



Datum van inontvangstneming : 29/08/2016

Zaak C-408/16

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

21 juli 2016

Verwijzende rechter:

Curtea de Apel București (Roemenië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 mei 2016

Verzoekende partij:

Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA

Verwerende partij:

Ministerul Fondurilor Europene – Direcția generală managementul fondurilor externe, prin Ministerul Finanțelor Publice

Voorwerp van het hoofdgeding

Beroep tot nietigverklaring van een door verweerder vastgestelde bestuurlijke handeling waarbij een aantal onregelmatigheden zijn vastgesteld en financiële correcties zijn toegepast betreffende een overheidsopdracht voor werken, waarvan verzoekster de aanbestedende dienst is.

Voorwerp en rechtsgrond van de prejudiciële verwijzing

Verzoek, krachtens artikel 267 VWEU, om uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114) en van verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal

Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1260/1999 (PB 2006, L 210, blz. 25).

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat het een lidstaat toestaat deze richtlijn, na zijn toetreding tot de Europese Unie, niet toe te passen, wanneer hij een financieringsovereenkomst met de Europese Investeringsbank heeft gesloten, die is ondertekend vóór de toetreding van deze lidstaat en op grond waarvan de te aanbesteden overheidsopdrachten aan specifieke vereisten moeten voldoen die door de kredietverstrekker zijn opgelegd en die – zoals in casu – restrictiever zijn dan de ingevolge deze richtlijn toegestane vereisten?
2. Moet richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationaalrechtelijke bestuurlijke handeling als OUG. nr. 72/2007 (noodverordening van de regering nr. 72/2007), die voorziet in de toepassing van de bepalingen van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de Europese Investeringsbank, in afwijking van de bepalingen van de regeling tot omzetting van de richtlijn in nationaal recht, zijnde in casu OUG. nr. 34/2006, om de redenen die in de memorie van toelichting zijn uiteengezet, teneinde de vóór de toetreding gesloten financieringsovereenkomst na te leven?
3. Is een dergelijke overheidsopdracht, die wordt geplaatst overeenkomstig de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de Europese Investeringsbank en het nationale recht, in licht van artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening nr. 1083/2006 verenigbaar met het Unierecht en komt zij in aanmerking voor een niet-terugbetaalbare Europese subsidie, die retroactief is toegekend?
4. Indien de vorige vraag ontkennend wordt beantwoord en ingeval een dergelijke overheidsopdracht niettemin rechtmatig wordt verklaard op het moment van de controle van de selectievoorwaarden van de Programului operationeel sectoriaal „Transport” 2007-2013 (Sectoraal operationeel programma „Vervoer” 2007-2013), vormt een dergelijke veronderstelde schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten (vaststelling van bepaalde preselectiecriteria voor de inschrijvers die vergelijkbaar zijn met die van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de Europese Investeringsbank, welke restrictiever zijn dan die van richtlijn 2004/18 – zoals gedetailleerd beschreven in de punten 12 tot en met 14 van de onderhavige verwijzingsbeslissing) een „onregelmatigheid” als bedoeld in artikel 2, lid 7, van verordening nr. 1083/2006, die voor de betrokken lidstaat de verplichting met zich meebrengt om een financiële correctie/procentuele vermindering krachtens artikel 98, lid 2, van die verordening toe te passen?

Toepasselijk Unierecht en aangehaalde rechtspraak

Artikelen 27 en 53 van het Protocol betreffende de voorwaarden en de nadere regels voor de toelating van de Republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie; artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18; artikel 2, punt 7, artikel 9, lid 5, artikel 60, onder a), en artikel 98, lid 2, van verordening nr. 1083/2006.

Zaak C-406/14, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, aanhangig op het moment van het verzoek om een prejudiciële beslissing, ondertussen beslecht bij arrest van het Hof van 14 juli 2016 (EU:C:2016:562).

Toepasselijke bepalingen van nationaal recht

OUG [Ordonanței de urgență a Guvernului] nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (noodverordening van de regering nr. 34/2006 betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten, overeenkomsten voor concessies van openbare werken en overeenkomsten voor dienstenconcessies), gepubliceerd in de Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006 (publicatieblad van Roemenië, deel I, nr. 418 van 15 mei 2006) tot omzetting van richtlijn 2004/18 in nationaal recht.

OUG nr. 72/2007 privind unele măsuri derogatorii de la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (noodverordening van de regering nr. 72/2007 houdende maatregelen tot afwijking van noodverordening van de regering nr. 34/2006 betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten, overeenkomsten voor concessies van openbare werken en overeenkomsten voor dienstenconcessies), gepubliceerd in de Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 441 din 29 iunie 2007 (publicatieblad van Roemenië, deel I, nr. 441 van 29 juni 2007).

Het enige artikel van OUG nr. 72/2007 bepaalt: „[i]n afwijking van de bepalingen van de Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (noodverordening van de regering nr. 34/2006) (...), zal voor de voortzetting van de aanbestedingsprocedure voor de overheidsopdrachten voor werken – 4R2, 4R5, 4R6, 5R3, lening van de Europese Investeringsbank (hierna: ‚EIB’) VI, ondertekend in december 2006, snelweg Arad-Timișoara-Lugoj en snelweg Cernavodă-Constanța, (...), de Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (nationale maatschappij voor de wegen en snelwegen van Roemenië) de bepalingen van hoofdstuk III van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB toepassen, terwijl voor de krachtens financieringsprotocollen gesloten overeenkomsten inzake niet-terugbetaalbare subsidies die zijn toegekend voor de uitvoering van de projecten – overeenkomsten PHARE Național CES 2005, PHARE Național CES 2006, PHARE CBC 2005, PHARE CBC 2006 –, wanneer bij dergelijke protocollen

uitdrukkelijk in de toepassing van een specifieke procedure is voorzien, die specifieke procedure van toepassing is”.

Krachtens artikel 14, lid 1, onder c), van OUG nr. 34/2006, „is [de] onderhavige noodverordening van de regering niet van toepassing wanneer de overheidsopdracht wordt aanbesteed overeenkomstig: (...) c) een specifieke procedure van [internationale] organen of instellingen”.

Korte uiteenzetting van de feiten en het hoofdgeding

1. Bij beroep, ingeschreven op de rol op 15 december 2015 van de Curtea de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal (hof van beroep Boekarest, Roemenië, [Achtste] kamer voor bestuurs- en belastinggeschillen), heeft Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (hierna: „CNADNR SA”), verzoekster, het Ministerul Fondurilor Europene – Direcția generală managementul fondurilor externe (ministerie voor Europese fondsen – Directoraat-generaal voor het beheer van externe financieringen), verweerder, vertegenwoordigd door het Ministerul Finanțelor Publice (ministerie van Financiën), gedagvaard en deze rechterlijke instantie verzocht om nietigverklaring van het besluit van AM POST (Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial „Transport”; beheersautoriteit voor het sectoraal operationeel programma „Vervoer”) nr. 38445 van 24 augustus 2015 en van nota nr. 29234 van 29 juni 2015 houdende vaststelling van bepaalde onregelmatigheden en toepassing van financiële correcties met betrekking tot de overheidsopdracht voor werken „Construcția autostrăzii Arad-Timișoara” („Bouw van de snelweg Arad-Timișoara”).

2. De rechter heeft in verband met de feiten geoordeeld dat op het project „Bouw van de snelweg Arad-Timișoara” aanvankelijk financieringsovereenkomst nr. 22417 van 23 december 2003, gesloten tussen Roemenië, de EIB en CNADNR SA, bevestigd bij Legea nr. 250/2004 (wet nr. 250/2004), van toepassing was.

Onder verwijzing naar die overeenkomst is een ondergeschikte leningsovereenkomst nr. 92/30116 van 2 december 2004 gesloten, die voorziet in de bouw van 38 km snelweg tussen Arad en Timișoara en van een ringweg om de stad Arad van 11 km. Voor de periode 2004-2008 bedroeg het investeringsbedrag in totaal 270 000 000 EUR, exclusief btw (waarvan 200 000 000 EUR werd geleend van de EIB en 70 000 000 EUR door de overheid werd gefinancierd).

3. Voor de organisatie van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdrachten voor werken in het kader van die overeenkomst heeft CNADNR SA in 2006 een beroep gedaan op consultants, die hun diensten ter beschikking hebben gesteld voor het opstellen van de aanbestedingsdocumenten voor de overheidsopdracht voor werken. Aangezien Roemenië op dat moment nog geen lid van de Europese Unie was, zijn die documenten opgesteld

overeenkomstig hoofdstuk 3 van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB: „Operaties buiten de Europese Unie”.

4. Na de toetreding van Roemenië tot de Europese Unie heeft de Roemeense regering OUG nr. 72/2007 vastgesteld, waarin is bepaald dat „voor de voortzetting van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdrachten voor werken – 4R2, 4R5, 4R6, 5R3, lening EIB VI, ondertekend in december 2006, snelweg Arad-Timișoara-Lugoj en snelweg Cernavodă-Constanța, (...), Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA de bepalingen van hoofdstuk III van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB („Operaties buiten de Europese Unie”) zal toepassen”.

5. De aanbestedingsprocedure voor de overheidsopdracht voor werken nr. 93/24502/2008 „Bouw van de snelweg Arad-Timișoara” is op 17 juli 2007 van start gegaan overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk 3 van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB, „Operaties buiten de Europese Unie”. De door de aanbestedende overheid gekozen procedure was een beperkte aanbesteding met voorselectie.

6. Bij financieringsovereenkomst nr. 41 van december 2010 is de financieringsbron voor het project „Bouw van de snelweg Arad-Timișoara (met inbegrip van de ringweg om Arad)” gewijzigd, aangezien dit project in aanmerking kwam voor niet-terugbetaalbare subsidies uit het Programul operațional sectorial „Transport” 2007-2013 (Sectoraal operationeel programma „Vervoer” 2007-2013; hierna ook: „SOP Vervoer” of „SOP-V”).

7. Met het oog op de vergoeding van de kosten en gelet op de uitdrukkelijke aanbevelingen van de Europese Commissie om ervoor te zorgen dat de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten werden nageleefd, in het geval van retrospectieve projecten die met fondsen uit „SOP Vervoer” moesten worden gefinancierd (waaronder het betrokken project), heeft de Serviciul verificare proceduri achiziții publice (dienst voor het toezicht op overheidsopdrachten; hierna: „SVPAP”) de aanbestedingsdocumenten van AM POST gecontroleerd.

Volgend op deze controle heeft SVPAP een nota betreffende de controle op de openbare aanbestedingsprocedure opgesteld, waarbij een vermindering met 10 % van de waarde van de subsidiabele kosten in verband met de overeenkomst voor werken nr. 93/24502 van 15 december 2008 is toegepast, overeenkomstig punt 9 van bijgevoegd H. G. (Hotărârea Guvernului) nr. 519/2014, partea I – „Anunțul de participare și documentația de atribuire” (regeringsbesluit nr. 519/2014, deel I – „Aankondiging van de opdracht en aanbestedingsdocumenten”), die voorziet in een correctie van/vermindering met 25 % en de mogelijkheid van een vermindering met 10 % of 5 % naargelang de ernst van de onregelmatigheid.

In de motivering van de toepassing en de goedkeuring van de financiële correctie heeft de beheersautoriteit verwezen naar de restrictieve aard van bepaalde

selectiecriteria in de aanbestedingsprocedure voor de overheidsopdracht (overeenkomstig de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB), waarbij het mogelijk was die criteria in het nationale recht vast te stellen doordat OUG nr. 72/2007 uitdrukkelijk voorziet in uitzonderingen op de bepalingen van OUG nr. 34/2006 en impliciet op de bepalingen van richtlijn 2004/18.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

8. Verzoekster heeft ter ondersteuning van haar beroep aangevoerd dat de maatregel tot toepassing van de financiële correctie van 10 % van de subsidiabele waarde van de overeenkomst is genomen op grond van een onjuiste uitlegging van de bepalingen van OUG nr. 72/2007, OUG nr. 34/2006 en richtlijn 2004/18 en zonder dat rekening is gehouden met het verslag van de Europese Rekenkamer van oktober 2012 dat is opgesteld naar aanleiding van de auditopdrachten inzake SOP-V, EFRO (Fondului European de Dezvoltare Regională, Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling) (programmatieperiode 2007-2013), en dat de toepassing van het op onrechtmatige wijze vastgestelde correctiepercentage CNADNR SA ernstige vermogensschade berokkent.

Verzoekster voert aan dat de aanbestedende dienst niet kan worden verweten voorselectiecriteria te hebben vastgesteld die in het licht van richtlijn 2004/18 onrechtmatig of restrictief zijn, aangezien het van bij het begin duidelijk was dat de overheidsopdracht voor werken zou worden aanbesteed overeenkomstig de regelgeving van de financiële instelling EIB, krachtens de uitzondering ingevoerd bij OUG nr. 72/2007, te meer daar de in de richtlijn neergelegde beginselen volkomen zijn nageleefd.

9. Verweerder heeft in zijn tegenvordering van 15 januari 2016 als verweer aangevoerd dat bij de controle de beginselen van richtlijn 2004/18 zijn nageleefd. Ook al was voor de overeenkomst aanvankelijk een andere financiering overeengekomen, zodra de financieringsbron was gewijzigd, moest AM POST verzekeren dat bij de aanbesteding van de overheidsopdracht de vereisten van het sectoraal operationeel programma „Vervoer” 2007-2013 volkomen werden nageleefd.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

10. Een eerste probleem van uitlegging van het Unierecht betreft artikel 15, onder c), van richtlijn 2004/18. Meer bepaald rijst de vraag of dit artikel aldus moet worden uitgelegd dat het een lidstaat toestaat deze richtlijn na zijn toetreding tot de Europese Unie niet toe te passen, wanneer hij een financieringsovereenkomst met de EIB heeft gesloten die is ondertekend vóór de toetreding van deze lidstaat en op grond waarvan de te aanbesteden overheidsopdrachten moeten voldoen aan specifieke vereisten die door de

kredietverstrekker zijn opgelegd en die – zoals in casu – restrictiever zijn dan de ingevolge deze richtlijn toegestane vereisten.

11. Bovendien moet worden bepaald of richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationaalrechtelijke bestuurlijke handeling, zoals OUG nr. 72/2007, die voorziet in de toepassing van de bepalingen van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB, in afwijking van de nationaalrechtelijke bepalingen tot omzetting van deze richtlijn, zijnde in casu OUG nr. 34/2006, teneinde de vóór de toetreding gesloten financieringsovereenkomst na te leven.

De verwijzende rechter is van oordeel dat, na de toetreding van Roemenië tot de Europese Unie, hoofdstuk 2 en niet hoofdstuk 3 van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB bij de aanvang van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing is op de kandidaat-lidstaten die tijdens de toetredingsonderhandelingen financiële bijstand hebben genoten.

12. Bij financieringsovereenkomst nr. 41 van december 2010 is in de onderhavige zaak de financieringsbron voor het project „Bouw van de snelweg Arad-Timișoara (met inbegrip van de ringweg om Arad)” gewijzigd. De overheidsopdrachten zijn gesloten op de datum van de goedkeuring van een niet-terugbetaalbare subsidie uit het sectoraal operationeel programma „Vervoer” 2007-2013, aangezien het om een *retrospectief project* ging.

Middels uitlegging van artikel 9, lid 5, en artikel 60, onder a), van verordening nr. 1083/2006 moet daarom worden bepaald of een dergelijke overheidsopdracht, die na de toetreding van Roemenië tot de Europese Unie is gesloten overeenkomstig de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB (hoofdstuk 3 – „Operaties buiten de Europese Unie”) en het nationale recht, verenigbaar met het Unierecht is en in aanmerking komt voor een niet-terugbetaalbare Europese subsidie, die retroactief is toegekend.

Indien de vorige vraag ontkennend wordt beantwoord en ingeval een dergelijke overheidsopdracht niettemin rechtmatig wordt verklaard op het moment van de controle van de selectievoorwaarden van het sectoraal operationeel programma „Vervoer” 2007-2013, moet worden bepaald of een dergelijke veronderstelde schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten (vaststelling van bepaalde preselectiecriteria voor de inschrijvers die vergelijkbaar zijn met die van de Gids voor de aanbesteding van overheidsopdrachten van de EIB, welke restrictiever zijn dan die van richtlijn 2004/18) een „onregelmatigheid” vormt als bedoeld in artikel 2, lid 7, van verordening nr. 1083/2006, die voor de betrokken lidstaat de verplichting met zich meebrengt om een financiële correctie/procentuele vermindering krachtens artikel 98, lid 2, van die verordening toe te passen.