



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 30 juni 2016¹

Zaak C-171/15

**Connexxion Taxi Services BV
tegen
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,
en
Zorgvervoercentrale Nederland BV**

[verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Selectieprocedure — Kwalitatieve selectiecriteria —
Facultatieve uitsluitingsgronden — Ernstige beroepsfout — Evenredigheidsbeginsel —
Beoordelingsbevoegdheid niet opgenomen in het beschrijvend document — Omvang van de
rechterlijke toetsing”

1. Het prejudiciële verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden betreft in de eerste plaats een van de meest voorkomende problemen bij de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG², namelijk de bevoegdheid van de lidstaten om bepaalde inschrijvers uit te sluiten van overheidsopdrachten. De verwijzende rechter vraagt tevens naar de omvang van de door de rechter te verrichten toetsing in beroepen krachtens richtlijn 89/665/EEG³.

2. In het onderhavige geval had een van de inschrijvers een ernstige beroepsfout begaan, gedrag dat in het „beschrijvend document”⁴ van de aanbesteding als (automatische?) uitsluitingsgrond is opgenomen. De aanbestedende dienst heeft hem evenwel niet alleen tot deelname toegelaten maar hem uiteindelijk ook de opdracht gegund.

3. Richtlijn 2004/18 [met name artikel 45, lid 2, onder d), ervan] staat de lidstaten toe dit beding facultatief op te nemen in de nationale regelingen inzake overheidsopdrachten. De Hoge Raad wenst te vernemen of de aanbestedende dienst, niettegenstaande het bepaalde in het beschrijvend document, het betrokken gedrag mag toetsen aan het evenredigheidsbeginsel en de uitsluitingswerking zelfs mag passeren.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Richtlijn 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 2004, L 134, blz. 114) (hierna: „richtlijn 2004/18”).

3 — Richtlijn 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 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 89/665”), die ratione temporis in casu van toepassing is.

4 — De term „beschrijvend document” wordt in richtlijn 2004/18 gebruikt in combinatie met „aankondiging van een opdracht” (artikel 29) of „bestek” en „aanvullende stukken” (artikel 40).

4. Indien de aanbestedende dienst die bevoegdheid zou hebben, vraagt de verwijzende rechter vervolgens hoe intensief de toetsing van de gesloten overeenkomst door de rechter moet zijn. Meer in het bijzonder, of het verenigbaar is met het Unierecht dat de rechter in deze gevallen een toetsing verricht die zich beperkt tot de beoordeling van de „redelijkheid” van het bestuursbesluit.

I – Rechtskader

A – *Unierecht*

Richtlijn 2004/18

5. Artikel 45 bepaalt:

[...]

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

[...]

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

[...]”

6. Artikel 45, lid 2, laatste alinea, luidt:

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

Richtlijn 89/665

7. Artikel 1, lid 1, derde alinea, bepaalt:

„De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/18] 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.”

8. In artikel 2, lid 1, wordt bepaald:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

a) zo snel mogelijk en 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 gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;

- b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.”

B – *Nationaal recht*

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten⁵

9. Artikel 45, lid 3, neemt de facultatieve uitsluitingsgronden over van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18.

10. Volgens de nota van toelichting⁶ bij het Bao dient de beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan, gelet op de algemene uitgangspunten van richtlijn 2004/18, steeds proportioneel en niet-discriminatoire te zijn; elke aanbestedende dienst behoort in het concrete geval na te gaan, afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en de maatregelen die het bedrijf inmiddels heeft genomen, of een bedrijf van inschrijving moet worden uitgesloten.

II – **Feiten en prejudiciële vragen**

11. Op 10 juli 2012 heeft het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: „VWS”) een Europese aanbesteding uitgeschreven voor de „dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking” (hierna: „opdracht”). De opdracht had een looptijd van meer dan drie jaar en vertegenwoordigde een waarde van ongeveer 60 000 000 EUR per jaar.

12. Punt 3.1 („Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen”) van het beschrijvend document vermeldt: „Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling.”

13. Het beschrijvend document verwijst voor de voorwaarden waaraan de inschrijvers moeten voldoen, naar de „Uniforme eigen verklaring aanbestedingen” (die als verplichte bijlage aan de inschrijving moet worden toegevoegd).

14. Overeenkomstig het beschrijvend document „verklaart Inschrijver dat op hem geen uitsluitingsgronden [...] van toepassing zijn door ondertekening van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen”.

15. De Uniforme eigen verklaring verwijst op haar beurt naar artikel 45 Bao en vermeldt welke facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Van de inschrijver wordt onder meer gevraagd te verklaren dat „zijn onderneming of een bestuurder ervan in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan”.

5 — Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten; hierna: „Bao”. Ten tijde van de aanbesteding van de litigieuze opdracht was de Wet van 1 november 2012 houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen nog niet in werking getreden.

6 — In antwoord op een vraag van het Hof heeft de Nederlandse regering verklaard dat de nota van toelichting geen onderdeel vormt van de tekst van het Bao, ook al is zij samen met het besluit in hetzelfde Staatsblad gepubliceerd. De nota geeft als een considerans de redenen weer voor de vastgestelde tekst. Hoewel zij niet juridisch bindend is, heeft zij „grote, rechtens relevante betekenis”.

16. Onder andere Connexion Taxi Services BV (hierna: „Connexion”) en de Combinatie, bestaande uit Transvision, RMC en ZCN (hierna: „Combinatie”), hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure.
17. Bij brief van 8 oktober 2012 heeft VWS aan Connexion meegedeeld dat haar inschrijving op de tweede plaats was geëindigd en dat het voornemen bestond de opdracht te gunnen aan de Combinatie.
18. Op 20 november 2012 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: „NMa”) krachtens de Mededingingswet (hierna: „Mw”) aan RMC en de BIOS-groep, waarvan ZCN deel uitmaakt, bepaalde boeten opgelegd in zaken over taxivervoer in de regio Rotterdam in de periode van 17 april 2009 tot 1 maart 2011.
19. Bij brief van 18 februari 2013 heeft VWS aan Connexion meegedeeld dat het zijn beslissing om de opdracht aan de Combinatie te gunnen handhaafde, aangezien uitsluiting van de Combinatie, ondanks het feit dat zij een „ernstige beroepsfout” had begaan, niet proportioneel zou zijn.
20. Connexion heeft tegen het besluit van VWS beroep ingesteld en daarin een verbod aan de Staat gevorderd om de opdracht aan de Combinatie te gunnen. De Combinatie heeft die vordering betwist.
21. De voorzieningenrechter te Den Haag heeft de vordering van Connexion toegewezen op grond dat VWS, na te hebben vastgesteld dat er aan de zijde van de Combinatie sprake was van een ernstige beroepsfout, geen ruimte meer had om een evenredigheidstoets uit te voeren.
22. Het gerechtshof Den Haag heeft het vonnis van de voorzieningenrechter in hoger beroep vernietigd en de Staat geboden de opdracht, zo hij deze nog wenste te vergeven, te gunnen aan de Combinatie.
23. Volgens het gerechtshof biedt richtlijn 2004/18 de ruimte aan de lidstaten om te doen wat de Nederlandse wetgever heeft gedaan, te weten artikel 45, lid 2, van die richtlijn integraal overnemen in artikel 45, lid 3, Bao en het vervolgens aan de aanbestedende diensten overlaten om de uitsluitingsgronden nader in te vullen.
24. Het gerechtshof was van oordeel dat, daargelaten of het Europese aanbestedingsrecht eist dat een evenredigheidstoets plaatsvindt, het Europese recht dit in elk geval niet verbiedt. Uit het Nederlandse aanbestedingsrecht volgt bovendien dat uitsluiting geen automatisme mag zijn en dat een aanbestedende dienst moet toetsen of uitsluiting proportioneel is.
25. Voorts heeft het gerechtshof overwogen dat de beslissing van VWS terughoudend moest worden getoetst, temeer waar de litigieuze ernstige beroepsfout (nog) niet onherroepelijk vaststond. Kernvraag is of VWS in redelijkheid tot de conclusie kon komen dat uitsluiting van de Combinatie disproportioneel zou zijn. Niet relevant was volgens het gerechtshof dat in het beschrijvend document is vermeld dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd. De beslissing van VWS kon de marginale toetsing⁷ door de rechter doorstaan.
26. De Hoge Raad, waarbij beroep in cassatie tegen het arrest werd ingesteld, onderkent een gespannen verhouding tussen a) enerzijds de wettelijke verplichting van een aanbestedende dienst om de facultatieve uitsluitingsgronden aan een evenredigheidstoetsing te onderwerpen om te beoordelen of zij tot uitsluiting moeten leiden, en b) anderzijds het beschrijvend document van de opdracht, volgens hetwelk inschrijvingen waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde worden gelegd.

7 — [Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse versie.]

27. De verwijzende rechter vraagt zich af of de toepassing van het evenredigheidsbeginsel niet in strijd is met de beginselen van gelijkheid, transparantie en openbaarheid, indien het niet expliciet in het beschrijvend document is opgenomen.

28. Bovendien is volgens de Hoge Raad, indien de rechter de beslissing van het bestuursorgaan inderdaad inhoudelijk zou moeten beoordelen, zijn bevoegdheid daartoe naar Nederlands recht beperkt tot een „marginale” toetsing van de beslissing van de aanbestedende dienst, waarbij het er uitsluitend om gaat vast te stellen of deze in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.

29. In die omstandigheden legt de Hoge Raad het Hof twee prejudiciële vragen voor:

- „1) a) Verzet het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van [richtlijn 2004/18] betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zich ertegen dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan?
- b) Is hierbij van belang dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling?
- 2) Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt: verzet het Unierecht zich ertegen dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het evenredigheidsbeginsel zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet ‚vol’ toetst, maar volstaat met de (‚marginale’) toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 45, lid 2, eerste alinea, van richtlijn [2004/18] heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten?”

III – **Samenvatting van de argumenten van partijen**

A – *Eerste prejudiciële vraag*

30. Volgens Connexion is er voor de aanbestedende dienst na de vaststelling dat de inschrijver een ernstige beroepsfout heeft begaan, geen ruimte meer voor het verrichten van een evenredigheidstoetsing. Die toetsing heeft reeds plaatsgevonden door het opnemen van zodanig gedrag als uitsluitingsgrond in het beschrijvend document. Gelet op de formulering daarvan zou het in strijd zijn met de beginselen van openbaarheid, transparantie en gelijkheid bij de aanbesteding van overheidsopdrachten wanneer de aanbestedende dienst bevoegd zou zijn de evenredigheid van de uitsluitingsgrond te toetsen.

31. Alle andere partijen hebben zich in tegengestelde zin uitgesproken. De bevoegdheid tot opneming van facultatieve uitsluitingsgronden komt toe aan de lidstaten, die ter zake vrijheid genieten. Binnen de grenzen van die vrijheid verbiedt richtlijn 2004/18 niet dat de uitsluiting van inschrijvers die een beroepsfout hebben begaan afhankelijk wordt gesteld van een voorafgaande evenredigheidstoetsing. Voor zover het beschrijvend document de ernstige beroepsfout als voldoende grond aanvaardt voor het uitsluiten van de inbreukmaker, belet dit de aanbestedende dienst niet de algemene regel toe te passen, dit wil zeggen de toepassing van deze uitsluitingsgrond aan een evenredigheidstoetsing te onderwerpen.

B – *Tweede prejudiciële vraag*

32. Connexion is van mening dat de rechter het bestuursbesluit vol moet kunnen toetsen.

33. De Nederlandse regering en de Combinatie staan daarentegen een rechterlijke toetsing voor die zich beperkt tot een – marginaal – onderzoek van de redelijkheid van de beslissing van de aanbestedende dienst.

34. Volgens de Commissie moet het rechterlijk optreden echter ruimer zijn en moet de rechter kunnen nagaan of de feiten materieel juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling, alsmede of de aan de beslissing van de aanbestedende dienst ten grondslag liggende feiten juist, volledig en betrouwbaar zijn.

35. Volgens de Italiaanse regering staat het aan de nationale wetgever vast te stellen welke toetsing verricht moet worden, aangezien het Unierecht niet vereist dat de nationale rechter zijn beoordeling volledig in de plaats stelt van de inhoudelijke beoordeling van de aanbestedende dienst.

IV – Beoordeling

A – Eerste prejudiciële vraag onder a)

36. Is het in overeenstemming met richtlijn 2004/18 dat een lidstaat aanbestedende diensten verplicht de eventuele uitsluiting van inschrijvers die een ernstige beroepsfout hebben begaan te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel?

37. Alvorens deze vraag te beantwoorden zijn twee preciseringen op hun plaats. Blijkens de verwijzingsbeslissing was aan de Combinatie geen sanctie opgelegd wegens een ernstige fout op de datum waarop de inschrijvers hun offertes indienden, evenmin op de datum van de beslissing van de aanbestedende dienst (8 oktober 2012). Pas later (op 20 november 2012) heeft de NMa aan sommige van de deelnemers van de Combinatie bepaalde boeten opgelegd wegens heimelijke, jaren daarvoor gemaakte afspraken. Het staat aan de verwijzende rechter te beslissen of die sanctie, die dateert van na de datum van indiening van de offertes en het oorspronkelijke gunningsbesluit, als een geldige grond kan worden beschouwd voor uitsluiting van de overtreder, die zijn offerte reeds had ingediend (klaarblijkelijk zonder daarin melding te maken van een – tot dan toe rechtens non-existente – ernstige fout).

38. Indien de verwijzende rechter van oordeel is dat de aan de inschrijver opgelegde boete desondanks rechtvaardigt dat hij wordt aangemerkt⁸ als pleger van „een ernstige beroepsfout”, moet vervolgens de vraag worden beantwoord of deze uitsluitingsgrond automatisch dan wel na een evenredigheidstoetsing moet worden toegepast.

39. De tweede precisering betreft de uitlegging van de nationale regels, die is voorbehouden aan de verwijzende rechter. De Hoge Raad zet in de verwijzingsbeslissing uiteen dat „het nationale recht een aanbestedende dienst ertoe [verplicht] om bij toepasselijkheid van een in artikel 45, lid 3, Bao opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond aan de hand van het evenredigheidsbeginsel te bepalen of daadwerkelijk uitsluiting van de betrokken inschrijver moet volgen”. Daarmee is met betrekking tot de prejudiciële procedure en wat het nationale recht betreft, de discussie over de toereikendheid van de rechtsbasis van de „verplichting” om de evenredigheid (en indirect over de invloed van de nota van toelichting op het Bao) te toetsen, gesloten.

8 — Mijns inziens geldt voor de marktdeelnemer tot het moment van de boetebeschikking de onschuldpresumptie en kan hij niet worden aangemerkt als pleger van een ernstige fout, ook al dateren de feiten die aan zijn overtreding ten grondslag liggen (maar nog niet als zodanig bewezen zijn verklaard) van vóór de aanbesteding.

40. Na deze preciseringen is het antwoord op de vraag zonder noemenswaardige problemen te ontleen aan de rechtspraak van het Hof van vóór en na richtlijn 2004/18.⁹

41. Onder de vigore van richtlijn 92/50/EEG¹⁰ (waarvan artikel 29 gelijkkluidend was aan artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18) heeft het Hof in het arrest Cascina e.a.¹¹ benadrukt dat de toepassing van de gevallen van facultatieve uitsluiting aan de beoordeling van de lidstaten wordt overgelaten, zoals blijkt uit de uitdrukking „[v]an deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten” in de aanhef van artikel 29. De lidstaten mogen geen andere uitsluitingsgronden vaststellen dan de hierin genoemde¹², maar artikel 29 van richtlijn 92/50 voorziet niet in een uniforme toepassing van die uitsluitingsgronden.¹³

42. Het Hof heeft, toen richtlijn 2004/18 reeds in werking was getreden, die lijn aangehouden in het arrest Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici¹⁴, waarvan punt 35 de overwegingen van het arrest La Cascina e.a.¹⁵ overneemt. Het wijst er weer op dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautaire recht de voorwaarden bepalen voor de toepassing van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18. Het Hof bevestigt dus opnieuw de bevoegdheid van de lidstaten om de uitsluitingsgronden over te nemen en desgewenst te versoepelen.

43. Indien de lidstaten bevoegd zijn te bepalen welke – van de in richtlijn 2004/18 genoemde facultatieve – uitsluitingsgronden in hun eigen rechtsorde gelden, zijn zij logischerwijze eveneens bevoegd de voorwaarden of vereisten voor de toepassing ervan vast te stellen. Zij kunnen die gronden derhalve meer of minder strikt regelen, zodat wanneer zij elk van die gronden of slechts enkele ervan aan een evenredigheidstoets ad casum willen onderwerpen, niets in richtlijn 2004/18 daaraan in de weg staat.

44. Uit het arrest Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici¹⁶ blijkt dat de uitoefening van deze bevoegdheid door de staten echter niet onvoorwaardelijk is. Enerzijds hecht de Unie veel belang aan de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, en tracht zij daarom de weg vrij te maken voor een zo groot mogelijke liberalisering van aanbestedingsprocedures, een doelstelling waarvoor de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden een barrière kan vormen. Anderzijds kunnen uitsluitingsgronden gerechtvaardigd zijn door doelstellingen van algemeen belang, zoals de waarborgen van betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, professionele integriteit en degelijkheid van de inschrijver. Bij de afweging van deze tegengestelde belangen hanteert het Hof het evenredigheidsbeginsel.

9 — In de verwijzingsbeslissing en de opmerkingen van partijen wordt als aanvullend uitleggingscriterium verwezen naar punt 101 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65). Overeenkomstig dit punt moeten de aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Richtlijn 2014/24 kan ratione temporis weliswaar geen gevolgen hebben voor het onderhavige geding, maar de overwegingen ervan geven wel de rechtspraak van het Hof ter zake weer.

10 — Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1).

11 — Arrest van 9 februari 2006 (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punten 21 en 23).

12 — Punt 22.

13 — Punt 23: „[...] de lidstaten [beschikken] over de bevoegdheid [...] om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen, door te kiezen voor een zo ruim mogelijke deelneming aan de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten, of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in artikel 29 van de richtlijn opgestelde criteria verlichten of versoepelen.”

14 — Arrest van 10 juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

15 — Arrest van 9 februari 2006 (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94).

16 — Arrest van 10 juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063, punten 29, 31 en 32).

45. Het logische uitvloeisel van deze rechtspraak is dat een nationale wet volgens welke de aanbestedende dienst inschrijvers aan wie een sanctie is opgelegd wegens een ernstige beroepsfout slechts kan uitsluiten wanneer hij oordeelt dat hun uitsluiting op deze grond in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, niet in strijd is met artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 of het Unierecht.

B – Eerste prejudiciële vraag, onder b)

46. Het beschrijvend document van de opdracht stelt de uitsluiting van de inschrijver die een beroepsfout heeft begaan niet afhankelijk van een evenredigheidstoetsing. De verwijzende rechter vraagt zich daarom af: zijn de letterlijke bewoordingen van dat beschrijvend document in casu relevant?

47. Voor het antwoord op deze vraag moet worden uitgegaan van het hiervoor gegeven antwoord: de toetsing van de evenredigheid van de facultatieve uitsluitingsgronden van geval tot geval wordt vereist door de Nederlandse regels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten (in concreto het Bao) en is bovendien niet in strijd met het Unierecht. Moet in dat geval de regel die dit in algemene bewoordingen voorschrijft prevaleren of is de aanbestedende dienst daarentegen gebonden door het bijzondere beding van een beschrijvend document dat in deze specifieke aanbesteding de inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, wordt uitgesloten?

48. Het Hof kan niet, ik wijs er nogmaals op, op de stoel van de nationale rechter gaan zitten bij de uitlegging van diens eigen recht. Toch meen ik dat het vanuit een strikt nationaal oogpunt mogelijk is de bepaling van het beschrijvend document in overeenstemming te brengen met de algemene regel. Anders zou voor een afzonderlijk geval worden aanvaard dat wordt afgeweken van bepaalde dwingende aanbestedingsregels door een specifieke handeling die deze niet in acht neemt.

49. De „conforme uitlegging” van het beding van het beschrijvend document om het in overeenstemming te brengen met het Bao kan zonder al te grote uitleggingsproblemen worden bewerkstelligd wanneer het voor overheidsopdrachten geldende normencomplex in zijn geheel als uitgangspunt wordt genomen. De facultatieve uitsluitingsgronden zijn geen vrij zwevende grootheden maar functioneren binnen een vooraf vastgesteld wettelijk kader waaraan zij gebonden zijn: zij kunnen derhalve slechts effectief zijn wanneer aan de wettelijke voorwaarden voor hun toepassing is voldaan. Daartoe behoort onder meer dat het gedrag, wanneer het gaat om door de inschrijvers begane inbreuken, wordt beoordeeld vanuit een oogpunt van evenredigheid.

50. Wanneer de aanbestedende dienst op basis van dit criterium te werk gaat, voldoet hij zonder meer aan de algemene regels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten in Nederland, zoals vastgelegd in het Bao en de daarbij behorende nota van toelichting. Dit betekent dat, zelfs indien het beschrijvend document niet uitdrukkelijk voorziet in de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om de door de inschrijver begane fout te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, deze bevoegdheid als impliciet moet worden beschouwd.

51. De bepaling van punt 3.1 van het beschrijvend document („een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd”) moet mijns inziens juist vanwege het quasinormatieve karakter ervan worden geïntegreerd met toepassing van de uitleggingscriteria die voor alle bepalingen van afgeleid recht gelden, die niet los mogen worden gezien van de meer algemene bepalingen waardoor ze worden geregeerd. Gelet op het feit dat volgens het Bao elke aanbestedende dienst, om tot uitsluiting wegens een ernstige beroepsfout over te gaan, het concrete geval „afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en de maatregelen die het bedrijf inmiddels heeft genomen” behoort te onderzoeken, kan de omstandigheid dat het beschrijvend document niets vermeldt over deze noodzakelijke en individuele toepassing van het evenredigheidsbeginsel niet tot gevolg hebben dat dit wordt veronachtzaamd.

52. Deze opvatting wordt door het Unierecht bevestigd. De rechtspraak van het Hof, dat zich over de facultatieve uitsluitingsgronden heeft uitgesproken en de automatische toepassing ervan heeft afgewezen, bevestigt de noodzaak van deze „conforme uitlegging”. Uit het arrest Forposta en ABC Direct Contact¹⁷ blijkt dat het automatisme (wat de uitsluiting van de inschrijver die zich aan ernstige beroepsfouten schuldig heeft gemaakt betreft) de beoordelingsmarge kan overschrijden waarover de lidstaten krachtens artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 beschikken.

53. Volgens dat arrest moet om te beginnen „het gedrag van de betrokken marktdeelnemer in concreto en individueel [...] [worden] beoordeeld”.¹⁸ Wegens niet-inachtneming van dit criterium heeft het Hof daarop een nationale wettelijke regeling die „de [...] aanbestedende dienst ertoe verplicht om deze marktdeelnemer automatisch uit te sluiten van de [...] procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, zonder deze aanbestedende dienst de mogelijkheid te laten om de ernst van het beweerde onrechtmatige gedrag van deze marktdeelnemer [...] per geval te beoordelen”, in strijd met het Unierecht geoordeeld. Hoewel de omstandigheden van de zaak Forposta en ABC Direct Contact¹⁹ verschillen van die van de onderhavige zaak, is de destijds door het Hof neergelegde redenering er als uitleggingscriterium op van toepassing.

54. Ik vat samen: behalve met de grond van nationale orde (de voorrang van het Bao als algemene wettelijke regeling voor de aanbesteding van Nederlandse overheidsopdrachten), die ter beoordeling van de verwijzende rechter staat, moet kortom rekening worden gehouden met de in beginsel tegen het automatisme bij de beoordeling van deze uitsluitingsgrond gekante rechtspraak van het Hof.

55. Ik geef derhalve in overweging op de prejudiciële vraag te antwoorden dat het beding van het beschrijvend document niet kan worden gebruikt om de evenredigheidstoetsing ad casum van het onregelmatige gedrag van de inschrijver te omzeilen om hem al dan niet van de opdracht uit te sluiten.

56. De bezwaren tegen deze opvatting, die zijn gebaseerd op de beginselen van openbaarheid, gelijke behandeling en transparantie (waar zowel de verwijzende rechter als Connexion naar verwijst onder aanhaling van het arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta²⁰), hoewel niet van enige grond ontbloomt, kunnen mij niet overtuigen. Overeenkomstig zijn vaste rechtspraak herinnerde het Hof er in dat arrest²¹ aan dat voor alle inschrijvers zonder onderscheid dezelfde voorwaarden moeten gelden. In de onderhavige zaak vindt de toepassing van het evenredigheidsbeginsel echter niet alleen een grondslag in de algemene regels voor de aanbesteding van overheidsopdrachten in Nederland, maar zou zij bovendien gelijkelijk zijn toegepast op alle inschrijvers voor wie dezelfde uitsluitingsgrond gold. Er was eventueel sprake geweest van discriminatie indien één van hen, die zich aan een vergelijkbare ernstige fout had schuldig gemaakt, automatisch van de aanbesteding zou zijn uitgesloten, dus – anders dan bij de Combinatie – zonder voorafgaande evenredigheidstoetsing. Maar dat is niet het geval.

17 — Arrest van 13 december 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801).

18 — Arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punt 31).

19 — Arrest van 13 december 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801).

20 — Arrest van 29 april 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236).

21 — Arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punten 108-111). Volgens het Hof „[verplicht] [h]et beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers [...] tot transparantie [...], opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd [...] en vereist [het] dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.”

57. De rechtspraaklijn waarvan het arrest Commissie/CAS Succhi de Frutta²² deel uitmaakt, verzet zich mijns inziens niet tegen het door mij in overweging gegeven antwoord. Het samenspel van de beginselen van gelijkheid, openbaarheid en transparantie en bepaalde bedingen van het beschrijvend document, die moeten worden uitgelegd in het licht van de algemene aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, laat onverlet dat de aanbestedende dienst in een specifiek geval mag beoordelen of de overtreding van de inschrijver, getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, verhindert om hem de geambieerde opdracht te gunnen, waarvoor hij een offerte met betere voorwaarden heeft gedaan dan de overige inschrijvers.

58. Bij de onderhavige aanbesteding zijn in feite noch de voorwaarden noch de selectieprocedure gewijzigd, die voor alle kandidaten gelijk waren. De aanbestedende dienst is nagegaan of hun offertes beantwoordden aan de criteria die op de opdracht van toepassing zijn²³ en heeft geen niet in het beschrijvend document opgenomen uitsluitingsgrond toegepast.²⁴ Dat hij één van die uitdrukkelijk in dat document opgenomen uitsluitingsgronden heeft getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, dat er weliswaar niet uitdrukkelijk in is opgenomen maar wordt vereist door de algemene Nederlandse regels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten (alsmede door de rechtspraak van het Hof), is mijns inziens verenigbaar met de beginselen van gelijke behandeling en het logische uitvloeisel ervan, het beginsel van transparantie in de wijze van optreden.

59. Het is niet onlogisch dat het Hof benadrukt (meest recent in het arrest Pizzo²⁵) dat aan de bestekken of soortgelijke documenten moet worden voldaan, als waarborg voor de gelijkheid van de inschrijvers. Maar die regel kent, zoals alle regels, zijn grenzen, en het belang van het bestek (of soortgelijke documenten) kan niet tot zulke proporties worden verheven dat daardoor de vereisten zoals die in elke lidstaat wettelijk zijn vastgesteld voor de aanbesteding van overheidsopdrachten zonder meer opzijgezet worden. Daardoor zouden immers bepaalde aanbestedende diensten in de verleiding kunnen komen bepaalde rechtmatig door de nationale wetgever vastgestelde voorwaarden waar zij het niet mee eens zijn of waaraan zij eenvoudigweg willen ontkomen (zelfs ten voordele van een potentiële gegadigde), buiten de bestekken te houden, in de zekerheid dat de aldus opgestelde bestekken in de praktijk onaantastbaar zijn. Hoe groot ook het belang van het behoud van de gelijkheid van de inschrijvers is, feit is ook dat zij en de aanbestedende dienst niet zijn vrijgesteld van de voldoening aan de algemene voorschriften en criteria die deze materie in de lidstaten regelen. Een daarvan is nu juist het evenredigheidsbeginsel dat op de in geding zijnde uitsluitingsgrond moet worden toegepast.

C – Tweede prejudiciële vraag

60. De verwijzende rechter vraagt mijns inziens – al noemt hij haar niet expliciet – om uitlegging van richtlijn 89/665, die de nationale regels coördineert betreffende de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

61. De lidstaten moeten er met betrekking tot besluiten van de aanbestedende diensten (uiteraard bij opdrachten die onder de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 vallen) voor zorgen dat de belanghebbenden over adequate beroepsmogelijkheden beschikken om snel en doeltreffend te beoordelen of zij in strijd zijn met het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale regels tot omzetting ervan. Dat is tenslotte het door richtlijn 89/665 beoogde doel.

22 — Arrest van 29 april 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236). Deze zaak betrof een situatie waarin de aanbestedende dienst de algemene opzet van de inschrijving had veranderd door eenzijdig één van de bepalingen ervan te wijzigen, die als essentieel werd beschouwd aangezien zij, indien zij in het inschrijvingsbericht had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen. In het thans aan het Hof voorgelegde geval is van dit alles echter geen sprake.

23 — Zie arrest van 6 november 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44), waarin het arrest in de zaak Commissie/CAS Succhi di Frutta (arrest van 29 april 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punten 108-111) wordt aangehaald.

24 — Anders dan in de zaak Pizzo (arrest van 2 juni 2016, C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404).

25 — Arrest van 2 juni 2016 (C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404).

62. In mijn hierna volgende analyse zal ik eerst nagaan of richtlijn 89/665 – en de rechtspraak waarin zij is uitgelegd – richtsnoeren bieden om de omvang of intensiteit vast te stellen waarmee de beroepsinstanties de beslissingen van de aanbestedende diensten moeten onderzoeken. Indien zulke richtsnoeren voorhanden zijn, moeten ze vervolgens worden vergeleken met de in het Nederlandse recht geldende richtsnoeren waarnaar de rechter a quo verwijst.

63. In een tweede stap zal ik nagaan of de intensiteit van de rechterlijke toetsing dezelfde moet zijn in de twee processituaties van artikel 2 van richtlijn 89/665, namelijk: a) het kort geding, waarin voorlopige maatregelen kunnen worden genomen in de fase voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst, en b) de overige beroepsprocedures, die zijn gericht op nietigverklaring van het bestuursbesluit inzake de gunning en schadevergoeding. In de onderhavige zaak²⁶ heeft Connexion het besluit van VWS tot gunning van de opdracht aan de Combinatie betwist en bij de voorzieningenrechter te Den Haag de intrekking ervan gevorderd. Haar beroep viel derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665.

64. In een laatste overweging zal ik nagaan of, gelet op de omstandigheden van het hoofdgeding, kan worden verdedigd – zoals de Nederlandse regering stelt – dat de door de rechters in eerste en tweede aanleg verrichte toetsing voldoet aan de door richtlijn 89/665 vereiste toetsingsmaatstaf.

1. Intensiteit van de rechterlijke toetsing van de beslissingen van de aanbestedende diensten

65. Op het gebied van de aanbesteding van overheidsopdrachten is dezelfde tendens waarneembaar als op andere gebieden van het Europees publiekrecht: terwijl het Hof het aanvankelijk hield bij een verwijzing naar de procedurele autonomie van de lidstaten en, als correctief, de toepassing van de beginselen van gelijkheid en doeltreffendheid als minimumvereisten voor de nationale systemen van rechterlijke toetsing in geschillen die verband houden met het Unierecht, nemen de aan een doeltreffende voorziening in rechte of „rechterlijke bescherming” inherente eisen een steeds grotere plaats in terwijl zij tegelijkertijd de intensiteit van die toetsing vergroten.²⁷

66. De tendens is logischerwijze nog versterkt doordat de Uniewetgever harmonisatieregels heeft vastgesteld, juist met betrekking tot de rechterlijke toetsing van bepaalde besluiten van de nationale autoriteiten. Dit is met name het geval op het gebied van overheidsopdrachten, aangezien aan richtlijn 89/665 en de latere wijzigingen ervan het besef ten grondslag ligt dat de communautaire regelgeving een „dode letter” zou worden zonder toetsingsmechanismen die niet alleen geharmoniseerd maar ook doeltreffend zijn en de naleving van de toepasselijke regels veiligstellen. Deze mechanismen hebben niet slechts de bescherming van de rechten van de inschrijvers tot doel, maar ook de verbetering van het systeem voor het plaatsen van overheidsopdrachten als geheel, waarvan het economische belang voor de interne markt aanzienlijk is.

67. Het is derhalve niet verwonderlijk dat zowel in de verwijzingsbeslissing als in de opmerkingen van partijen herhaaldelijk wordt verwezen naar de arresten HI²⁸ en Croce Amica One Italia²⁹, waarin het Hof zich heeft uitgesproken over de omvang van de bevoegdheden van de rechter tot toetsing van het optreden van de aanbestedende dienst.

26 — Zie de punten 20 en 21 van deze conclusie.

27 — In de rechtsliteratuur van de laatste jaren zijn tal van studies te vinden over dit onderwerp. Zie een actuele beschrijving van de *status quaestionis* in Jans, J.H., Prechal, S., en Widdershoven, R.J.G.M., *The Europeanisation of Public Law*, 2e druk, Groningen, 2015, blz. 399 e.v.

28 — Arrest van 18 juni 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379).

29 — Arrest van 11 december 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435).

68. In het eerste arrest heeft het Hof verklaard dat richtlijn 89/665 zich ertegen verzet dat een nationale regeling „de wettigheidstoetsing van de intrekking van een aanbesteding beperkt tot een onderzoek van de enkele vraag of dit besluit al dan niet arbitrair is”.³⁰ In het arrest *Croce Amica One Italia*³¹ heeft het de draad opgenomen waar het die in het arrest HI had laten liggen, eraan herinnerd dat de wettigheidstoetsing niet beperkt kan worden tot het arbitraire karakter van de besluiten van de aanbestedende dienst, en een volgende stap gezet met erop te wijzen dat de wetgever de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid kan verlenen een opportuniteitstoetsing te verrichten.

69. In de lijn van het voorgaande biedt deze prejudiciële verwijzing het Hof de gelegenheid te verduidelijken of een louter „marginale” (dit is het door de verwijzende rechter gebruikte woord) toetsing voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 89/665. De verwijzende rechter beschrijft de kenmerken van het systeem van marginale toetsing niet in detail. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt slechts dat de Nederlandse rechter zijn beoordeling beperkt tot de vraag of de aanbestedende dienst „in redelijkheid” tot zijn beslissing heeft kunnen komen.

70. Bij een eerste kennisneming zou men bijna intuïtief geneigd zijn te denken dat, wanneer dit het algemene systeem van rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten is in Nederland (en niet alleen op het gebied van overheidsopdrachten, maar ook op andere gebieden van het publiekrecht), de procedurele autonomie van die staat moet prevaleren, tenzij een harmonisatieregeling voorschrijft dat de rechter een „volle” en niet louter een „marginale” toetsing moet verrichten.

71. Onverminderd hetgeen ik hierna zal uiteenzetten over de aan het beroep voorafgaande conservatoire fase, meen ik echter dat een rechterlijke toetsing die op dit gebied beperkt blijft tot het beoordelen van de „redelijkheid” van het gunningsbesluit, niet voldoet aan artikel 2 van richtlijn 89/665. Blijkens het arrest *Alcatel Austria e.a.*³² moeten de beroepsprocedures de daadwerkelijke naleving van de Unieregels inzake overheidsopdrachten waarborgen, „in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt”. Het beroep moet ervoor zorgen dat de verzoeker „de nietigverklaring” kan verkrijgen van „het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten”, wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. De loutere toetsing van de redelijkheid waarborgt echter niet dat dat besluit strikt voldoet aan de voor overheidsopdrachten geldende regels.

72. Een aanbestedende dienst kan in beginsel verschillende, even „redelijke”, oplossingen kiezen, die dit karakter niet verliezen doordat uiteindelijk slechts aan één ervan de voorkeur wordt gegeven, dit wil zeggen, aan die oplossing die het meest in overeenstemming is met de aanbestedingsvoorwaarden. Een rechterlijke toetsing die beperkt is tot de „redelijkheid” van een besluit verschilt kortom kwalitatief niet veel van de toetsing waarbij de rechter nagaat of het besluit niet arbitrair is. Dat is nagenoeg de toetsingsmaatstaf die in het arrest HI³³ is verworpen, die de beoordeling beperkte tot louter de vraag of het bestreden besluit al dan niet arbitrair was.

73. Mijns inziens is voor de vereiste – die naam waardige – rechterlijke toetsing van richtlijn 89/665 iets meer nodig. De toetsing van de rechter kan niet halt houden bij de eenvoudige beoordeling van de „redelijkheid” van de betwiste besluiten, te minder waar deze moeten voldoen aan een gedetailleerde regeling die formele en materiële aspecten omvat. De rechter die kennis neemt van een vordering op dit gebied moet beoordelen of de aanbestedingsregels bij de litigieuze gunning in acht zijn genomen en of de offerte van de gekozen inschrijver de toets van de door zijn concurrenten in het beroep naar voren gebrachte kritiek kan doorstaan. Voor die beoordeling moeten in veel gevallen de bepalende

30 — Arrest van 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punt 64). Volgens het Hof kan, gelet op het door richtlijn 89/665 nagestreefde doel van versterking van de beroepsmogelijkheden en het ontbreken van aanwijzingen in tegenovergestelde zin, de strekking van de in het kader van deze beroepen uit te oefenen rechterlijke toetsing niet restrictief worden uitgelegd.

31 — Arrest van 11 december 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435).

32 — Arrest van 28 oktober 1999 (C-81/98, EU:C:1999:534, punten 33 en 43).

33 — Arrest van 18 juni 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379).

feiten (die door de overheid mogelijk onjuist zijn vastgesteld) en de overgelegde bewijzen betreffende de grotere of geringere verdiensten van bepaalde offertes ten opzichte van andere worden geverifieerd. Ook moet worden beoordeeld of de bestuurshandeling naar behoren is gemotiveerd en beantwoordt aan of afwijkt van de beoogde doelstellingen (met andere woorden, of er aanwijzingen voor misbruik van bevoegdheid zijn) en aan de overige ervoor geldende wettelijke voorschriften. De waardering van al die beoordelingsfactoren, ik herhaal het, gaat verder dan de loutere beoordeling van de „redelijkheid” van de betwiste handeling en strekt zich uit tot juridisch en feitelijk meer „technische” en doorgaans complexere niveaus, een beoordeling die elke rechter pleegt te verrichten wanneer hij overheidshandelingen toetst.

74. Ik meen derhalve dat een louter „marginale” toetsing van besluiten van de aanbestedende dienst, opgevat in de hiervoor uiteengezette zin, die zich beperkt tot de beoordeling van de „redelijkheid” ervan, zoals door de verwijzende rechter beschreven, niet in overeenstemming is met de door richtlijn 89/665 vereiste rechterlijke toetsing. Zijn deze overwegingen ook relevant voor de conservatoire fase van de tegen die besluiten ingestelde beroepen?

2. Rechterlijke toetsing in de conservatoire fase

75. Zoals ik reeds heb opgemerkt, had het geding in eerste aanleg betrekking op het VWS-besluit tot selectie van de contractant, maar was de vordering bij de voorzieningenrechter te Den Haag ingesteld in het kader van een kortgedingprocedure.³⁴ Het geschil bevond zich derhalve specifiek in het stadium van de voorlopige voorziening van artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 89/665. Het Nederlandse systeem³⁵ voorziet in een splitsing van bevoegdheden al naargelang de vordering wordt ingesteld in kort geding dan wel het bestuursbesluit met argumenten ten gronde wordt betwist.³⁶

76. De aanwezigheid van de conservatoire of provisionele factor kan relevant zijn voor het antwoord op de tweede prejudiciële vraag: de intensiteit van de rechterlijke toetsing van de besluiten van de aanbestedende diensten hoeft in de conservatoire fase niet gelijk te zijn aan die bij de definitieve beslechting van het bodemgeschil. In de eerste heeft de rechter doorgaans een beperkte kennis van de zaak³⁷, reden waarom zijn voorlopige beslissing meestal geen gezag van gewijsde heeft en later, in de bodemprocedure, kan worden gewijzigd.

77. De bijzondere positie van de kortgedingrechter vanuit het oogpunt van richtlijn 89/665 brengt derhalve met zich dat de door hem genomen maatregelen van tijdelijke aard zijn in afwachting van de definitieve beslissing van het geschil, en dat „de rechtsverhoudingen [er] niet definitief [door worden] vast[gelegd]”³⁸. Wanneer hierbij bovendien in aanmerking wordt genomen dat de in de

34 — Zo blijkt expliciet uit punt 3.2.1 van de verwijzingsbeslissing.

35 — In het arrest van 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, punt 45), alsmede in de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón voor dit arrest (C-568/08, EU:C:2010:515), wordt het Nederlandse recht ter zake geanalyseerd. Volgens dat recht, aldus punt 11 van het arrest, „valt het plaatsen van overheidsopdrachten onder het privaatrecht, vormt de gunning van een overheidsopdracht een privaatrechtelijke handeling en worden besluiten van bestuursorganen die worden genomen voorafgaande aan de gunning van een overheidsopdracht aangemerkt als privaatrechtelijke voorbereidende handelingen. De burgerlijke rechter is bevoegd om te oordelen over aanbestedingsgeschillen, zowel wat betreft de vaststelling van conservatoire maatregelen als wat betreft de bodemprocedure. De bevoegdheid van de bestuursrechter is uitgesloten, tenzij bij wet anders wordt bepaald.” De Nederlandse regering heeft ter terechtzitting erkend dat de latere vaststelling van de wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden dit rechtskader in wezen niet heeft gewijzigd.

36 — Hebly, Jan M., en Wilman, Folkert G., „Damages for breach of procurement law: The Dutch situation”, blz. 75-88, in *Public Procurement Law; Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve, Duncan en Lichère, François (red.), Oxford, Hart Publishing, 2011.

37 — In het arrest van 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, punt 77), verklaart het Hof: „Het kan niet worden uitgesloten dat de rechter in kort geding en de bodemrechter, die achtereenvolgens over een en hetzelfde geschil moeten oordelen, de toepasselijke voorschriften van het Unierecht op uiteenlopende wijze uitleggen. In de eerste plaats dient de rechter in kort geding een beslissing te geven in het kader van een spoedprocedure waarin zowel de bewijsvergaring als het onderzoek van de middelen van partijen noodzakelijkerwijs summierder is dan in het kader van de bodemprocedure. In de tweede plaats wordt met de inschakeling van de rechter in kort geding, anders dan die van de bodemrechter, geen definitieve uitspraak op de bij hem ingestelde vorderingen beoogd, maar de voorlopige bescherming van de betrokken belangen, in voorkomend geval door die tegen elkaar af te wegen.”

38 — Arrest van 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, punt 77).

kortgedingprocedure gegeven uitlegging van richtlijn 2004/18 later „door de bodemrechter als onjuist [kan worden] aangemerkt”³⁹, blijkt dat het kort geding als zodanig in de rechtspraak van het Hof wordt behandeld als een eenvoudige voorfase van de latere procedure en dat alleen deze laatste kan leiden tot een beslissing ten gronde die, nadat het geschil in volle omvang aan de rechter is voorgelegd, de litigieuze rechtsverhoudingen volledig bepaalt.

78. Alleen in de latere procedure, en niet in de daaraan voorafgaande fase, is het hiervoor door mij bedoelde niveau van rechterlijke toetsing vereist. De kortgedingrechter hoeft zijn onderzoek van het bestuursbesluit bijgevolg niet met dezelfde intensiteit verrichten als de bodemrechter. Het is dan met name aanvaardbaar dat hij louter een redelijkheidstoets verricht van de hem voorgelegde vorderingen en het gunningsbesluit zelf, vergelijkbaar met die bij andere modaliteiten van preventieve rechtsbescherming (beoordeling van de fumus boni iuris, het periculum in mora en de afweging van conflicterende belangen).

79. Deze mijns inziens in beginsel geldige redenering voor een antwoord aan de verwijzende rechter, kan echter stuklopen op een niet te miskennen bestaande realiteit. Volgens gegevens uit de Nederlandse praktijk⁴⁰ wordt namelijk het overgrote deel (ongeveer 92 % van de beroepen inzake overheidsopdrachten in de jaren 2004 tot 2009) opgelost in een kort geding, waarin verzoekers voorlopige voorzieningen vorderen om te voorkomen dat het tot sluiting van de overeenkomst komt. De beslissing in kort geding is in de Nederlandse procespraktijk veelal „de enige en definitieve uitspraak” op dit gebied.⁴¹

80. Zou dit de werkelijke situatie van de beroepsprocedures in Nederland zijn, dan zou de Nederlandse voorzieningenrechter nagenoeg de enige en laatste waarborg zijn van het systeem van gerechtelijke afdoening van betwistingen van de besluiten van de aanbestedende diensten op grond van richtlijn 89/665. De verschillen die de conservatoire en de definitieve fase van die beroepen in abstracto onderscheiden zouden dan zijn uitgevaagd.

81. In die omstandigheden zou de volle toetsing van de besluiten van de aanbestedende diensten, die aan de rechterlijke instanties toekomt, worden verzwakt en vervangen door een louter „marginale” beoordeling ervan door de voorzieningenrechter. Waarschijnlijk zouden de beroepsmogelijkheden aan doeltreffendheid en snelheid winnen. Tegelijkertijd zouden zij echter hun vermogen verliezen om te reageren op sommige potentiële onregelmatigheden, van welke aard ook, van de besluiten van de aanbestedende dienst, die aan het verplichte onderzoek waaraan zij volgens richtlijn 89/665 moeten worden onderworpen, zouden ontkomen. Aan die richtlijn zou met andere woorden niet ten volle worden voldaan.

3. In het hoofdgeding verrichte rechterlijke toetsing

82. Hetgeen ik tot hiertoe heb uiteengezet dient ter beantwoording van de tweede prejudiciële vraag in veeleer abstracte bewoordingen, in de lijn van de door de verwijzende rechter erin gebruikte bewoordingen. Uit een gedetailleerd onderzoek van de feiten en omstandigheden van het hoofdgeding blijkt mijns inziens echter dat zowel de toetsing van de voorzieningenrechter als die van het gerechtshof Den Haag verder ging dan een „marginale” rechterlijke toetsing, indien dit adjectief in de hiervoor onderzochte zin wordt begrepen.

39 — Arrest van 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, punt 80).

40 — Ik ontleen deze cijfers aan het rapport over de aanbesteding van overheidsopdrachten in Nederland onder redactie van Van de Meent, Gert-Wim, en Manunza, Elisabetta R., in *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, Congress Publications, vol. 3. DJØF Publishing, blz. 641 e.v., Kopenhagen, 2014. De auteurs vermelden als bron *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland: 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, Eindrapport, juni 2010, Van Doorne NV/Ministerie van Economische Zaken.

41 — Ibidem, noot 131: „In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict.”

83. De voorzieningenrechter heeft in wezen niet alleen de grotere of geringere redelijkheid van het VWS-besluit beoordeeld, maar deze ook getoetst aan de „positieve” voor de aanbesteding van overheidsopdrachten geldende regels (in het bijzonder aan het beschrijvend document, waaraan hij prioriteit heeft toegekend) voor zijn beslissing dat de gekozen inschrijver moest worden uitgesloten. En wat het gerechtshof betreft, deel ik de mening van de Nederlandse regering⁴² dat het „uitgebreid” heeft getoetst, dit wil zeggen dat de door het gerechtshof verrichte toetsing „[a]lle aspecten [...] op basis waarvan het ministerie heeft besloten om niet tot daadwerkelijke uitsluiting [van de Combinatie] over te gaan, in overweging heeft genomen”, na zijn uitlegging – in tegengestelde zin aan die van de voorzieningenrechter – van het geheel van toepasselijke regels.

84. Indien dit, zoals ik meen, het geval is, zou de tweede prejudiciële vraag ofwel als louter hypothetisch kunnen worden aangemerkt (aangezien zij informeert naar het bestaansrecht van een „marginale” toetsing die in werkelijkheid in de twee voorgaande fasen van de procedure niet heeft plaatsgevonden), ofwel ontkennend moeten beantwoord, zoals ik in overweging geef, genuanceerd met een bijzondere verwijzing naar de omstandigheden van het voor de Nederlandse rechterlijke instanties gevoerde proces. Op basis van het verwijzingsdossier kan niet worden geconcludeerd dat de door de rechterlijke instanties in het hoofdgeding verrichte toetsing tot een dergelijke beoordeling beperkt is gebleven.

V – Conclusie

85. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden als volgt te beantwoorden:

- „1) Artikel 45, lid 2, 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, verzet zich niet tegen een nationale bepaling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan de aanbestedende dienst het evenredigheidsbeginsel moet toepassen bij de uitsluiting van een inschrijver die zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout, ook wanneer deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk in het beschrijvend document is opgenomen.
- 2) De artikelen 1 en 2 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, zijn niet verenigbaar met een bepaling of algemene praktijk van een lidstaat die de draagwijdte van de beroepsprocedures beperkt tot de loutere toetsing van de redelijkheid van de besluiten van aanbestedende diensten.”

42 — Punt 56 van haar schriftelijke opmerkingen.