CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 28 april 2016[1]

Gevoegde zaken C-439/14 en C-488/14

SC Star Storage SA
tegen
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
[verzoek van de Curtea de Apel București (hof van beroep Boekarest, Roemenië) om een prejudiciële beslissing]
en
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SA
Astaldi SpASC Construcții Napoca SA
tegen
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

[verzoek van de Curtea de Apel Oradea (hof van beroep Oradea, Roemenië) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG — Nationale regeling waarbij voor de toegang tot beroepsprocedures een ‚zekerheid voor goed gedrag' moet worden gesteld — Procedurele autonomie van de lidstaten — Beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid — Artikelen 47 en 52 van het Handvest — Recht op een doeltreffende voorziening in rechte — Beperking — Evenredigheid"

1. In de onderhavige zaken wensen de Curtea de Apel București (hof van beroep Boekarest, Roemenië) en de Curtea de Apel Oradea (hof van beroep Oradea, Roemenië) in wezen van het Hof te vernemen of het Unierecht zich ertegen verzet dat een lidstaat een verzoeker verplicht een „zekerheid voor goed gedrag" te stellen om toegang te krijgen tot procedures voor beroep tegen besluiten inzake overheidsopdrachten van aanbestedende diensten. De nationale wettelijke regeling in de hoofdgedingen bepaalt dat de aanbestedende diensten de zekerheid voor goed gedrag inhouden wanneer de instantie die bevoegd is voor het beroep tegen hun besluiten, het beroep verwerpt of de verzoeker het beroep intrekt.

2. De verwijzingsbeslissingen hebben dus betrekking op de werkingssfeer van het recht op toegang tot een doeltreffende voorziening in rechte in het kader van overheidsopdrachten, een recht dat niet enkel wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), maar ook specifiek tot uitdrukking wordt gebracht in richtlijnen van de Unie

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

betreffende procedures voor de gunning van overheidsopdrachten. In hoeverre kunnen lidstaten het aanvechten van besluiten van aanbestedende diensten onderwerpen aan financiële vereisten met het oog op het verminderen van het risico op vexatoire beroepen, dat wil zeggen beroepen die hoogstwaarschijnlijk niet slagen en er enkel toe strekken de gunningsprocedure te belemmeren?

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. In artikel 47, eerste alinea, van het Handvest is bepaald dat eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest moeten beperkingen op de uitoefening van een in het Handvest neergelegd recht bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van het betrokken recht eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kan een dergelijke beperking slechts worden gesteld indien zij noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

4. Luidens de derde overweging van richtlijn 89/665/EEG van de Raad[2] vereist de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Unie een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie. Er moeten dus doeltreffende en snelle beroepsprocedures bestaan in geval van schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of van de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet.

5. Artikel 1 van richtlijn 89/665, met als opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures", luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG [...][3], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren overheidsopdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en dynamische aankoopsystemen.

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 [Unie]recht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat [Unie]recht is omgezet, geschonden zijn.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een vordering wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het [Unie]recht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

2 — Richtlijn 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).

3 — 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).

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk 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.

[...]"

6. In de vijfde overweging van richtlijn 92/13/EEG van de Raad[4] luidt het dat het openstellen van de aanbestedingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten voor mededinging uit de gehele Unie maatregelen vereist om leveranciers en aannemers passende beroepsmogelijkheden te geven in geval van schending van het Unierecht ter zake of van de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet.

7. De eerste drie leden van artikel 1 van richtlijn 92/13, met het opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures", komen in wezen overeen met de eerste drie leden van artikel 1 van richtlijn 89/665.[5]

Roemeens recht

8. Volgens artikel 43 bis van de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (spoeddecreet nr. 34/2006 van de regering betreffende de gunning van overheidsopdrachten voor leveringen, werken en diensten; hierna: „OUG nr. 34/2006") moet elke geïnteresseerde inschrijver een zekerheid stellen om deel te mogen nemen aan de procedure (hierna: „zekerheid voor deelneming") in alle gevallen waarin de aanbestedende dienst op grond van OUG nr. 34/2006 verplicht is een aankondiging van opdracht of een uitnodiging tot inschrijving te publiceren. De zekerheid voor deelneming, die tot 2 % van de geraamde waarde van de overheidsopdracht kan bedragen, strekt ertoe de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van incorrect gedrag van de inschrijver tijdens de gehele fase die voorafgaat aan de sluiting van de overeenkomst.

9. Artikel 256, lid 1, van OUG nr. 34/2006 bepaalt dat een gelaedeerde partij zich kan wenden tot de Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (nationale raad voor de beslechting van geschillen; hierna: „CNSC"). Overeenkomstig artikel 281, lid 1, kunnen beslissingen van de CNSC worden aangevochten bij een rechterlijke instantie.

10. Artikel 278, lid 1, van OUG nr. 34/2006 bepaalt dat de CNSC of bevoegde rechter vooraf uitspraak doet op de formele en materiële excepties. Als deze gegrond zijn, treedt hij niet in het onderzoek ten gronde van het geschil.

11. In artikel 278 bis van OUG nr. 34/2006 was bepaald dat een deel van de zekerheid voor deelneming door de aanbestedende dienst werd ingehouden als de CNSC of de bevoegde rechter een beroep van de inschrijver verwierp of als de inschrijver zijn beroep introk.

4 — Richtlijn van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14).

5 — Behalve dat artikel 1 van richtlijn 92/13 verwijst naar richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1) in plaats van naar richtlijn 2004/18.

12. Artikel 278 bis van OUG nr. 34/2006 is ingetrokken bij Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 (spoeddecreet nr. 51/2014 van de regering; hierna: „OUG nr. 51/2014"), waarbij de volgende bepalingen in die wettelijke regeling werden opgenomen [6]:

„Artikel 271 bis

1. De verzoekende partij stelt een zekerheid voor goed gedrag voor de gehele periode van de datum van het beroep/verzoek/bezwaar tot de datum waarop de beslissing van de [CNSC]/het vonnis van de bevoegde rechter onaantastbaar is geworden, teneinde de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van eventueel incorrect gedrag.

2. [Het beroep] wordt verworpen indien de verzoekende partij niet het bewijs levert voor de in lid 1 genoemde zekerheidstelling.

3. De zekerheid voor goed gedrag wordt gesteld door middel van bankoverschrijving of een zekerheidsinstrument dat overeenkomstig de wettelijke voorwaarden is afgegeven door een bank of verzekeringsmaatschappij. Het origineel ervan wordt neergelegd ten zetel van de aanbestedende dienst. Een afschrift ervan wordt tegelijkertijd met [het beroep] neergelegd bij de [CNSC] of de rechter.

4. De hoogte van de zekerheid voor goed gedrag hangt samen met de geraamde waarde van de te gunnen opdracht en wordt als volgt berekend:

a) 1 % van de geraamde waarde als deze lager is dan de drempelwaarden van artikel 55, lid 2, onder a) en b)[[7]];

b) 1 % van de geraamde waarde als deze lager is dan de drempelwaarden van artikel 55, lid 2, onder c)[[8]], maar niet hoger dan het equivalent in RON van 10 000 EUR volgens de wisselkoers [...] op de datum van de zekerheidstelling;

c) 1 % van de geraamde waarde als deze gelijk is aan of hoger is dan de drempelwaarden in artikel 55, lid 2, onder a) en b), maar niet hoger dan het equivalent in RON van 25 000 EUR volgens de wisselkoers [...] op de datum van zekerheidstelling;

d) 1 % van de geraamde waarde als deze gelijk is aan of hoger is dan de drempelwaarden van artikel 55, lid 2, onder c), maar niet hoger dan het equivalent in RON van 100 000 EUR volgens de wisselkoers [...] op de datum van de zekerheidstelling.

5. De zekerheid voor goed gedrag moet ten minste 90 dagen geldig zijn, onherroepelijk zijn en betaalbaar zijn op het eerste verzoek van de aanbestedende dienst indien [het beroep] wordt verworpen.

6. Indien de beslissing van de [CNSC] of het vonnis van de rechter op de laatste dag van geldigheid van de zekerheid voor goed gedrag niet onaantastbaar is en de verzoekende partij de geldigheid voor de zekerheid voor goed gedrag niet heeft verlengd overeenkomstig de voorwaarden in de leden 1 tot en met 5, houdt de aanbestedende dienst de zekerheid in. De bepalingen van artikel 271 ter, leden 3 tot en met 5, zijn van overeenkomstige toepassing.

[...]

6 — Hierna zal ik naar deze bepalingen verwijzen als de „oorspronkelijke regeling".

7 — Artikel 55, lid 2, onder a) en b), OUG nr. 34/2006 betreft overheidsopdrachten voor leveringen en diensten.

8 — Artikel 55, lid 2, onder c), OUG nr. 34/2006 betreft overheidsopdrachten voor werken.

Artikel 271 ter

1. Indien het beroep door de [CNSC] of door de rechter – ingeval de verzoekende partij zich rechtstreeks tot de rechter heeft gewend – wordt verworpen, moet de aanbestedende dienst de zekerheid voor goed gedrag inhouden vanaf het tijdstip dat de beslissing van de [CNSC]/het vonnis van de rechter onaantastbaar is geworden. Deze verbeurdverklaring is van toepassing op de percelen met betrekking waartoe het beroep is verworpen.

2. Het bepaalde in lid 1 is ook van toepassing indien de verzoekende partij [het beroep] intrekt.

3. De maatregel van lid 1 is niet van toepassing indien de [CNSC]/rechter het beroep verwerpt omdat het zonder voorwerp is of indien [het beroep] wordt ingetrokken na vaststelling van de noodzakelijke corrigerende maatregelen in de zin van artikel 256 quater, lid 1, door de aanbestedende dienst.

4. Indien de [CNSC] het bezwaar toewijst of de rechter het beroep tegen de beslissing van de [CNSC] tot afwijzing van het bezwaar toewijst, restitueert de aanbestedende dienst de zekerheid voor goed gedrag aan de verzoekende partij binnen 5 dagen vanaf de datum waarop de beslissing/het vonnis onaantastbaar is geworden.

5. Indien de verzoekende partij zich rechtstreeks tot de rechter wendt en deze het beroep toewijst, is het bepaalde in lid 4 van overeenkomstige toepassing.

6. De bedragen die de aanbestedende dienst int ter uitvoering van de zekerheid voor goed gedrag vormen inkomsten van de dienst."

13. In antwoord op een verzoek om verduidelijkingen van het Hof hebben de verwijzende rechters bevestigd dat de Curtea Constituțională (grondwettelijk hof, Roemenië) artikel 271 ter, leden 1 en 2, van OUG nr. 34/2006 bij arrest van 15 januari 2015 ongrondwettelijk heeft verklaard. Het oordeel van de Curtea Constituțională was voornamelijk gebaseerd op de omstandigheid dat die bepalingen de aanbestedende dienst verplichtten de zekerheid voor goed gedrag in te houden indien het beroep werd verworpen of ingetrokken, zonder dat de CNSC of de uitspraakdoende rechter enige marge had om rekening te houden met het gedrag van de verzoeker. Enkel ongepast gedrag rechtvaardigt het verlies van de zekerheid voor goed gedrag. Bij arrest van 4 november 2015 heeft de Curtea Constituțională artikel 271 bis, lid 5, van OUG nr. 34/2006 ongrondwettelijk verklaard op vergelijkbare gronden, voor zover daarin was bepaald dat de zekerheid voor goed gedrag onvoorwaardelijk op het eerste verzoek van de aanbestedende dienst moest worden betaald wanneer het beroep werd verworpen.

14. Ter terechtzitting heeft de Roemeense regering verduidelijkt dat de artikelen 271 bis en 271 ter van OUG nr. 34/2006 nog steeds van kracht zijn wat betreft de bepalingen die niet ongrondwettelijk zijn verklaard. Zij heeft bevestigd dat een verzoeker krachtens de resterende bepalingen [9] nog steeds verplicht is een zekerheid voor goed gedrag te stellen, maar dat er niet langer een rechtsgrondslag bestaat voor inhouding van die zekerheid door de aanbestedende dienst. Dientengevolge moet de aanbestedende dienst thans de zekerheid voor goed gedrag na afloop van de procedure restitueren aan de verzoeker, ongeacht het resultaat van het beroep en – a fortiori – de al dan niet vexatoire aard ervan.

9 — De „resterende bepalingen" zijn (naar ik begrijp) in wezen artikel 271 bis zonder het vereiste van onvoorwaardelijke betaling in lid 5, en artikel 271 ter, leden 3-5, van OUG nr. 34/2006. Ik zal in deze conclusie naar deze bepalingen verwijzen als de „overgangsregeling", die verschilt van zowel de „oorspronkelijke regeling" als de nieuwe regeling, die de Roemeense wetgever voornemens is in de toekomst vast te stellen, zoals de Roemeense regering ter terechtzitting heeft aangegeven.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

Zaak C-439/14

15. Het Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (nationaal instituut voor onderzoek en ontwikkeling op het gebied van informatica; hierna: „INCDI") heeft een procedure uitgeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen en diensten voor de ontwikkeling en verwezenlijking van een platform voor cloud computing. De geraamde waarde van de opdracht exclusief belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw") was 61 287 713,71 RON (ongeveer 13 700 000 EUR). Het INCDI heeft een aanbestedingsdossier opgesteld en op 1 april 2014 in het Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronisch systeem voor overheidsopdrachten) een aankondiging van opdracht gepubliceerd. Het gunningscriterium was „de laagste prijs".

16. Verschillende marktdeelnemers hebben het INCDI verzocht om verduidelijking van de voorschriften in het aanbestedingsdossier. Het INCDI heeft in antwoord daarop een aantal toelichtingsnota's gepubliceerd in het elektronische systeem voor overheidsopdrachten.

17. Op 30 juni 2014 is SC Star Storage SA (hierna: „Star Storage") tegen drie van die toelichtingen opgekomen bij de CNSC. Bij beslissing van 18 juli 2014 heeft de CNSC die vordering van Star Storage niet-ontvankelijk verklaard omdat zij geen zekerheid voor goed gedrag had gesteld. [10] Star Storage heeft tegen deze beslissing beroep ingesteld bij de Curtea de Apel București (hof van beroep Boekarest), dat de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moeten de bepalingen van artikel 1, leden 1, derde alinea, en 3, van [richtlijn 89/665] aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling die aan de toegang tot procedures van beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten de voorwaarde verbindt dat verzoekende partijen tevoren een , zekerheid voor goed gedrag' stellen, zoals geregeld in de artikelen 271 bis en 271 ter van [OUG] nr. 34/2006?"

Zaak C-488/14

18. Op 21 januari 2014 heeft RA Aeroportul Oradea (hierna: „luchthaven van Oradea") een aankondiging van opdracht bekendgemaakt in het elektronische systeem voor overheidsopdrachten met het oog op de gunning van een overheidsopdracht betreffende de uitbreiding en modernisering van die luchthaven. De geraamde waarde van de opdracht exclusief btw was 101 232 054 RON (ongeveer 22 800 000 EUR). Het gunningscriterium was „de economisch meest voordelige inschrijving".

19. Vier marktdeelnemers hebben een inschrijving ingediend. Volgens het verslag van 28 maart 2014 betreffende de beoordeling van de inschrijvingen was de offerte van het consortium SC Max Boegl România SRL (hierna: „Max Boegl") – SC UTI Grup SA – Astaldi SpA niet-ontvankelijk verklaard. In datzelfde verslag was vermeld dat de offerte van het consortium SC Construcții Napoca SA (hierna: „Construcții Napoca") – SC Aici Cluj SA – CS Icco Energ SRL als tweede was gerangschikt.

20. Bij beslissingen van 10 juli 2014 heeft de CNSC de beroepen van die twee consortia tegen het verslag van de beoordeling van de inschrijvingen ongegrond verklaard.

10 — De verschuldigde zekerheid in RON kwam overeen met 25 000 EUR.

21. Het consortium waarvan Max Boegl deel uitmaakt en Construcții Napoca hebben tegen deze beslissingen beroep ingesteld bij de Curtea de Apel Oradea (hof van beroep Oradea). Ter terechtzitting van 10 september 2014 heeft deze rechter de verzoekende partijen erop gewezen dat een zekerheid voor goed gedrag moest worden gesteld, gezien de inwerkingtreding, op 30 juni 2014, van de artikelen 271 bis en 271 ter van OUG nr. 34/2006.[11] De Curtea de Apel Oradea heeft de behandeling van deze zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten artikel 1, leden 1 tot en met 3, van richtlijn [89/665], en artikel 1, leden 1 tot en met 3, van richtlijn [92/13] aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling die aan de toegang tot procedures van beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten de voorwaarde verbindt dat verzoekende partijen tevoren een ‚zekerheid voor goed gedrag' stellen, zoals vastgesteld in de artikelen 271 bis en 271 ter van [OUG] nr. 34/2006?"

22. Bij beschikking van 13 november 2014 heeft de president van het Hof de twee zaken gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest. Star Storage, de Griekse en de Roemeense regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Max Boegl, de Roemeense regering en de Commissie hebben ter terechtzitting van 14 januari 2016 pleidooi gehouden.

Analyse

Voorafgaande opmerkingen

23. Om te beginnen is de waarde van de overheidsopdracht in zaak C-439/14 hoger dan het relevante drempelbedrag dat in artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/18 is neergelegd voor overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten. Bijgevolg is richtlijn 89/665 van toepassing op deze procedure.[12] Evenzo overschrijdt de waarde van de overheidsopdracht in zaak C-488/14 de drempelbedragen voor overheidsopdrachten voor werken die zijn neergelegd in artikel 7, onder c), van richtlijn 2004/18 en artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17.

24. De Roemeense regering en de Commissie zijn het evenwel niet eens over de toepasselijke bepalingen in het hoofdgeding in zaak C-488/14. Volgens de Roemeense regering is op dat hoofdgeding enkel richtlijn 2004/18 van toepassing, en, bij uitbreiding, richtlijn 89/665. De Commissie stelt dat de betrokken gunningsprocedure betrekking had op de uitbreiding en modernisering van luchthavenfaciliteiten, zodat zij binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17[13] valt. Bijgevolg is richtlijn 92/13 van toepassing.[14]

25. Volgens mij beschikt het Hof over onvoldoende informatie over die opdracht om vast te stellen of richtlijn 89/665 dan wel richtlijn 92/13 van toepassing is op de betrokken gunningsprocedure. Dat is in casu evenwel niet problematisch. In de eerste plaats blijkt duidelijk uit de feiten van het hoofdgeding in zaak C-488/14 dat de vraag die de Curtea de Apel Oradea (hof van beroep Oradea) aan het Hof heeft voorgelegd, niet hypothetisch is voor zover zij betrekking heeft op richtlijn 92/13. In de tweede plaats komen de eerste drie leden van artikel 1 van die richtlijn in wezen overeen met de eerste drie leden van artikel 1 van richtlijn 89/665. De twee vragen van de verwijzende rechters komen dus in wezen overeen en moeten samen worden behandeld.

11 — Blijkens de gegevens waarover het Hof beschikt, kwam het bedrag in RON van elke zekerheid voor goed gedrag die in de procedure bij de nationale rechter moest worden gesteld, overeen met 100 000 EUR.

12 — Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665.

13 — Artikel 7, onder b), van richtlijn 2004/17.

14 — Artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13.

26. Voorts is onduidelijk welke gevolgen de arresten van de Curtea Constituțională (grondwettelijk hof) van 15 januari en 4 november 2015 hebben voor de hoofdgedingen. Ter terechtzitting heeft de Roemeense regering gesteld dat de verwijzende rechters nu de overgangsregeling moeten toepassen. Volgens de Commissie is er daarentegen een onderscheid tussen beide zaken. In zaak C-488/14 moest de zekerheid voor goed gedrag voor het eerst worden gesteld bij de verwijzende rechter. Die rechter moet dus de *overgang*sregeling toepassen. In zaak C-439/14 moest de zekerheid voor het eerst worden gesteld in de procedure bij de CNSC, te weten vóór de arresten van de Curtea Constituțională. Volgens de Commissie moet de verwijzende rechter in die zaak dus de *oorspronkelijke* regeling toepassen nadat het Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord.

27. Volgens vaste rechtspraak staat het niet aan het Hof om zich uit te spreken over de toepasselijkheid van nationale bepalingen die relevant zijn voor de uitkomst van het hoofdgeding. Het Hof moet in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unierechter en de nationale rechter integendeel acht slaan op de in de verwijzingsbeslissing omschreven juridische context waarin de prejudiciële vraag moeten worden geplaatst.[15] Het Hof is daarentegen wel bevoegd om de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht te verschaffen die hem in staat stellen de verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht te beoordelen bij de beslechting van het bij hem aanhangige geding.[16] Aangezien het onduidelijk is of de oorspronkelijke regeling dan wel de overgangsregeling van toepassing is in het hoofdgeding van zaak C-439/14, zal ik in deze conclusie beide onderzoeken.

28. Tot slot blijkt uit de gegevens waarover het Hof beschikt dat volgens OUG nr. 34/2006 een besluit kan worden betwist bij de CNSC (waarvan de beslissingen kunnen worden aangevochten bij een hof van beroep) of direct bij een rechterlijke instantie. Aangezien in beide gevallen een zekerheid voor goed gedrag wordt vereist, is dit niet relevant voor de hiernavolgende analyse.[17]

Methode van de analyse

29. Uit de eerste en de tweede overweging van richtlijn 89/665 en de eerste, de tweede en de derde overweging van richtlijn 92/13 blijkt dat deze richtlijnen ertoe strekken de zowel op nationaal niveau als op Unieniveau bestaande mechanismen te versterken teneinde een daadwerkelijke naleving van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.[18] Daartoe verplicht artikel 1, lid 1, van elk van beide richtlijnen de lidstaten te waarborgen dat tegen onrechtmatige besluiten van aanbestedende diensten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.[19] Zij moeten er zorg voor dragen dat dergelijke beroepsprocedures toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden geschaad.[20]

30. Die richtlijnen stellen echter enkel de minimumvoorwaarden vast waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsorden moeten voldoen om in overeenstemming te zijn met de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten.[21] Bij ontbreken van specifieke bepalingen ter zake is het een aangelegenheid van elke lidstaat om de nadere regels vast te stellen van de administratieve en

15 — Zie onder meer arrest van 17 juli 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

16 — Arrest van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

17 — Zie meer bepaald de artikelen 271 bis, lid 1, en 271 ter, leden 1 en 5, van OUG nr. 34/2006.

18 — Zie onder meer arresten van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, EU:C:1999:534, punt 33; van 19 juni 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punt 26.

19 — Zie onder meer arresten van 19 juni 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 19 juni 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

20 — Arrest van 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

21 — Arrest van 30 september 2010, Strabag e.a., C-314/09, EU:C:2010:567, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie in die zin ook arrest van 24 september 1998, EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, punt 16.

gerechtelijke procedures voor vorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht inzake overheidsopdrachten ontlenen. Deze nadere regels mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mogen de uitoefening van deze rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). [22] Dat laatste vereiste is wezenlijk om het hoofddoel van het Unierecht inzake overheidsopdrachten te bereiken, namelijk overheidsopdrachten openstellen voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. [23]

31. Zoals de Commissie opmerkt, bevatten richtlijn 89/665 en richtlijn 92/13 geen regels inzake financiële vereisten voor marktdeelnemers om toegang te krijgen tot procedures voor beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten. Nationale bepalingen zoals die in de hoofdgedingen vallen dus onder de procedurele autonomie van de lidstaten, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen. Ik zal de prejudiciële vragen in het licht van deze beginselen onderzoeken. [24]

32. Beide richtlijnen vormen echter een specifieke uitdrukking van het algemene beginsel van Unierecht betreffende het recht op een doeltreffende voorziening in rechte op het bijzondere gebied van overheidsopdrachten. [25] Dit doet twee nauw verbonden vragen rijzen met betrekking tot de werkingssfeer van het beginsel van doeltreffendheid.

33. Ten eerste betekent dat beginsel dat enkel hoeft te worden nagegaan of een nationaal procedurevereiste zoals dat aan de orde in de hoofdgedingen de uitoefening van het recht op beroepsprocedures zoals neergelegd in artikel 1 van richtlijn 89/665 en artikel 1 van richtlijn 92/13 *in de praktijk onmogelijk* of *uiterst moeilijk* maakt? Of is het ruimer, en vereist het dat *elke nationale maatregel die afbreuk doet* aan deze bepalingen, buiten toepassing moet worden gelaten?

34. Het Hof heeft meermaals onderzocht of nationale procedureregels betreffende beroepsmogelijkheden ter bescherming van de rechten die het Unierecht aan door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, de nuttige werking van richtlijn 89/665 in het gedrang brachten. [26] De rechtspraak bevat echter geen uniform antwoord op de vraag hoe die nuttige werking zich verhoudt tot de procedurele autonomie van de lidstaten en het doeltreffendheidsbeginsel waardoor deze wordt begrensd. [27] In sommige zaken had de analyse uitsluitend betrekking op de nuttige werking van richtlijn 89/665, zonder verwijzing naar de procedurele autonomie en de grenzen daaraan. [28] Andere zaken doen uitschijnen dat de toets inzake

22 — Zie onder meer arresten van 11 september 2003, Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, punt 49, en van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

23 — Zie in die zin arrest van 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punten 33 en 34.

24 — Zie de punten 40-58 van deze conclusie.

25 — Zie in die zin beschikking van 23 april 2015, Commissie/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punt 28. De oorsprong van die overweging is terug te vinden in het arrest van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, punten 18 en 19.

26 — Zie onder meer arresten van 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, punten 71 en 72; van 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punt 27, en van 30 september 2010, Strabag e.a., C-314/09, EU:C:2010:567, punt 34.

27 — Door dat gebrek aan uniformiteit is het moeilijk te voorspellen welke methode het Hof zal hanteren in een specifieke zaak. Zie Prechal, S., Widdershoven, R., „Redefining the Relationship between ‚Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection", *Review of European Administrative Law* (2011), afl. 4, blz. 39.

28 — Zie bijvoorbeeld arresten van 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, punt 71, en van 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, punten 26-28.

nuttige werking de toets betreffende procedurele autonomie aanvult wanneer richtlijn 89/665 geen specifieke bepaling ter zake bevat.[29] Soms blijkt uit de gebruikte bewoordingen dat de vraag naar de nuttige werking deel uitmaakt van (en een specifieke inhoud verleent aan) de toets inzake procedurele autonomie.[30]

35. Volgens mij komt het uiteindelijk erop aan te verzekeren dat de rechten die het Unierecht aan particulieren verleent, meer en niet minder worden beschermd. Artikel 1 van richtlijn 89/665 en artikel 1 van richtlijn 92/13 vormen een specifieke uitdrukking van het recht op een *doeltreffende* voorziening in rechte. De analyse van het doeltreffendheidsbeginsel kan derhalve niet worden beperkt tot de vraag of een procedureel vereiste zoals dat in de hoofdgedingen de uitoefening van dat recht in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. In die specifieke context moet het onderzoek van de doeltreffendheid zeker betrekking hebben op de vraag of een dergelijk vereiste *afbreuk* kan doen aan het door die bepalingen gewaarborgde recht op doeltreffende beroepsprocedures.

36. Ten tweede, wat is de invloed van het in artikel 47 van het Handvest neergelegde grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte op het doeltreffendheidsbeginsel als grens aan de procedurele autonomie van de lidstaten?

37. Procedureregels zoals die in de hoofdgedingen vallen duidelijk binnen de werkingssfeer van artikel 1 van richtlijn 89/665 en artikel 1 van richtlijn 92/13. Bovendien geldt voor dergelijke regels het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte waarvan die bepalingen een specifieke uitdrukking vormen.[31] Artikel 47 van het Handvest is derhalve van toepassing in de hoofdgedingen.[32] Voor zover zonder de zekerheid voor goed gedrag een beroep niet wordt behandeld[33], beperkt dat vereiste het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47.[34] Een dergelijke beperking kan bijgevolg alleen gerechtvaardigd zijn voor zover zij bij wet wordt gesteld, de wezenlijke inhoud van dat recht in acht neemt en, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, slechts wordt

29 — Arresten van 30 september 2010, Strabag e.a., C-314/09, EU:C:2010:567, punt 34, en van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punten 47, 50 en 72.

30 — Arrest van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punten 40 (zie in het bijzonder het gebruik van de woorden „met name") en 41. In het arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punten 47 en 48), heeft het Hof geoordeeld dat de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid de *uitdrukking vormen* van de op de lidstaten rustende algemene verplichting om de rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen te waarborgen. Dezelfde formulering werd herhaald in de beschikking van 24 april 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, punt 98). Het Hof voegde op een vergelijkbare wijze het doeltreffendheidsbeginsel als een begrenzing van de procedurele autonomie samen met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals neergelegd in artikel 47 van het Handvest in het arrest van 6 oktober 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 — Zie onder meer arresten van 15 april 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 17 juli 2014, Sánchez Morcillo en Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

32 — Zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 49. Zie naar analogie ook arrest van 17 december 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, punt 51. Voor zover artikel 47 van het Handvest geldt voor de lidstaten, sluit het aan bij artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en geeft het een specifieke invulling aan het beginsel van loyale samenwerking zoals neergelegd in artikel 4, lid 3, VEU. Zie hierover arrest van 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punt 37.

33 — Artikel 271 bis, lid 2, van OUG nr. 34/2006.

34 — Zie naar analogie conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, punt 37. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") doen griffierechten of zekerheidstelling voor kosten in beginsel afbreuk aan het recht op toegang tot de rechter zoals gewaarborgd door artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM"), indien de betaling noodzakelijk is voor behandeling van de zaak. Zie onder meer arresten EHRM van 13 juli 1995, Tolstoy Miloslavski/Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59-67; van 4 mei 2006, Weissman e.a./Roemenië, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, § 32-44, en van 12 juli 2007, Stankov/Bulgarije, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

gesteld voor zover zij noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.[35] Het EHRM verricht een vergelijkbare toetsing wanneer het nagaat of financiële beperkingen voor de toegang tot de rechter verenigbaar zijn met artikel 6, lid 1, EVRM.[36]

38. Nogmaals, de rechtspraak van het Hof biedt geen duidelijk richtsnoer ter zake.[37] Naar mijn mening moet in zaken zoals de onderhavige de in artikel 52, lid 1, van het Handvest bedoelde beoordeling worden verricht om het beschermingsniveau dat artikel 47 van het Handvest aan particulieren verleent, te verzekeren. Toepassing van een andere methode zou het onverwachte (en volgens mij onaanvaardbare) gevolg hebben dat lidstaten aan die toetsing zouden kunnen ontsnappen louter omdat zij – binnen de grenzen van hun procedurele autonomie – optraden op een gebied waar de Uniewetgever het recht op een doeltreffende voorziening in rechte specifiek tot uitdrukking heeft gebracht.

39. Hierna zal ik dan ook onderzoeken of nationale regels zoals die aan de orde in de hoofdgedingen, die tot de procedurele autonomie van de lidstaten behoren, in overeenstemming zijn met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Aangezien artikel 1, leden 1 en 3, van zowel richtlijn 89/665 als richtlijn 92/13 betrekking hebben op dergelijke regels en die bepalingen op het specifieke gebied van overheidsopdrachten het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals neergelegd in artikel 47 van het Handvest uitdrukken, zal ik dit echter doen vanuit de premisse dat het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat wordt onderzocht of dergelijke nationale regels, die dat recht beperken, de criteria van de evenredigheidstoets van artikel 52, lid 1, van het Handvest vervullen. Indien dit niet het geval is, doen zij afbreuk aan de nuttige werking van artikel 1, leden 1 en 3, van elk van beide richtlijnen.

Oorspronkelijke regeling

40. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 89/665 en artikel 1, lid 2, van richtlijn 92/13 vormen een specifieke uitdrukking van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Dat beginsel vereist dat de betrokken nationale regel zonder onderscheid van toepassing is op vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het Unierecht en op vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het nationale recht, voor zover deze vorderingen eenzelfde voorwerp en oorzaak hebben.[38]

41. Ik ben het niet eens met Star Storage voor zover zij stelt dat nationale regels zoals die aan de orde in de hoofdgedingen met dat beginsel onverenigbaar zijn. Zij leiden weliswaar tot een specifieke financiële belasting voor het instellen van beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten, maar het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist geen gelijke behandeling van nationale procedureregels voor verschillende soorten gedingen (zoals een civiel geding enerzijds en een bestuurlijk geding anderzijds),

35 — Zie onder meer arrest van 17 september 2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, punt 72, en mijn conclusie in de zaak Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., C-543/14, EU:C:2016:157, punt 80.

36 — Volgens het EHRM hebben de lidstaten weliswaar een zekere beoordelingsmarge om dergelijke beperkingen vast te stellen, maar mogen deze beperkingen de toegang tot de rechter niet zodanig beperken of verminderen dat het recht in zijn kern wordt aangetast, moeten zij een legitiem doel nastreven en moet de verhouding tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel redelijk en evenredig zijn. Zie in die zin arresten EHRM van 13 juli 1995, Tolstoy Miloslavski/Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59-67, en van 19 juni 2001, Kreuz/Polen, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, §§ 54 en 55, aangehaald in arrest van 22 december 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punt 47. Zie ook arrest EHRM van 14 december 2006, Markovic e.a./Italië, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — In het arrest Orizzonte Salute heeft het Hof geoordeeld dat artikel 1 van richtlijn 89/665 moet worden uitgelegd in het licht van artikel 47 van het Handvest. Het heeft in zijn analyse van het doeltreffendheidsbeginsel evenwel enkel onderzocht of de griffierechtenregeling die in die zaak aan de orde was, de uitoefening van de door het Unierecht inzake overheidsopdrachten verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakte (arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punten 49 en 72). Het Hof heeft niet de evenredigheid getoetst op grond van artikel 52, lid 1, van het Handvest. In andere zaken heeft het echter wel de evenredigheid onderzocht bij de beoordeling van beperkingen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest. Zie onder meer arresten van 18 maart 2010, Alassini e.a., C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punten 61-66, en van 26 september 2013, Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, punten 84-88.

38 — Zie laatstelijk arrest van 12 februari 2015, Surgicare, C-662/13, EU:C:2015:89, punt 30.

of voor gedingen die twee verschillende rechtsgebieden betreffen.[39] Ter terechtzitting heeft de Roemeense regering bovendien bevestigd dat de nationale bepalingen aan de orde in de hoofdgedingen gelden voor alle beroepsprocedures die worden ingesteld met betrekking tot besluiten van aanbestedende diensten, ongeacht of de gunningsprocedure onderworpen is aan het Unierecht inzake overheidsopdrachten.

42. Welke conclusies moeten er worden getrokken met betrekking tot het doeltreffendheidsbeginsel en de in artikel 52, lid 1, van het Handvest neergelegde evenredigheidstoets?

43. Vast staat dat de beperking die voortvloeit uit de artikelen 271 bis en 271 ter van OUG nr. 34/2004 *bij wet is gesteld*.

44. Het tweede criterium van de evenredigheidstoets is dat de maatregel een *legitiem doel* moet nastreven (dat wil zeggen een door het Unierecht erkend doel van algemeen belang of de noodzaak om de rechten en vrijheden van anderen te beschermen). Vast staat dat een verbeurde zekerheid voor goed gedrag inkomsten oplevert voor de aanbestedende dienst. Die zekerheid dient dus niet tot financiering van het rechtssysteem.[40] De nationale bepalingen inzake de zekerheid voor goed gedrag strekken er in feite veeleer toe om aanbestedende diensten, de CNSC en rechterlijke instanties te beschermen tegen vexatoire beroepen die marktdeelnemers (met inbegrip van niet-inschrijvers) zouden kunnen instellen met andere doeleinden dan waarvoor in de beroepsprocedures is voorzien.[41] Die doelstelling is zonder twijfel legitiem.[42] Ontmoediging van vexatoire beroepen stelt de instanties belast met de beroepen tegen besluiten van aanbestedende diensten meer bepaald in staat om zich te concentreren op „reële" betwistingen. Daarmee kan worden bijgedragen aan de vervulling van het vereiste dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen besluiten van aanbestedende diensten op doeltreffende wijze en vooral zo snel als mogelijk beroep kan worden ingesteld wanneer die besluiten in strijd zouden zijn met het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale regels waarbij dat recht is omgezet.[43]

45. De volgende vraag is of nationale bepalingen zoals die in de hoofdgedingen *geschikt zijn om dat doel te verwezenlijken*.

46. Zoals uit de hoofdgedingen blijkt[44], kunnen die bepalingen aanzienlijke kosten veroorzaken voor een marktdeelnemer die in het ongelijk wordt gesteld of zijn beroep intrekt.[45] Deze kosten kunnen oplopen tot 25 000 EUR voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten en 100 000 EUR voor overheidsopdrachten voor werken, naast de kosten voor het stellen van de zekerheid.[46] Ter terechtzitting heeft de Roemeense regering bevestigd dat de verzoeker krachtens de oorspronkelijke regeling het hele bedrag van de zekerheid voor goed gedrag verloor omdat de aanbestedende dienst deze moest inhouden. De CNSC of de rechter die op het beroep uitspraak deed, kon de aanbestedende dienst niet gelasten om, op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval, enkel een deel van de zekerheid voor goed gedrag in te houden.

39 — Arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

40 — Dat onderscheidt de zekerheid voor goed gedrag van de griffierechten die aan de orde waren in het arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — Volgens het inleidende deel van OUG nr. 51/2014 hebben beroepen die kennelijk ongegrond zijn, of die er enkel toe strekken de procedure te vertragen, verschillende negatieve gevolgen. Aanbestedende diensten kunnen externe subsidies (waaronder EU-subsidies) verliezen wegens abnormale vertraging in de gunningprocedure en daardoor niet in staat zijn om belangrijke projecten in het algemeen belang uit te voeren. Daarnaast leiden vexatoire beroepen tot overbelasting van het personeel dat verantwoordelijk is voor de verdediging van aanbestedende diensten bij de CNSC of rechter, en tasten zij meer in het algemeen de doeltreffendheid van de CNSC aan.

42 — Zie naar analogie arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punten 73 en 74. Dat is ook het standpunt van het EHRM. Zie onder meer arresten EHRM van 12 juli 2007, Stankov/Bulgarije, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57, en van 3 juni 2014, Harrison McKee/Hongarije, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijnen 89/665 en 92/13.

44 — Zie de voetnoten 10 en 11.

45 — Behoudens wanneer de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 271 ter, lid 3, de zekerheid niet hoeft in te houden.

46 — Zie punt 55 hierna.

47. Volgens mij kunnen kosten van die omvang het instellen van vexatoire beroepen ontmoedigen, aangezien die, per definitie, waarschijnlijk zullen worden verworpen en dus automatisch leiden tot verlies van de volledige zekerheid voor goed gedrag en de daarmee verbonden kosten.[47] De omstandigheid dat, zoals het Hof in herinnering heeft gebracht in het arrest Orizzonte Salute[48], ondernemingen die willen deelnemen aan een openbare aanbesteding waarvoor Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten gelden, over een passende economische en financiële draagkracht moeten beschikken, doet niet af aan die vaststelling. In de eerste plaats zijn de nationale bepalingen aan de orde in de hoofdgedingen van toepassing op alle marktdeelnemers die opkomen tegen besluiten van aanbestedende diensten en dus niet enkel op inschrijvers. In de tweede plaats is het vereiste dat inschrijvers over voldoende economische en financiële draagkracht beschikken, niet absoluut. Artikel 47, lid 2, van richtlijn 2004/18 bepaalt dat een marktdeelnemer zich kan beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen, om deze draagkracht aan te tonen.[49] Een persoon mag dus niet van deelneming aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten worden uitgesloten op de enkele grond dat hij voor de uitvoering van de opdracht middelen wil inzetten die niet hemzelf, maar aan een of meerdere andere entiteiten ter beschikking staan.[50] Tot slot had het oordeel van het Hof over de economische en financiële draagkracht in het arrest Orizzonte Salute betrekking op veel kleinere financiële beperkingen voor de toegang tot beroepsprocedures dan die aan de orde in de hoofdgedingen.[51]

48. Overeenkomstig het laatste onderdeel van de evenredigheidstoets mogen de maatregelen *niet verder gaan dan noodzakelijk is* om het doel ervan te verwezenlijken.[52] Wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, moeten de lidstaten die maatregel kiezen die het minst belastend is, en mogen de veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel.[53]

49. Op grond van de oorspronkelijke regeling verliest de verzoeker automatisch de zekerheid voor goed gedrag indien zijn beroep wordt verworpen of hij dit intrekt, ook wanneer er geen elementen zijn die wijzen op misbruik van de beroepsprocedure (bijvoorbeeld omdat het beroep kennelijk ongegrond is, of uitsluitend was ingesteld om de gunningsprocedure te vertragen). Om de redenen die ik reeds heb uiteengezet[54], beperkt de oorspronkelijke regeling dus de toegang tot procedures voor beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten aanzienlijk voor personen met „vorderingen die kans op slagen hebben”[55], ook al slaagt hun beroep uiteindelijk niet. Zij kan derhalve een aanzienlijk deel van mogelijke verzoekers ontmoedigen een beroep in te stellen wanneer zij niet min of meer zeker zijn dat hun vordering zal slagen. Te denken valt aan situaties waarin er geen vaste rechtspraak over de betrokken kwestie is, of waarin het beroep betrekking heeft op een beoordeling waarbij de aanbestedende dienst over een ruime beoordelingsmarge beschikt.

47 — Dit geldt des te meer voor inschrijvers, die daarnaast ook een zekerheid voor deelneming moeten stellen die tot 2 % van de geraamde contractwaarde kan bedragen (artikel 43 bis van OUG nr. 34/2006). De Roemeense regering heeft ter terechtzitting weliswaar gesteld dat het doel van deze zekerheden verschilt, maar dat neemt niet weg dat een inschrijver allebei kan verliezen bij één en dezelfde gunningsprocedure.

48 — Arrest van 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punt 64.

49 — Zie ook artikel 63, lid 1, 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 (PB 2014, L 94, blz. 65).

50 — Arresten van 2 december 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punt 26; van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punt 43, en van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 32.

51 — De standaardgriffierechten in die zaak bedroegen 2 000 EUR, 4 000 EUR of 6 000 EUR, afhankelijk van de waarde van de overheidsopdracht.

52 — Zie in die zin arrest van 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 74.

53 — Zie onder meer arrest van 29 april 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

54 — Punt 46 van deze conclusie.

55 — Ik ontleen deze uitdrukking aan de rechtspraak van het EHRM waarin is geoordeeld dat artikel 13 EHRM ertoe strekt een doeltreffende voorziening in rechte te verstrekken voor „vorderingen die kans op slagen hebben” („arguable claims”). Zie onder meer arrest EHRM van 23 juni 2011, Diallo/Tsjechië, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

50. Volgens mij had dit negatieve gevolg (en de aanzienlijke interferentie met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte) kunnen worden vermeden zonder afbreuk te doen aan de doelstelling om vexatoire beroepen te ontmoedigen. Voor het geval van verwerping of intrekking had aan de CNSC of de bevoegde rechter bijvoorbeeld beoordelingsbevoegdheid kunnen worden verleend om na te gaan of het beroep vexatoir was of niet, gelet op alle relevante omstandigheden [56], en om op basis daarvan te beslissen of het gerechtvaardigd was de zekerheid voor goed gedrag (geheel of deels) in te houden.

51. Ik ben het derhalve eens met Star Storage, Max Boegl en de Commissie dat de oorspronkelijke regeling het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest onevenredig beperkt en zo afbreuk doet aan de nuttige werking van artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 en artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13. Die regeling tast dat recht ook in de kern aan, aangezien zij er in de praktijk toe kan leiden dat marktdeelnemers die belang hebben of hadden bij gunning van een bepaalde opdracht, de toegang wordt ontzegd tot een beroep tegen vermeend onrechtmatige besluiten van aanbestedende diensten.

52. Gelet op een en ander concludeer ik dat artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 en artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling zoals die in de hoofdgedingen, op grond waarvan een verzoeker een „zekerheid voor goed gedrag" moet stellen om toegang te krijgen tot een procedure voor beroep tegen besluiten inzake overheidsopdrachten van een aanbestedende dienst en waarbij de aanbestedende dienst die zekerheid moet inhouden indien het beroep wordt verworpen of ingetrokken, ongeacht of het vexatoir is.

Overgangsregeling

53. Hierna behandel ik de overgangsregeling, die verschilt van de oorspronkelijke regeling voor zover de verzoeker de zekerheid voor goed gedrag terugkrijgt, ongeacht de uitkomst van het beroep.

54. Wat gelijkwaardigheid betreft, geldt dezelfde redenering als die welke ik hierboven heb uiteengezet. [57]

55. Wat doeltreffendheid betreft, is het duidelijk dat een procedurevereiste zoals dat neergelegd in artikel 271 bis, lid 1, van OUG nr. 34/2006 op zich per definitie het recht op toegang tot procedures voor beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten beperkt. Dit vereiste is een noodzakelijke voorwaarde vooraleer het beroep ten gronde kan worden behandeld. [58] Daarnaast krijgt de verzoeker de zekerheid voor goed gedrag weliswaar terug na afloop van de procedure, maar betekent het stellen ervan zonder twijfel een financiële belasting voor hem. Volgens de eerste zin van artikel 271 bis, lid 3, van OUG nr. 34/2006 kan de zekerheid voor goed gedrag op twee manieren worden gesteld. Indien de verzoeker kiest voor een bankoverschrijving, kan hij van de datum waarop het beroep wordt ingesteld tot de datum waarop de beslissing van de CNSC of het vonnis onaantastbaar is geworden, niet beschikken over een mogelijk aanzienlijk bedrag. De verzoeker draagt dus de opportuniteitskosten van de omstandigheid dat hij die tegoeden niet voor andere doeleinden kan gebruiken. Indien de verzoeker daarentegen kiest voor een zekerheidsinstrument dat wordt verstrekt door een bank of verzekeringsmaatschappij, moet hij de aan dat instrument verbonden kosten dragen. [59]

56 — Voorbeelden van die omstandigheden zijn of er vaste rechtspraak is over een bepaalde rechtsvraag, of het beroep louter een eerdere betwisting herhaalt, of dat het is gebaseerd op een duidelijk foutieve uitlegging van de aangevochten maatregel of een kennelijk onjuiste feitelijke premisse.

57 — Zie de punten 40 en 41 hierboven.

58 — Artikel 271 bis, lid 2, van OUG nr. 34/2006.

59 — Het is onduidelijk of de aanbestedende dienst die kosten vergoedt aan de verzoeker indien de CNSC of de rechter het beroep toewijst. Zelfs indien dat het geval is, heeft de in het gelijk gestelde verzoeker aanvankelijk nog steeds de kosten moeten dragen om toegang te krijgen tot de beroepsprocedure. Het vereiste om een zekerheid te stellen zou dus ook in dat geval de toegang hebben belemmerd.

56. Het lijkt mij bovendien duidelijk dat een dergelijk procedureel vereiste aanbestedende diensten niet passend beschermt tegen vexatoire beroepen. Krachtens de overgangsregeling moet de aanbestedende dienst de zekerheid voor goed gedrag aan de verzoeker restitueren binnen vijf dagen na de datum waarop de beslissing van de CNSC of het vonnis onaantastbaar is geworden, zelfs indien de verzoeker zijn recht op toegang tot beroepsprocedures kennelijk heeft misbruikt. De kosten die de overgangsregeling met zich brengt, ontmoedigen een marktdeelnemer daarom misschien niet om een beroep in te stellen met een ander doel dan waarvoor in de beroepsprocedures is voorzien, zoals een concurrent schade toebrengen. Die kosten kunnen niettemin een belemmering vormen voor een marktdeelnemer met een vordering die kans op slagen heeft, maar die slechts over beperkte middelen beschikt.

57. Tot slot maakt de overgangsregeling – zoals de oorspronkelijke regeling – geen onderscheid tussen vorderingen met kans op slagen en vexatoire vorderingen. De beperking van de toegang tot beroepsprocedures die uit de regeling voortvloeit, gaat dan ook duidelijk verder dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstelling om vexatoire beroepen te ontmoedigen.

58. Ik concludeer derhalve dat artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 en artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling zoals de overgangsregeling, op grond waarvan een verzoeker een „zekerheid voor goed gedrag" moet stellen om toegang te krijgen tot een procedure voor beroep tegen besluiten van een aanbestedende dienst en waarbij die verzoeker de zekerheid automatisch terugkrijgt na afloop van de procedure, ongeacht de uitkomst ervan.

Conclusie

59. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de Curtea de Apel Bucureşti (hof van beroep Boekarest, Roemenië) en de Curtea de Apel Oradea (hof van beroep Oradea, Roemenië) te beantwoorden als volgt:

„– Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665/EEG 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, en artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, verzetten zich tegen een nationale wettelijke regeling zoals die in de hoofdgedingen, op grond waarvan een verzoeker een , zekerheid voor goed gedrag' moet stellen om toegang te krijgen tot een procedure voor beroep tegen besluiten inzake overheidsopdrachten van een aanbestedende dienst en waarbij de aanbestedende dienst die zekerheid moet inhouden indien het beroep wordt verworpen of ingetrokken, ongeacht of het vexatoir is.

– Diezelfde Unierechtelijke bepalingen verzetten zich ook tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een verzoeker een ‚zekerheid voor goed gedrag' moet stellen om toegang te krijgen tot een procedure voor beroep tegen besluiten van een aanbestedende dienst en waarbij die verzoeker de zekerheid automatisch terugkrijgt na afloop van de procedure, ongeacht de uitkomst ervan."