het waterleidingnet, de riolering en de geïntegreerde waterdiensten voor de regio Apulië en enkele gemeenten in de aangrenzende regio's. AP is een aanbestedende dienst in de sector productie, vervoer en distributie van drinkwater.*

*Op 15 maart 2011 is AP een openbare procedure gestart voor de rioolzuivering voor een looptijd van vier jaar. De aanbestedende dienst heeft op 7 juni 2011 de opdracht definitief gegund aan het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd Cooperativa Giovanni XXIII. In deze beschikking was opgenomen dat in afwachting van de sluiting van de overeenkomst de partij alvast mocht beginnen met de uitvoering van de overeenkomst. Op 28 februari 2012 heeft het tijdelijke samenwerkingsverband aangegeven dat een deelnemende onderneming aan het samenwerkingsverband zich had teruggetrokken, maar dat het samenwerkingsverband ook zonder deze partij in staat was om te voldoen aan de technische en economische voorwaarden van de opdracht. Op 28 maart 2012 (nog vóór het sluiten van de overeenkomst) keurt de aanbestedende dienst deze terugtrekking goed. Op 17 april 2012 wordt de overeenkomst gesloten. Op 17 mei 2012 heeft één van de andere partijen in de aanbesteding, Idrodinamica, beroep ingesteld en verzocht om de vernietiging van de beschikking waarbij de wijziging van de combinatie is goedgekeurd. De verwijzende rechter merkt op dat het beroep van Idrodinamica overeenkomstig de nationale regelgeving en rechtspraak niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard, daar het ruim na de vervaltijd van 30 dagen na de mededeling van definitieve gunning van de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, was ingesteld. Het*

*Hof daarentegen heeft geoordeeld dat de door de regels voor beroep inzake het plaatsen van overheidsopdrachten nagestreefde doelstelling van voortvarendheid de lidstaten niet toestaat, af te wijken van het beginsel van een doeltreffende rechterlijke bescherming, volgens hetwelk de wijze van toepassing van de nationale vervaltijdtermijnen de uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het Unierecht ontnemen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken.*

*Voordat het Hof ingaat op onderstaande prejudiciële vragen geeft zij aan dat de vragen ontvankelijk zijn aangezien de verwijzende rechter daarmee kan constateren of de klager daadwerkelijk ontvankelijk is.*

*De verwijzende rechter heeft de volgende twee vragen gesteld:*

*1. Moeten art. 1, 2 bis, 2 quater en 2 septies Richtlijn 92/13 aldus worden uitgelegd dat de termijn voor het instellen van een beroep strekkende tot vaststelling van schending van de voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten begint te lopen op de dag waarop de verzoekende partij daadwerkelijk kennis had van de schending van genoemde voorschriften of op de dag dat de verzoekende partij met inachtneming van normale zorgvuldigheid kennis had moeten hebben van de schending?*

*2. Staan art. 1, 2 bis, 2 quater en 2 septies Richtlijn 92/13 in de weg aan nationale procesvoorschriften of uitleggingspraktijken, zoals die in het hoofdgeding worden aangevoerd en op grond waarvan een rechter een beroep strekkende tot vaststelling van schending van de voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten niet-ontvankelijk kan verklaren indien de verzoekende partij door de opstelling van de aanbestedende dienst eerst na de formele mededeling van de wezenlijke onderdelen van de beschikking houdende definitieve gunning, kennis heeft gekregen van de schending? Conform het Uniplex-arrest kunnen doeltreffende beroepen tegen het schenden van bepalingen voor het plaatsen van overheidsopdrachten slechts worden gewaarborgd wanneer de termijnen voor het instellen van een beroep pas aanvangen op de datum waarop verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van gestelde schending van die bepaling. Nu de vermeende beschikking is vastgesteld voordat de overeenkomst is gesloten, verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich niet tegen een heropening van de beroepstermijn van 30 dagen voor het nietig verklaren van deze beschikking. Nu de beschikking tot goedkeuring van wijziging van de combinatie conform het Wahl-arrest als wezenlijk moet worden beschouwd dienen die maatregelen*

len te worden genomen die in het nationale recht zijn opgenomen om de onregelmatige situatie te herstellen, waaronder eventueel een heraanbesteding.

De in de nationale regeling neergelegde beroepstermijn tegen de vermeende beschikking vangt opnieuw aan op de datum dat de inschrijver deze beschikking heeft ontvangen of daarvan heeft kennisgenomen.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Art. 1 leden 1 en 3, en 2 bis lid 2 laatste alinea Richtlijn 92/13/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, moeten aldus worden uitgelegd dat de termijn voor de indiening van een beroep tot nietigverklaring van de beschikking houdende gunning van een opdracht opnieuw aanvangt indien de aanbestedende dienst na de gunningsbeschikking maar vóór ondertekening van de overeenkomst een nieuwe beschikking heeft vastgesteld die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de gunningsbeschikking. Deze termijn begint te lopen vanaf de mededeling van de latere beschikking aan de inschrijvers of, bij gebreke daarvan, vanaf het moment waarop de inschrijvers daarvan kennis hebben.

Ingeval een inschrijver na verstrijken van de beroepstermijn die in de nationale regeling is neergelegd, kennis krijgt van een vermeende onregelmatigheid die vóór de beschikking houdende gunning van een opdracht heeft plaatsgevonden, is een recht op beroep tegen die beschikking enkel gewaarborgd binnen die termijn, tenzij het nationale recht een dergelijk recht uitdrukkelijk garandeert, overeenkomstig het recht van de Unie.

*Idrodinamica Spurgo Velox srl,*

*Giovanni Putignano e figli srl,*

*Cogeir srl,*

*Splendor Sud srl,*

*Sceap srl*

advocaten mr. L. Quinto en mr. P. Quinto,

tegen

*Acquedotto Pugliese SpA,*

advocaten mr. E. Sticchi Damiani, mr. M. Todino

en mr. G. Martellino,

in tegenwoordigheid van:

*Tundo srl,*

*Giovanni XXIII Soc. coop. arl,*

advocaten mr. C. Rella en mr. R. Rella.

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 1, 2 bis, 2 quater en 2 septies van 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 (PB L 76, blz. 14), 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 92/13”).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen *Idrodinamica Spurgo Velox srl* (hierna: „*Idrodinamica*”) alsook vier andere verzoekende partijen en *Acquedotto Pugliese SpA* (hierna: „*Acquedotto Pugliese*”), aanbestedende dienst, over de regelmatigheid van de procedure voor het plaatsen van een opdracht die door deze dienst is gegund aan het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd *Giovanni XXIII Soc. coop. arl* (hierna: „*Cooperativa Giovanni XXIII*”).

#### Toepasselijke bepalingen

##### Recht van de Unie

3 De opdracht voor werkzaamheden in de watersector die in het hoofdeding aan de orde is, wordt beheerst door de bepalingen van 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 (PB L 134, blz. 1), die doorgaans „sectorrichtlijn” wordt genoemd.

4 De derde, vijfde en zesde overweging van de considerans van richtlijn 92/13 luiden:

„Overwegende dat het ontbreken van doeltreffende beroepsmogelijkheden of de ontoereikendheid van de bestaande mogelijkheden ondernemingen in de Gemeenschap ervan zou kunnen weerhouden hun kans te wagen; dat de lidstaten hierin derhalve verandering dienen te brengen; [...]

Overwegende dat het openstellen van de aanbestedingen in de betrokken sectoren voor mededinging uit de gehele Gemeenschap maatregelen vereist om leveranciers en aannemers passende beroepsmogelijkheden te geven in geval van schending van het gemeenschapsrecht ter zake of van de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet;

Overwegende dat een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie vereist is en dat, wil dit tot concrete resultaten leiden, er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan”.

5 Artikel 1, leden 1 en 3, van deze richtlijn, met het opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”, bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn [2004/17] [...] [...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/17] vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door 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.

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.”

6 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 92/13 bepaalt: „De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

hetzij

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;

en

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in de aankondiging, de periodieke indicatieve aankondiging, de mededeling inzake het bestaan van een

erkenningssysteem, de uitnodiging tot inschrijving, de bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure; hetzij

c) ten spoedigste, zo mogelijk in kort geding en indien noodzakelijk volgens een definitieve procedure ten principale, andere maatregelen dan bedoeld sub a en b te nemen om de geconstateerde inbreuk ongedaan te maken en te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad; met name een betalingsopdracht voor een bepaald bedrag uit te schrijven wanneer de inbreuk niet ongedaan gemaakt c.q. voorkomen wordt.

De lidstaten kunnen deze keuze maken hetzij voor alle aanbestedende diensten, hetzij voor aan de hand van objectieve criteria bepaalde categorieën diensten waarbij zij in ieder geval de doeltreffendheid van de vastgestelde maatregelen waarborgen om te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

d) en in de bovengenoemde twee gevallen, schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk zijn gelaedeerd.

Wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat een besluit onwettig is genomen, kunnen de lidstaten, indien hun nationale recht zulks vereist en in de ter zake bevoegde instanties voorziet, bepalen dat het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd of onwettig moet worden verklaard.”

7 Artikel 2 bis, lid 2, laatste alinea, van deze richtlijn luidt als volgt:

„De kennisgeving van het gunningsbesluit aan iedere betrokken inschrijver en gegadigde gaat vergezeld van:

- een samenvattende beschrijving van de relevante redenen als bedoeld in artikel 49, lid 2, van richtlijn [2004/17], en
- een nauwkeurige omschrijving van de precieze opschortende termijn die overeenkomstig de bepalingen van nationaal recht ter uitvoering van dit lid van toepassing is.”

8 Artikel 49, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/17, met het opschrift „Informatie voor verzoekers om erkenning, gegadigden en inschrijvers”, bepaalt:

„1. De aanbestedende diensten stellen de deelnemende ondernemers ten spoedigste in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake de sluiting van een raamovereenkomst, de gunning van een opdracht of de toelating tot een dynamisch aankoopstelsel, met inbegrip van de redenen

waarom zij hebben besloten geen raamovereenkomst te sluiten, een opdracht waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan niet te plaatsen of de procedure niet opnieuw te beginnen of een dynamisch aankoopstelsel in te stellen; deze informatie wordt desgevraagd schriftelijk verstrekt indien de aanbestedende diensten daarom wordt verzocht.

2. De aanbestedende dienst stelt, ten spoedigste, op verzoek van de betrokken partij:

- iedere afgewezen gegadigde in kennis van de redenen voor de afwijzing,
- iedere afgewezen inschrijver in kennis van de redenen voor de afwijzing, inclusief, voor de gevallen bedoeld in artikel [34], leden 4 en 5, de redenen voor zijn besluit dat er geen gelijkwaardigheid voorhanden is of dat de werken, leveringen of diensten niet aan de functionele en prestatie-eisen voldoen,
- iedere inschrijver die een aan de eisen beantwoordende inschrijving heeft gedaan, in kennis van de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving, alsmede van de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst.

De termijnen mogen in geen geval langer zijn dan 15 dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek. De aanbestedende diensten kunnen evenwel besluiten dat bepaalde, in lid 1 genoemde gegevens betreffende de gunning van de opdracht, [de sluiting van de raamovereenkomst of de toelating tot een dynamisch aankoopstelsel] niet worden medegedeeld indien openbaarmaking van die gegevens de toepassing van de wet in de weg zou staan, met het openbaar belang in strijd zou zijn of aan de rechtmatige handelsbelangen van openbare of particuliere economische subjecten, met inbegrip van de belangen van het economische subject waaraan de opdracht is gegund, schade zou kunnen toebrengen dan wel de eerlijke mededinging tussen de economische subjecten zou kunnen schaden."

#### *Italiaans recht*

9 Decreto legislativo (wetsdecreet; hierna ook: „d.lgs.”) nr. 163/2006 van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006) codificeert de regels voor overheidsopdrachten.

10 Artikel 11 van dit decreto legislativo, met het opschrift „Fasen van de procedures voor het plaatsen van opdrachten”, bepaalt:

„1. Bij procedures voor het plaatsen van overeenkomsten voor overheidsopdrachten worden de programmatische handelingen van de aanbestedende diensten, indien voorgeschreven door dit wetboek of de geldende bepalingen, in acht genomen.

[...]

4. De gunningsprocedures strekken tot selectie van de beste inschrijving op grond van één van de in dit wetboek vermelde criteria. Na afloop van de procedure wordt de voorlopige gunning ten gunste van de beste inschrijver bekendgemaakt.

5. Na controle van de voorlopige gunning in de zin van artikel 12, lid 1, gunt de aanbestedende dienst de opdracht definitief.

[...]

8. De definitieve gunning wordt pas van kracht nadat is gecontroleerd of aan de voorgeschreven voorwaarden is voldaan.

9. Als de definitieve gunning eenmaal van kracht is en onverminderd de bevoegdheid van de dienst om in de in de wet genoemde gevallen zijn handelingen te wijzigen of in te trekken, wordt de opdracht- of concessieovereenkomst binnen 60 dagen gesloten, tenzij in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot inschrijving een andere termijn is bepaald, ofwel in geval van uitstel dat uitdrukkelijk is overeengekomen met de inschrijver aan wie de opdracht is gegund.

[...]

10. De overeenkomst kan hoe dan ook niet worden gesloten voordat 35 dagen zijn verstreken vanaf de verzending van de laatste van de mededelingen van definitieve gunning van de opdracht in de zin van artikel 79.

[...]"

11 De relevante bepalingen van artikel 79 van dit decreto legislativo worden door de verwijzende rechter aldus samengevat:

- Volgens artikel 79, lid 5, deelt de aanbestedende dienst ambtshalve alle toegelaten gegadigden binnen vijf dagen mee dat de opdracht definitief is gegund en op welke datum de overeenkomst met de begunstigde wordt gesloten.

- Overeenkomstig lid 5 bis gaat deze mededeling vergezeld van de gunningsbeschikking met de bijbehorende motivering, met ten minste de kenmerken en voordelen van de geselecteerde inschrijving alsmede de naam van de onderneming waaraan de opdracht is gegund, en kan de

aanbestedende dienst zich ook van deze last kwijten door deze gegadigden de processen-verbaal van de aanbesteding toe te zenden.

– Volgens lid 5 quater kunnen de gegadigden binnen tien dagen na verzending van de mededeling over de uitslag van de aanbesteding zonder schriftelijk verzoek onmiddellijk inzage krijgen in de aanbestedingshandelingen en daarvan afschriften verkrijgen, behoudens uitoefening door de aanbestedende dienst van zijn bevoegdheid in de wettelijk toegestane gevallen gegevens van toegang uit te sluiten of de toegang ertoe uit te stellen.

12 Artikel 120 van decreto legislativo nr. 104/2010 van 2 juli 2010 houdende de Codice del processo amministrativo (wetboek bestuursprocesrecht) (gewoon supplement bij GURI nr. 156 van 7 juli 2010) bepaalt dat beroep tegen de handelingen van de procedure voor gunning van overheidsopdrachten binnen 30 dagen na ontvangst van de mededeling als bedoeld in artikel 79 van d.lgs. nr. 163/2006 moet worden ingesteld.

13 Artikel 43 van decreto legislativo nr. 104/2010 bepaalt dat besluiten van de aanbestedende dienst die zijn vastgesteld nadat een gegadigde beroep heeft ingesteld tegen de definitieve gunning van de opdracht, in het kader van dezelfde procedure kunnen worden betwist door een „beroep tot indiening van aanvullende middelen”, dat binnen de in dat decreto legislativo genoemde termijn van 30 dagen moet worden ingesteld.

14 Volgens vaste rechtspraak van de Italiaanse bestuursrechtshoven volstaat de in artikel 79, lid 5, van d.lgs. nr. 163/2006 bedoelde mededeling van de gunningsbeschikking voor volledige kennis van de bezwarende handeling en kan de vervaktermijn daarmee beginnen te lopen. Van geen belang is dat de betrokken onderneming de interne documenten van de gunningsprocedure in het geheel niet of slechts gedeeltelijk kent. Door deze mededeling ontstaat ten laste van de betrokken onderneming de verplichting om de uitslag van de aanbesteding onmiddellijk, binnen een termijn van 30 dagen te betwisten, behoudens de mogelijkheid aanvullende middelen voor te dragen over eventuele onregelmatigheden die in een later stadium kenbaar zijn geworden. De rechtspraak is tot dezelfde conclusie gekomen voor het geval waarin de aanbestedende dienst een definitieve gunningsbeschikking vaststelt onder de opschortende voorwaarde dat de onderneming waaraan de opdracht is gegund, aan de algemene en bijzon-

dere voorwaarden uit de aankondiging van opdracht voldoet, met dien verstande dat aanvullende middelen kunnen worden aangevoerd tot staving van het beroep, dat binnen de termijn van 30 dagen moet worden ingesteld.

#### *Hoofdingeving en prejudiciële vragen*

15 Acquedotto Pugliese is een overheidsonderneming waarvan alle aandelen door de Regione Puglia (Apulië) worden gehouden. Zij is verantwoordelijk voor het beheer van het waterleidingnet, de riolering en de geïntegreerde waterdiensten voor de regio Apulië en enkele gemeenten in de aangrenzende regio's. Overeenkomstig bijlage VI-C bij d.lgs. nr. 163/2006 is Acquedotto Pugliese een aanbestedende dienst in de sector productie, vervoer en distributie van drinkwater en dient zij de nationale regelgeving na te leven waarbij richtlijn 2004/17 is omgezet.

16 Bij een aankondiging die op 15 maart 2011 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt, heeft Acquedotto Pugliese een openbare procedure ingeleid voor de toewijzing, voor een periode van vier jaar, van de rioolwaterzuivering, het gewoon en buitengewoon onderhoud van het waterleidingnet en de riolering, en de aansluiting en aanleg van waterleidingsegmenten in de woonkernen in een bepaald gebied voor een basisprijs van 17 615 739,07 EUR, met als gunningscriterium de laagste prijs.

17 Na afloop van de openbare bijeenkomsten van 17 en 30 mei 2011 is gebleken dat de beste offerte was ingediend door het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd Cooperativa Giovanni XXIII, dat als eerste werd geplaatst. Als tweede geplaatst werd het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd Tundo srl (hierna: „Tundo”) en derde was het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd Idrodinamica. Derhalve heeft de aanbestedende dienst bij beschikking van 7 juni 2011 de opdracht definitief gegund aan het tijdelijke samenwerkingsverband met aan het hoofd Cooperativa Giovanni XXIII. Van deze beschikking is op 6 juli 2011 mededeling gedaan.

18 In deze beschikking was ook vastgesteld dat in afwachting van de sluiting van de overeenkomst al met de uitvoering van de opdracht mocht worden begonnen en dat de definitieve gunning pas van kracht zou worden na controle van de algemene en bijzondere voorwaarden waaraan alle deelnemers in het samenwerkingsverband waaraan

de opdracht was gegund en het als tweede geplaatste samenwerkingsverband moesten voldoen. Voorts moesten alle inschrijvers ervan in kennis worden gesteld dat de opdracht was gegund.

19 In afwachting van de sluiting van de overeenkomst heeft het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund (ondertussen opgericht bij notariële akte van 4 oktober 2011) de aanbestedende dienst bij brief van 28 februari 2012 meegedeeld dat een van de deelnemende ondernemingen zich uit het samenwerkingsverband had teruggetrokken maar dat het niettemin voornemens was de opdracht op zich te nemen en het samenwerkingsverband, dat nu bestond uit de onderneming aan het hoofd ervan en twee andere ondernemingen, ondanks de gereduceerde samenstelling in staat was aan de technische en economische voorwaarden uit de aankondiging van opdracht te voldoen.

20 Bij beschikking van 28 maart 2012 heeft Acquedotto Pugliese deze terugtrekking goedgekeurd. Op 17 april 2012 is de opdrachtovereenkomst gesloten met het tijdelijke samenwerkingsverband onder leiding van Cooperativa Giovanni XXIII in de nieuwe en gereduceerde samenstelling.

21 Idrodinamica heeft beroep ingesteld, betegend op 17 mei 2012, tegen de handelingen van de procedure van gunning van de betrokken opdracht en heeft verzocht tot nietigverklaring van de beschikking van 28 maart 2012 tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht was gegund, nietigverklaring van de overeenkomst die op 17 april 2012 was gesloten en nietigverklaring van de beschikking van 7 juni 2011 houdende definitieve gunning van de opdracht. Zij voert aan dat de procedure onrechtmatig is verlopen aangezien de aanbestedende dienst de wijziging van de samenstelling van het tijdelijke samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, heeft goedgekeurd, en heeft verzuimd het tijdelijke samenwerkingsverband onder leiding van Tundo, dat als tweede was geplaatst, uit te sluiten van de procedure op grond dat de wettelijke vertegenwoordiger van een onderneming die deel uitmaakte van dit samenwerkingsverband een valse verklaring had overgelegd dat hij nooit strafrechtelijk was veroordeeld.

22 De verwijzende rechter merkt op dat het beroep van Idrodinamica overeenkomstig de nationale regelgeving en rechtspraak niet-ontvanke-

lijk zou moeten worden verklaard, daar het ruim na de vervalttermijn van 30 dagen na de mededeling van definitieve gunning van de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, was ingesteld. In punt 40 van het arrest Uniplex (UK) (C 406/08, EU:C:2010:45) heeft het Hof echter geoordeeld dat de door de regels voor beroep inzake het plaatsen van overheidsopdrachten nagestreefde doelstelling van voortvarendheid de lidstaten niet toestaat, af te wijken van het beginsel van een doeltreffende rechterlijke bescherming, volgens hetwelk de wijze van toepassing van de nationale vervalttermijnen de uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het Unierecht ontlenen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken.

23 De verwijzende rechter vraagt zich af of de betrokken nationale regels verenigbaar zijn met dat effectiviteitsbeginsel, voor zover de gegevens in de mededeling van de beschikking houdende definitieve gunning van de opdracht niet steeds volstaan om de afgewezen gegadigden en inschrijvers in kennis te stellen van de documenten en feitelijke omstandigheden die relevant zijn voor de beslissing beroep in te stellen, met name wanneer een procedurele onregelmatigheid zich voordoet na de formele vaststelling van een beschikking houdende definitieve gunning.

24 Bovendien lijkt de procesregel die voorschrijft dat belanghebbenden binnen de vervalttermijn van 30 dagen beroep moeten instellen tegen de gunningsbeschikking, behoudens de mogelijkheid aanvullende middelen voor te dragen die zijn gegrond op handelingen en omstandigheden die zich in een later stadium hebben voorgedaan, onverenigbaar met het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming; de verzoeker moet immers de honoraria van de advocaat en de door partijen aangewezen deskundigen betalen, alsook de griffierechten, zowel bij instelling van het beroep als bij indiening van nieuwe middelen.

25 De verwijzende rechter vraagt zich dus af of de relevante bepalingen van het Unierecht aldus kunnen worden uitgelegd dat de vervalttermijn voor het instellen van beroep naar nationaal recht begint te lopen vanaf het moment dat de belanghebbende daadwerkelijk kennis heeft of met inachtneming van normale zorgvuldigheid kennis had kunnen hebben van een onregelmatigheid, en niet vanaf de datum van mededeling van de beschikking houdende definitieve gunning van de opdracht.

26 Gelet op deze overwegingen heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moeten de artikelen 1, 2 bis, 2 quater en 2 septies van richtlijn [92/13] aldus worden uitgelegd dat de termijn voor het instellen van een beroep strekkende tot vaststelling van schending van de voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten begint te lopen op de dag waarop de verzoekende partij kennis had of met inachtneming van normale zorgvuldigheid kennis had moeten hebben van de schending?

2) Staan de artikelen 1, 2 bis, 2 quater en 2 septies van richtlijn [92/13] in de weg aan nationale procesvoorschriften of uitleggingspraktijken, zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan een rechter een beroep strekkende tot vaststelling van schending van de voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten niet-ontvankelijk kan verklaren indien de verzoekende partij door de opstelling van de aanbestedende dienst na de formele mededeling van de wezenlijke onderdelen van de beschikking houdende definitieve gunning kennis heeft gekregen van de schending?”

#### *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

##### *Ontvankelijkheid*

27 Cooperativa Giovanni XXIII en de Italiaanse regering twijfelen aan de ontvankelijkheid van de vragen, met name op grond dat de grieven van Idrodinamica gericht zijn tegen de handeling van de aanbestedende dienst tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht was gegund terwijl geen enkele grief is geformuleerd tegen de beschikking houdende definitieve gunning van de opdracht.

28 Dientengevolge heeft de eventuele nietigverklaring van deze handeling enkel tot gevolg dat de overeenkomst die is gesloten met het samenwerkingsverband in gereduceerde samenstelling waaraan de opdracht is gegund, wegvalt; het samenwerkingsverband verliest daardoor echter niet de hoedanigheid van inschrijver waaraan de opdracht is gegund. Er is derhalve geen concrete band tussen de vragen van de verwijzende rechter en het voorwerp van het hoofdgeding.

29 Volgens gevestigde rechtspraak rust er een vermoeden van relevantie op de vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste wettelijke en feitelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (zie arrest *Fish Legal en Shirley*, C 279/12, EU:C:2013:853, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Dat is in casu niet het geval. De twijfels van Cooperativa Giovanni XXIII en de Italiaanse regering over de ontvankelijkheid van de vragen zijn dan ook niet gegrond. De verwijzende rechter vraagt immers om uitlegging van de relevante bepalingen van richtlijn 92/13 om de ontvankelijkheid van het beroep van Idrodinamica te beoordelen. Zoals naar voren komt uit het dossier dat aan het Hof is overgelegd, strekt het beroep in wezen tot nietigverklaring van de beschikking van de aanbestedende dienst tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, en is het voorts gericht tegen het feit dat deze dienst een mededinger die hoger was geplaatst dan Idrodinamica, niet heeft uitgesloten van de procedure.

31 Indien gevolg wordt gegeven aan de eerste grief van Idrodinamica in het kader van het hoofdgeding, waarmee in wezen is aangevoerd dat de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft ingestemd met de reductie van het aantal ondernemingen in het tijdelijke samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, kan de beschikking houdende sluiting van de overeenkomst met het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, nietig worden verklaard. Als de tweede grief, waarmee is aangevoerd dat de aanbestedende dienst het tijdelijke samenwerkingsverband Tundo, dat als tweede was geplaatst, had moeten uitsluiten omdat de wettelijke vertegenwoordiger van een van de deelnemers een valse verklaring

had overgelegd, eveneens wordt aanvaard, stijgen Idrodinamica's kansen op gunning van de overeenkomst aan de orde in het hoofdgeding aanmerkelijk. Idrodinamica kan dus worden beschouwd als een persoon „die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13.

32 Dientengevolge zijn de vragen ontvankelijk.

*Ten gronde*

33 Met zijn vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de termijn voor de instelling van een beroep tot nietigverklaring van de beschikking tot gunning van een opdracht opnieuw moet aanvangen in een situatie waarin de aanbestedende dienst, na verstrijken van de beroepstermijn, een besluit heeft vastgesteld dat van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de gunningsbeschikking. Daarnaast wenst hij te vernemen of een inschrijver in deze situatie een beroep tot nietigverklaring van de beschikking houdende gunning van de opdracht kan instellen indien hij kennis heeft gekregen van omstandigheden die voorafgaan aan de gunningsbeschikking en van invloed kunnen zijn op de rechtmatigheid van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht.

34 De wijzigingen van richtlijn 92/13 die bij richtlijn 2007/66 en artikel 49 van richtlijn 2004/17 zijn ingevoerd, hebben er ruimschoots toe bijgedragen dat een inschrijver aan wie een opdracht niet is gegund, in kennis wordt gesteld van de uitslag van de procedure voor het plaatsen van de opdracht en de redenen die daaraan ten grondslag liggen. Krachtens artikel 49, lid 2, van richtlijn 2004/17 kan een inschrijver verzoeken om gedetailleerde informatie.

35 Het rechtszekerheidsbeginsel vergt dat de aldus verkregen informatie en de informatie die verkregen had kunnen worden, na verstrijken van de in het nationale recht neergelegde termijn niet meer als grondslag voor de instelling van beroep door de inschrijver kunnen dienen.

36 In het hoofdgeding heeft de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, evenwel betrekking op feiten die zich hebben voorgedaan na de gunning van

de opdracht en na het verstrijken van de beroepstermijn van 30 dagen die in de nationale regeling is neergelegd. Noch op basis van de mededeling van de beschikking houdende gunning van de opdracht en de redenen voor deze beschikking, noch op basis van het antwoord op een eventueel verzoek om aanvullende informatie van de inschrijver aan de aanbestedende dienst kon de inschrijver deze feiten kennen.

37 Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen doeltreffende beroepen tegen schendingen van de toepasselijke bepalingen voor het plaatsen van overheidsopdrachten slechts worden gewaarborgd indien de termijnen voor het instellen van die beroepen pas beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van die bepalingen [zie in die zin arrest Uniplex (UK), EU:C:2010:45, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

38 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt daarnaast dat de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de beschikking houdende gunning van de opdracht, is vastgesteld voordat de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en dit samenwerkingsverband is gesloten. Onder die omstandigheden kan niet worden gesteld dat het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen verzet dat de beroepstermijn van 30 dagen voor een beroep tot nietigverklaring van de beschikking houdende gunning van de opdracht wordt heropend.

39 In dat verband moet worden geoordeeld dat de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, een wijziging ten opzichte van de gunningsbeschikking inhoudt die als wezenlijk kan worden beschouwd als zij, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de procedure voor de betrokken opdracht, ziet op een van de essentiële elementen die beslissend waren voor de vaststelling van de gunningsbeschikking. In een dergelijk geval moeten de noodzakelijke maatregelen worden getroffen die in het nationale recht zijn opgenomen om deze onregelmatige situatie te herstellen, waaronder eventueel een nieuwe aanbestedingsprocedure (zie naar analogie arrest Wall, C 91/08, EU:C:2010:182, punten 38, 39, 42 en 43).



40 Bovendien moet worden opgemerkt dat een mogelijkheid als bedoeld in artikel 43 van d.lgs. nr. 104/2010 om „aanvullende middelen” aan te voeren in het kader van een oorspronkelijk beroep tegen de beschikking houdende gunning van de opdracht dat binnen de termijn is ingesteld, niet altijd een geldig alternatief middel van doeltreffende rechterlijke bescherming vormt. In een situatie als in het hoofdgeding zijn inschrijvers immers gedwongen de beschikking houdende gunning van de opdracht in abstracto aan te vechten, zonder – in dat stadium – de gronden voor dat beroep te kennen.

41 Dientengevolge moet de in de nationale regeling neergelegde beroepstermijn van 30 dagen tegen de beschikking houdende gunning van de opdracht opnieuw aanvangen, zodat kan worden nagegaan of de beschikking van de aanbestedende dienst tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund – die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de beschikking houdende gunning van de opdracht – rechtmatig is. Deze termijn moet beginnen te lopen vanaf de datum waarop de inschrijver de mededeling over de beschikking tot goedkeuring van de wijziging van de samenstelling van het samenwerkingsverband waaraan de opdracht is gegund, heeft ontvangen of daarvan kennis heeft gekregen.

42 Met betrekking tot de grief van Idrodinamica inzake de niet-uitsluiting van de gunningsprocedure van het samenwerkingsverband dat als tweede is geplaatst wegens valse verklaring van de wettelijke vertegenwoordiger van een van de deelnemende vennootschappen, moet worden vastgesteld dat deze vermeende onregelmatigheid heeft moeten plaatsvinden vóór de beschikking houdende gunning van de opdracht.

43 De inschrijver had derhalve op basis van de informatie die hem uit hoofde van artikel 2 bis van richtlijn 92/13 en artikel 49 van richtlijn 2004/17 is medegedeeld en op basis van de informatie die hij met inachtneming van normale zorgvuldigheid had kunnen verkrijgen, beroep kunnen instellen tegen eventuele schendingen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten. Dientengevolge hoeft de beroepstermijn in het nationale recht daarvoor niet opnieuw aan te vangen.

44 In het hoofdgeding staat, in geval van nietigverklaring van de beschikking houdende gunning van de opdracht aan het samenwerkingsverband

dat tijdens de aanbestedingsprocedure als eerste was geplaatst, tegen een nieuwe beschikking houdende gunning van de opdracht aan een andere inschrijver opnieuw beroep tot nietigverklaring open binnen de termijn die in de nationale regeling is neergelegd.

45 Dientengevolge moet worden geoordeeld dat een inschrijver uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel in geval van vermeende onregelmatigheden die vóór de beschikking houdende gunning van de opdracht hebben plaatsgevonden, enkel ontvankelijk is in een beroep tot nietigverklaring van de gunningsbeschikking indien dat is ingesteld binnen de specifieke termijn die in de nationale regeling is neergelegd, tenzij het nationale recht een dergelijk beroepsrecht uitdrukkelijk garandeert, overeenkomstig het recht van de Unie.

46 Een inschrijver kan echter in een beroep tot schadevergoeding worden ontvangen binnen de algemene verjaringsstermijn die daarvoor in het nationale recht is neergelegd.

47 Gelet op het bovenstaande moet op de vragen worden geantwoord dat de artikelen 1, leden 1 en 3, en 2 bis, lid 2, laatste alinea, van richtlijn 92/13 aldus moeten worden uitgelegd dat de termijn voor de indiening van een beroep tot nietigverklaring van de beschikking houdende gunning van een opdracht opnieuw aanvangt indien de aanbestedende dienst na de gunningsbeschikking maar vóór ondertekening van de overeenkomst een nieuwe beschikking heeft vastgesteld die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de gunningsbeschikking. Deze termijn begint te lopen vanaf de mededeling van de latere beschikking aan de inschrijvers of, bij gebreke daarvan, vanaf het moment waarop de inschrijvers daarvan kennis hebben.

48 Ingeval een inschrijver na verstrijken van de beroepstermijn die in de nationale regeling is neergelegd, kennis krijgt van een vermeende onregelmatigheid die vóór de beschikking houdende gunning van een opdracht heeft plaatsgevonden, is een recht op beroep tegen die beschikking enkel gewaarborgd binnen die termijn, tenzij het nationale recht een dergelijk recht uitdrukkelijk garandeert, overeenkomstig het recht van de Unie.

Kosten

49 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht: *De artikelen 1, leden 1 en 3, en 2 bis, lid 2, laatste alinea, van 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, moeten aldus worden uitgelegd dat de termijn voor de indiening van een beroep tot nietigverklaring van de beschikking houdende gunning van een opdracht opnieuw aanvangt indien de aanbestedende dienst na de gunningsbeschikking maar vóór ondertekening van de overeenkomst een nieuwe beschikking heeft vastgesteld die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de gunningsbeschikking. Deze termijn begint te lopen vanaf de mededeling van de latere beschikking aan de inschrijvers of, bij gebreke daarvan, vanaf het moment waarop de inschrijvers daarvan kennis hebben.*

*Ingeval een inschrijver na verstrijken van de beroepstermijn die in de nationale regeling is neergelegd, kennis krijgt van een vermeende onregelmatigheid die vóór de beschikking houdende gunning van een opdracht heeft plaatsgevonden, is een recht op beroep tegen die beschikking enkel gewaarborgd binnen die termijn, tenzij het nationale recht een dergelijk recht uitdrukkelijk garandeert, overeenkomstig het recht van de Unie.*

#### NOOT

Het arrest van het HvJ maakt duidelijk dat als ná gunning respectievelijk het sluiten van een aanbestedingsplichtige overeenkomst een wettelijke wijziging wordt doorgevoerd, een inschrijver daartegen kan opkomen, ook indien de beroepstermijn met betrekking tot deze gunning respectievelijk gesloten overeenkomst inmiddels is verstreken. Voor onregelmatigheden die zich hebben voorgedaan vóór gunning respectievelijk contractering blijft de 'oorspronkelijke' beroepstermijn gelden.

Op de onderhavige aanbesteding zijn de aanbestedingsrichtlijn (2004/17/EG) en de rechtsbeschermingsrichtlijn (92/13/EG) voor 'speciale sectoren' van toepassing. De betreffende bepalingen komen overeen met de bepalingen in de aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG) en rechtsbeschermingsrichtlijn (89/665) voor (overheidsopdrachten van) de 'klassieke overheden'. Deze vier richtlijnen zijn in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd door middel van de Aanbestedingswet 2012. Dit arrest is dus van belang voor alle opdrachten die op grond van de Aanbestedingswet 2012 moeten worden aanbesteed. De feiten waren in het kort als volgt. Het Italiaanse overheidsbedrijf Acquadotto Pugliese heeft in 2011 een Europese aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de aanleg, zuivering en het onderhoud van (riool)water(leidingen) met als gunningscriterium de laagste prijs. De laagste prijs is geboden door het samenwerkingsverband met aan het hoofd Cooperativa Giovanni XXIII. Op 7 juni 2011 is de opdracht aan deze 'nummer 1' gegund. De gunning is op 6 juli 2011 bekendgemaakt. Het gunningsbesluit bepaalde dat in afwachting van het sluiten van de overeenkomst al met de uitvoering mocht worden begonnen. Ruim een half jaar later berichtte het samenwerkingsverband aan de aanbesteder dat één van de samenwerkingspartners zich had teruggetrokken, maar dat het niettemin voornemens was de opdracht op zich te nemen. Ondanks de gereduceerde samenstelling zou het samenwerkingsverband nog steeds in staat zijn te voldoen aan de technische en economische voorwaarden uit de aankondiging. Bij beschikking van 28 maart 2012 heeft de aanbesteder de terugtrekking goedgekeurd. Op 17 april 2012 is de overeenkomst gesloten met het samenwerkingsverband in de nieuwe en gereduceerde samenstelling. De 'nummer 3' bij de aanbesteding heeft vervolgens op 17 mei 2012 een gerechtelijke procedure aanhangig gemaakt en daarin verzocht tot nietigverklaring van de op 17 april 2012 gesloten overeenkomst én het gunningsbesluit van 7 juni 2011. De nummer 3 stelt dat de aanbesteder de terugtrekking van een samenwerkingspartner niet had mogen goedkeuren. Verder zou de aanbesteder onrechtmatig hebben gehandeld omdat de 'nummer 2' bij de aanbesteding niet is uitgesloten terwijl

zijn wettelijke vertegenwoordiger valselijk zou hebben verklaard dat hij nooit strafrechtelijk is veroordeeld.

Volgens de Italiaanse verwijzende rechter zou de nummer 3 op grond van het Italiaanse recht niet-ontvankelijk zijn in zijn beroep. De Italiaanse wetgeving bepaalt namelijk dat beroep tegen handelingen op basis van een aanbestedingsprocedure uiterlijk binnen dertig dagen na mededeling van de gunning (in casu vond de mededeling op 6 juli 2011 plaats) moet worden ingesteld. Volgens vaste Italiaanse rechtspraak is dat een 'harde' vervaltermijn. De Italiaanse rechter vraagt zich af hoe dit zich verhoudt met de verplichting van een lidstaat voortvloeiende uit de rechtsbeschermingsrichtlijn (92/13/EG) om te zorgen voor een effectieve rechtsbescherming bij schendingen van het aanbestedingsrecht (waaronder het kunnen (laten) vernietigen van een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst).

De grieven van de nummer 3 zien niet op het oorspronkelijke gunningsbesluit d.d. 7 juni 2011. Strikt genomen zou dus gegrondverklaring van de grieven de oorspronkelijke gunning niet aantasten. Allereerst moest het HvJ EU zich daarom uitlaten over de vraag of de nummer 3 voldoende belang heeft bij de inhoudelijke beantwoording van de prejudiciële vragen. In dat verband moet worden beoordeeld of de nummer 3 beschouwd kan worden als een persoon 'die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad' (art. 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Dat is volgens het HvJ EU het geval. De kansen op verkrijging van de opdracht zouden namelijk stijgen als de grieven terecht zijn dat de nummer 2 uitgesloten had moeten worden en niet ingestemd had mogen worden met de wijziging in de samenstelling van de nummer 1. Dit oordeel is in lijn met de arresten Hackermüller en Fastweb.<sup>1</sup> Ik lees deze arresten wel zo dat er daadwerkelijk een kans moet zijn dat aan de klagende inschrijver wordt gegund (al dan niet na een heraanbesteding). Ook in het onderhavige geval is die kans immers aanwezig indien de aanbestede-

na gegrondverklaring van de grieven van de nummer 3 zou besluiten de gunning van 7 juni 2011 in te trekken en aan nummer 3 te gunnen na uitsluiting van nummer 2 dan wel tot heraanbesteding over te gaan waardoor de nummer 3 (ook) weer een nieuwe kans op de opdracht krijgt.

Niet verassend oordeelt het HvJ EU ten gronde dat de nummer 3 kan opkomen tegen de instemming van de aanbestede met het terugtrekken van een samenwerkingspartner. Deze omstandigheid deed zich namelijk voor ná het verstrijken van de aan de gunning gekoppelde beroeps- en vervaltermijnen. Volgens het HvJ EU zou deze wijziging van het samenwerkingsverband een wezenlijke wijziging kunnen opleveren, zodat ingevolge de rechtspraak die is ingezet door het arrest Prettetext in aanbestedingsrechtelijke zin sprake zou kunnen zijn van een nieuwe (aanbestedingsplichtige) opdracht.<sup>2</sup> Toegepast op de Nederlandse praktijk betekent dit dat na een wezenlijke wijziging van een aanbestedingsplichtige overeenkomst (alsnog) bij de rechtbank een vordering tot vernietiging van de (gewijzigde) overeenkomst kan worden ingesteld binnen dertig dagen na bekendmaking/ kennisgeving van die wezenlijke wijziging dan wel – bij gebreke van bekendmaking/ kennisgeving – zes maanden nadat de wezenlijke wijziging is doorgevoerd respectievelijk de nieuwe overeenkomst is gesloten (art. 4.14 Aanbestedingswet 2012). Ik verwacht overigens dat het een pyrrusoverwinning is voor de nummer 3. Getoetst moet immers nog worden (in casu door de verwijzende Italiaanse rechter) of er daadwerkelijk sprake is van een wezenlijke wijziging. Dat lijkt me hier niet het geval, ervan uitgaande dat het gereduceerde samenwerkingsverband ook aan alle in de aanbestedingsprocedure gestelde (geschiktheids)eisen voldoet.

Het HvJ EU verwijst in het bijzonder naar het Wail-arrest.<sup>3</sup> Daarin overwoog het HvJ EU dat ook de wijziging van een onderaannemer een wezenlijke wijziging is (en dus niet is toegestaan) als de onderaannemer een beslissend element was voor de vaststelling van de gunningsbeslissing. Dat doet vermoeden dat de teruggetreden

1 HvJ EU 19 juni 2003, C-249/01 en HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12.

2 HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06.

3 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08.

samenwerkingspartner in dit geval als onderaannemer (en niet als combinant) is opgetreden. Het arrest maakt dit echter niet duidelijk. In ieder geval volgt uit de Nederlandse lagere rechtspraak dat ingeval de nieuwe onderaannemer ook aan de gestelde (geschiktheids)eisen voldoet, een wisseling van onderaannemer is toegestaan.<sup>4</sup> Ik zie niet in waarom dit anders zou moeten zijn als de samenwerkingspartner als combinant (en niet als onderaannemer) is opgetreden. Van een (in beginsel niet toegestane) contractsovername als bedoeld in het Presetext-arrest is geen sprake. Er valt (slechts) een contractspartij tussen uit. Vergelijk de uitspraak van de Roermondse voorzieningenrechter waarin de contractsovername van een Europees aanbestede raamovereenkomst door een nieuwe (doorstart)vennootschap na faillissement van de oorspronkelijke raamcontractant niet toelaatbaar werd geacht.<sup>5</sup> In tegenstelling tot de (doorstart)vennootschap in die zaak heeft het gereduceerde samenwerkingsverband in de onderhavige Italiaanse zaak meegedaan aan de aanbesteding en daarbij (neem ik aan) kosten gemaakt en voldoet (ook) het gereduceerde samenwerkingsverband aan de gestelde (geschiktheids)eisen.

Wat betreft de bezwaren tegen de (niet-uitsluiting van) nummer 2 is het HvJ EU van oordeel dat er geen nieuwe beroepstermijn hoeft aan te vangen. De valselijke verkfaring zijdens nummer 2 waarop de nummer 3 zijn bezwaren stoelt, heeft plaatsgevonden vóór de (bekendgemaakte) gunning. De nummer 3 had binnen de toen geldende termijn van dertig dagen beroep kunnen (en dus moeten) instellen. Dat lijkt me logisch en komt ook overeen met de bekende Grossmann-doctrine op basis waarvan een inschrijver pro-actief moet handelen op straffe van verval van recht.

Het HvJ EU overweegt (ten overvloede) dat ondanks het verstrijken van de termijn om de overeenkomst te (laten) vernietigen, een inschrijver binnen de nationale verjaringstermijnen (nog wel) schadevergoeding kan vorderen. Dat zou

in de Nederlandse praktijk betekenen dat ondanks het verstrijken van de beroepstermijn om de overeenkomst op grond van de Aanbestedingswet 2012 te laten vernietigen, een aanbesteder er niet volledig zeker van kan zijn dat er niet alsnog binnen vijf jaar een schadeclaim wordt ingediend. In de Nederlandse aanbestedingspraktijk is het gebruikelijk in de aanbestedingsstukken op te nemen dat na gunning een (alcatel)termijn geldt van twintig dagen waarbinnen op straffe van verval van recht bezwaar (door middel van een kort geding) tegen de gunning kan worden ingesteld. Ik meen dat als duidelijk in de aanbestedingsstukken wordt vermeld dat de rechtsverwerking ook ziet op schadevergoeding, een inschrijver na het verstrijken van deze twintig dagen termijn evenmin meer schadevergoeding kan vorderen. Door in te schrijven is een inschrijver immers akkoord gegaan met deze (uitgebreide) rechtsverwerkingsclausule (die vanuit oogpunt van rechtszekerheid begrijpelijk is).

T. van Wijk  
Advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen

## 123

Hof van Justitie EU  
8 mei 2014, C-15/13  
(mr. Rosas, mr. Šváby, mr. Vajda)  
Noot mr. G. Verberne en mr. drs. M.J. de Meij

**In-house uitzondering. Horizontale in-house uitzondering. Uitzondering "Publiek-publieke samenwerking". Rechtstreekse gunning zonder aanbesteding. Toezichtscriterium. Geen toezicht zoals op eigen diensten. Geen sprake van uitzondering, wel van overheidsopdracht. Taak van algemeen belang die op beide lichamen gezamenlijk berust.**

[Richtlijn 2004/18/EG art. 1 lid 2 sub a, 7]

*De technische universiteit van Hamburg-Harburg (hierna TUHH) is een openbare instelling voor hoger onderwijs van de Stad Hamburg. Zij is een publiekrechtelijke instelling in de zin van art. 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG, en dus een aanbestedende dienst. De Hochschul-Informations-System (hierna HIS) is een vennootschap met beperkte aansprake-*

<sup>4</sup> V zr. Rb. Amsterdam 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758 en V zr. Rb. Almelo 24 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2992.

<sup>5</sup> V zr. Rb. Roermond 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482E.