

# **TENDER 2023(4) 23 Wegens gebrek aan belang blijft overtreding van de mededingingsregels ongestraft**

06-06-2023

Auteur(s): B.J.H. Blaisse-Verkooijen; O.L. Pol

## **Wegens gebrek aan belang blijft overtreding van de mededingingsregels ongestraft**

*Het Hof van Justitie EU heeft op 9 februari 2023 opnieuw een arrest gewezen over het procesbelang van een inschrijver die is uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure.<sup>1</sup> Waar het Hof het procesbelang van de uitgesloten inschrijver in de arresten inzake Fastweb<sup>2</sup>, Lombardi<sup>3</sup> en Randstad Italia SpA<sup>4</sup> stevig verruimde, wordt in dit arrest een duidelijke grens gemarkeerd. Gelet op de feiten die spelen in de casus die aan het arrest ten grondslag ligt, is dat niet wenselijk. De aanbestedende dienst kan zich hierdoor onttrekken aan een inhoudelijke discussie over het feit dat willens en wetens wordt gecontracteerd met ondernemingen die het (Europese) kartelverbod, zoals opgenomen in art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), hebben geschonden.*

### **De zaak en de feiten**

De Italiaanse aanbestedende dienst, CA, heeft een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor een opdracht inzake helikopterreddingsdiensten aan de entiteiten van de regionale gezondheidsdienst. De opdracht bestaat uit drie percelen. De inschrijvers moesten beschikken over een bijzondere certificering. VZ, de eisende partij, wil meedingen, maar beschikt niet over de vereiste certificering. VZ wordt uitgesloten van deelname en zij start een gerechtelijke procedure. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt vastgesteld dat VZ niet beschikt over de benodigde certificering. De uitsluiting van VZ is daarmee definitief.

Enige tijd nadat de opdracht is gegund komt VZ erachter dat de drie overgebleven inschrijvers in rechte zijn veroordeeld voor overtreding van het kartelverbod. Zij hebben in strijd met art. 101 VWEU een overeenkomst gesloten die tot doel had de prijzen van helikopters vast te stellen en de aanbestedende diensten te beïnvloeden bij de vaststelling van prijzen van het geheel van diensten van luchtwerk en luchtvervoer van passagiers. De opdracht, die uit drie percelen bestaat, is inmiddels aan twee van hen gegund.

VZ wendt zich tot CA en stelt zich op het standpunt dat de besluiten waarmee de opdrachten zijn gegund moeten worden vernietigd, aangezien de integriteit en betrouwbaarheid van de winnaars in het geding is. Het handelen in strijd met de mededingingsregels komt neer op een ernstige fout in de beroepsuitoefening. CA is het hier niet mee eens en dat is aanleiding voor VZ om opnieuw een gerechtelijke procedure te starten.

De verwijzende Italiaanse rechter wijst – zo volgt uit het onderhavige arrest van het Hof van Justitie EU – op het arrest inzake Lombardi. Het Hof heeft daarin opgemerkt dat aan een op de derde plaats gerangschikte inschrijver die beroep heeft ingesteld tegen de gunning van de betrokken opdracht, een legitiem belang moet worden toegekend om uitsluiting te vragen van de inschrijving van de gekozen inschrijver en van de inschrijver die als tweede staat gerangschikt, zélf s wanneer zijn eigen inschrijving ook onregelmatig kan worden geacht. Niet kan namelijk worden uitgesloten dat de betrokken aanbestedende dienst in een dergelijk geval moet vaststellen dat het niet mogelijk is om een andere regelmatige inschrijving te selecteren en vervolgens een nieuwe procedure organiseert, aldus het Hof. Belang bij heraanbesteding wordt in dat geval dus geacht voldoende procesbelang met zich te brengen.

De verwijzende rechter meent dat de situatie van VZ voor de beoordeling van haar procesbelang vergelijkbaar is. In dat verband wijst hij erop dat VZ met bewijs heeft aangevoerd dat zij inmiddels al enige tijd in het bezit is van de in de aanbesteding vereiste bijzondere certificering.

Vervolgens legt de verwijzende rechter het Hof van Justitie EU twee prejudiciële vragen voor die – in het kort – neerkomen op de vraag of de nationale Italiaanse regeling, op grond waarvan VZ als definitief uitgesloten inschrijver geen beroep kan instellen, in strijd is met art. 1, lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665. In dit artikel is bepaald dat de beroepsprocedures ten minste toegankelijk moeten zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

## **Oordeel Hof van Justitie EU**

Het Hof stelt vast dat een ondernemer als VZ niet valt onder het belang-begrip van de Rechtsbeschermingsrichtlijn. En het Hof voegt daaraan toe dat het in dat verband irrelevant is dat de ondernemer inmiddels de nodige maatregelen heeft genomen om te voldoen aan de in de betrokken aanbestedingsprocedure gestelde voorwaarde, waardoor hij in geval van heraanbesteding een herkansing zou krijgen. Het kenmerkende verschil met de arresten inzake Fastweb en Lombardi is dat VZ *definitief* is uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dan valt het doek dus volledig.

Het is niet de eerste keer dat het Hof van Justitie EU tot dit oordeel komt.<sup>5</sup> De aanbestedende dienst had het Hof daar ook op gewezen en op niet-ontvankelijkheid aangestuurd, omdat het antwoord op de prejudiciële vragen naar haar oordeel duidelijk uit de rechtspraak volgt. Het Hof gaat daar echter niet in mee en wijst erop dat het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd om *gelet op de bijzonderheden van het geval* over de noodzaak van een prejudiciële beslissing te oordelen.

Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een door een nationale rechterlijke instantie gestelde prejudiciële vraag wanneer blijkt dat de gevraagde uitlegging geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op deze vragen.<sup>6</sup>

## De bijzonderheden van het geval

Wij kunnen het ons goed voorstellen dat de verwijzende rechter zich niet direct heeft willen neerleggen bij de wettelijke Italiaanse regeling en eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en toch nog een poging heeft ondernomen de zaak tot een ander einde te brengen door prejudiciële vragen te stellen. De omstandigheden van het geval zijn namelijk erg bijzonder.

De drie andere ondernemingen die, naast VZ, geïnteresseerd waren in de opdracht hadden met elkaar een overeenkomst gesloten waarmee zij het kartelverbod van art. 101 VWEU overtraden en die overtreding van de mededingingsregels was ook daadwerkelijk beboet. Deze boete bleef in rechte – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – overeind. Overtreding van de mededingingsregels (waaronder het kartelverbod) is een facultatieve uitsluitingsgrond, opgenomen in art. 57 lid 4 sub d van richtlijn 2014/24/EU.

Aan deze uitsluitingsgrond wordt in het arrest echter niet gerefereerd. Een mogelijke verklaring hiervoor – het arrest maakt de reden niet duidelijk – is dat die facultatieve uitsluitingsgrond niet van toepassing was in deze aanbesteding. Een andere mogelijkheid is dat de facultatieve uitsluitingsgrond van de schending van de mededingingsregel in dit geval niet toegepast kon worden. Deze uitsluitingsgrond is namelijk beperkt tot die situaties waarin partijen doelgericht een mededingingsbeperkende overeenkomst hebben gesloten (het zogenoemde strekkingsbeding) en is niet van toepassing op situaties waarin een overeenkomst een mededingingsbeperking tot *gevolg* heeft. Voor die gevallen die niet als strekkingsbeding gelden, maar wel als een mededingingsbeperkende handeling die met een boete bestraft is, heeft het Hof geoordeeld dat sprake is van een ernstige fout in de beroepsuitoefening.<sup>7</sup>

Hoe dan ook: VZ stelt zich wel op het standpunt dat de facultatieve uitsluitingsgrond inzake de ernstige fout in de beroepsuitoefening zich voordoet.

Wegens het geconstateerde gebrek aan belang komt de rechter echter niet toe aan de vraag of sprake is van een ernstige fout in de beroepsuitoefening, maar het lijkt er nogal dik bovenop te liggen dat de aanbestedende dienst contracteert met twee partijen waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is. Dat is uiteraard een zeer onwenselijke situatie. Juist de overheid zou zich er onder alle omstandigheden van moeten vergewissen dat louter met bonafide partijen wordt gecontracteerd. Met name tegen partijen die de mededingingsregels schenden zou hard moeten worden opgetreden. De belangrijkste grondgedachte van de Europese aanbestedingsregels is immers dat partijen op een eerlijke en transparante wijze met elkaar in concurrentie moeten worden gebracht zodat zij een faire kans krijgen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dat is niet alleen van belang voor de deelnemers, maar ook voor de betrokken overheden. Alleen op die manier kan erop worden toegezien dat opdrachten worden opgedragen aan de partijen die met hun aanbieding daadwerkelijk de beste prijs-kwaliteitverhouding bieden. En alleen dan zal er zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kunnen worden gecreëerd.

En die grondgedachte van het aanbestedingsrecht komt in hoge mate overeen met de grondgedachte achter het Europese kartelverbod uit art. 101 VWEU. Het bewerkstelligen van concurrentie draagt namelijk bij aan de totstandbrenging van een Europese, open interne markt en doelmatige middelenallocatie binnen de

Europese Unie.<sup>8</sup> Een onderneming die in strijd heeft gehandeld met het kartelverbod, heeft onmiskenbaar concurrentievoordelen genoten ten opzichte van partijen die niet aan het kartel hebben geparticipeerd. Ook kan niet ontkend worden dat daarmee de marktwerking op Europees niveau wordt beperkt.

In onze beleving is het dan ook van groot belang dat een (beboete) schending van art. 101 VWEU tot een dwingende uitsluitingsgrond wordt verheven. Voor de casus die ten grondslag ligt aan het onderhavige arrest had dat tot gevolg gehad dat de aanbestedende dienst in kwestie niet op louter formele gronden de dans had kunnen ontspringen. Er had dan niets anders op gezeten dan ook de drie overgebleven inschrijvers ongeldig te verklaren. Uit de tekst van het arrest volgt namelijk dat de aanbestedende dienst ten tijde van de beoordeling van de inschrijvingen al op de hoogte was van het besluit van de mededingingsautoriteit.<sup>9</sup> Waarschijnlijk had dat tot een heraanbesteding geleid en dan had VZ opnieuw een kans gekregen.

Mr. B.J.H. (Babette) Blaisse-Verkooijen

Werkzaam bij Pot Jonker Advocaten.

Mr. O.L. (Oscar) van der Pol

Werkzaam bij Pot Jonker Advocaten.

## VOETNOTEN

1) HvJ EU 9 februari 2023, C-53/22.

2) HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12.

3) HvJ EU 5 september 2019, C-333/18 r.o. 27 en 28.

4) HvJ EU 21 december 2021, C-497/20.

5) Zie HvJ EU 21 december 2016, C-355/15 en HvJ EU 21 december 2021, C-497/20.

6) HvJ EU 20 oktober 2022, C-825/21, r.o. 34.

7) HvJ EU 18 december 2014, C-470/13 (Generali).

8) Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag (2004/C 101/08), onder 13.

9) Zie r.o. 13.