CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
Y. BOT
van 10 april 2014[1]

Zaak C-19/13

Ministero dell'Interno
tegen
Fastweb SpA

[verzoek van de Consiglio di Stato (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Richtlijn 89/665/EEG — Beroepsprocedure inzake plaatsing van overheidsopdrachten — Voorwaarden voor procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van aankondiging van opdracht niet vervuld — Bevoegdheid van voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie om gunningsovereenkomst onverbindend te verklaren — Draagwijdte van in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 bedoelde uitzondering op grond waarvan die instantie overeenkomst niet onverbindend mag verklaren — Beginsel van gelijke behandeling — Recht op doeltreffende voorziening in rechte"

1. Met deze prejudiciële verwijzing wordt het Hof verzocht de omvang te verduidelijken van de vernietigings- en sanctiebevoegdheid waarover de nationale rechter krachtens artikel 2 quinquies van richtlijn 89/665/EEG[2] beschikt wanneer hij vaststelt dat een overheidsopdracht is gegund in strijd met de in richtlijn 2004/18/EG[3] neergelegde regels inzake bekendmaking en mededinging.

2. Richtlijn 89/665 strekt ertoe te waarborgen dat in alle lidstaten doeltreffende en snelle beroepsprocedures bestaan, opdat de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten daadwerkelijk worden toegepast.[4] Met de wijziging door richtlijn 2007/66 heeft de Uniewetgever die procedures doeltreffender willen maken door meer garanties te bieden inzake transparantie en non-discriminatie. In het kader daarvan zijn in artikel 2 quinquies van richtlijn 89/665 sancties vastgesteld die doeltreffend en afschrikkend[5] zouden moeten zijn, zodat potentiële inschrijvers en marktdeelnemers die schade hebben geleden effectieve rechterlijke bescherming genieten en de ernstigste schending van het recht inzake overheidsopdrachten – onrechtmatige onderhandse gunning – wordt aangepakt.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn 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").

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 L 134, blz. 114).

4 — Zie de derde overweging van de considerans en artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665. Zie ook arrest Commissie/Duitsland (C-503/04, EU:C:2007:432, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

5 — Zie punten 27 en 28 van de considerans van richtlijn 2007/66.

3. Volgens artikel 2 quinquies, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665 zorgen de lidstaten ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard indien de aanbestedende dienst een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat dit op grond van richtlijn 2004/18 is toegestaan.

4. Op dat beginsel bestaat echter een uitzondering, die in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 is neergelegd en waarvan de draagwijdte hier aan de orde is.

5. Deze bepaling luidt:

„De lidstaten bepalen dat lid 1, sub a, van dit artikel niet van toepassing is indien:

— de aanbestedende dienst van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op grond van richtlijn 2004/18[...] is toegestaan,

— de aanbestedende dienst de in artikel 3 bis bedoelde aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt, en

— de overeenkomst niet is gesloten voor het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van bekendmaking van bedoelde aankondiging."

6. Artikel 3 bis van richtlijn 89/665 bepaalt dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan zijn benaming en contactgegevens moet vermelden. Hij moet eveneens het onderwerp van de opdracht beschrijven en rechtvaardigen waarom de opdracht wordt gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Daarnaast moet hij de benaming en contactgegevens vermelden van de onderneming ten gunste van wie het gunningsbesluit is genomen, en, voor zover van toepassing, alle andere informatie toevoegen die hij in dit verband nuttig acht.

7. Artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 beoogt het beroep vóór contractsluiting te vergemakkelijken, voor zover de bekendmaking van een aankondiging van het voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan[6] en de opschorting van de ondertekening van de overeenkomst gedurende ten minste tien dagen de rechter in staat stellen tijdig in te grijpen wanneer de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten worden geschonden.[7]

8. Met zijn prejudiciële verwijzing vraagt de Consiglio di Stato (Italië) het Hof naar de uitlegging en de geldigheid van die bepaling in het licht van het beginsel van gelijke behandeling, dat door de rechtspraak is erkend als een fundamenteel beginsel van het Unierecht, en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, dat is neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest").

9. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen het Ministero dell'Interno (ministerie van Binnenlandse Zaken) en Fastweb SpA (hierna: „Fastweb"), over een overheidsopdracht ter waarde van 521 500 000 EUR inzake de verstrekking van elektronische communicatiediensten gedurende zeven jaar, die aan Telecom Italia SpA (hierna: „Telecom Italia") is gegund.

6 — Deze aankondiging wordt ook „aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf" genoemd.

7 — Zie punt 28 van de considerans van richtlijn 2007/66.

10. Vaststaat dat het Ministero dell'Interno in deze zaak de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten niet heeft nageleefd, door de betrokken opdracht te gunnen door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

11. Bij beslissing van 8 januari 2013 heeft de Consiglio di Stato geoordeeld dat de opdracht onrechtmatig was gegund en deze gunning nietig verklaard.

12. De Consiglio di Stato heeft evenwel vastgesteld dat het Ministero dell'Interno in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst met Telecom Italia over te gaan, die voldeed aan de vereisten van artikel 3 bis van richtlijn 89/665, had bekendgemaakt. De rechter heeft eveneens vastgesteld dat het Ministero dell'Interno de opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de gunning van de opdracht en de ondertekening van de overeenkomst in acht had genomen. Volgens artikel 2 quinquies, lid 4, van die richtlijn zou de nationale rechter die overeenkomst dus niet onverbindend mogen verklaren, hoewel deze ongeldig is.

13. Tegen die achtergrond vraagt de verwijzende rechter zich af wat de omvang is van de vernietigings- en sanctiebevoegdheid van de nationale rechter.

14. De Consiglio di Stato heeft derhalve de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Dient artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn [89/665] aldus te worden uitgelegd dat in een situatie waarin een aanbestedende dienst, alvorens de opdracht onderhands te gunnen aan een bepaalde ondernemer die is geselecteerd zonder dat eerst een aankondiging van de opdracht is bekendgemaakt, een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft gepubliceerd en ten minste tien kalenderdagen heeft gewacht vooraleer de overeenkomst te sluiten, het de nationale rechter automatisch – altijd en hoe dan ook – verboden is die overeenkomst onverbindend te verklaren, ook al stelt hij vast dat de voorschriften die onder bepaalde voorwaarden gunning van de opdracht zonder aanbestedingsprocedure toestaan, zijn geschonden?

2) Is artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn [89/665] in overeenstemming met de beginselen van gelijkheid van partijen, van non-discriminatie en van bescherming van de mededinging en waarborgt het het in artikel 47 van het Handvest [...] neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte, wanneer het aldus wordt uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de overeenkomst onverbindend wordt verklaard naar nationaal recht (artikel 122 van de Codice del processo amministrativo), ook al heeft de rechter vastgesteld dat de voorschriften die onder bepaalde voorwaarden gunning van de opdracht zonder aanbestedingsprocedure toestaan, zijn geschonden?"

15. De partijen in het hoofdgeding, de Italiaanse, de Oostenrijkse en de Poolse regering, het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Europese Commissie hebben opmerkingen gemaakt.

16. Hierna zet ik uiteen dat het doel van richtlijn 89/665 en de bewoordingen van artikel 2 quinquies daarvan zich er volgens mij niet tegen verzetten dat een lidstaat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie beoordelingsbevoegdheid toekent om te bepalen hoe ver de onverbindendheid strekt van een overeenkomst die is gesloten zonder dat vooraf een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt, wanneer zij vaststelt dat de aanbestedende dienst weliswaar een aankondiging van het voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt en een opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de gunning van die opdracht en de ondertekening van de overeenkomst in acht heeft genomen, maar de in richtlijn 2004/18 neergelegde regels inzake bekendmaking en mededinging bewust en opzettelijk heeft geschonden.

I – **Feiten van het hoofdgeding**

17. Het departement Openbare Veiligheid van het Ministero dell'Interno sloot in 2003 een overeenkomst met Telecom Italia voor het beheer en de ontwikkeling van telecommunicatiediensten. De overeenkomst liep af op 31 december 2011.

18. Toen de overeenkomst op het punt stond af te lopen, heeft het Ministero dell'Interno bij besluit van 15 december 2011 Telecom Italia opnieuw aangewezen als leverancier van en technologische partner voor het beheer en de ontwikkeling van die diensten.

19. Het Ministero dell'Interno meende dat het op grond van artikel 57, lid 2, sub b, van decreto legislativo nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE[8] van 12 april 2006 (wetsbesluit nr. 163 tot vaststelling van het wetboek voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) – waarbij artikel 28, lid 1, sub e, van richtlijn 2009/81/EG[9] in Italiaans recht is omgezet – de opdracht kon gunnen door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.

20. Krachtens artikel 28, lid 1, sub e, van richtlijn 2009/81 kan de aanbestedende dienst voor het plaatsen van een opdracht een beroep doen op een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht „wanneer de opdracht om technische redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd".

21. In casu meende het Ministero dell'Interno dat Telecom Italia om technische redenen en om redenen van bescherming van (bepaalde) exclusieve rechten als enige ondernemer in staat was de opdracht voor de verstrekking van diensten uit te voeren.

22. Die beslissing werd voorgelegd aan de Avvocatura Generale dello Stato, die op 20 december 2011 heeft geadviseerd dat rechtmatig een beroep kon worden gedaan op de voorgenomen procedure.

23. Diezelfde dag publiceerde het Ministero dell'Interno in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een aankondiging van zijn voornemen om met Telecom Italia een overeenkomst te sluiten voor de „verstrekking van elektronische-communicatiediensten ten behoeve van het departement Openbare Veiligheid en de Carabinieri, waaronder diensten inzake spraaktelefonie, mobiele telefonie en datatransmissie, met inachtneming van alle voorwaarden voor vertrouwelijkheid en veiligheid van de informatie in het belang van de nationale veiligheid".

24. Op 22 december 2011 heeft het Ministero dell'Interno het administratieve besluit vastgesteld waarbij Telecom Italia werd uitgenodigd voor onderhandelingen op 23 december 2011.

25. Op 31 december 2011, dus na het verstrijken van een termijn van tien dagen vanaf het moment van bekendmaking van de aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, hebben de partijen een raamovereenkomst voor zeven jaar getekend ter waarde van 521 500 000 EUR.

26. Op 16 februari 2012 werd de gunning van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt.

8 — Gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006. Gewijzigd bij decreto legislativo nr. 152 van 11 september 2008 (gewoon supplement bij GURI nr. 231 van 2 oktober 2008; hierna: „d.lgs. nr. 163/2006").

9 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (PB L 216, blz. 76), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 (PB L 319, blz. 43; hierna: „richtlijn 2009/81"). Artikel 28, lid 1, sub e, van richtlijn 2009/81 neemt in wezen de bewoordingen van artikel 31, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 over.

27. Fastweb heeft een beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, dat in Italië verantwoordelijk is voor de beroepsprocedures betreffende de gunning van overheidsopdrachten. Fastweb verzocht om nietigverklaring van die gunning en onverbindendverklaring van de overeenkomst, op grond dat de in artikel 28, lid 1, sub e, van richtlijn 2009/81 bedoelde voorwaarden voor een beroep op een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht niet waren vervuld.

28. Het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio heeft dat beroep toegewezen. Het heeft geoordeeld dat de door het Ministero dell'Interno aangevoerde gegevens en omstandigheden geen „technische redenen" in de zin van artikel 57, lid 2, sub b, van d.lgs. nr. 163/2006 vormden, maar opportuniteitsoverwegingen en redenen die verband hielden met de moeilijkheden die de gunning van de opdracht aan een andere ondernemer mogelijkerwijs zou meebrengen. Na nietigverklaring van de gunning heeft het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio geoordeeld dat het de overeenkomst niet onverbindend kon verklaren, aangezien het Ministero dell'Interno had voldaan aan de verplichting tot transparantie en zich had gehouden aan de minimale opschortende termijn zoals vereist door artikel 121, lid 5, van de Codice del processo amministrativo, waarbij artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 in Italiaans recht is omgezet.

29. Volgens het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio verzetten die bepalingen zich er echter niet tegen dat de overeenkomst op grond van artikel 122 van de Codice del processo amministrativo onverbindend wordt verklaard vanaf 31 december 2013.

30. Het Ministero dell'Interno en Telecom Italia hebben tegen die beslissing hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato.

31. Deze rechter heeft de nietigverklaring van de betrokken gunning bevestigd. Hij was eveneens van oordeel dat de aanbestedende dienst onvoldoende had aangetoond dat aan de voorwaarden voor een beroep op een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht was voldaan. In dat verband heeft hij geoordeeld dat uit het gevoerde betoog en het overgelegde bewijs (waaronder het technische verslag) niet bleek dat het objectief onmogelijk was de betrokken diensten door andere ondernemers te laten verstrekken, maar veeleer dat een dergelijke beslissing volgens het Ministero dell'Interno niet opportuun was, hoofdzakelijk wegens de daaraan verbonden wijzigingen, kosten en aanpassingstijd.

32. De Consiglio di Stato had echter twijfels over de gevolgen die aan een dergelijke nietigverklaring moeten worden verbonden wat betreft de verbindendheid van de betrokken overeenkomst, gelet op de in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 neergelegde beginselen.

II – **Italiaans recht**

33. Richtlijn 89/665 is omgezet in Italiaans recht bij decreto legislativo nr. 53 van 20 maart 2010, waarvan de inhoud nadien is ingevoegd in de artikelen 120 en volgende van de Codice del processo amministrativo.

34. Artikel 2 quinquies, lid 1, van richtlijn 89/665 is in Italiaans recht omgezet bij artikel 121, lid 1, van de Codice del processo amministrativo. Laatstbedoeld artikel bepaalt dat de rechter die een definitieve gunning nietig verklaart, in bepaalde gevallen de overeenkomst onverbindend verklaart, waarbij hij afhankelijk van de conclusies van de partijen, de ernst van het gedrag van de aanbestedende dienst en de feitelijke omstandigheden bepaalt of de onverbindendheid enkel betrekking heeft op verbintenissen die nog moeten worden uitgevoerd op het ogenblik van bekendmaking van de beslissing of terugwerkende kracht heeft. Het betreft de volgende gevallen:

— definitieve gunning zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* of de *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, wanneer d.lgs. nr. 163/2006 een dergelijke bekendmaking vereist;

— definitieve gunning op basis van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder aankondiging of een toewijzing in eigen beheer wanneer dat niet was toegestaan en daardoor geen aankondiging is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* of de *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, wanneer d.lgs. nr. 163/2006 een dergelijke bekendmaking vereist.

35. Artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 is uitgevoerd bij artikel 121, lid 5, van de Codice del processo amministrativo, dat bepaalt dat de regel inzake onverbindendheid van artikel 121, lid 1, sub a en b, niet van toepassing is wanneer de aanbestedende dienst:

— bij gemotiveerd besluit voorafgaand aan de gunningsprocedure heeft verklaard dat een procedure zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* of de *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* mag worden gebruikt op grond van d.lgs. nr. 163/2006;

— een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf in de zin van artikel 79 bis van d.lgs. nr. 163/2006, waarin hij zijn voornemen om de overeenkomst te sluiten kenbaar maakt, heeft bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (opdrachten van communautaire omvang) respectievelijk de *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (opdrachten onder die drempel), en

— de overeenkomst niet heeft gesloten vóór het verstrijken van een termijn van tien dagen, ingaande op de dag na de datum van bekendmaking van de in het vorige punt bedoelde aankondiging.

36. Artikel 122 van de Codice del processo amministrativo voegt daaraan toe dat de rechter die de definitieve gunning nietig verklaart, behoudens de gevallen van artikel 121, lid 1, bepaalt of de overeenkomst onverbindend moet worden verklaard en zo ja, vanaf wanneer, waarbij hij met name rekening houdt met de belangen van de partijen, de mogelijkheid voor de verzoeker om daadwerkelijk de opdracht te krijgen in het licht van de vastgestelde gebreken, de stand van uitvoering van de overeenkomst en de mogelijkheid om deze over te nemen in het geval dat het gebrek in de gunning niet van dien aard is dat de procedure opnieuw moet worden gevoerd en er om overname is verzocht.

37. Artikel 3 bis van richtlijn 89/665, over de inhoud van de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf, is uitgevoerd bij artikel 79 bis van d.lgs. nr. 163/2006.

III – **Bespreking**

38. Ik zal de twee vragen van de Consiglio di Stato samen behandelen.

39. Met deze vragen wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de nationale rechter op grond van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van het beginsel van gelijke behandeling en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, ongeacht de omstandigheden verplicht is de verbindendheid te handhaven van een overeenkomst die is gesloten zonder dat vooraf een aankondiging van de opdracht is bekendgemaakt, wanneer de aanbestedende dienst een aankondiging van zijn voornemen tot sluiting van de overeenkomst in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt en de in die bepaling neergelegde opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de gunning van de opdracht en de ondertekening van de overeenkomst in acht heeft genomen.

40. Ik meen van niet. Volgens mij mag artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 niet leiden tot een dergelijk automatisme, omdat daardoor het nuttig effect van de in het kader van richtlijn 2007/66 vastgestelde bepalingen in het gedrang zou kunnen komen en bepaalde fundamentele beginselen waarop een ondernemer die schade heeft geleden zich kan beroepen, zouden kunnen worden geschonden.

41. Artikel 2 van richtlijn 2004/18, „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten", verplicht de aanbestedende dienst om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en transparant te handelen.

42. In dat verband heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers of gegadigden een fundamenteel beginsel van het aanbestedingsrecht van de Unie vormt. [10] Naleving van dat beginsel moet het vrije verkeer van diensten in de Europese Unie verzekeren en leiden tot de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen belangstellende ondernemers in alle lidstaten. [11] Dit beginsel verzet zich derhalve, zoals het Hof in herinnering heeft gebracht, tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een aanbestedingsprocedure. Het beginsel van gelijke behandeling houdt niet enkel in dat niet mag worden gediscrimineerd op grond van nationaliteit, maar ook dat de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten transparant moet verlopen. [12] Deze transparantie heeft in wezen tot doel om elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid van de aanbestedingsprocedure te verzekeren, zodat deze voor mededinging openstaat en de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. [13] Zij dient dus om elk risico van favoritisme en willekeur van de aanbestedende dienst uit te bannen, zodat die inschrijvers bij de formulering van hun inschrijving dezelfde kansen hebben. [14]

43. Uit deze verplichtingen vloeien voor de ondernemers rechten voort die zij effectief beschermd moeten kunnen zien bij de nationale rechter. Deze moet dus zorgen dat zijn rechterlijke beslissing ten volle wordt uitgevoerd, en doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties kunnen opleggen om de volle werking van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te verzekeren.

10 — Zie mijn uiteenzetting over dit beginsel in de punten 34 e.v. van mijn conclusie in de zaak Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

11 — Zie met name arrest Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punt 28). Zie ook arrest Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[de] artikelen [43 EG en 49 EG], het beginsel van gelijke behandeling, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting [...] immers dezelfde doelstellingen na[streven] als [...] 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (PB L 285, blz. 1)], die met name gericht is op het vrij verrichten van diensten en het openstellen van de markt in de lidstaten voor een onvervalste mededinging" (punt 48).

12 — Zie arresten Commissie/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 — Zie arrest Wall (EU:C:2010:182, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 — Zie arrest Commissie/België (C-87/94, EU:C:1996:161, punten 54-56).

44. Met het oog op een doeltreffende toepassing van die beginselen en effectieve rechterlijke bescherming van de betrokken inschrijvers tegen de risico's van favoritisme en willekeur van de aanbestedende dienst heeft de Uniewetgever ervoor gekozen de beroepsprocedures die in de lidstaten worden ingesteld door personen die belang hebben bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde schending zijn geschaad, door middel van richtlijn 2007/66 doeltreffender te maken. [15]

45. Richtlijn 89/665 stelt in beginsel enkel de minimumvereisten vast voor de in de nationale rechtsorde ingestelde beroepsprocedures [16] en sluit volgens punt 20 van de considerans van richtlijn 2007/66 de toepassing van strengere sancties overeenkomstig het nationale recht niet uit, zodat overeenkomstig punt 34 van de considerans van laatstgenoemde richtlijn geen afbreuk wordt gedaan aan de procedurele autonomie van de lidstaten.

46. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat een ondernemer die schade heeft geleden, tegen onrechtmatige besluiten van de aanbestedende diensten op doeltreffende wijze en zo snel mogelijk beroep kan instellen overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van die richtlijn. [17]

47. Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten daartoe aan de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie de volgende bevoegdheden moeten toekennen:

— de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad;

— de bevoegdheid om onrechtmatig genomen besluiten nietig te verklaren, en

— de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen aan degenen die schade hebben geleden.

48. In artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 is bepaald dat de lidstaten vrij blijven de gevolgen van de uitoefening van die bevoegdheden voor de voortzetting van de betrokken overeenkomst in hun nationale recht te regelen.

49. De in de artikelen 2 quinquies tot en met 2 septies van die richtlijn bedoelde gevallen zijn daarvan evenwel uitgesloten, in het bijzonder die waarin de nationale rechter de overeenkomst nietig heeft verklaard wegens schending van de in richtlijn 2004/18 neergelegde regels inzake bekendmaking en mededinging. In dat geval bakent de Uniewetgever de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie af, door de gevolgen van de nietigverklaring van een dergelijke overeenkomst uitdrukkelijk te regelen.

50. Artikel 2 quinquies van richtlijn 89/665, „Onverbindendheid", bepaalt aldus in lid 1, sub a, dat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie de overeenkomst onverbindend verklaart wanneer de aanbestedende dienst een opdracht in strijd met richtlijn 2004/18 heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. De bewoordingen zijn duidelijk: in beginsel hebben de lidstaten geen handelingsvrijheid.

15 — Zie met name de punten 3 en 4 van de considerans van die richtlijn. Zie ook arrest Commissie/Oostenrijk (C-212/02, EU:C:2004:386, punten 20-22).

16 — Zie arrest Strabag e.a. (C-314/09, EU:C:2010:567, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Zie ook arrest GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51. Ter rechtvaardiging van deze afbakening stelt de Uniewetgever in punt 13 van de considerans van richtlijn 2007/66 dat de onrechtmatige onderhandse gunning van opdrachten volgens het Hof van Justitie een zeer ernstige schending van het aanbestedingsrecht van de Unie vormt. [18] Derhalve moet in een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie worden voorzien, wat betekent dat een dergelijke overeenkomst onverbindend moet worden verklaard.

52. In die omstandigheden moet de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie die vaststelt dat een overheidsopdracht ten onrechte door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht is gegund, de gunning nietig verklaren en de overeenkomst onverbindend, zodat de mededinging wordt hersteld en nieuwe zakelijke kansen worden gecreëerd voor de ondernemer die schade heeft geleden. [19]

53. Dat beginsel wordt evenwel afgezwakt door artikel 2 quinquies, lid 2, van richtlijn 89/665, op grond waarvan het aan de lidstaten staat de gevolgen van de onverbindendheid van de overeenkomst te bepalen.

54. Bovendien bevat artikel 2 quinquies, lid 4, van deze richtlijn een uitzondering op het beginsel. De uitlegging daarvan is hier aan de orde.

55. Krachtens die bepaling „bepalen [de lidstaten] dat lid 1, sub a, van dit artikel niet van toepassing is indien" de aanbestedende dienst:

— ten eerste, van mening was dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking op grond van richtlijn 2004/18 was toegestaan;

— ten tweede, transparant is geweest vóór de ondertekening van de overeenkomst, door een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekend te maken, en

— ten derde, een opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van de aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan en de sluiting van die overeenkomst in acht heeft genomen.

56. Het Parlement en de Commissie hebben ter terechtzitting bevestigd dat die voorwaarden cumulatief zijn.

57. Uit de punten 13, 14 en 26 van de considerans van richtlijn 2007/66 blijkt duidelijk dat de Uniewetgever met die uitzondering op de regel een evenwicht tracht te vinden tussen de verschillende belangen die aan de orde zijn, te weten die van de onderneming die schade heeft geleden enerzijds – waaraan tegemoet kan worden gekomen met de mogelijkheid om een kort geding vóór het sluiten van de overeenkomst in te stellen en de nietigverklaring van de onrechtmatig gesloten overeenkomst – en die van de aanbestedende dienst en de onderneming die de opdracht heeft gekregen anderzijds, voor wie geen rechtsonzekerheid mag ontstaan door de onverbindendheid van de overeenkomst.

58. Artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 is geformuleerd in dwingende bewoordingen en verbiedt, bij ontbreken van andere aanwijzingen in de tekst, dat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie een reeds nietig verklaarde overeenkomst onverbindend verklaart wanneer aan de drie voorwaarden is voldaan, teneinde het beoogde evenwicht tussen de verschillende betrokken partijen te bewaren.

18 — Zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punt 37).

19 — Punt 14 van de considerans van richtlijn 2007/66.

59. Volgens mij heeft de Uniewetgever door de toevoeging van een afzonderlijke bepaling die zo specifiek is als artikel 2 quinquies, lid 4, aan de oorspronkelijke versie van richtlijn 89/665 een gemeenschappelijke dwingende regel voor alle lidstaten willen instellen. Anders dan in andere bepalingen waar hij het uitdrukkelijk aan de lidstaten overlaat om in het kader van hun procedurele autonomie de gevolgen van de nietigverklaring van de overeenkomst en de onverbindendheid daarvan te regelen [20], lijkt artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 de lidstaten geen ruimte te laten voor strengere sancties in de zin van punt 20 van de considerans van richtlijn 2007/66, in het bijzonder niet voor de onverbindendheid van de overeenkomst.

60. Betekent dat echter, zoals de verwijzende rechter uitdrukkelijk vraagt, dat het de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie „automatisch – altijd en hoe dan ook – verboden is" de overeenkomst onverbindend te verklaren?

61. Volgens mij beschikt die instantie over een zekere speelruimte, namelijk wanneer zij nagaat of aan de in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 neergelegde voorwaarden – in het bijzonder de eerste – is voldaan.

62. Wanneer die instantie vaststelt dat aan de in die bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan, mag zij overeenkomstig de bewoordingen en het doel van die bepaling de overeenkomst niet onverbindend verklaren. Wanneer de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie na haar rechterlijke toetsing echter vaststelt dat die voorwaarden niet zijn vervuld, moet zij overeenkomstig de regel van artikel 2 quinquies, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665 de overeenkomst onverbindend verklaren, waarbij zij beschikt over de in artikel 2 quinquies, lid 2, van die richtlijn neergelegde beoordelingsmarge.

63. De beoordelingsmarge van de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie hangt dus af van het resultaat van haar rechterlijke toetsing.

64. Ik leg de nadruk op de omvang van die toetsing om twee redenen.

65. De eerste houdt verband met de verwezenlijking van de doelstellingen die de Uniewetgever heeft nagestreefd met artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, in het bijzonder de instelling van doeltreffende beroepsmogelijkheden tegen beslissingen die de aanbestedende diensten hebben genomen in strijd met de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

66. Rechterlijke toetsing is nodig om te verzekeren dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting die daaruit voortvloeit in acht worden genomen en om, in voorkomend geval, een doeltreffende en afschrikkende sanctie op te leggen.

67. Die toetsing is ook nodig om de onderneming die schade heeft geleden, overeenkomstig artikel 47 van het Handvest een doeltreffende voorziening in rechte te verzekeren. In herinnering zij gebracht dat volgens punt 36 van de considerans van richtlijn 2007/66 die „richtlijn [...] de grondrechten [eerbiedigt] en [...] de beginselen in acht [neemt] die met name in het Handvest [...] zijn erkend", en in het bijzonder de volledige eerbiediging beoogt van het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte veronderstelt dat de nationale rechter over beoordelingsbevoegdheid beschikt wat betreft de naleving van de toepasselijke wetgeving en, in casu, wat betreft de vraag of de in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 neergelegde voorwaarden zijn vervuld.

20 — Zie met name artikel 2 quinquies, lid 3, van richtlijn 89/665, dat het in lid 1 van dat artikel bedoelde beginsel matigt door te bepalen dat „[d]e lidstaten kunnen bepalen dat de [...] beroepsinstantie kan besluiten een overeenkomst niet onverbindend te verklaren, ook al is die overeenkomst onwettig gegund [...], indien de beroepsinstantie van mening is [...] dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst verbindend blijft". De bewoordingen van die bepaling zijn duidelijk: de Uniewetgever kent de nationale rechter beoordelingsbevoegdheid toe om te bepalen wat de meest gepaste sanctie is wanneer sprake is van dwingende redenen van algemeen belang.

68. De tweede reden houdt verband met de bewoordingen die de Uniewetgever heeft gebruikt in de eerste voorwaarde, zoals vastgesteld in artikel 2 quinquies, lid 4, eerste streepje, van die richtlijn.

69. Overeenkomstig die bepaling mag de nationale rechter immers een onrechtmatig gesloten overeenkomst niet onverbindend verklaren indien „de aanbestedende dienst *van mening is* dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op grond van richtlijn 2004/18[...] is toegestaan" [21].

70. Het lijkt mij bijzonder moeilijk bovengenoemde doelstellingen te verwezenlijken wanneer de aanbestedende dienst beschikt over een beoordelingsmarge zoals die in het kader van die bepaling, zonder dat deze door een rechter kan worden getoetst.

71. Op die manier is die voorwaarde zuiver potestatief en de rechterlijke bescherming van de ondernemer die schade heeft geleden gebrekkig. [22]

72. In de eerste plaats zou zij in strijd met de bewoordingen, de context en het doel van richtlijn 89/665 aan de aanbestedende dienst de keuze laten of hij overgaat tot een aanbesteding en dus of hij de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake transparantie en non-discriminatie in acht neemt, waarbij hij erop kan vertrouwen dat de in strijd met de regels inzake bekendmaking gesloten overeenkomst niet onverbindend wordt verklaard, mits hij in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan heeft bekendgemaakt en een opschortende termijn van ten minste tien dagen in acht heeft genomen. De uitgesloten ondernemer heeft in feite enkel de mogelijkheid een schadevordering in te stellen, waardoor de onrechtmatig gegunde opdracht niet opnieuw voor mededinging wordt opengesteld.

73. Hier is duidelijk sprake van een paradox.

74. Richtlijn 89/665 beoogt immers uitdrukkelijk de garanties inzake transparantie en non-discriminatie te versterken in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, zodat de ondernemer die schade heeft geleden volwaardige juridische bescherming geniet. [23] Bovendien heeft de Uniewetgever juist om onrechtmatige onderhandse gunning van opdrachten tegen te gaan en mogelijke inschrijvers te beschermen tegen willekeur van de aanbestedende dienst, ervoor gekozen om de beroepsprocedures door middel van richtlijn 2007/66 doeltreffender te maken. [24]

75. In de tweede plaats stelt die voorwaarde, zo toegepast, de aanbestedende dienst in de gelegenheid een opdracht onderhands te gunnen in strijd met de vereisten van richtlijn 2004/18, met minimale formaliteiten en op straffe van een minimale sanctie, zodat hij misbruik zou kunnen maken van de hem verleende rechten.

76. Zoals Fastweb stelt in haar opmerkingen, is het op die manier interessanter een overheidsopdracht te gunnen aan de onderneming van voorkeur dan over te gaan tot een regelmatige aanbesteding volgens de regels inzake bekendmaking en mededinging van richtlijn 2004/18.

21 — Cursivering van mij. Dezelfde term komt voor in artikel 2 sexies, lid 2, van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten [COM(2006) 195 definitief], en een soortgelijke term in punt 3 van de toelichting bij dat voorstel, waarin het heet dat „[w]anneer een aanbestedende dienst *oordeelt* dat hij gerechtigd is een opdracht [...] onderhands te gunnen, [...] hij [...] het sluiten van de overeenkomst [moet] opschorten gedurende een termijn van minstens 10 kalenderdagen, nadat hij is overgegaan tot een passende bekendmaking via een vereenvoudigde aankondiging van een geplaatste opdracht" (cursivering van mij).

22 — Een voorwaarde is „potestatief" wanneer het ontstaan of de uitvoering van de verplichting volledig afhankelijk is van de wil van een van de contractpartijen.

23 — Zie de derde overweging van de considerans van deze richtlijn.

24 — Arrest Commissie/Oostenrijk (EU:C:2004:386, punten 20-22).

77. Om te beginnen wordt het tijdschema van de aanbesteding in feite omzeild en kan de overheidsopdracht sneller worden gegund. Het onderhavige geding illustreert dat perfect, aangezien de procedure voor de gunning van de betrokken opdracht met een looptijd van zeven jaar en ter waarde van 521 500 000 EUR is aangevat op 15 december 2011 en twee weken later, op 31 december 2011, was afgerond.

78. Daarnaast verschilt de regeling inzake bekendmaking. In het kader van een regelmatige aanbestedingsprocedure moet de aanbestedende dienst immers een aankondiging van de opdracht publiceren en elke inschrijver op de hoogte brengen van de genomen beslissingen. De voorafgaande bekendmaking en de oproep tot mededinging worden dus geformaliseerd. In het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht heeft de aanbestedende dienst een eenvoudige verplichting tot bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, waarop belanghebbende ondernemingen tien dagen hebben om een beroep vóór het sluiten van de overeenkomst in te stellen. Die bekendmaking verstrekt belanghebbenden duidelijk niet evenveel informatie als de bekendmaking van een aanbesteding in het *Publicatieblad van de Europese Unie* of de individuele inlichting over de door de aanbestedende dienst genomen beslissingen en heeft bijgevolg een negatieve weerslag op de beroepsprocedures.

79. Tot slot kan bij een onrechtmatige gunning van de opdracht wegens met name een gebrek in de aanbestedingsprocedure de overeenkomst onverbindend worden verklaard. In het kader van de in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 bedoelde procedure mag de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie echter een in strijd met de regels inzake bekendmaking en mededinging gesloten overeenkomst niet onverbindend verklaren wanneer de aanbestedende dienst een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf heeft bekendgemaakt en de opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen die bekendmaking en de sluiting van de overeenkomst in acht heeft genomen. Zij kan de aanbestedende dienst weliswaar veroordelen tot een schadevergoeding, maar dat stelt de onrechtmatig gegunde opdracht niet opnieuw open voor mededinging.

80. Bijgevolg is het noodzakelijk dat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie in het kader van haar rechterlijke toetsing van de voorwaarden van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 het optreden van de aanbestedende dienst beoordeelt. Volgens mij moet zij in het bijzonder nagaan of de aanbestedende dienst te goeder trouw en met de nodige zorgvuldigheid heeft gehandeld bij de contractsluiting en of de door hem aangevoerde redenen om een beroep te doen op een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* geldig zijn of waren.

81. De Italiaanse en de Poolse regering, de Raad en de Commissie hebben in hun opmerkingen hetzelfde standpunt ingenomen. [25]

82. In het achterhoofd moet worden gehouden dat de in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 bedoelde handhaving van de verbindendheid van de overeenkomst, goede trouw van de aanbestedende dienst veronderstelt en ertoe strekt de medecontractanten rechtszekerheid te verschaffen. Dat wordt uitdrukkelijk erkend in punt 26 van de considerans van richtlijn 2007/66, waar wordt verwezen naar de noodzaak „eventuele rechtsonzekerheid als gevolg van onverbindendheid" van de overeenkomst te voorkomen. Het Hof heeft dit bovendien uitdrukkelijk bevestigd in het arrest Commissie/Duitsland. [26]

25 — Zie de punten 22 en 27 van de opmerkingen van de Italiaanse regering, punt 12 van de opmerkingen van de Poolse regering, punt 33 van de opmerkingen van de Raad en punt 48 van de opmerkingen van de Commissie.

26 — EU:C:2007:432, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook naar analogie arrest Strabag e.a. (EU:C:2010:567), waarin het Hof heeft gepreciseerd dat termijnen noodzakelijk zijn „teneinde te voorkomen dat de gegadigden en de inschrijvers op ieder moment inbreuken op [de] regeling [inzake overheidsopdrachten] kunnen opwerpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen" (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

83. Rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen zijn onmogelijk wanneer de aanbestedende dienst te kwader trouw heeft gehandeld bij de toepassing van het recht en bewust en opzettelijk de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten heeft geschonden.

84. Ter terechtzitting heeft Telecom Italia geopperd dat artikel 2 quinquies, lid 4, eerste streepje, van richtlijn 89/665 de aanbestedende dienst geenszins verplicht te goeder trouw en met de nodige zorgvuldigheid te handelen. Hij zou enkel een motiveringsplicht hebben. Die uitlegging moet met klem worden afgewezen, aangezien de goede trouw van de administratie wezenlijk in haar functie ligt vervat en de basis vormt van het gewettigd vertrouwen dat de burger moet kunnen hebben in haar optreden. Het betreft dus een van de fundamentele beginselen die voor haar werkzaamheden in het algemeen leidend zijn. Bijgevolg is het vanzelfsprekend dat de toepassing van artikel 2 quinquies, lid 4, eerste streepje, van die richtlijn veronderstelt dat de aanbestedende dienst te goeder trouw handelt.

85. De nationale rechter moet dus de redenen onderzoeken waarop de aanbestedende dienst zich logisch en in eerlijkheid kon baseren om te denken dat hij een opdracht mocht gunnen door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, en een onderscheid maken tussen vergissingen te goeder trouw en opzettelijke niet-naleving van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Na dat onderzoek kan de nationale rechter de meest gepaste sanctie bepalen.

86. Twee hypotheses kunnen dus worden onderscheiden.

87. In de eerste stelt de rechter vast dat de fout van de aanbestedende dienst verschoonbaar is, omdat hij te goeder trouw heeft gehandeld. In dat geval mag hij overeenkomstig artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 de overeenkomst niet onverbindend verklaren, teneinde het beoogde evenwicht tussen de belangen van de verschillende partijen te bewaren.

88. In dat verband wijst niets erop dat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie in dat geval alternatieve sancties, zoals die van artikel 2 sexies, lid 2, van die richtlijn, kan opleggen.

89. Ten eerste kan de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie een sanctie alleen maar vervangen door een andere wanneer er een te vervangen sanctie is. Zij moet met andere woorden een rechtsgrondslag voor een sanctie hebben. In de hypothese waarin alle in artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 bedoelde voorwaarden zijn vervuld, moet die instantie, zoals gezegd, de verbindendheid van de overeenkomst handhaven, zodat zij niet de mogelijkheid heeft de overeenkomst bij wijze van sanctie onverbindend te verklaren. Van een „sanctie” in de zin van die richtlijn is dus geen sprake.

90. Ten tweede vermeldt de Uniewetgever, wat de alternatieve sancties van artikel 2 sexies van richtlijn 89/665 betreft, uitdrukkelijk de gevallen waarin de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie de onverbindendheid van de overeenkomst kan vervangen door een boete of een verkorting van de looptijd van de overeenkomst en verwijst hij in dat artikel niet naar het geval van artikel 2 quinquies, lid 4, van die richtlijn. [27]

27 — Het betreft de hiernavolgende gevallen. Het eerste geval, dat van artikel 1, lid 5, van richtlijn 89/665, is dat waarin de overeenkomst is gesloten hoewel de ondernemer die schade heeft geleden, beroep heeft ingesteld bij de aanbestedende dienst. In het tweede geval – artikel 2, lid 3, van die richtlijn – sluit de aanbestedende dienst de overeenkomst voordat de nationale rechter heeft beslist op een verzoek tot voorlopige maatregelen of een beroep. Het derde geval, neergelegd in artikel 2 bis, lid 2, van die richtlijn, betreft de sluiting van de overeenkomst volgende op de gunning van de opdracht vóór het verstrijken van de termijn van ten minste tien dagen nadat het gunningsbesluit aan de betrokken inschrijvers en gegadigden is gezonden. In het vierde geval is de overeenkomst onverbindend verklaard wegens een van de redenen die uitdrukkelijk in artikel 2 quinquies, lid 1, van die richtlijn worden vermeld.

91. In die omstandigheden rijst inderdaad de vraag of de materiële draagwijdte van artikel 2 sexies van richtlijn 89/665 moet worden uitgebreid. Ik meen van niet, omdat een dergelijke uitlegging zou ingaan tegen de bewoordingen van artikel 2, lid 7, van die richtlijn en de bedoeling van de Uniewetgever. In die bepaling worden de in artikel 2 sexies bedoelde gevallen immers uitdrukkelijk uitgesloten van de vrijheid die de lidstaten genieten om de gevolgen te bepalen die moeten worden verbonden aan de uitoefening van hun sanctiebevoegdheid.

92. In de tweede hypothese is de nationale rechter van oordeel dat de fout onverschoonbaar is, dat de aanbestedende dienst bewust en opzettelijk de regels inzake voorafgaande bekendmaking en mededinging heeft geschonden. In dat geval moet een dergelijke schending natuurlijk aan een sanctie worden onderworpen. Er bestaat immers geen legitieme reden om de verbindendheid te handhaven van een overeenkomst die is gesloten op een manier die volgens het Hof een zeer ernstige schending van het aanbestedingsrecht uitmaakt.

93. In die omstandigheden moet de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie de overeenkomst onverbindend verklaren overeenkomstig artikel 2 quinquies, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665 en de ondernemer die schade heeft geleden door die bedrieglijke handeling in zijn rechten herstellen.

94. De lidstaten moeten in dat geval de mogelijkheid behouden de overeenkomst onverbindend te verklaren, omdat het de aanbestedende dienst anders vrij zou staan de wettelijke regels inzake bekendmaking en mededinging te schenden, mits, in voorkomend geval, een schadevergoeding wordt betaald aan de ondernemer die schade heeft geleden. Een dergelijke uitlegging zou zonder twijfel afbreuk doen aan de doelstellingen die de Uniewetgever met de vaststelling van richtlijn 2007/66 heeft nagestreefd. [28]

95. Zoals gezegd wil de richtlijn verzekeren dat de sancties doeltreffend zijn. In een geval waar de aanbestedende dienst duidelijk heeft gehandeld met de bedoeling de toepasselijke regels te omzeilen, vormt enkel de onverbindendheid van de overeenkomst een afschrikkende en doeltreffende sanctie.

96. Voorts strekt richtlijn 89/665 ertoe het beginsel van gelijke behandeling te doen naleven. Enkel de nietigverklaring van de onrechtmatig gesloten overeenkomst en de onverbindendheid daarvan kunnen de mededinging op de markt herstellen en nieuwe commerciële perspectieven creëren voor de ondernemer die ten onrechte niet heeft kunnen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure.

97. Dat neemt niet weg dat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie overeenkomstig artikel 2 quinquies, lid 2, van richtlijn 89/665 vrij blijft om te bepalen hoe ver de onverbindendheid van de overeenkomst strekt.

98. Zoals reeds opgemerkt laat die bepaling de lidstaten immers vrij om de gevolgen van de onverbindendheid van een overeenkomst in hun nationaal recht vast te stellen. De lidstaten kunnen de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie aldus de bevoegdheid toekennen om met terugwerkende kracht alle contractuele verbintenissen nietig te verklaren, dan wel de werking van de nietigverklaring van de overeenkomst te beperken tot de verbintenissen die nog moeten worden uitgevoerd. De Uniewetgever wenst in dat laatste geval niettemin een ruime beoordelingsbevoegdheid aan de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie toe te kennen, met zijn uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 89/665. Volgens die bepaling kunnen de lidstaten aan die instantie een ruime beoordelingsbevoegdheid geven om op basis van alle relevante factoren,

28 — Volgens vaste rechtspraak moet een bepaling die in een taalversie afwijkt van de andere taalversies in de Unie, met het oog op een uniforme uitlegging en toepassing ervan, niet enkel worden uitgelegd in het licht van de algemene opzet van de tekst waar zij deel van uitmaakt, maar ook van het door de Uniewetgever nagestreefde doel [zie met name arrest Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, punten 22 e.v.)].

waaronder de ernst van de schending, het gedrag van de aanbestedende dienst en, in de gevallen bedoeld in artikel 2 quinquies, lid 2, de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft, in voorkomend geval te bepalen of de looptijd van de overeenkomst moet worden verkort of een boete moet worden opgelegd.

99. In artikel 2 quinquies, lid 2, juncto artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 89/665 ligt dus de marge besloten die de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie wordt gelaten wanneer zij een onrechtmatig gesloten overeenkomst onverbindend moet verklaren.

100. Gelet op al het voorgaande verzetten het doel van richtlijn 89/665 en de bewoordingen van artikel 2 quinquies daarvan zich er volgens mij niet tegen dat een lidstaat aan die instantie beoordelingsbevoegdheid toekent om te bepalen hoe ver de onverbindendheid strekt van een overeenkomst die is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, wanneer zij vaststelt dat de aanbestedende dienst weliswaar een aankondiging van zijn voornemen om over te gaan tot sluiting van de overeenkomst in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt en een opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de gunning van die opdracht en de ondertekening van de overeenkomst in acht heeft genomen, maar de in richtlijn 2004/18 neergelegde regels inzake bekendmaking en mededinging bewust en opzettelijk heeft geschonden.

101. Integendeel, een uitlegging in die zin is noodzakelijk om het nuttig effect van richtlijn 89/665 te verzekeren en de bescherming van de grondrechten van de ondernemer die ten onrechte niet heeft kunnen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure, te waarborgen.

102. In het kader van het hoofdgeding staat het dus aan de bevoegde nationale rechter om na te gaan of het Ministero dell'Interno zich heeft gebaseerd op geldige redenen om de betrokken opdracht te gunnen door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

103. Dienaangaande wil ik het volgende opmerken.

104. In het onderhavige geding was het Ministero dell'Interno van mening dat het van deze procedure gebruik kon maken op grond van artikel 57, lid 2, sub b, van d.lgs. nr. 163/2006, waarbij artikel 28, lid 1, sub e, van richtlijn 2009/81 in nationaal recht wordt omgezet.

105. Krachtens die bepaling mag die procedure worden gebruikt „wanneer de opdracht om technische redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd".

106. In casu was Telecom Italia wegens technische redenen en redenen van bescherming van (bepaalde) exclusieve rechten volgens het Ministero dell'Interno de enige ondernemer die de opdracht voor de verstrekking van diensten kon uitvoeren.

107. Het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio heeft echter geoordeeld dat de door het Ministero dell'Interno aangevoerde gegevens en omstandigheden geen „technische redenen" in de zin van artikel 57, lid 2, sub b, van d.lgs. nr. 163/2006 vormden, maar opportuniteitsoverwegingen en redenen die verband hielden met de moeilijkheden die de gunning van de opdracht aan een andere ondernemer mogelijkerwijs zou meebrengen.

108. De Consiglio di Stato heeft in dezelfde zin geoordeeld dat de aanbestedende dienst niet rechtens voldoende had aangetoond dat aan de voorwaarden voor een beroep op een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht was voldaan. In dat verband was hij van oordeel dat uit het gevoerde betoog en het overgelegde bewijs (waaronder het

technische verslag) niet bleek dat het objectief onmogelijk was de betrokken diensten door andere ondernemers te laten verstrekken, maar veeleer dat een dergelijke beslissing volgens het Ministero dell'Interno niet opportuun was, hoofdzakelijk wegens de daaraan verbonden wijzigingen, kosten en aanpassingstijd.

109. De beschikbare gegevens laten inderdaad niet uitschijnen dat het Ministero dell'Interno zich heeft beroepen op bijzondere technische redenen of redenen die verband houden met de bijzondere aard van het betrokken materiaal of de gevoeligheid van de opdracht.

110. Op het gebied van veiligheid en defensie kan het uiteraard aanvaardbaar zijn dat bepaalde bepalingen van het aanbestedingsrecht niet gelden, aangezien bepaalde opdrachten dermate gevoelig zijn dat het niet aangewezen is over te gaan tot voorafgaande bekendmaking en mededinging tussen ondernemers. Dat is bijvoorbeeld het geval bij opdrachten van inlichtingendiensten, opdrachten inzake spionageactiviteiten, of zeer gevoelige aankopen waarbij uitzonderlijke vertrouwelijkheid in acht moet worden genomen, zoals aankopen in het kader van de strijd tegen het terrorisme of specifiek bestemd voor gevoelige operaties van de veiligheidsdiensten.

111. In het onderhavige geding lijkt het Ministero dell'Interno zich niet te beroepen op dergelijke omstandigheden. Het verduidelijkt weliswaar dat de opdracht betrekking heeft op de „verstrekking van elektronische-communicatiediensten ten behoeve van het departement Openbare Veiligheid en de Carabinieri, waaronder diensten inzake spraaktelefonie, mobiele telefonie en datatransmissie, *met inachtneming van alle voorwaarden voor vertrouwelijkheid en veiligheid van de informatie in het belang van de nationale veiligheid*" [29]. Gelet op met name de vaststellingen van het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio en de Consiglio di Stato lijkt het Ministero dell'Interno echter de bijzondere aard van de opdracht of het betrokken materiaal niet te hebben aangetoond en zelfs geen bijzondere vereisten te hebben aangevoerd, bijvoorbeeld inzake veiligheid van informatie of bescherming van vertrouwelijke of gerubriceerde gegevens, die in het belang van de nationale veiligheid inderdaad bijzondere bescherming kunnen vereisen en een bijzondere gunningsprocedure kunnen rechtvaardigen.

112. Daarnaast verbaast de chronologie van de feiten, in het bijzonder de snelheid waarmee de opdracht is gegund. Op dat punt deel ik de bedenkingen die de Commissie ter terechtzitting heeft geuit. Uit de stukken blijkt immers dat het Ministero dell'Interno slechts twee weken voor het einde van de overeenkomst inzake telefonie met Telecom Italia van 2003, namelijk op 15 december 2011, besloten heeft deze te hernieuwen. Voorts blijkt eveneens uit de stukken dat de overeenkomst op 31 december 2011, dus twee weken later, is getekend. Die manier van handelen is vreemd, gezien het belang van die overeenkomst voor de werking van de administratie, de duur ervan (zeven jaar), en de waarde ervan (521 500 000 EUR), tenzij ervan wordt uitgegaan dat het Ministero dell'Interno en Telecom Italia hadden afgesproken om hun overeenkomst te hernieuwen.

113. Tot slot moet zeker rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het Ministero dell'Interno een overheidsinstantie is die goed ingelichte juridische adviseurs heeft, zodat het weet onder welke voorwaarden een overheidsopdracht kan worden gegund zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging.

114. Het staat echter aan de bevoegde nationale rechter om, gelet op alle gegevens waarover hij beschikt, na te gaan of een dergelijke fout verschoonbaar is dan wel een bewuste en opzettelijke schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten vormt.

29 — Cursivering van mij.

115. Gelet op een en ander meen ik bijgevolg dat artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van het beginsel van gelijke behandeling en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een lidstaat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie beoordelingsbevoegdheid toekent om te bepalen hoe ver de onverbindendheid strekt van een overeenkomst die is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, wanneer zij vaststelt dat de aanbestedende dienst weliswaar een aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt en een opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de gunning van die opdracht en de ondertekening van de overeenkomst in acht heeft genomen, maar de in richtlijn 2004/18 neergelegde regels inzake bekendmaking en mededinging bewust en opzettelijk heeft geschonden.

IV – **Conclusie**

116. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Consiglio di Stato te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2 quinquies, lid 4, 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 van 11 december 2007, gelezen in het licht van het beginsel van gelijke behandeling en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een lidstaat de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie beoordelingsbevoegdheid toekent om te bepalen hoe ver de onverbindendheid strekt van een overeenkomst die is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, wanneer zij vaststelt dat de aanbestedende dienst weliswaar een aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt en een opschortende termijn van ten minste tien dagen tussen de gunning van die opdracht en de ondertekening van de overeenkomst in acht heeft genomen, maar de regels inzake bekendmaking en mededinging zoals neergelegd in 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, bewust en opzettelijk heeft geschonden.”