

Jurisprudentie Alarm

Mag een partij uit een niet-lidstaat worden uitgesloten van een aanbesteding op grond van nationaal recht?

De zaak

De Roemeense autoriteit voor spoorweghervormingen (hierna: ARF) publiceert op 3 april 2020 een Europese aanbesteding voor de aankoop van twintig treinstellen en de daarbij benodigde onderhouds- en reparatiediensten. Twee partijen dienen op 19 april 2021 een inschrijving in, te weten een consortium bestaande uit het Chinese CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd en Roemeense Astra Vagoane Călători SA (hierna tezamen: het consortium) en het Italiaanse Alstom Ferroviaria SpA (hierna: Alstom).

Op 2 november 2021 maakt de ARF bekend dat het consortium is uitgesloten van de aanbesteding en dat de opdracht wordt gegund aan Alstom. Volgens ARF voldoet het consortium niet aan het begrip “ondernemer” naar Roemeens recht, nu de leidende vennootschap van het consortium, CRRC Qingdao Sifang, is gevestigd in China. De Roemeense regering heeft namelijk tijdens de looptijd van de aanbestedingsprocedure, middels een zogeheten spoedbesluit, het begrip “ondernemer” aangescherpt: een ondernemer moet komen uit een (toetredende) lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte, dan wel komen uit een derde land dat is aangesloten bij de Global Procurement Act (GPA-overeenkomst) of uit derde landen komen die een andere overeenkomst met de Europese Unie hebben. Partijen die niet voldoen aan deze definities, dienen door de aanbestedende diensten te worden uitgesloten.

Het consortium gaat tegen deze beslissing in bezwaar bij de Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor (hierna: CNSC), het orgaan dat gaat over de behandeling van bezwaarschriften, op 11 november 2021. De uitsluiting zou volgens het consortium in strijd zijn met de Roemeense grondwet omdat het spoedbesluit met terugwerkende kracht is toegepast. CNSC wijst dit bezwaar af op grond van de volgende redenen: i) China voldoet niet aan de eisen die zijn gesteld naar Roemeens recht, ii) de inschrijving van het consortium dateert van na de inwerkingtreding van het spoedbesluit, en iii) het spoedbesluit heeft alleen betrekking op inschrijvingen die gedaan zijn na de inwerkingtreding. Het consortium krijgt nul op het rekest en gaat in beroep bij de rechter in tweede aanleg (Curte de Apel București).

De rechter verzoekt vervolgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) om een prejudiciële beslissing. Hierin staan twee vragen centraal:

- i)** Is een nationale wet toelaatbaar die bepaalt dat ondernemers (op wie de Unierechtelijke bepaling niet van toepassing is) uitsluitend kunnen blijven deelnemen aan aanbestedingsprocedures indien zij vóór inwerkingtreding van die wet hebben ingeschreven?
- ii)** Is een uitsluiting van een inschrijver op grond van een nationale wet toelaatbaar, omdat de definitie ‘ondernemer’ met die wet is gewijzigd, waardoor de inschrijver daaraan niet meer voldoet nadat de aanbesteding reeds is aangekondigd?

Het HvJ EU overweegt dat gelet op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) alleen de Europese Unie de exclusieve bevoegdheid geniet op het gebied van gemeenschappelijk handelspolitiek (artikel 3 lid 1 sub e jo. art. 2 lid 1 VWEU). Hieruit volgt dat elke lidstaat toestemming moet hebben van de Europese Unie als zij een regeling wil vaststellen die inschrijvers uit derde landen (zonder internationale overeenkomst) toelaat of uitsluit van een aanbesteding. De toegang tot een Europese aanbesteding kan een ondernemer dus niet zonder meer worden ontzegd op grond van een nationale regeling zonder dat de Europese Unie toestemming heeft verleend aan een lidstaat om een dergelijke regeling op te stellen. In casu was de toestemming er niet, waardoor de nationale regeling niet kon worden toegepast. Het is dan ook irrelevant of de nationale wettelijke regeling waarover de prejudiciële vraag is gesteld in werking is getreden na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.

Het hof benadrukt daarbij dat inschrijvers uit derde landen (zonder internationale overeenkomst) geen recht hebben op een niet minder gunstige behandeling op grond van artikel 25 van richtlijn 2014/24. Het staat de aanbestedende dienst vrij om in de aanbestedingsstukken een behandelingsregeling op te nemen waarmee wordt beoogd om het objectieve verschil te weerspiegelen tussen enerzijds de rechtspositie van de Chinese ondernemer en anderzijds de rechtspositie van ondernemers uit de Europese Unie. Of de behandelingsregeling moet voldoen aan bepaalde beginselen, zoals rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, kan slechts worden onderzocht in het licht van het nationale recht en niet in het licht van het Unierecht. Het hof verwijst daarbij naar het arrest van 22 oktober 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, punten 64 en 66. Het hof geeft daarmee dus geen antwoord op de tweede vraag.

Juridisch kader

De Roemeense autoriteit voor spoorweghervormingen (hierna: ARF) publiceert op 3 april 2020 een Europese aanbesteding voor de aankoop van twintig treinstellen en de daarbij

Overweging 1 van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat aanbestedende diensten ondernemers behoren te behandelen op gelijke en niet-discriminerende wijze en transparantie dienen te betrachten in hun handelen. In deze overweging wordt gerefereerd aan haar drie aanbestedingsrechtelijke beginselen: het evenredigheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel (zie ook artikelen 1.8 en 1.9 van de Aanbestedingswet).

Overweging 17 van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat de richtlijn ook van toepassing is op landen die zijn aangesloten aan de overeenkomst inzake overheidsopdrachten van de Wereldhandelsorganisatie (GPA-overeenkomst). Dit betekent dat aanbestedende diensten ondernemers uit derde landen die partij zijn bij de GPA-overeenkomst op dezelfde wijze moeten behandelen als ondernemers uit een EU lidstaat bij een aanbestedingsprocedure.

Artikel 18 van richtlijn 2014/24/EU stelt dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen en dat dit handelen op een transparante en proportionele wijze moet geschieden.

Artikel 25 van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat ondernemers uit derde landen die zijn aangesloten bij de GPA-overeenkomst geen minder gunstige behandeling mogen krijgen dan ondernemers uit de lidstaten voor het leveren van goederen, diensten en werken.

Artikel 2 lid 1 en 2 VWEU stelt dat de Europese Unie tezamen met de lidstaten wetgevend optreedt. De lidstaten voeren hun bevoegdheid uit wanneer dit niet door de Europese Unie is gedaan of de Europese Unie besluit deze bevoegdheid niet zelf uit te oefenen.

Artikel 3 lid 1 sub b VWEU benoemt dat de Europese Unie exclusief bevoegd is mededingingsregels vast te stellen die voor de werking van de interne markt nodig zijn. Sub e van voornoemd artikel noemt dat de Europese Unie exclusief bevoegd is op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek.

Rechters aan het woord

In het **Simmenthal**-arrest oordeelde het HvJ EU dat rechters nationale bepalingen die strijdig zijn met EU-recht buiten beschouwing moeten laten, ongeacht of deze strijdige nationale bepalingen zijn opgesteld voor of na de inwerkingtreding van de betreffende Unierechtelijke bepaling.

In het **Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret**-arrest oordeelde het HvJ EU dat een ondernemer uit een derde land geen recht heeft op een niet minder gunstige behandeling. Ondernemers uit derde landen zonder overeenkomst kunnen geen beroep doen op de Europese richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten. Zij hebben dus geen recht op een gelijke behandeling van hun inschrijving ten opzichte van inschrijvers uit een lidstaat of een inschrijver uit een land met een overeenkomst met de Europese Unie, zoals de GPA-overeenkomst.

Tips voor de praktijk

Het staat aanbestedende diensten vrij om ondernemers uit derde landen toe te laten die geen overeenkomst hebben gesloten met betrekking tot het leveren van goederen, diensten of werken bij een aanbestedingsprocedure.

➤ Het is hierbij wel van belang dat aanbestedende diensten een behandelingsregeling opnemen waarmee wordt beoogd om de verschillen in rechtspositie tussen de ondernemers uit de Europese Unie en derde landen te weerspiegelen.

Een aanbestedende dienst mag daarentegen niet een ondernemer uit een derde land op grond van een nationale regeling uitsluiten, tenzij deze regeling met toestemming van de Europese Unie tot stand komt.

➤ De Europese Commissie heeft in 2019 [richtsnoeren](#) gepubliceerd over deelname van inschrijvers uit derde landen bij overheidsopdrachten. Het is voor een aanbestedende dienst raadzaam om deze richtsnoeren te volgen bij inschrijvingen uit derde landen.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne