



Datum van
inontvangstneming

:

12/12/2014

Zaak C-439/14**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof****Datum van indiening:**

24 september 2014

Verwijzende rechter:

Curtea de Apel București (Roemenië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 september 2014

Verzoekende partij:

SC STAR STORAGE SA

Verwerende partij:

INSTITUTUL NAȚIONAL DE CERCETARE-DEZVOLTARE ÎN INFORMATICĂ

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen de beslissing van 18 juli 2014 van de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationale raad voor de beslechting van geschillen; hierna: „CNSC”) waarbij het bezwaar van SC STAR STORAGE SA (hierna: „verzoekster”) tegen het INSTITUTUL NAȚIONAL DE CERCETARE-DEZVOLTARE ÎN INFORMATICĂ (hierna: „INCDI” of „aanbestedende dienst”) niet-ontvankelijk is verklaard.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van artikel 1, leden 1, derde alinea, en 3, 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 (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)

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vraag

Moeten de bepalingen van artikel 1, leden 1, derde alinea, en 3, van richtlijn 89/665 [...], zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66 [...], 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 [Ordonanța de urgență a Guvernului] nr. 34/2006?

Aangevoerde bepalingen van het recht van de Unie

Derde en vierde punt van de considerans en artikel 1, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Ordonanța de urgență a Guvernului (wetsdecreet; hierna: „OUG”) nr. 34/2006 betreffende de gunning van overheidsopdrachten voor leveringen, werken en diensten, bekendgemaakt in Monitorul Oficial (Roemeens staatsblad) nr. 418 van 15 mei 2006, zoals gewijzigd en aangevuld

Artikel 255, lid 1: „Eenieder die meent door een handeling van een aanbestedende dienst in een recht of gerechtvaardigd belang te zijn aangetast als gevolg van schending van wettelijke bepalingen op het gebied van overheidsopdrachten, kan bij de bestuursrechter of bij de gewone rechter op de in het onderhavige wetsdecreet vastgestelde voorwaarden bij bezwaar verzoeken om nietigverklaring van die handeling, veroordeling van de aanbestedende dienst tot afgifte van een akte en erkenning van het ingeroepen recht of gerechtvaardigd belang.”

Artikel 256, lid 1: „Voor de beslissing op een bij de bestuursrechter of gewone rechter ingediend bezwaar kan de gelaedeerde partij zich wenden tot de [CNSC], met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 256 ter, 270 en 271.”

Artikel 278, lid 1: „De [CNSC]/rechter doet vooraf uitspraak op de formele en materiële excepties. Als deze gegrond zijn, treedt hij niet in het onderzoek ten gronde van het geschil.”

Artikel 281, lid 1: „De beslissingen van de [CNSC] over de beslechting van het geschil kunnen binnen 10 dagen na kennisgeving worden aangevochten met een

beroep bij de rechter als bedoeld in artikel 283, lid 1, door de aanbestedende dienst en/of eenieder die daardoor is benadeeld in de zin van artikel 255, lid 2, wegens onrechtmatigheid en ongegrondheid.”

Artikel 285, lid 2: „Wanneer de rechter bij wie een beroep aanhangig is gemaakt tegen een beslissing van de [CNSC] waarbij op grond van de excepties op het bezwaar is beslist, dat beroep toewijst, verklaart hij deze beslissing nietig en beslist hij ten gronde, rekening houdend met de gronden voor de wijziging van de beslissing.”

OUG n. 34/2006, in de versie die van kracht was vóór de inwerkingtreding van OUG nr. 51/2014

Artikel 43 bis: „1. De inschrijver stelt een zekerheid voor deelneming om de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van eventueel incorrect gedrag tijdens de gehele fase die voorafgaat aan de sluiting van de overeenkomst.

2. De aanbestedende dienst verzoekt de inschrijver om een zekerheid voor deelneming aan de procedure voor de gunning van de opdracht indien het onderhavige decreet voorschrijft een aankondiging van opdracht of een uitnodiging tot inschrijving te publiceren [...].”

Artikel 278 bis van OUG nr. 34/2006, ingetrokken bij OUG nr. 51/2014, bepaalde dat een deel (bestaande uit een vast quotum en een percentage van de waarde van de opdracht) van de zekerheid voor deelneming door de aanbestedende dienst verbeurd werd verklaard als de CNSC het beroep van de inschrijver ten gronde had verworpen of als de inschrijver zijn bezwaar had ingetrokken. Dat artikel voorzag bovendien in de hypothesen waarin deze bepalingen geen toepassing vonden, waaronder ook die waarin de bevoegde rechter het beroep tegen de beslissing van de [CNSC] tot verwerping van het bezwaar toewees.

OUG n. 34/2006, in de versie die van kracht was na OUG nr. 51/2014, van toepassing op de onderhavige zaak

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/verzoek/bezwaar 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/verzoek/bezwaar 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:

[...]

c) 1 % van de geraamde waarde als deze gelijk is aan of groter is dan de drempelwaarden in artikel 55, lid 2, sub a en b, maar niet groter dan het equivalent in RON van 25 000 EUR volgens de wisselkoers van [Banca Națională a României (Roemeense centrale bank)] op de datum van 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/verzoek/bezwaar wordt afgewezen.

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, wordt de zekerheid verbeurd ten gunste van de aanbestedende dienst. De bepalingen van artikel 271 ter, leden 3 tot en met 5, zijn van overeenkomstige toepassing.

[...]”.

Artikel 271 ter: „1. Indien het bezwaar door de [CNSC] of door de rechter – ingeval de verzoekende partij zich rechtstreeks tot de rechter heeft gewend – wordt afgewezen, wordt de zekerheid voor goed gedrag verbeurd ten gunste van de aanbestedende dienst 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 bezwaar is afgewezen.

2. Het bepaalde in lid 1 is ook van toepassing indien de verzoekende partij het beroep/verzoek/bezwaar intrekt.

3. De maatregel van lid 1 is niet van toepassing indien de [CNSC]/rechter het bezwaar afwijst omdat het zonder voorwerp is of indien het beroep/verzoek/bezwaar 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.”

Artikel 278 bis van OUG nr. 34/2006 is bij OUG nr. 51/2014 ingetrokken.

Invoering van OUG nr. 51/2004

„Met betrekking tot de wijze van toepassing van de wettelijke bepalingen kan derhalve worden geconstateerd dat de aanbestedingsprocedure door enkele tekortkomingen wordt vertraagd en dat de voorschriften voor de beroepsprocedure worden misbruikt.

Een aanzienlijk probleem dat van invloed is op de procedures voor plaatsen van overheidsopdrachten is het stelsel van beroepsmogelijkheden, waardoor het noodzakelijk is de totale duur van de gunningsprocedures, die momenteel worden belast door misbruik van de beroepsprocedures, in te korten zodat het recht om besluiten van aanbestedende diensten aan te vechten te goeder trouw kan worden gebruikt.

Uit de beoordeling van de toepassing in de praktijk van het huidige wettelijke kader is naar voren gekomen dat een deel van de marktdeelnemers het recht misbruikt. Zij hebben namelijk niet de hoedanigheid van inschrijver en hebben geen gerechtvaardigd belang. Ondanks dat zij niet over de vaardigheden beschikken om een overeenkomst voor een overheidsopdracht uit te voeren, trachten zij de sluiting ervan te vertragen door herhaalde malen, tot aan de sluitingsdatum voor het indienen van inschrijvingen, de gunningsprocedures aan te vechten bij de [CNSC] (daarvoor is geen sanctie voorzien) of door een rechtsmiddel in te stellen tegen de beslissing van de [CNSC] of het vonnis in eerste aanleg.

De negatieve consequenties van de bovengenoemde tekortkomingen van het stelsel zijn:

- verlies van externe financiering als gevolg van de verlenging van de gunningsprocedures;
- vertraging in de verwezenlijking van projecten van algemeen belang;
- problemen bij de activiteiten van de aanbestedende diensten omdat producten, diensten en/of werken die noodzakelijk zijn voor het afwickelen van lopende zaken niet tijdig worden ingekocht;

- overbelasting van het personeel dat betrokken is bij het beheer van aanbestedingsprocedures;
- een zeer groot aantal beroepen, waardoor de efficiëntie van de [CNSC] wordt aangetast.

Met betrekking tot de procedures voor plaatsen van overheidsopdrachten met Europese financiering kan worden geconstateerd dat de begunstigden van deze fondsen (de aanbestedende diensten) niet meer in staat zijn de termijnen voor de verwezenlijking van de gefinancierde projecten in acht te nemen, omdat zij niet tijdig de overeenkomsten voor overheidsopdrachten kunnen tekenen als gevolg van vexatoire gedingen die niet zijn aangebracht om een uitspraak ten gronde te verkrijgen, maar enkel om de procedure te blokkeren.

De begunstigden zijn derhalve verplicht te reageren op een veelvoud aan betwistingen en kunnen niet overgaan tot ondertekening van de overeenkomsten en uitvoering van de opdracht, hetgeen daadwerkelijke vooruitgang zou betekenen en uitgaven waarvan om vergoeding kan worden verzocht bij de Europese Commissie. In de praktijk kan de procedure van gunning van de opdracht in enkele gevallen de vastgestelde duur voor de uitvoering ervan overschrijden. De aanbestedende dienst moet zich richten op de procedure en besteedt meer tijd en inspanning aan de gunning van de opdracht dan aan de daadwerkelijke uitvoering ervan. [...]

Daar het nodig is enkele dringende maatregelen te treffen om de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten vloeiender te laten verlopen en de aanbestedende diensten te behoeden voor vexatoire gedingen en/of gedingen zonder onderbouwing die worden ingesteld met andere doeleinden dan waarvoor de beroepsprocedures zijn ingesteld, moet de huidige regeling op een reeks punten worden aangepast/aangevuld.

Deze amendementen/aanvullingen strekken er kort gezegd toe de beslechting van geschillen vloeiend te laten verlopen, een relevant probleem met een negatieve invloed op de gunningsprocedures. Daarvoor zijn een aantal maatregelen getroffen, zoals verkorting van de termijnen voor de beslissing op een beroep en rectificatie van de bestreden handeling, zodat de procedures voor het gunnen van de (raam)overeenkomsten zo snel mogelijk kunnen worden doorlopen, zonder het risico de externe financiering te verliezen. Kort samengevat behelzen de amendementen het volgende:

- Met de onderhavige wijziging, te weten de intrekking van artikel 278 bis, krijgt de zekerheid voor deelneming weer de rol waarvoor zij aanvankelijk door de wetgever was ingevoerd, namelijk de aanbestedende dienst beschermen tegen het risico van eventueel incorrect gedrag van de inschrijver tijdens de gehele geldigheidsduur van de inschrijving (artikel 43 bis van Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006).

– Het in artikel 278 bis neergelegde mechanisme had de zekerheid voor deelneming omgevormd tot een sanctie-instrument voor vexatoire gedingen. Dit mechanisme garandeerde echter niet dat een sanctie werd opgelegd aan marktdeelnemers die bezwaren indienden waarmee zij met behulp van kunstgrepen de aanbestedingsdocumenten aanvochten. Het effect daarvan was dat marktdeelnemers de aanbestedingsdocumenten aanvochten omdat er geen enkele sanctie op was gesteld.

– Derhalve moet de verzoekende partij momenteel een zekerheid voor goed gedrag stellen om de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van incorrect gedrag door marktdeelnemers gedurende de gehele periode vanaf de datum van neerlegging van het beroepschrift tot en met de datum waarop de beslissing van de CNSC of het vonnis van de rechter onaantastbaar is geworden (op een totaal van 2333 beroepen tegen de aanbestedingsdocumenten heeft het CNSC er 515 toegewezen, dat wil zeggen 22 %).

De hoogte van de zekerheid voor goed gedrag hangt af van de geraamde waarde van de te gunnen opdracht (percentage en maxima) en van het voorwerp van de overeenkomst/de door de richtlijn bepaalde publicatiedrempel.

Het voorgestelde instrument is uitputtend, ontmoedigt vexatoire gedingen en richt de aandacht van gespecialiseerde instellingen op de beroepen die betrekking hebben op materiële aspecten van de gunningsprocedure.

Het voorgestelde instrument, de zekerheid voor goed gedrag, zal de marktdeelnemers ertoe aanzetten om de beroepsprocedures op een verantwoorde manier te gebruiken, enkel in geval van schending van de wettelijke bepalingen op het gebied van overheidsopdrachten en niet om de procedure te blokkeren.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Het INCDI heeft, in zijn hoedanigheid van aanbestedende dienst, een „open procedure” uitgeschreven met in de eindfase een elektronische veiling voor de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen en diensten voor de ontwikkeling en verwezenlijking van een platform voor cloud computing.
- 2 Daartoe heeft het INCDI het aanbestedingsdossier opgesteld en op 1 april 2014 in het elektronisch systeem voor overheidsopdrachten een aankondiging van opdracht gepubliceerd. Het gunningscriterium was de laagste prijs. De geraamde waarde van de opdracht exclusief btw is 61 287 713,71 RON, hetgeen overeenkomt met 13 732 710,50 EUR, en de duur van de overeenkomst is 12 maanden vanaf de datum van gunning of de datum van het bevel met de diensten of werken te beginnen.
- 3 Na enkele verzoeken van geïnteresseerde marktdeelnemers om uitleg van de voorschriften in het aanbestedingsdossier heeft het INCDI in het elektronische

systeem voor overheidsopdrachten diverse toelichtingsnota's gepubliceerd, waaronder de toelichtingen nr. 4/24.6.2014, 5/24.6.2014 en 7/26.6.2014 (hierna: „litigieuze toelichtingen”).

- 4 Op 30 juni 2014 heeft SC STAR STORAGE SA bij de CNSC beroep ingesteld tegen de litigieuze toelichtingen.
- 5 Bij beslissing van 18 juli 2014 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de CNSC het bezwaar van SC STAR STORAGE SA niet-ontvankelijk verklaard omdat zij geen zekerheid voor goed gedrag had gesteld.
- 6 Op 5 augustus 2014 heeft SC STAR STORAGE SA beroep tegen de bestreden beslissing ingesteld bij de verwijzende rechter en gevorderd dat deze beslissing nietig wordt verklaard, uitspraak ten gronde wordt gedaan op het beroep en de litigieuze toelichtingen nietig worden verklaard.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster aan dat de voorschriften met de verplichting voor marktdeelnemers om zekerheid voor goed gedrag te stellen op straffe van afwijzing van het beroep een belemmering vormen voor de vrije toegang tot de rechter, een recht dat in artikel 21 van de Roemeense grondwet en ook in het recht van de Unie is neergelegd.
- 8 Verzoekster stelt derhalve dat de rechtsregels voor het stellen van een zekerheid voor goed gedrag een schending vormen van de bepalingen van artikel 1, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 89/665, waarin het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming, het beginsel van de equivalentie van beroepsmogelijkheden en het beginsel van vrije toegang daartoe zijn neergelegd.
- 9 Verzoekster heeft dus de verwijzende rechter verzocht om voor het grondwettelijk hof een exceptie van ongrondwettigheid op te werpen en het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing.
- 10 Volgens het INCDI zijn de betwiste voorschriften niet in strijd met de bepalingen van de grondwet noch met de Europese regelgeving.
- 11 Het INCDI heeft de overwegingen van de wetgever bij de vaststelling van een dergelijke wettelijke oplossing in herinnering geroepen, namelijk de noodzaak om dringend de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te stroomlijnen, aanbestedende diensten te behoeden voor vexatoire gedingen die misbruik maken van de beroepsprocedures op het gebied van overheidsopdrachten, problemen tegen te gaan bij de activiteiten van de aanbestedende diensten als gevolg van het niet tijdig inkopen van de nodige producten, diensten en/of werken voor de afwikkeling van de lopende zaken, te voorkomen dat het personeel dat betrokken is bij het beheer van de

aanbestedingsprocedures overbelast raakt, het aantal beroepen voor de CNSC, waardoor de efficiëntie wordt aangetast, terug te dringen, te voorkomen dat voor Roemenië uitgetrokken middelen automatisch worden vrijgemaakt en te zorgen voor een continue stijging van de absorptiegraad.

- 12 Met betrekking tot het verzoek van verzoekster om een prejudiciële verwijzing heeft het INCDI gesteld dat een nationale rechter enkel een prejudiciële vraag kan stellen over de uitlegging van het recht van de Europese Unie maar niet over aspecten die verband houden met het nationale recht of met specifieke factoren van de aan de rechter voorgelegde zaak. Verzoekster is uit op een principe-uitspraak, zodat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is in de zin van de bepalingen van artikel 267 VWEU.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 13 De verwijzende rechter meent dat vastgesteld moet worden of de aangehaalde voorschriften van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale 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.
- 14 Meer bepaald moet worden vastgesteld of de verplichting een zekerheid voor goed gedrag te stellen gelijk aan 1 % van de waarde van de opdracht, maar niet hoger dan 25 000 EUR (daar artikel 271 bis, lid 4, sub c, van het genoemde decreet op de hangende zaak van toepassing is) als voorwaarde voor de toelating tot de procedure van beroep tegen besluiten van aanbestedende diensten, zowel bij de CNSC als bestuursrechter als bij de gewone rechter, kan worden gezien als een buitensporige last die de toegang tot de procedure van beroep tegen de beslissingen van aanbestedende diensten belemmert.
- 15 Volgens de verwijzende rechter is niet alleen de hoogte, maar ook de juridische configuratie van de uitdrukking „zekerheid voor goed gedrag” zodanig dat het recht van marktdeelnemers op een doeltreffende beroepsmogelijkheid tegen de handelingen van aanbestedende diensten ernstig wordt belemmerd.
- 16 Hoewel zij als „zekerheid” wordt aangeduid en er volgens de wettelijke bepalingen terzake toe strekt „de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van incorrect gedrag”, blijkt uit de nationale regeling niet hoe de aanbestedende dienst wordt „beschermd” door het verbeuren van de zekerheid in geval van afwijzing van het beroep/verzoek/bezwaar.
- 17 Indien de wetgever op het oog had de aanbestedende dienst op enige wijze schadeloos te stellen voor eventueel nadeel veroorzaakt door vertraging in de procedure die te wijten is aan ongerechtvaardigde bezwaren, had de definitieve

verbeurdverklaring van de zekerheid – in overeenstemming met de ratio van een borg – afhankelijk moeten worden gesteld van het bewijs van een nadeel.

- 18 Hoewel in de inleiding bij OUG nr. 51/2014, waarbij OUG nr. 34/2006 wordt gewijzigd en aangevuld en de onderzochte bepalingen worden ingevoegd, gewag wordt gemaakt van een uitputtend instrument dat vexatoire gedingen ontmoedigt, wordt in de tekst van het decreet gesproken van „incorrect gedrag”.
- 19 Hoewel de door de wetgever gebruikte uitdrukking „incorrect gedrag” niet wordt omschreven, kan de verwijzende rechter aannemen dat zij elk ongegrond beroep tegen de handelingen van aanbestedende diensten omvat, zoals blijkt uit de tekst van artikel 271 ter, lid 1, volgens welke de aanbestedende dienst in geval van verwerping van het beroep/afwijzing van het verzoek gehouden is de zekerheid voor goed gedrag verbeurd te verklaren.
- 20 Uit de aangehaalde tekst blijkt dat de premisse voor de verbeurdverklaring van de zekerheid niet wordt gevormd door het aanhangig maken van een vexatoir geding, eventueel aangevuld door de stelling dat nadeel is geleden, noch door een kennelijk ongegrond beroep, maar louter door het instellen van een beroep dat naderhand ongegrond blijkt.
- 21 Met andere woorden, door het instellen van beroep zonder de zekerheid dat het zal worden toegewezen, worden marktdeelnemers automatisch blootgesteld aan verbeurdverklaring van de zekerheid.
- 22 De „zekerheid voor goed gedrag” blijkt enerzijds vergelijkbaar met het griffierecht, aangezien het bedrag tevoren wordt voldaan, de afwikkeling van het beroep/verzoek/bezwaar afhankelijk is gesteld van de vooruitbetaling en het bedrag enkel wordt gerestitueerd in geval van toewijzing van het beroep/verzoek/bezwaar.
- 23 Anderzijds is er een wezenlijk verschil tussen de zekerheid voor goed gedrag en het griffierecht: bij de zekerheid is het absoluut onmogelijk uitstel, korting of vrijstelling te verkrijgen of in termijnen te betalen op grond van de concrete situatie van de marktdeelnemer, hetgeen uit hoofde van de wettelijke regeling voor het griffierecht wel mogelijk is.
- 24 De regeling die gold vóór inwerkingtreding van OUG nr. 51/2014 bevatte in de artikelen 43 en 278 bis van OUG nr. 34/2006 een in zekere zin vergelijkbaar mechanisme, namelijk de zekerheid voor deelneming. De hoogte daarvan werd door de aanbestedende dienst vastgesteld op 2 % van de waarde van de opdracht, maar niet lager dan de bedragen in artikel 278 bis, lid 1, de minimumbedragen die de aanbestedende dienst inhield van de zekerheid voor deelneming in geval van verwerping van het beroep. Aangezien de verplichting de zekerheid voor deelneming te stellen enkel rustte op inschrijvers, gold zij echter niet voor de fase voorafgaand aan het indienen van de inschrijvingen, namelijk de betwisting van de aanbestedingsdocumenten.

- 25 OUG nr. 51/2014 heeft aan de ene kant het voorschrift gehandhaafd dat alle inschrijvers een zekerheid voor deelneming moeten stellen ten belope van maximaal 2 % „om de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van eventueel incorrect gedrag [van de inschrijver – zoals de verwijzende rechter onderstreept] tijdens de gehele fase die voorafgaat aan de sluiting van de overeenkomst” (artikel 43 van OUG nr. 34/2006) maar de bepalingen ingetrokken die verbeurdverklaring in geval van verwerping van het beroep voorschrijven. Aan de andere kant heeft deze OUG ook een zekerheid voor goed gedrag geïntroduceerd, die eveneens dient om „de aanbestedende dienst te beschermen tegen het risico van eventueel incorrect gedrag” en wordt gesteld door hen die beroep instellen tegen besluiten van aanbestedende diensten.
- 26 De verwijzende rechter meent dat de zekerheid voor goed gedrag vanwege de hoogte ervan en de juridische configuratie geenszins een zekerheid is maar eerder een sanctie die wordt opgelegd aan marktdeelnemers/inschrijvers voor het indienen van een ongegrond beroep/verzoek/bezwaar en de effectieve toegang tot de procedure van beroep tegen de handelingen van aanbestedende diensten aantast.