



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

11 december 2014*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor diensten — Richtlijn 2004/18/EG — Richtlijn 89/665/EEG — Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver — Voorlopige gunning van de opdracht — Strafrechtelijke onderzoeken naar de wettelijk vertegenwoordiger van de vennootschap waaraan de opdracht is gegund — Besluit van de aanbestedende dienst om de opdracht definitief niet te gunnen en de aanbesteding in te trekken — Rechterlijke toetsing”

In zaak C-440/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissing van 10 juli 2013, ingekomen bij het Hof op 2 augustus 2013, in de procedure

Croce Amica One Italia Srl

tegen

Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU),

in tegenwoordigheid van:

Consorzio Lombardia Sanità,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (rapporteur) en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: L. Carrasco Marco, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 september 2014,

gelet op de opmerkingen van:

- Croce Amica One Italia Srl, vertegenwoordigd door M. Sica en M. Protto, advocati,
- Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU), vertegenwoordigd door V. Avolio en V. Luciano, advocati,

* Procestaal: Italiaans.

- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli en L. D’Ascia, avvocati dello Stato,
 - de Noorse regering, vertegenwoordigd door M. Emberland, H. Røstum en I. Jansen als gemachtigden,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte en A. Tokár 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 de artikelen 41, lid 1, 43 en 45 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 L 134, blz. 114).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Croce Amica One Italia Srl (hierna: „Croce Amica One”) en Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) (regionale dienst voor spoedeisende medische en verpleegkundige hulp; hierna: „AREU” of „aanbestedende dienst”) over de rechtmatigheid van het besluit van laatstgenoemde als aanbestedende dienst om de betrokken opdracht definitief niet te gunnen aan Croce Amica One, waaraan zij voorlopig was toegewezen, en de aanbesteding in te trekken.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Artikel 41 („Informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers”), lid 1, van richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers ten spoedigste in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake [...] de gunning van een opdracht [...], met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten [...] een opdracht waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan niet te plaatsen [...]; deze informatie wordt desgevraagd schriftelijk verstrekt.”
- 4 Artikel 43 („Inhoud van de processen-verbaal”) van deze richtlijn bepaalt:

„Over elke opdracht [...] stellen de aanbestedende diensten een proces-verbaal op, dat ten minste het volgende bevat:

[...]

h) in voorkomend geval, de redenen waarom de aanbestedende dienst besloten heeft een opdracht niet te plaatsen [...]

[...].”

5 Artikel 45 („Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”) van deze richtlijn preciseert:

„1. Van deelneming aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten, iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft:

- a) deelneming aan een criminele organisatie in de zin van artikel 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad [(PB 1998, L 351, blz. 1)];
- b) omkoping in de zin van artikel 3 van het besluit van de Raad van 26 mei 1997 [(PB C 195, blz. 1)], respectievelijk artikel 3, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad [(PB 1998, L 358, blz. 2)];
- c) fraude in de zin van artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap [(PB 1995, C 316, blz. 48)];
- d) witwassen van geld in de zin van artikel 1 van richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld [(PB L 166, blz. 77), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 (PB L 344, blz. 76)].

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

[...]

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

[...]

- c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

[...]

- g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

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

[...]”

6 Artikel 1 („Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”), lid 1, derde alinea, 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 (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 89/665”), bepaalt:

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

Italiaans recht

7 Aan richtlijn 2004/18 is in de Italiaanse rechtsorde uitvoering gegeven bij decreto legislativo nr. 163/2006 van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006) houdende codificatie van de regels inzake overheidsopdrachten.

8 Artikel 38 van dit decreto legislativo bepaalt:

„1. De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor het plaatsen [...] van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [...] en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

[...]

c) personen die bij een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis of bij een onherroepelijk geworden strafbeschikking zijn veroordeeld wegens ernstige, jegens de Staat of de Gemeenschap gepleegde strafbare feiten die in strijd zijn met hun beroepsgedragsregels; [...]

[...]

f) personen die zich naar het met redenen omklede oordeel van de aanbestedende dienst schuldig hebben gemaakt aan ernstige nalatigheid of zich te kwader trouw hebben gedragen bij de uitvoering van de opdrachten die hun zijn gegund door de aanbestedende dienst die de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt; of personen die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld met elk bewijsmiddel door de aanbestedende dienst;

[...]”

9 In artikel 78, lid 1, van dit decreto legislativo wordt bepaald:

„Over elke opdracht [...] stellen de aanbestedende diensten een proces-verbaal op, dat ten minste het volgende bevat:

[...]

h) in voorkomend geval, de redenen waarom de administratie besloten heeft een opdracht niet te plaatsen [...]”

10 Artikel 79, lid 1, van dit decreto legislativo luidt:

„De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers tijdig in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake [...] de gunning van een opdracht [...], met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten [...] een opdracht waarvoor een oproep tot mededinging was gedaan niet te plaatsen [...].”

11 In artikel 11, lid 9, van decreto legislativo nr. 163/2006 wordt met name erop gewezen dat de administratie haar eigen handelingen kan intrekken, schorsen of wijzigen. Deze bepaling luidt als volgt:

„Als de definitieve gunning eenmaal van kracht is en onverminderd de bevoegdheid van de administratie om in de in de wet genoemde gevallen haar handelingen in te trekken, te schorsen of te wijzigen, wordt de [opdracht-overeenkomst] binnen 60 dagen gesloten.”

12 De bevoegdheid van de administratie tot intrekking van haar eigen handelingen is als een algemeen, voor alle administratieve procedures geldend beginsel neergelegd in artikel 21 quinquies van legge n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (wet nr. 241 houdende nieuwe bepalingen op het gebied van de administratieve procedure en het recht van toegang tot administratieve documenten) van 7 augustus 1990 (GURI nr. 192 van 18 augustus 1990, blz. 7). Dit artikel is geredigeerd als volgt:

„Om redenen van algemeen belang, wanneer er sprake is van wijziging van de feitelijke situatie of bij een nieuwe beoordeling van het oorspronkelijke algemeen belang, kan de administratieve maatregel met duurzame gevolgen worden ingetrokken door het orgaan dat de maatregel heeft getroffen of door een ander in de wet voorzien orgaan; door de intrekking verliest de betrokken maatregel zijn werking.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13 Bij besluit van 28 december 2010 heeft AREU een openbare procedure uitgeschreven voor het plaatsen van een opdracht die betrekking had op „het transport per voertuig van organen, weefsel en biologische monsters, chirurgische teams en patiënten voor transplantatiedoeleinden”. De opdracht zou worden gegund voor een periode van twee jaar, eventueel te verlengen met twaalf maanden, volgens het criterium van de economisch voordeligste aanbieding.

14 Na beoordeling van de technische aanbiedingen heeft het selectiecomité drie van de vier aan de betrokken aanbestedingsprocedure deelnemende vennootschappen uitgesloten van verdere deelneming. De opdracht is bij een in een proces-verbaal van 10 mei 2011 opgenomen besluit voorlopig gegund aan de enige onderneming die nog in de running was, te weten Croce Amica One. Aangezien in casu echter was voldaan aan de voorwaarden van de nationale regeling voor het instellen van het „verplichte” onderzoek naar de onregelmatigheid van de aanbieding”, nu de score die was toegekend voor de prijs en de scores voor de andere te beoordelen aspecten gelijk of hoger waren dan vier vijfde van elk van de bovengrenzen als bepaald in de aanbesteding, heeft de aanbestedende dienst Croce Amica One verzocht bewijsstukken over te leggen in verband met haar technische aanbieding. Na afloop van dit onderzoek heeft het selectiecomité bij een in een proces-verbaal van 23 juni 2011 opgenomen besluit vastgesteld dat de aanbieding onregelmatig was.

15 Tezelfdertijd hebben de bevoegde diensten documenten betreffende die onderneming veiliggesteld in het kader van wegens oplichting en intellectuele valsheid ingestelde voorbereidende strafrechtelijke onderzoeken naar, met name, de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One.

- 16 Bij nota van 21 juli 2011 heeft de aanbestedende dienst Croce Amica One en een andere onderneming die aan de in het hoofdingen aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure had deelgenomen, ervan in kennis gesteld dat hij krachtens zijn bevoegdheid om zijn eigen handelingen in te trekken, te schorsen of te wijzigen, een procedure tot nietigverklaring van de aanbesteding had ingeleid.
- 17 Bij besluit van 8 september 2011 heeft de directeur-generaal van AREU besloten de opdracht definitief niet aan Croce Amica One te gunnen en, tegelijkertijd, de gehele aanbestedingsprocedure nietig te verklaren. In dat besluit heeft de aanbestedende dienst overwogen „dat AREU in de beschreven omstandigheden, afgezien van de onregelmatigheid van de aanbidding, om kennelijke redenen van opportuniteit en verband houdende met de beginselen van behoorlijk bestuur, hoe dan ook niet [kon] beslissen om de dienst te gunnen aan de inschrijver Croce Amica One [...] en dat hij, gelet op de noodzaak van de dienst, evenmin de afloop van de strafrechtelijke procedure of zelfs maar de conclusie van het gaande onderzoek [kon] afwachten”.
- 18 De aanbestedende dienst heeft geen nieuwe procedure voor het plaatsen van de in het hoofdingen aan de orde zijnde overheidsopdracht opgestart maar heeft de reeds bestaande dienstenovereenkomst, die was gesloten met twee verenigingen, verlengd.
- 19 Bij op 2 november 2011 bij de verwijzende rechter ingesteld beroep is Croce Amica One opgekomen tegen het in punt 17 van het onderhavige arrest bedoelde besluit van de aanbestedende dienst van 8 september 2011 en heeft zij gevraagd om nietigverklaring en voorlopige schorsing daarvan. Zij heeft bovendien een vordering ingesteld tot vergoeding van de schade die zij vanwege dat besluit zou hebben geleden.
- 20 Bij beslissing van 14 mei 2013 heeft het Tribunale di Milano (rechtbank Milaan) de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One, samen met een andere verdachte, met name beschuldigd van het strafbare feit van obstructie van openbare aanbestedingsprocedures, aangezien de betrokkene 15 valse getuigschriften van deelneming aan de cursus veilig rijden voor ambulances had overgelegd om de opdracht binnen te halen.
- 21 De verwijzende rechter is van oordeel dat de betrokken aanbestedende dienst, die schijnbaar handelde om redenen van administratieve opportuniteit verband houdende met het feit dat een strafonderzoek gaande was naar de wettelijk vertegenwoordiger van de onderneming waaraan de opdracht voorlopig was gegund, in het algemeen gesproken en onverminderd de uitoefening van de bevoegdheid waarover de administratie beschikt om haar eigen handelingen in het kader van overheidsopdrachten in te trekken, te schorsen of te wijzigen, inbreuk heeft gemaakt op artikel 45 van richtlijn 2004/18, in het bijzonder gelet op de in dat artikel vermelde „persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”.
- 22 Volgens de verwijzende rechter kan een inschrijver overeenkomstig die bepaling slechts van deelneming worden uitgesloten wanneer hij bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis is veroordeeld.
- 23 De verwijzende rechter vraagt zich tevens af hoever zijn eigen bevoegdheid dienaangaande reikt vanuit het perspectief van het Unierecht. Hij is van mening dat zijn bevoegdheid niet kan worden beperkt tot het toetsen of de administratie bij de uitoefening van haar bevoegdheid geen externe fouten heeft gemaakt. Volgens hem zou het volledig in tegenspraak zijn met de bewoordingen en de ratio legis van artikel 45 van richtlijn 2004/18, wanneer niet zou worden erkend dat de bestuursrechter een ruime bevoegdheid heeft om de feiten of de juridische concepten te onderzoeken, zoals in casu het feit dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de wettelijk vertegenwoordiger van de onderneming waaraan de opdracht voorlopig was gegund, niet definitief is vastgesteld.

- 24 In die omstandigheden heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionale bestuursrechtbank Lombardije) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Is het in overeenstemming met het gemeenschapsrecht dat de aanbestedende dienst in de uitoefening van een bevoegdheid om overheidsopdrachten in te trekken krachtens artikel 21 quinquies van wet nr. 241 [van 7 augustus 1990] kan besluiten om niet over te gaan tot de definitieve gunning van een opdracht, alleen op grond dat een strafrechtelijk onderzoek is ingesteld naar de wettelijk vertegenwoordiger van de vennootschap waaraan de opdracht voorlopig is gegund?
 - 2) Is een afwijking van het beginsel van het definitieve karakter van de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 45 van richtlijn [2004/18], om redenen van administratieve opportuniteit, waarvan de beoordeling wordt voorbehouden aan de administratie, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht?
 - 3) Is een afwijking van het beginsel van het definitieve karakter van de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 45 van richtlijn [2004/18], in het geval waarin het ingestelde strafrechtelijk onderzoek een strafbaar feit betreft dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure waarop het besluit betrekking heeft dat de administratie heeft genomen op grond van haar bevoegdheid om haar eigen handelingen te verifiëren, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht?
 - 4) Is het in overeenstemming met het gemeenschapsrecht dat de besluiten genomen door een aanbestedende dienst op het gebied van overheidsopdrachten gecontroleerd kunnen worden door een nationale administratieve rechter met volledige rechtsmacht, in de uitoefening van een controlerende bevoegdheid die hem op het gebied van overheidsopdrachten is verleend, en wel uit het oogpunt van de betrouwbaarheid en de conformiteit van het aanbod, en dus naast alleen de gevallen waarin sprake is van kennelijke onlogica, onredelijkheid, ontoereikende motivering of feitelijke dwaling?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste tot en met derde vraag

- 25 Met deze vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45 van richtlijn 2004/18, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden waarin het voorziet, eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst besluit af te zien van het plaatsen van een overheidsopdracht waarvoor een oproep tot mededinging is gedaan, en niet over te gaan tot de definitieve gunning van die opdracht aan de enige inschrijver die nog in de running was en aan wie de opdracht voorlopig was gegund.
- 26 Deze vragen en de verwijzing naar artikel 45 van richtlijn 2004/18 vinden hun oorsprong in het feit dat de directeur-generaal van AREU op 8 september 2011 heeft besloten de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht definitief niet te gunnen aan Croce Amica One, en de desbetreffende aanbestedingsprocedure nietig te verklaren.
- 27 Van meet af aan zij opgemerkt dat in het verzoek om een prejudiciële beslissing weliswaar wordt verwezen naar artikel 45 van richtlijn 2004/18, maar dat het besluit dat in het hoofdgeding wordt aangevochten blijkens het dossier in het bezit van het Hof een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van de aanbesteding en tot nietigverklaring van de aanbestedingsprocedure is. Dat besluit verschilt van het besluit tot uitsluiting van een inschrijver krachtens artikel 45 van deze richtlijn.

- 28 In deze samenhang moet onder de aandacht worden gebracht dat de precieze redenen voor het intrekken van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding niet aan het Hof zijn meegedeeld, maar dat de verwijzende rechter de gedragingen van de wettelijk vertegenwoordiger van Croce Amica One kennelijk uitsluitend in verband brengt met de uitsluitingsgronden van strafrechtelijke aard, die een veroordeling bij een definitief geworden vonnis vereisen, dat wil zeggen de uitsluitingsgronden die worden genoemd in artikel 45, leden 1 en 2, sub c, van richtlijn 2004/18. In dit verband is het nuttig te preciseren dat de aanbestedende diensten op basis van de uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, sub d en g, van deze richtlijn ook iedere ondernemer kunnen uitsluiten die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, of die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die kunnen worden verlangd met het oog op de kwalitatieve selectie van de aanbiedingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt, zonder dat is vereist dat jegens hem een veroordeling bij een onherroepelijk vonnis is uitgesproken.
- 29 Een besluit tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht moet de artikelen 41, lid 1, en 43 van richtlijn 2004/18 in acht nemen.
- 30 Artikel 41, lid 1, van richtlijn 2004/18 voorziet in de verplichting de gegadigden en inschrijvers ten spoedigste in kennis te stellen van een dergelijk besluit, met opgave van de redenen ervoor. Artikel 43 van deze richtlijn schrijft voor dat die redenen worden vermeld in het proces-verbaal dat over iedere overheidsopdracht moet worden opgesteld. Richtlijn 2004/18 bevat geen bepalingen inzake de materiële of formele voorwaarden waaraan een dergelijk besluit moet voldoen.
- 31 Dienaangaande moet de rechtspraak van het Hof in herinnering worden gebracht volgens welke ingevolge artikel 8, lid 2, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), een bepaling die vergelijkbaar is met artikel 41, lid 1, van richtlijn 2004/18, de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien of het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten (arrest Fracasso en Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, punten 23 en 25).
- 32 Voorts heeft het Hof overwogen dat overeenkomstig artikel 12, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), een bepaling die eveneens vergelijkbaar is met artikel 41, lid 1, van verordening nr. 2004/18, de aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht weliswaar verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, maar dat dit voor die dienst niet de verplichting inhoudt de aanbestedingsprocedure te voltooien (zie arrest HI, C-92/00, EU:C:2002:379, punt 41).
- 33 Het Hof heeft echter onderstreept dat de verplichting om de redenen voor de intrekking van de aanbesteding mee te delen, is ingegeven door de zorg om in de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen, dat de basis van die regels vormt (zie in die zin arrest HI, EU:C:2002:379, punten 45 en 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 Het Hof heeft voorts geoordeeld dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 vereist dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht beroep openstaat, en dat een dergelijk besluit in voorkomend geval nietig kan worden verklaard wegens schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale omzettingbepalingen. Het Hof heeft bovendien overwogen dat ook wanneer de aanbestedende diensten ingevolge de geldende nationale voorschriften over een grote beoordelingsbevoegdheid

aangaande de intrekking van aanbestedingen beschikken, de nationale rechters krachtens richtlijn 89/665 de mogelijkheid moeten hebben om het besluit tot intrekking van een aanbesteding aan de relevante voorschriften van Unierecht te toetsen (zie arrest HI, EU:C:2002:379, punten 55 en 62).

- 35 Bijgevolg verzet het Unierecht zich er niet tegen dat de lidstaten in hun wettelijke regeling voorzien in de mogelijkheid om een besluit tot intrekking van een aanbesteding vast te stellen. Een dergelijk besluit kan zijn ingegeven door redenen die met name verband houden met de beoordeling of het uit het oogpunt van het algemeen belang opportuun is om een aanbestedingsprocedure te voltooien, onder meer gelet op het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd. Aan een dergelijk besluit kan ook de vaststelling ten grondslag liggen dat het concurrentieniveau te laag was, gelet op het feit dat aan het einde van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht nog slechts één inschrijver geschikt bleek om deze uit te voeren.
- 36 Een aanbestedende dienst is derhalve niet gehouden een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de betrokken opdracht te gunnen – ook niet aan de enige inschrijver die nog in de running is – mits hij daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht neemt.
- 37 Gelet op het voorgaande moet op de eerste tot en met derde vraag worden geantwoord dat de artikelen 41, lid 1, 43 en 45 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat artikel 45 van deze richtlijn, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden waarin het voorziet, niet eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst besluit af te zien van het plaatsen van een overheidsopdracht waarvoor een oproep tot mededinging is gedaan, en niet over te gaan tot de definitieve gunning van die opdracht aan de enige inschrijver die nog in de running was en aan wie de opdracht voorlopig was gegund.

Vierde vraag

- 38 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bevoegde nationale rechter overeenkomstig het Unierecht het besluit van een aanbestedende dienst in volle omvang kan toetsen, dat wil zeggen bij die toetsing rekening kan houden met de betrouwbaarheid en de conformiteit van de aanbiedingen van de inschrijvers en zijn eigen beoordeling van de vraag of het opportuun is de aanbesteding in te trekken, in de plaats kan stellen van die van de aanbestedende dienst.
- 39 Benadrukt moet worden dat volgens de rechtspraak van het Hof de intrekking van een aanbesteding van een overheidsopdracht behoort tot de „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” ten aanzien waarvan de lidstaten krachtens artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665 in het nationale recht moeten voorzien in beroepsprocedures ter verzekering van de naleving van het relevante materiële Unierecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale omzettingbepalingen (zie in die zin arresten HI, EU:C:2002:379, punten 53-55, en Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, punt 29).
- 40 Richtlijn 89/665 beperkt zich echter ertoe de in de lidstaten bestaande mechanismen te coördineren, teneinde de volledige en daadwerkelijke toepassing te waarborgen van de richtlijnen die de materiële voorschriften inzake overheidsopdrachten vastleggen, en bepaalt niet uitdrukkelijk de strekking van de beroepsmogelijkheden waarin de lidstaten te dien einde moeten voorzien. Bijgevolg moet de vraag naar de omvang van de rechterlijke toetsing in het kader van de in richtlijn 89/665 bedoelde beroepsprocedures worden onderzocht uit het oogpunt van het door de richtlijn nagestreefde doel, waarbij erop moet worden gelet dat geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid ervan (arrest HI, EU:C:2002:379, punten 58 en 59).

- 41 Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat de functie van het stelsel van beroepsmogelijkheden wordt geregeld in artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, volgens hetwelk de lidstaten met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 vallen, de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.
- 42 Bijgevolg beogen de in die bepaling bedoelde beroepsprocedures te waarborgen dat de relevante regels van Unierecht, in het bijzonder die van richtlijn 2004/18, of de nationale bepalingen ter omzetting van die regels worden nageleefd.
- 43 Onderstreept moet worden dat die rechtmatigheidstoetsing niet mag worden beperkt tot het onderzoek of de besluiten van de aanbestedende dienst arbitrair zijn (zie in die zin arrest HI, EU:C:2002:379, punt 63).
- 44 Bij die beroepen gaat het dus om het verrichten van een rechtmatigheidstoetsing, en niet van een opportuniteitstoetsing.
- 45 Bij gebreke van een specifieke Unieregeling op dit gebied dienen de voorwaarden voor de rechterlijke toetsing te worden vastgesteld in het nationale procesrecht, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel (zie in die zin arrest HI, EU:C:2002:379, punt 68). De nationale wetgever kan de bevoegde nationale rechterlijke instanties dus ruimere bevoegdheden verlenen, om hen in staat te stellen een opportuniteitstoetsing te verrichten.
- 46 Bijgevolg moet op de vierde vraag worden geantwoord dat het Unierecht inzake overheidsopdrachten, en met name artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, aldus moet worden uitgelegd dat de in die bepaling bedoelde toetsing een rechtmatigheidstoetsing van de besluiten van de aanbestedende diensten is, die beoogt te waarborgen dat de relevante regels van Unierecht of de nationale bepalingen ter omzetting van die regels worden nageleefd, en die niet mag worden beperkt tot het enkele onderzoek of de besluiten van de aanbestedende dienst arbitrair zijn. Dit sluit echter niet uit dat de nationale wetgever de bevoegde nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid kan verlenen een opportuniteitstoetsing te verrichten.

Kosten

- 47 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **De artikelen 41, lid 1, 43 en 45 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 moeten aldus worden uitgelegd dat artikel 45 van deze richtlijn, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden waarin het voorziet, niet eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst besluit af te zien van het plaatsen van een overheidsopdracht waarvoor een oproep tot mededinging is gedaan, en niet over te gaan tot de definitieve gunning van die opdracht aan de enige inschrijver die nog in de running was en aan wie de opdracht voorlopig was gegund.**

- 2) Het Unierecht inzake overheidsopdrachten, en met name artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad, moet aldus worden uitgelegd dat de in die bepaling bedoelde toetsing een rechtmatigheidstoetsing van de besluiten van de aanbestedende diensten is, die beoogt te waarborgen dat de relevante regels van Unierecht of de nationale bepalingen ter omzetting van die regels worden nageleefd, en die niet mag worden beperkt tot het enkele onderzoek of de besluiten van de aanbestedende dienst arbitrair zijn. Dit sluit echter niet uit dat de nationale wetgever de bevoegde nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid kan verlenen een opportuniteitstoetsing te verrichten.

ondertekeningen