



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

6 december 2017\*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Werkingsfeer – Verordening (EG) nr. 1083/2006 – Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, Europees Sociaal Fonds en Cohesiefonds – Contract inzake de financiering van de bouw van een autosnelweg, met de Europese Investeringsbank gesloten vóór de toetreding van de lidstaat tot de Europese Unie – Begrip onregelmatigheid in de zin van verordening nr. 1083/2006”

In zaak C-408/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Curte de Apel București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) bij beslissing van 20 mei 2016, ingekomen bij het Hof op 21 juli 2016, in de procedure

**Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**, voorheen **Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA**,

tegen

**Ministerul Fondurilor Europene – Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe**,

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: J. Malenovský, kamerpresident, D. Šváby (rapporteur) en M. Vilaras, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- **Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**, vertegenwoordigd door C. Homor, A. Docu, R. Simionescu, I. L. Axente, N. C. Mărgărit, A. Filipescu, H. Nicolae en M. Curculescu,
- **Ministerul Fondurilor Europene - Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe**, vertegenwoordigd door D.C. Dinu als gemachtigde,

\* Procestaal: Roemeens.

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door B.-R. Killmann, A. Tokár en L. Nicolae als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 15 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114) en van artikel 2, punt 7, artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1260/1999 (PB 2006, L 210, blz. 25).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, voorheen Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (hierna: „CNADNR”), en Ministerul Fondurilor Europene - Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe (Ministerie van Europese Fondsen – directoraat-generaal Beheer van Buitenlandse Fondsen, Roemenië) over een besluit van de Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial „Transport” (managementautoriteit van het sectoraal operationeel programma „Vervoer”, Roemenië; hierna: „AMPOST”) houdende toepassing van een financiële correctie wegens schending van richtlijn 2004/18 in het kader van de plaatsing van een overheidsopdracht voor werken die aanvankelijk werden medegefinancierd door de Europese Investeringsbank (EIB) en vervolgens volledig en retrospectief door de Europese Unie uit het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO) en het Cohesiefonds werden gefinancierd.

### *Toepasselijke bepalingen*

#### *Unierecht*

#### *Toetredingsprotocol*

- 3 Artikel 2 van het Protocol betreffende de voorwaarden en de nadere regels voor de toelating van de Republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie (PB 2005, L 157, blz. 29; hierna: „Toetredingsprotocol”) bepaalt:

„Onmiddellijk na de toetreding zijn [...] de door de instellingen vóór de toetreding genomen besluiten verbindend voor Bulgarije en Roemenië en in deze staten toepasselijk onder de voorwaarden waarin door [het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa], in het EGA-Verdrag en in dit protocol wordt voorzien.”

- 4 Het vierde deel, „Tijdelijke bepalingen”, van dit protocol bevat een titel III, „Financiële bepalingen”, waarin artikel 27 staat, waarvan het tweede lid luidt als volgt:

„Financiële verplichtingen die vóór de toetreding in het kader van de in lid 1 bedoelde financiële pretoetredingsinstrumenten of na de toetreding in het kader van de overgangsfaciliteit als bedoeld in artikel 31 zijn aangegaan, met inbegrip van het sluiten en de registratie van de specifieke juridische verplichtingen die vervolgens zijn aangegaan en de betalingen die na de toetreding zijn verricht,

blijven vallen onder de regels en voorschriften van de financiële instrumenten in het kader van de pretoetredingsbijstand en blijven ten laste van de desbetreffende begrotingshoofdstukken tot de betrokken programma's en projecten worden afgesloten. Desalniettemin worden na de toetreding ingeleide procedures inzake overheidsopdrachten uitgevoerd overeenkomstig de toepasselijke bepalingen van de Unie."

- 5 Het vijfde deel, „Bepalingen betreffende de tenuitvoerlegging van dit protocol”, van dit protocol bevat een titel II, „Toepassing van de besluiten van de instellingen”, waarin artikel 53 staat, waarvan het eerste lid luidt als volgt:

„Bulgarije en Roemenië stellen de maatregelen in werking die nodig zijn om vanaf het tijdstip van toetreding uitvoering te geven aan de Europese kaderwetten en de Europese verordeningen die verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties de bevoegdheid laten vorm en middelen te kiezen in de zin van artikel I-33 [van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa], en aan de richtlijnen en beschikkingen in de zin van artikel 249 [EG] en van artikel 161 van het Euratom-Verdrag, tenzij in dit protocol een andere termijn is vastgesteld. Zij delen deze maatregelen uiterlijk op de datum van toetreding of, in voorkomend geval, voor de in dit protocol vastgestelde termijn, aan de Commissie mee.”

#### *Richtlijn 2004/18*

- 6 In overweging 22 van richtlijn 2004/18 staat te lezen:

„Er dienen bepalingen te worden voorgesteld voor gevallen waarin de maatregelen tot coördinatie van de procedures niet noodzakelijk van toepassing dienen te zijn [...] doordat specifieke aanbestedingsvoorschriften van toepassing zijn die [...] eigen zijn aan internationale organisaties.”

- 7 Artikel 15, „Op grond van internationale voorschriften geplaatste opdrachten”, van deze richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten waarvoor andere procedurevoorschriften gelden en die worden geplaatst:

[...]

- c) volgens de specifieke procedure van een internationale organisatie.”

#### *Verordening nr. 1083/2006*

- 8 In overweging 22 van verordening nr. 1083/2006 staat te lezen:

„Het optreden van de fondsen en de concrete acties die zij helpen financieren, moeten coherent zijn met het gemeenschapsbeleid op andere gebieden en moeten in overeenstemming zijn met de communautaire wetgeving.”

- 9 Artikel 2 van deze verordening bepaalt:

„Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

7. „onregelmatigheid’: elke inbreuk op een bepaling van het gemeenschapsrecht als gevolg van een handeling of nalatigheid van een marktdeelnemer waarbij de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen door een onverschuldigde uitgave wordt of zou kunnen worden benadeeld.”

10 Artikel 9, lid 5, van deze verordening bepaalt:

„De uit de fondsen gefinancierde concrete acties zijn in overeenstemming met het Verdrag en met alle krachtens het Verdrag vastgestelde besluiten.”

11 Deel 2, „Grote projecten”, van hoofdstuk II van titel III van verordening nr. 1083/2006 bevat artikel 39 van deze verordening, dat luidt als volgt:

„Binnen een operationeel programma kunnen het EFRO en het Cohesiefonds uitgaven financieren in verband met een concrete actie die bestaat uit een geheel van werkzaamheden, activiteiten of diensten dat bedoeld is om op zichzelf een ondeelbare functie van nauwkeurig omschreven economische en technische aard te vervullen, dat op duidelijk omschreven doelstellingen is gericht en waarvoor de totale kosten hoger zijn dan 25 miljoen EUR voor milieuprojecten of hoger dan 50 miljoen EUR voor projecten op andere gebieden (hierna te noemen: „grote projecten”).”

12 Artikel 41, „Besluit van de Commissie”, van deze verordening luidt als volgt:

„1. De Commissie beoordeelt het grote project, indien nodig met behulp van externe deskundigen waaronder de EIB, op basis van de in artikel 40 bedoelde elementen, de samenhang met de prioriteiten van het operationele programma, de bijdrage tot het bereiken van de doelstellingen van deze prioriteiten en de coherentie met de andere beleidstakken van de Gemeenschap.

2. De Commissie neemt zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk drie maanden nadat de lidstaat of de managementautoriteit een groot project heeft ingediend, een besluit, mits de indiening is geschied overeenkomstig artikel 40. In dat besluit wordt de fysieke inhoud van het project omschreven, wordt het bedrag bepaald waarvoor het cofinancieringspercentage voor [de] prioritaire as geldt, en wordt het jaarschema van de financiële bijdrage uit het EFRO of het Cohesiefonds vastgesteld.

3. Als de Commissie weigert een financiële bijdrage van de fondsen tot een groot project te verlenen, geeft zij de lidstaat de redenen hiervan binnen de termijn en volgens de voorwaarden vermeld in lid 2.”

13 In artikel 60 van verordening nr. 1083/2006 wordt bepaald:

„De managementautoriteit is ervoor verantwoordelijk dat het operationele programma overeenkomstig het beginsel van goed financieel beheer wordt beheerd en uitgevoerd, en moet met name:

a) erop toezien dat de concrete acties voor financiering worden geselecteerd met inachtneming van de voor het operationele programma geldende criteria en gedurende de hele uitvoeringsperiode in overeenstemming zijn met de geldende communautaire en nationale voorschriften;

[...]”

14 Artikel 98, lid 2, van deze verordening luidt als volgt:

„De lidstaat past de financiële correcties toe die noodzakelijk zijn in verband met eenmalige of systematische onregelmatigheden die bij concrete acties of operationele programma’s zijn geconstateerd. De door de lidstaat verrichte correcties bestaan in een volledige of gedeeltelijke intrekking van de overheidsbijdrage aan het operationele programma. De lidstaat houdt rekening met de aard en de ernst van de onregelmatigheden en met het financiële verlies voor de fondsen.

De lidstaat mag de communautaire middelen die op deze wijze beschikbaar komen, overeenkomstig lid 3 tot en met 31 december 2015 opnieuw gebruiken voor het betrokken operationele programma.”

#### *Gids van de EIB*

- 15 De EIB beschikt over een „Gids voor de plaatsing van opdrachten voor door de EIB gefinancierde projecten”. Deze gids, in de versie van 2004 (hierna: „gids van de EIB”) ervan, heeft tot doel de ontwikkelaars van projecten waarvoor de opdrachten geheel of ten dele door de EIB worden gefinancierd, in kennis te stellen van de wijze waarop dezen de opdrachten voor de werken, leveringen en diensten die voor het betrokken project noodzakelijk zijn en waarvoor de EIB financiering heeft toegekend, dienen te plaatsen. Hij bestaat uit drie hoofdstukken en maakt onderscheid tussen de regels voor acties binnen de Unie, die het onderwerp zijn van hoofdstuk 2, en de regels voor acties buiten de Unie, die het onderwerp zijn van hoofdstuk 3. In hoofdstuk 3 van de gids van de EIB wordt gepreciseerd dat „[d]e [kandidaat]-lidstaten [...] de richtlijnen [van de Unie] geleidelijk in hun wetgeving opnemen. In [deze] gids vallen die landen onder de bepalingen van hoofdstuk 3, ‚Acties buiten de Unie [...]’, tot op de tijdens de onderhandelingen met de Commissie overeengekomen datum voor toepassing van de ‚Europese’ richtlijnen betreffende het plaatsen van opdrachten voor zover zij deze richtlijnen op die datum daadwerkelijk in nationale wetgeving hebben omgezet. Op dat ogenblik worden de bepalingen van hoofdstuk 2, ‚Acties binnen de Unie’, op hen van toepassing.”

#### *Roemeens recht*

##### *OUG nr. 34/2006*

- 16 Richtlijn 2004/18 is in Roemeens recht omgezet bij de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 din 19 aprilie 2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (dringende verordening nr. 34/2006 van de regering van 19 april 2006 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten, concessies van openbare werken en dienstenconcessies, *Monitorul Oficial al României*, Deel I, nr. 418 van 15 mei 2006; hierna: „OUG nr. 34/2006”). Artikel 14, lid 1, van deze verordening bepaalt:

„De onderhavige dringende verordening is niet van toepassing wanneer de overheidsopdracht wordt geplaatst overeenkomstig

[...]

c) specifieke procedures van internationale organisaties en instellingen

[...]”

##### *OUG nr. 72/2007*

- 17 De Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 72/2007 din 28 iunie 2007 privind unele măsuri derogatorii de la OUG nr. 34/2006 (dringende verordening nr. 72/2007 van de regering van 28 juni 2007 houdende bepaalde maatregelen waarbij wordt afgeweken van OUG nr. 34/2006 (*Monitorul Oficial al României*, Deel I, nr. 441 van 29 juni 2007; hierna: „OUG nr. 72/2007”), bevat één enkel artikel, waarin wordt bepaald:

„In afwijking van de bepalingen van [OUG nr. 34/2006] [...] betreffende de procedures van plaatsing van overheidsopdrachten voor werken – [...] EIB-lening VI, afgesloten in december 2006, autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj [...] – blijft [CNADNR] de bepalingen van hoofdstuk 3 van de gids van de [EIB] toepassen; [...]”

### *Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

- 18 Met betrekking tot het project voor de bouw van de autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj is aanvankelijk, op 23 december 2003, een financieringscontract gesloten tussen Roemenië, de EIB en de aanbestedende dienst van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht voor werken, CNADNR.
- 19 Op basis van dit contract is op 2 december 2004 tussen dezelfde partijen een leningsovereenkomst gesloten ter financiering van de bouw van verschillende vakken van die autosnelweg. In deze overeenkomst wordt bepaald dat „CNADNR de procedures van de EIB inzake de aankoop van de goederen, het betrekken van de diensten en de uitvoering van de werken die nodig zijn voor de projecten naleeft [en] overeenkomstig de bepalingen [van deze financieringsovereenkomst]”, namelijk „via voor gegadigden uit alle landen openstaande internationale oproepen tot indiening van offertes, onderhandelt over contracten en deze afsluit”.
- 20 In het kader van deze leningsovereenkomst en met het oog op de plaatsing van de overheidsopdracht voor werken voor de bouw van de autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj heeft CNADNR op 28 februari 2006 een contract gesloten om de consultancy-diensten te betrekken die nodig waren voor de opstelling van het dossier voor de plaatsing van deze opdracht. Aangezien Roemenië nog geen lid van de Unie was, is het dossier voor de plaatsing van deze opdracht opgesteld overeenkomstig hoofdstuk 3, „Acties binnen de Unie [...]”, van de gids van de EIB.
- 21 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt, enerzijds, dat de procedure van plaatsing van de overheidsopdracht voor werken voor de bouw van de autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj op 17 juli 2007 is begonnen met de bekendmaking van het bericht van prekwalificatie in het kader van een niet-openbare oproep tot indiening van offertes, en anderzijds, dat deze opdracht op 15 december 2008 is gegund.
- 22 Op 27 oktober 2009 heeft Roemenië de Commissie verzocht, het project inzake de bouw van de autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj als „groot project” in de zin van artikel 39 van verordening nr. 1083/2006 in het kader van het sectoraal operationeel programma „Vervoer 2007-2013” in aanmerking te laten komen voor retrospectieve financiering uit het EFRO en het Cohesiefonds.
- 23 Bij twee achtereenvolgende besluiten uit, respectievelijk, 2010 en 2014 heeft de Commissie de volledige financiering van dat project uit het EFRO en het Cohesiefonds goedgekeurd. Bij wege van een financieringscontract is de bron van de financiering van dit project aldus in dier voege gewijzigd dat voor dit project thans uit hoofde van het sectoraal operationeel programma „Vervoer 2007-2013” Europese geldmiddelen worden toegekend die niet hoeven te worden terugbetaald.
- 24 Met het oog op de vergoeding van de door de aanbestedende dienst gedane uitgaven en rekening houdend met de aanbevelingen van de Commissie betreffende de inachtneming van de Unieregeling inzake overheidsopdrachten in het geval van retrospectieve financiering van projecten, heeft AMPOST het dossier van de plaatsing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht voor werken gecontroleerd. Aan het einde van deze controle heeft die autoriteit bij nota van 29 juni 2015 onregelmatigheden vastgesteld en bij besluit van 24 augustus 2015 een financiële correctie van 10 % van de waarde van de voor financiering in aanmerking komende uitgaven voor de op 15 december 2008 gegunde opdracht voor werken toegepast.
- 25 Ter motivering van deze financiële correctie heeft AMPOST in de eerste plaats eraan herinnerd dat de Commissie voor de toekenning van Europese financiering die niet hoeft te worden terugbetaald, voor een actie eist dat de bepalingen van de op de datum van de uitnodiging tot deelneming aan de procedure van plaatsing van de betrokken opdracht van kracht zijnde richtlijnen inzake plaatsing van overheidsopdrachten in acht worden genomen. In dit verband heeft deze autoriteit geoordeeld dat richtlijn 2004/18 op de procedure van plaatsing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht voor werken van toepassing was omdat deze procedure pas na de toetreding van Roemenië tot de Unie is begonnen. In de tweede plaats heeft AMPOST erop gewezen dat drie

prekwalificatiecriteria voor deze opdracht restrictiever waren dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet, namelijk ten eerste een criterium inzake de persoonlijke situatie van de gegadigde en in het bijzonder inzake diens antecedenten op het gebied van niet-uitvoering van opdrachten, dat in strijd zou zijn met de artikelen 44 en 45 van richtlijn 2004/18, ten tweede een criterium inzake de financiële situatie van de gegadigde, dat in strijd zou zijn met artikel 47 van deze richtlijn, en ten derde een criterium inzake de ervaring van de gegadigde, dat niet zou voldoen aan artikel 48 van de richtlijn. In de laatste plaats heeft AMPOST echter erop gewezen dat naar nationaal recht, te weten OUG nr. 72/2007 waarbij uitdrukkelijk werd afgeweken van OUG nr. 34/2006 houdende omzetting van richtlijn 2004/18 in nationaal recht, het gebruik van deze criteria was toegestaan.

- 26 CNADNR heeft bij de verwijzende rechterlijke instantie een beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van het besluit van AMPOST van 24 augustus 2015 en van de nota van 29 juni 2015 houdende vaststelling van onregelmatigheden en oplegging van financiële correcties met betrekking tot het project van de bouw van de autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj.
- 27 Ter ondersteuning van haar beroep voert CNADNR aan dat de financiële correctie van 10 % van de waarde van de voor financiering in aanmerking komende uitgaven voor de bouw van de autosnelweg Arad-Timișoara-Lugoj op een onjuiste uitlegging van de bepalingen van OUG nr. 34/2006, OUG nr. 72/2007 en richtlijn 2004/18 berust. CNADNR betoogt dat aan de aanbestedende dienst niet kan worden verweten dat hij onrechtmatige of ten opzichte van deze richtlijn restrictieve prekwalificatiecriteria heeft opgesteld, aangezien deze opdracht ab initio overeenkomstig hoofdstuk 3 van de gids van de EIB was geplaatst.
- 28 Het Ministerie van de Europese Fondsen – directoraat-generaal Beheer van Buitenlandse Fondsen betoogt dat AMPOST de controle juist overeenkomstig richtlijn 2004/18 heeft verricht omdat de procedure van plaatsing van de betrokken opdracht afweek van die waarin OUG nr. 34/2006 voorzag. Gelet op de vervanging van de financieringsbron – de actie wordt thans in het kader van het sectoraal operationeel programma „Vervoer 2007-2013” uit het Cohesiefonds gefinancierd – diende deze autoriteit immers erop toe te zien dat bij de gunning van deze opdracht de bepalingen van het Unierecht en in het bijzonder de regels inzake overheidsopdrachten in acht worden genomen.
- 29 De verwijzende rechterlijke instantie vraagt zich in de eerste plaats af, welke regeling *ratione temporis* van toepassing is, en denkt daarbij niet alleen aan artikel 27 van het Toetredingsprotocol, dat betrekking heeft op de financiële verbintenissen die de betrokken lidstaten vóór hun toetreding tot de Unie zijn aangegaan, maar ook aan artikel 53 van dit protocol, volgens hetwelk de bepalingen van afgeleid recht onmiddellijk van toepassing zijn vanaf de datum waarop deze lidstaten tot de Unie zijn toegetreten.
- 30 In de tweede plaats vraagt de verwijzende rechterlijke instantie zich af, of artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18, volgens hetwelk deze richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten waarvoor andere procedurevoorschriften gelden en die worden geplaatst volgens de specifieke procedure van een internationale organisatie, aldus kan worden uitgelegd dat het een lidstaat toestaat om na zijn toetreding tot de Unie deze richtlijn niet toe te passen voor zover deze lidstaat is gebonden door een vóór zijn toetreding met de EIB gesloten financieringscontract op grond waarvan voor de procedures van plaatsing van overheidsopdrachten restrictievere specifieke criteria gelden dat die waarin deze richtlijn voorziet.
- 31 De verwijzende rechterlijke instantie vraagt zich ook af of richtlijn 2004/18 zich verzet tegen een door de betrokken lidstaat na zijn toetreding tot de Unie vastgestelde normatieve handeling van nationaal recht waarbij de aanbestedende dienst wordt verplicht om, in afwijking van de normatieve handeling waarbij deze richtlijn in nationaal recht is omgezet, de gids van de EIB te volgen.

- 32 Dienaangaande is de verwijzende rechterlijke instantie van oordeel dat een kandidaat-lidstaat die een financiering heeft gekregen voor het tijdvak van de onderhandelingen, na zijn toetreding tot de Unie niet meer is onderworpen aan het hoofdstuk van de gids van de EIB dat betrekking heeft op de externe acties, maar wel is onderworpen aan hoofdstuk 2, „Acties binnen de Europese Unie”, van deze gids, waaruit zou volgen dat richtlijn 2004/18 wel degelijk van toepassing is.
- 33 In de derde plaats vraagt de verwijzende rechterlijke instantie zich in dit verband af of – nu AMPOST erop heeft gewezen dat bepaalde voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht voor werken vastgestelde prekwificatiecriteria restrictiever waren dan die waarin richtlijn 2004/18 voorzagt, kan worden geoordeeld dat een dergelijke opdracht in overeenstemming is met de Unieregeling en in aanmerking komt voor retrospectief toegekende Europese financiering die niet hoeft te worden terugbetaald.
- 34 In die omstandigheden heeft de Curte de Apel București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over het volgende vragen:
- „1) Moet artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18 in die zin worden uitgelegd dat het een lidstaat toestaat, na zijn toetreding tot de [...] Unie deze richtlijn niet toe te passen wanneer hij vóór de toetreding een financieringscontract met de [EIB] heeft gesloten op grond waarvan bij de procedures van plaatsing van overheidsopdrachten de specifieke criteria moeten worden toegepast die de kredietverstrekker heeft opgelegd en die – zoals in casu – restrictiever zijn dan die waarin deze richtlijn voorziet?
- 2) Moet richtlijn 2004/18 in die zin worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een normatieve handeling van nationaal recht zoals [OUG] nr. 72/2007, volgens welke de bepalingen van de [gids van de EIB] van toepassing zijn in afwijking van de normatieve handeling waarbij deze richtlijn in nationaal recht is omgezet, in het onderhavige geval [OUG] nr. 34/2006, om redenen als die welke in de memorie van toelichting (bij eerstgenoemde OUG) zijn uiteengezet, teneinde het vóór de toetreding gesloten financieringscontract in acht te nemen?
- 3) Wat de uitlegging van artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening nr. 1083/2006 betreft, kan een overeenkomstig de bepalingen van de [gids van de EIB] en het nationale recht georganiseerde procedure van plaatsing van een overheidsopdracht worden geacht in overeenstemming te zijn met het Unierecht en in aanmerking te komen voor retrospectieve toekenning van Europese financiering die niet hoeft te worden terugbetaald?
- 4) Ingeval de vorige vraag ontkennend wordt beantwoord en wordt geoordeeld dat de overheidsopdracht voldoet aan de eisen van het sectoraal operationeel programma ‚Vervoer 2007-2013’, vormt een dergelijk vermoeden van schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten (vaststelling van criteria voor de prekwificatie van inschrijvers als die welke zijn neergelegd in de [gids van de EIB], die restrictiever zijn dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet [...]) dan een ‚onregelmatigheid’ in de zin van artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006, die voor de betrokken lidstaat de verplichting tot toepassing van een financiële correctie/procentuele vermindering krachtens artikel 98, lid 2, van die verordening doet ontstaan?”



## ***Beantwoording van de prejudiciële vragen***

### *Voorafgaande opmerkingen*

- 35 Om de gestelde vragen te beantwoorden dient om te beginnen te worden nagegaan of richtlijn 2004/18 *ratione temporis* wel van toepassing is, aangezien bepaalde door de verwijzende rechterlijke instantie genoemde feiten hebben plaatsgevonden vóór Roemenië tot de Unie is toetreden. Uit artikel 2 van het Toetredingsprotocol volgt immers dat door de instellingen van de Unie vóór deze toetreding genomen besluiten vanaf de datum van die toetreding verbindend zijn voor Roemenië en in deze staat van toepassing zijn onder de voorwaarden waarin de verdragen en dit protocol voorzien.
- 36 Dienaangaande volgt uit artikel 53, lid 1, van dit protocol dat Roemenië de maatregelen in werking doet treden die nodig zijn om vanaf het tijdstip van zijn toetreding tot de Unie uitvoering te geven aan de richtlijnen die voor elke lidstaat van bestemming verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties de bevoegdheid laten vorm en middelen te kiezen, tenzij in dit protocol een andere termijn is vastgesteld.
- 37 Vast staat echter dat niet is voorzien in een dergelijke termijn voor de omzetting van richtlijn 2004/18 in nationaal recht. Roemenië diende deze richtlijn dus te volgen vanaf datum van zijn toetreding tot de Unie, overeenkomstig het beginsel van onmiddellijke en volledige toepassing van het Unierecht op de nieuwe lidstaten (zie in die zin arrest van 3 december 1998, KappAhl, C-233/97, EU:C:1998:585, punt 15).
- 38 Bijgevolg dient te worden nagegaan of richtlijn 2004/18 wel van toepassing is op een procedure van plaatsing van overheidsopdrachten voor werken als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.
- 39 Dienaangaande is het vaste rechtspraak dat de op een overheidsopdracht toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen, en definitief uitmaakt of er een verplichting bestaat om voor de gunning van deze opdracht een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 83).
- 40 Geoordeeld dient te worden dat wanneer in een procedure van plaatsing van een opdracht een aankondiging van opdracht wordt bekendgemaakt, de datum van deze bekendmaking het tijdstip is waarop de aanbestedende dienst definitief uitmaakt of voor de gunning van de opdracht een voorafgaande oproep tot mededinging moet worden gedaan. Deze datum is dus bepalend voor het beoordelen van de rechtmatigheid van de voorwaarden betreffende een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht.
- 41 In het onderhavige geval is in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure van plaatsing van een opdracht voor werken een aankondiging van opdracht bekendgemaakt in het supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 17 juli 2007, dus na de toetreding van Roemenië tot de Unie. Aangezien het Toetredingsprotocol niet voorzag in enige overgangsmaatregel die de toepassing van richtlijn 2004/18 kon uitstellen, dient dus te worden geoordeeld dat deze richtlijn *ratione temporis* van toepassing is op een procedure van plaatsing van een opdracht als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

### *Eerste en tweede vraag*

- 42 Met haar eerste en haar tweede vraag, die samen dienen te worden behandeld, wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of richtlijn 2004/18, en met name artikel 15, onder c), ervan, in die zin moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een regeling van een lidstaat die voorschrijft dat voor een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht waarmee na de datum

van toetreding van die lidstaat tot de Unie is begonnen voor de verwezenlijking van een project waarmee een aanvang was gemaakt op basis van een vóór die toetreding met de EIB gesloten financieringscontract, de specifieke criteria van de gids van de EIB moeten worden toegepast, die niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van deze richtlijn.

- 43 Artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18 bepaalt dat deze richtlijn niet toepassing is op overheidsopdrachten waarvoor specifieke procedurevoorschriften van een internationale organisatie gelden.
- 44 Verder dient te worden opgemerkt dat dit artikel, gelezen tegen de achtergrond van overweging 22 van richtlijn 2004/18, melding maakt van drie gevallen van overheidsopdrachten waarin deze richtlijn niet van toepassing is omdat voor deze overheidsopdrachten andere procedurevoorschriften gelden. Bovendien moet erop worden gewezen dat dit artikel deel uitmaakt van afdeling 3, „Uitgesloten opdrachten”, van hoofdstuk II, „Toepassingsgebied”, van titel II, „Op overheidsopdrachten toepasselijke voorschriften”, van richtlijn 2004/18.
- 45 Zowel uit de bewoordingen van artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18 als uit de context van dit artikel blijkt aldus dat dit artikel een uitzondering op de materiële werkingssfeer van deze richtlijn vormt. Welnu, een dergelijke uitzondering moet noodzakelijkerwijze strikt worden uitgelegd (zie in die zin beschikking van 20 juni 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, niet gepubliceerd, EU:C:2013:416, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 46 Om uit te maken of een procedure van plaatsing van overheidsopdrachten als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde, waarvoor hoofdstuk 3 van de gids van de EIB geldt, onder de uitzondering van artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18 kan vallen, dient te worden nagegaan of kan worden geoordeeld dat voor een dergelijke procedure specifieke procedurevoorschriften van een internationale organisatie gelden.
- 47 Zoals in punt 41 van het onderhavige arrest is vastgesteld, is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aankondiging van opdracht echter bekendgemaakt na de toetreding van Roemenië tot de Unie.
- 48 In die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat voor een procedure als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde specifieke procedurevoorschriften van een internationale organisatie gelden in de zin van artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18.
- 49 Roemenië kan zich na de datum van zijn toetreding tot de Unie dus niet beroepen op de in artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18 bepaalde uitzondering inzake eerbiediging van de specifieke voorschriften van een internationale organisatie.
- 50 Zoals de verwijzende rechterlijke instantie heeft opgemerkt, vindt een dergelijke uitlegging overigens steun in de bewoordingen van de gids van de EIB, volgens welke een kandidaat-lidstaat die financiering van de EIB heeft gekregen, vanaf zijn toetreding tot de Unie niet meer is onderworpen aan hoofdstuk 3 van deze gids, dat betrekking heeft op acties buiten de Unie, maar wel aan hoofdstuk 2 van deze gids, dat betrekking heeft op acties binnen de Unie, en de richtlijnen inzake de procedure van plaatsing van overheidsopdrachten moet toepassen.
- 51 Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 2004/18 in de weg staat aan een normatieve handeling van nationaal recht zoals OUG nr. 72/2007, volgens welke in afwijking van de bepalingen van deze richtlijn de bepalingen van hoofdstuk 3 van de gids van de EIB van toepassing zijn.
- 52 Gelet op een en ander dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2004/18, en met name artikel 15, onder c), ervan, in die zin moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een regeling van een lidstaat die voorschrijft dat voor een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht waarmee na de datum van toetreding van die lidstaat tot de Unie is begonnen voor

de verwezenlijking van een project waarmee een aanvang was gemaakt op basis van een vóór die toetreding met de EIB gesloten financieringscontract, de specifieke criteria van de gids van de EIB moeten worden toegepast, die niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van deze richtlijn.

*Derde en vierde vraag*

- 53 Met haar derde en haar vierde vraag, die samen dienen te worden behandeld, wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening nr. 1083/2006 in die zin moeten worden uitgelegd dat een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding, waarin criteria zijn toegepast die restrictiever zijn dan die welke in richtlijn 2004/18 worden genoemd, kan worden geacht in overeenstemming te zijn met het Unierecht en in aanmerking te komen voor retrospectief toegekende Europese financiering die niet hoeft te worden terugbetaald, en of, in voorkomend geval, artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 in die zin moet worden uitgelegd dat het gebruik van criteria voor de prekwalificatie van inschrijvers die restrictiever zijn dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet, een „onregelmatigheid” in de zin van die bepaling oplevert die de toepassing van een financiële correctie krachtens artikel 98 van die verordening rechtvaardigt.
- 54 Wat het eerste aspect betreft, blijkt uit de bewoordingen van artikel 9, lid 5, van verordening nr. 1083/2006, gelezen tegen de achtergrond van overweging 22 van deze verordening, dat de Europese fondsen slechts zijn bestemd voor de financiering van acties die in overeenstemming zijn met het Verdrag en met de krachtens het Verdrag vastgestelde besluiten.
- 55 Bovendien wordt in artikel 60, onder a), van verordening nr. 1083/2006 bepaald dat de managementautoriteit erop moet toezien dat de voor financiering geselecteerde acties gedurende de hele uitvoeringsperiode in overeenstemming zijn met de geldende Unieregels en de geldende nationale regels.
- 56 Verordening nr. 1083/2006 maakt aldus deel uit van de regeling ter verzekering van een goed beheer van de fondsen van de Unie en ter verzekering van de bescherming van de financiële belangen van de Unie (zie in die zin arrest van 26 mei 2016, *Județul Neamț en Județul Bacău*, C-260/14 en C-261/14, EU:C:2016:360, punt 34).
- 57 Hieruit volgt dat de Unie met haar fondsen slechts acties beoogt te financieren die volledig in overeenstemming zijn met het Unierecht, de regels inzake overheidsopdrachten daaronder begrepen (zie in die zin arrest van 14 juli 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 58 In het onderhavige geval staat vast dat CNADNR voor de prekwalificatie van de inschrijvers de regels van hoofdstuk 3 van de gids van de EIB heeft gevolgd. In dit verband sluit het volgen van de regels van deze gids niet ab initio uit dat de uit richtlijn 2004/18 voortvloeiende regels in acht worden genomen. Uit de door de verwijzende rechterlijke instantie verstrekte aanwijzingen blijkt echter dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde prekwalificatiecriteria restrictiever zijn dan die welke in de artikelen 44, 45 en 47 van richtlijn 2004/18 worden genoemd.
- 59 Gelet op het voorgaande kan niet worden geoordeeld dat een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding, in het kader waarvan criteria zijn toegepast die restrictiever zijn dan die welke in richtlijn 2004/18 worden genoemd, volledig in overeenstemming met het Unierecht is gevoerd.
- 60 Wat het tweede in punt 53 van het onderhavige arrest genoemde aspect betreft, volgt uit de definitie in artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 dat een schending van het Unierecht slechts een „onregelmatigheid” in de zin van die bepaling oplevert indien de algemene begroting van de Unie

daarbij door een onverschuldigde uitgave wordt of zou kunnen worden benadeeld. Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat een dergelijke schending slechts als een „onregelmatigheid” kan worden beschouwd indien zij als zodanig een weerslag kon hebben op de begroting. Bewijs van het bestaan van een specifieke financiële weerslag is echter niet vereist (arrest van 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 61 Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat inbreuk op de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten een onregelmatigheid in de zin van artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 oplevert, voor zover niet kan worden uitgesloten dat deze inbreuk een weerslag heeft gehad op de begroting van het betrokken fonds (arrest van 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 45).
- 62 In het onderhavige geval levert het gebruik van criteria voor de prekwalificatie van de inschrijvers die restrictiever zijn dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet, een „onregelmatigheid” in de zin van artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 op wanneer niet kan worden uitgesloten dat het gebruik van die criteria een weerslag heeft gehad op de begroting van het betrokken fonds.
- 63 In dit verband blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat in het hoofdgeding AMPOST erop heeft gewezen dat de criteria voor de prekwalificatie van de inschrijvers restrictiever waren dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet, en tot gevolg hadden dat de groep van deelnemers aan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure van plaatsing van een overheidsopdracht werd beperkt, zodat een weerslag op de begroting van het fonds niet kan worden uitgesloten, waarbij het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat na te gaan of dit het geval is.
- 64 Ten slotte dient voor het antwoord op de vraag of deze onregelmatigheid de toepassing van een financiële correctie krachtens artikel 98 van verordening nr. 1083/2006 rechtvaardigt, erop te worden gewezen dat het aan de lidstaten staat om een financiële correctie toe te passen wanneer een onregelmatigheid is vastgesteld.
- 65 Daartoe legt lid 2 van dit artikel de bevoegde nationale autoriteit de verplichting op, bij het vaststellen van het bedrag van de toe te passen correctie drie criteria in aanmerking nemen, namelijk de aard van de geconstateerde onregelmatigheid, de ernst ervan en het financiële verlies dat daaruit voor het betrokken fonds is voortgevloeid (arrest van 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 47).
- 66 Gaat het, zoals in het hoofdgeding, om een incidentele en niet om systematische onregelmatigheid, dan houdt dit laatste vereiste noodzakelijkerwijs een onderzoek per geval in, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden die voor een van deze drie criteria relevant zijn.
- 67 In het onderhavige geval is de omstandigheid dat CNADNR zich heeft gehouden aan de nationale wettelijke regeling op grond waarvan zij verplicht was af te wijken van richtlijn 2004/18, zodat zij over geen enkele beoordelingsmarge ter zake van de te volgen procedure van plaatsing van overheidsopdrachten beschikte, een omstandigheid die invloed kan hebben op het eindbedrag van de toe te passen financiële correctie, waarbij het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat dit te beoordelen aan de hand van de concrete omstandigheden de zaak.
- 68 Gelet op een en ander dient op derde en de vierde vraag te worden geantwoord:
  - Artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening nr. 1083/2006 moeten in die zin worden uitgelegd dat een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding, waarin criteria zijn toegepast die restrictiever zijn dan die welke in richtlijn 2004/18 worden genoemd, niet kan worden geacht volledig in overeenstemming met het Unierecht te zijn gevoerd en niet in aanmerking komt voor retrospectief toegekende Europese financiering die niet hoeft te worden terugbetaald.

- Artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 moet in die zin worden uitgelegd dat het gebruik van criteria voor de prekwificatie van inschrijvers die restrictiever zijn dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet, een „onregelmatigheid” in de zin van die bepaling oplevert die de toepassing van een financiële correctie krachtens artikel 98 van die verordening rechtvaardigt wanneer niet kan worden uitgesloten dat het gebruik van die criteria een weerslag heeft gehad op de begroting van het betrokken fonds, waarbij het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat na te gaan of dit het geval is.

### *Kosten*

- <sup>69</sup> Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende 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 (Achtste kamer) verklaart voor recht:

- 1) **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, en met name artikel 15, onder c), ervan, moet in die zin worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een regeling van een lidstaat die voorschrijft dat voor een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht waarmee na de datum van toetreding van die lidstaat tot de Europese Unie is begonnen voor de verwezenlijking van een project waarmee een aanvang was gemaakt op basis van een vóór die toetreding met de Europese Investeringsbank gesloten financieringscontract, de specifieke criteria van de gids van de Europese Investeringsbank voor plaatsing van overheidsopdrachten moeten worden toegepast, die niet overeenstemming zijn met de bepalingen van deze richtlijn.**
- 2) **Artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1260/1999 moeten in die zin worden uitgelegd dat een procedure van plaatsing van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding, waarin criteria zijn toegepast die restrictiever zijn dan die welke in richtlijn 2004/18 worden genoemd, niet kan worden geacht volledig in overeenstemming met het Unierecht te zijn gevoerd en niet in aanmerking komt voor retrospectief toegekende Europese financiering die niet hoeft te worden terugbetaald.**

Artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 moet in die zin worden uitgelegd dat het gebruik van criteria voor de prekwificatie van inschrijvers die restrictiever zijn dan die waarin richtlijn 2004/18 voorziet, een „onregelmatigheid” in de zin van die bepaling oplevert die de toepassing van een financiële correctie krachtens artikel 98 van die verordening rechtvaardigt wanneer niet kan worden uitgesloten dat het gebruik van die criteria een weerslag heeft gehad op de begroting van het betrokken fonds, waarbij het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat na te gaan of dit het geval is.

ondertekeningen