



Datum van inontvangstneming : 20/01/2015

Zaak C-549/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

2 december 2014

Verwijzende rechter:

Højesteret (Denemarken)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 november 2014

Verzoekende partij:

Finn Frogne A/S

Verwerende partij:

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation

[OMISSIS]

BESCHIKKING VAN DE HØJESTERET

van 27 november 2014 [OMISSIS]

[OMISSIS]

Finn Frogne A/S

[OMISSIS]

tegen

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation

[OMISSIS]

De Højesteret [OMISSIS] heeft overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie besloten het Europees Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de voorwaarden

waaronder een aanbestedende dienst die geconfronteerd wordt met een situatie waarin de medecontractant problemen heeft met de uitvoering van de overeenkomst schikkingen kan treffen om geen rechtsmiddelen te hoeven aanwenden en een daaropvolgend rechtsgeding te vermijden (zie artikel 2 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, beschouwd in het licht van de arresten van het Hof van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, Jurispr. blz. I-4401) en 13 april 2010, Wall (C-91/08, Jurispr. blz. I-2815).

1. Feiten en procesverloop

- 1.1. In 2007 heeft de Deense Staat in de gehele Europese Unie een aanbesteding uitgeschreven voor de levering van onder meer software voor controlekamers (hierna: „softwareovereenkomst”) in het kader van de invoering van een gemeenschappelijk, sectoroverschrijdend, op de Tetratechnologie gebaseerd radiocommunicatiesysteem voor alle spoeddiensten. Geïntimeerde in het hoofdgeding, Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation („CFB”) (Deense nationale politie, centrum voor spoedcommunicatie) werd vervolgens aangewezen als de aanbestedende dienst voor de softwareopdracht. **[Or. 2]**
- 1.2. Appellant in het hoofdgeding, Finn Frogne A/S (hierna: „Frogne”), is actief in de sector van hightech en innovatie en ontwikkelt en levert sinds jaar en dag analoge en digitale communicatiesystemen. Frogne heeft niet deelgenomen aan de preselectie voor de aanbesteding betreffende de softwareovereenkomst.
- 1.3. De opdracht voor de softwareovereenkomst werd gegund aan Terma A/S (hierna: „Terma”). De waarde van de softwareovereenkomst die uiteindelijk op 4 februari 2008 met Terma werd gesloten, bedroeg in totaal 527 000 000 DK, waarvan 299 854 699 DK betrekking had op het minimumpakket dat in het bestek was beschreven. Het resterende bedrag had betrekking op opties en overige diensten, die niet noodzakelijkerwijs zouden worden afgenomen.
- 1.4. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst rezen er problemen met de leveringstermijnen. CFB en Terma waren het er niet over eens welke partij aansprakelijk was voor het feit dat de overeenkomst niet kon worden uitgevoerd zoals overeengekomen, en de partijen knoopten onderhandelingen aan.
- 1.5. Eind 2010 werd een schikking getroffen. Op 19 oktober 2010 publiceerde CFB een „aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf” (PB 2010/S 203-309277) met betreffende tot de schikking die zij

- voornemens was te treffen. Op 17 december 2010 werd een met deze aankondiging overeenstemmende schikking tussen CFB en Terma getroffen.
- 1.6. De schikking hield een aanzienlijke wijziging van de softwareovereenkomst in. Het voorwerp van de overeenkomst betrof niet langer software voor controlekamers voor alle Deense spoeddiensten, maar enkel nog de levering van een autonoom radiozendsysteem aan de verschillende politiedistricten, met inbegrip van drie jaar onderhoud. De waarde van de diensten die onder dit deel van de schikking vielen, bedroeg ongeveer 35 000 000 DK. Daarnaast diende CFB twee centrale servergroepen te kopen van Terma, die deze had aangekocht om ze aan CFB te verhuren in het kader van de in de softwareovereenkomst bedongen dienstverlening. De twee centrale servergroepen mochten niet worden gebruikt voor de bediening van de radiozendtoestellen. De waarde van dit deel van de schikking, dat de overdracht van de servergroepen omvatte, bedroeg ongeveer 50 000 000 DK. **[Or. 3]**
 - 1.7. De schikking hield ook in dat CFB en Terma ervan afzagen rechtsmiddelen aan te wenden ten gevolge van de niet-uitvoering van de overeenkomst en definitief afstand deden van hun rechten die voortvloeiden uit de softwareovereenkomst zoals die vóór de schikking was vastgesteld, of uit het feit dat de inhoud en de draagwijdte van de softwareovereenkomst in het kader van de schikking werden beperkt. De relatie tussen CFB en Terma werd enkel nog beheerst door de schikking.
 - 1.8. Het hoofdgeding heeft met name betrekking op de vraag of de schikking tussen CFB en Terma in strijd is met de aanbestedingsregels doordat bij de schikking aanzienlijke wijzigingen zijn aangebracht aan de oorspronkelijke overeenkomst tussen CFB en Terma. Deze vraag heeft Frogne in de eerste plaats gesteld aan de Klagenævnet for Udbud (commissie voor aanbestedingsgeschillen), die op 3 november 2011 een besluit heeft vastgesteld. Volgens de Klagenævnet heeft CFB artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (aanbestedingsrichtlijn) geschonden door de schikking te treffen zonder eerst een aanbesteding uit te schrijven. Aangezien CFB echter, alvorens de schikking te treffen, de procedure heeft gevolgd van § 4 van wet nr. 492 van 12 mei 2010 betreffende de toepassing van de aanbestedingsregels (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne) en in het kader daarvan een aankondiging heeft gepubliceerd waarin zij verklaarde dat zij voornemens was de schikking te treffen, zijn er volgens de Klagenævnet geen gronden om de schikking krachtens § 17, lid 1, van de håndhævelseslov onverbindend te verklaren.
 - 1.9. Frogne heeft de zaak vervolgens aanhangig gemaakt voor de Landsret. In zijn vonnis van 20 december 2013 kwam deze tot dezelfde conclusie als de Klagenævnet for Udbud, op grond van de volgende overwegingen:

„1.

Op basis van de overgelegde stukken [...] stelt de Landsret vast dat Frogne vóór 2010 is opgericht op de markt voor systemen van verkeersmanagement via elektronische gegevensoverdracht, het zogenaamde vlootbeheer, en voor de bijbehorende software voor controlekamers die gebruikmaakt van de digitale Tetratechnologie. Frogne was een belangrijke leverancier voor taxi's en ontwikkelde ook een elektronisch bedieningssysteem, een „RescueBoss”, voor spoedgevallen. Frogne wilde haar activiteiten uitbreiden op het gebied van spoeddiensten en ondernam daartoe een aantal stappen. Zo gebruikte onder meer de brandweer van Middelfart enige tijd Frognes RescueBoss. Frogne was tevens verantwoordelijk voor de installatie en de werking van speciaal beveiligde servers in Zweden.

CFB heeft niet bewezen – en evenmin aangetoond dat het waarschijnlijk is – dat Frogne niet de professionele ervaring, de geschikte marktpositie of de capaciteiten had om een overeenkomst voor de levering van een radiozendsysteem voor de politie te kunnen sluiten en gedurende drie **[Or. 4]** jaar in staan voor het onderhoud hiervan, en om twee servergroepen te leveren zoals bedoeld in de schikking die CFB op 17 december 2010 met Terma A/S heeft getroffen. Aan deze beoordeling wordt niet afgedaan door het feit dat Frogne in 2007 niet heeft deelgenomen aan de preselectie voor de oorspronkelijke aanbesteding betreffende onder meer de levering en de bediening van software voor controlekamers (zie aankondiging van de opdracht van 26 april 2007) [...].

3.

Volgens artikel 2 van de aanbestedingsrichtlijn moeten bij de gunning van overheidsopdrachten het gelijkheids- en het transparantiebeginsel in acht worden genomen (zie § 1 van de håndhævelseslov).

Frogne beoogt in het algemeen dat bij de schikking zodanig ingrijpende wijzigingen aan de aard en de draagwijdte van de oorspronkelijke softwareovereenkomst zijn aangebracht, dat deze schikking een aanbesteding vereiste. Dienaangaande stelt zij met name dat in de schikking veel minder vergaande eisen worden gesteld, dat de waarde van de overeenkomst is gedaald tot 85 miljoen DK, dat de looptijd ervan is verlengd en dat de oorspronkelijke overeenkomst niet voorzag in de levering van twee servergroepen.

CFB betoogt in het algemeen dat de aanbestedingsregels en het doel ervan niet verhinderen dat de oorspronkelijke overeenkomst wordt aangepast wanneer dit noodzakelijk is door onvoorziene

omstandigheden. De schikking vormde onderdeel van een algemene minnelijke regeling van het geschil tussen de contractpartijen. Zij was ingegeven door sociaaleconomische overwegingen en zadelde Terma op met een economisch verlies. Terma werd ook niet in een voordelige positie geplaatst ten aanzien van toekomstige aanbestedingen.

Frogne heeft met name verwezen naar de [reeds aangehaalde] arresten pissetext Nachrichtenagentur en Wall.

De Landsret merkt op dat beide arresten ontegenzeggelijk betrekking hebben op een voortdurende contractuele relatie waarin geen sprake was van enige wanprestatie. Blijkens de arresten (met name respectievelijk de punten 34-37 en 37-39, waarnaar ook de Klagenævnet verwijst) moet bij de beoordeling of de beginselen van transparantie en van gelijke behandeling van de inschrijvers in acht zijn genomen, voornamelijk worden nagegaan of tijdens de geldigheidsduur van de overeenkomst wijzigingen zijn doorgevoerd die wezenlijk afwijken van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Voorts blijkt uit deze arresten dat een wijziging als wezenlijk kan worden aangemerkt wanneer hierbij voorwaarden worden ingevoerd die hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte.

De Landsret laat zich bij de beoordeling van de inhoud van de schikking, zoals deze zich verhoudt tot de softwareovereenkomst, leiden door bovenstaande overwegingen.

Zoals reeds is aangegeven bij de beschrijving van de feiten, verschilde de schikking inhoudelijk van de softwareovereenkomst doordat het doel en het voorwerp van de overeenkomst, alsook de groep van gebruikers en de prijs aanzienlijk werden beperkt. Ook de geldigheidsduur van de overeenkomst is gewijzigd.

De softwareovereenkomst beoogde een algemeen communicatiesysteem voor spoeddiensten, met inbegrip van de politie, op te zetten, zodat de communicatie kon plaatsvinden [Or. 5] via het SINE-netwerk en de spoeddiensten op efficiënte wijze hun middelen konden coördineren en beheren. De softwareovereenkomst bevatte een minimumpakket, waarvan alle spoeddiensten gebruik dienden te maken, alsook een reeks individuele optionele functies. Tot de gebruikers behoorden nationale, regionale en gemeentelijke diensten, alsook particuliere organisaties die spoed- of reddingsdiensten uitvoeren voor de overheid. De softwareovereenkomst had een looptijd van 60 maanden en verstreek in februari 2013. De totale prijs van de

door Terma A/S aangeboden diensten bedroeg 527 miljoen DK, waarvan ongeveer 300 miljoen DK betrekking had op het minimumpakket.

De schikking had tot doel de softwareovereenkomst op minnelijke wijze te beëindigen, om met name het risico te vermijden dat de zaak door middel van arbitrage diende te worden beslecht, en om de politie nieuwe radiocommunicatieapparatuur ter beschikking te stellen teneinde tijdelijk tegemoet te komen aan een dringende behoefte [...]. De schikking had betrekking op de levering van twaalf radiozendtoestellen aan de politie en op het onderhoud ervan, alsook op de overdracht van twee servergroepen. De radiozendtoestellen werden alleen gebruikt door de politie. De onderhoudsperiode voor de radiozendtoestellen liep tot eind 2015, en de totale prijs voor de door Terma A/S aangeboden diensten werd verlaagd tot 85 miljoen DK.

De Landsret stelt vast dat bij de schikking zodanig ingrijpende wijzigingen aan de softwareovereenkomst zijn aangebracht dat Frogne een offerte had kunnen indienen indien een aanbesteding voor de schikking was uitgeschreven. Dit geldt zowel voor het gedeelte dat betrekking heeft op de radiozendtoestellen als voor het gedeelte dat betrekking heeft op de beveiligde servergroepen.

De Landsret merkt echter op dat de schikking niet voortvloeide uit de intentie van Terma A/S en CFB om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de softwareovereenkomst teneinde de verdere samenwerking in het licht van sterk gewijzigde omstandigheden te optimaliseren, maar een alternatief vormde voor de opzegging van de softwareovereenkomst door CFB wegens de aanhoudende problemen die Terma A/S ondervond bij de uitvoering van de overeenkomst. De schikking hield een aanzienlijke daling van de prijs in, waardoor Terma A/S verlies leed. Terma A/S kreeg geen voorkeursbehandeling in het kader van een nieuwe aanbesteding. CFB van haar kant zag onder meer af van het algemene systeem voor het beheer van de communicaties en de middelen van de spoeddiensten dat het voorwerp uitmaakte van de softwareovereenkomst, maar zorgde ervoor dat de noodzakelijke verbeteringen werden aangebracht aan het door de politie gebruikte radiocommunicatiesysteem, om tijdelijk tegemoet te komen aan de behoeften, en beperkte aldus de verliezen of de potentiële verliezen voor de staat.

De Landsret is met de Klagenævnen van oordeel dat de in het kader van het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet uitsluiten dat CFB en Terma A/S in bovengenoemde situatie, waarin zij moesten vaststellen dat het omvangrijke ontwikkelingsproject niet kon worden uitgevoerd, binnen de grenzen

van de softwareovereenkomst een beperkt deel ervan konden voortzetten in het kader van een minnelijke regeling. In een dergelijke situatie vereisen de aanbestedingsregels niet noodzakelijkerwijs dat de gehele softwareovereenkomst wordt beëindigd, wat zou leiden tot een duur geding tussen CFB en Terma A/S en een buitensporig verlies van geïnvesteerde middelen. In dit verband merkt de Landsret op dat er geen grond is om aan te nemen dat CFB of Terma A/S op enigerlei ogenblik in het kader van de softwareovereenkomst of van de schikking de intentie had om de aanbestedingsregels te omzeilen.
[Or. 6]

De Landsret stelt vast dat de doeltreffendheid van de aanbestedingsregels vereist dat er, gelet op het feit dat de schikking een wezenlijke inhoudelijke wijziging van de softwareovereenkomst meebrengt, een nauwe samenhang is tussen de oorspronkelijke overeenkomst en het deel ervan dat verder wordt uitgevoerd. Dit vereiste sluit niet uit dat het deel van de overeenkomst dat verder wordt uitgevoerd, wordt aangepast of nog enigszins kan evolueren. Op basis van de overgelegde stukken is de Landsret van oordeel dat het radiozendsysteem dat Terma A/S in het kader van de schikking bij de politie heeft geïnstalleerd, in alle wezenlijke onderdelen overeenstemde met het radiozendsysteem dat zij vóór de totstandkoming van de schikking voor de politie in Næstved had ontwikkeld en in het kader van een proefproject bij die politie had geïnstalleerd. De wijzigingen die aan de radiozendtoestellen zijn aangebracht, bleven in wezen alle binnen het bestek van de softwareovereenkomst en waren voornamelijk het gevolg van het feit dat het radiozendsysteem dat bij de politie werd geïnstalleerd, als gedecentraliseerd systeem uitsluitend door de politie diende te worden gebruikt. De Landsret is dan ook van oordeel dat de bepalingen van de schikking die betrekking hebben op het radiozendsysteem, op zich beschouwd, geen nieuwe aanbesteding vereisten.

Daarentegen was de bepaling in de schikking dat twee servergroepen zouden worden overgedragen voor een bedrag van 50 miljoen DK, nieuw ten opzichte van de softwareovereenkomst. Voorts blijkt uit de overgelegde stukken dat de overdracht van de servergroepen aan de staat, die een wezenlijk onderdeel vormde van de schikking, geen verband hield met de installatie van de radiozendtoestellen bij de politie die Terma A/S volgens de schikking diende te verrichten, of met het gebruik van de geïnstalleerde radiozendtoestellen door de politie. Aangezien is vastgesteld dat andere marktdeelnemers, waaronder Frogne, een offerte voor twee hoog beveiligde servergroepen had kunnen indienen als daarvoor een aanbesteding was uitgeschreven, en terdege rekening moet worden gehouden met de doeltreffendheid van de aanbestedingsregels, komt de Landsret,

evenals de Klagenæv, tot de conclusie dat het besluit om de schikking te treffen en de wijze waarop deze is getroffen in strijd is met de in artikel 2 van de aanbestedingsrichtlijn neergelegde beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Aan deze conclusie wordt volgens de Landsret niet afgedaan door het feit dat Terma A/S in het kader van de onderhandelingen die tot de schikking hebben geleid, heeft geëist dat de staat de servergroepen tegen betaling zou overnemen, en dat de prijs hiervan op 50 miljoen DK werd vastgesteld, waarbij onder meer speelde dat CFB zich wilde indekken tegen het – groot geachte – risico dat het tot een proces zou komen indien geen minnelijke regeling kon worden bereikt.

[...]

4.

Volgens § 17, lid 1, punt 1, van de aanbestedingswet moet een overeenkomst die binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn valt, onverbindend worden verklaard indien een aanbestedende dienst in strijd met de aanbestedingsregels van de Europese Unie deze overeenkomst heeft gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie, onder voorbehoud van de bepalingen van § 4.

Volgens § 4 van deze wet kan de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie de nodige stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat een overeenkomst niet onverbindend wordt verklaard, mits aan de drie cumulatieve voorwaarden van deze bepaling is voldaan.

In casu blijkt dat CFB [...] op 19 oktober 2010 in het Publicatieblad van de Europese Unie een „aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf” heeft gepubliceerd waarin de redenen werden uiteengezet waarom een aanvullende overeenkomst bij de softwareovereenkomst, namelijk de daaropvolgende schikking, werd gesloten, dat CFB de voorgeschreven opschortende termijn van 10 kalenderdagen in acht heeft genomen, dat CFB verder het besluit van de Klagenæv van 10 december 2010 heeft afgewacht, waarbij geen opschortende werking is verleend aan de door Frogne bij deze commissie ingediende klacht [Or. 7], en dat CFB, zoals reeds gezegd, op 17 december 2010 een schikking met Terma A/S heeft getroffen.

De Landsret stelt op basis van de overgelegde stukken [...] vast dat CFB's standpunt dat zij de schikking met Terma A/S mocht aangaan zonder vooraf overeenkomstig de aanbestedingsregels van de Europese

Unie een aankondiging van de opdracht bekend te maken, niet op een kennelijke beoordelingsfout berustte.

[...]

5.

Uit het voorgaande volgt dat er geen gronden voor nietigverklaring zijn [...]"

- 1.10. Frogne heeft tegen het vonnis van de Landsret hoger beroep ingesteld bij de Højesteret.
- 1.11. In de procedure voor de Højesteret zijn Frogne en CFB het erover eens dat het Hof van Justitie van de Europese Unie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de vraag of een aanbestedende dienst die wordt geconfronteerd met een situatie waarin de medecontractant problemen heeft met de uitvoering van de overeenkomst een schikking kan treffen om geen rechtsmiddelen te hoeven aanwenden wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst en een daaropvolgend rechtsgeding te vermijden. Het standpunt van de partijen dienaangaande is hieronder in punt 5 weergegeven.

2. Bepalingen van nationaal recht

- 2.1. Ten tijde van de feiten van het geding was richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (aanbestedingsrichtlijn) in Deens recht omgezet bij besluit nr. 937 van 16 september 2004 betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd bij besluit nr. 326 van 11 april 2006, besluit nr. 588 van 12 juni 2006 en besluit nr. 597 van 7 juni 2007. § 1 van dit besluit luidt als volgt:
 - „1. Aanbestedende diensten moeten voldoen aan de bepalingen van de aanbestedingsrichtlijn.
 2. Onder ‚aanbestedingsrichtlijn’ wordt verstaan 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.
 3. De aanbestedingsrichtlijn is opgenomen in bijlage 1 bij dit besluit.”
- 2.2. Bij wet nr. 492 van 12 mei 2010 betreffende de toepassing van de aanbestedingsregels (aanbestedingswet), die in werking is getreden op 1 juli 2010, zijn de wijzigingen van de richtlijnen [Or. 8] 89/665/EEG en

92/13/EEG die voortvloeiden uit richtlijn nr. 2007/66/EG, omgezet in Deens recht. § 4 en § 17 van de aanbestedingswet luiden als volgt:

„§ 4. Een aanbestedende dienst kan de nodige stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat een overeenkomst in de in § 17, lid 1, punt 1, genoemde gevallen niet onverbindend wordt verklaard, indien

- 1) de aanbestedende dienst voor de sluiting van de overeenkomst in het Publicatieblad van de Europese Unie een afkondiging heeft bekendgemaakt waaruit blijkt dat hij voornemens is de overeenkomst te sluiten,
- 2) de overeenkomst niet is gesloten voor het verstrijken van een termijn van 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van bekendmaking van de aankondiging, en
- 3) 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 is toegestaan op grond van de aanbestedingsregels van de Europese Unie.

2. [...]”

en

„§ 17. Een overeenkomst die binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn of de richtlijn nutsbedrijven valt, wordt onverbindend verklaard indien

- 1) de aanbestedende dienst in strijd met de aanbestedingsregels van de Europese Unie een overeenkomst heeft gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie, onder voorbehoud van de bepalingen van § 4,

[...]

3. Een overeenkomst die onverbindend moet worden verklaard op grond van lid 1 en waarvoor geen uitzondering geldt op grond van § 4 of lid 2, kan worden gehandhaafd indien op basis van een onderzoek van alle relevante aspecten moet worden vastgesteld dat het om dwingende redenen van algemeen belang noodzakelijk is dat de overeenkomst verbindend blijft.

4 [...]”

3. Unierecht

- 3.1. In de considerans van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (aanbestedingsrichtlijn) is onder meer het volgende verklaard:

„(2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd. **[Or. 9]**

(3) Deze coördinatiebepalingen moeten de in elk van de lidstaten geldende procedures en praktijken zoveel mogelijk eerbiedigen.

[...]

(36) Voor de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten is het noodzakelijk dat de door de aanbestedende diensten van de lidstaten opgestelde aankondigingen van opdrachten in de Gemeenschap worden bekendgemaakt. Het doel van de in deze aankondigingen gegeven inlichtingen is de ondernemers van de Gemeenschap in staat te stellen uit te maken of de voorgenomen opdrachten hen interesseren. Te dien einde dienen zij afdoende te worden ingelicht over het voorwerp van de opdracht en de bijbehorende voorwaarden. [...]"

- 3.2. Artikel 2 van de aanbestedingsrichtlijn luidt als volgt:

„Beginselen van het plaatsen van opdrachten

Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

- 3.3. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (aanbestedingsrichtlijn) is ingetrokken bij richtlijn 2014/24/EU van het

Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG. De termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24/EU verstrijkt op 18 april 2016 (artikel 90), en richtlijn 2004/18/EG wordt met ingang van die datum ingetrokken (artikel 91).

- 3.4. Artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU bevat regels betreffende de mogelijkheid om opdrachten gedurende de looptijd ervan te wijzigen zonder een nieuwe aanbesteding uit te schrijven. De achtergrond van deze bepaling wordt toegelicht in de overwegingen 107 tot en met 111 van deze richtlijn.

4. Rechtspraak van het Hof

- 4.1. De vraag of de wijziging van een opdracht die reeds is gegund in het kader van een aanbesteding, de verplichting meebrengt om een nieuwe aanbesteding uit te schrijven, wordt behandeld in het arrest van het Hof van Justitie van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06.
- 4.2. Het arrest presstext Nachrichtenagentur betrof de uitlegging van het begrip „het plaatsen” in de inmiddels ingetrokken richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Het verzoek om een prejudiciële beslissing had meer bepaald betrekking op **[Or. 10]** de overdracht van een overeenkomst aan een andere rechtspersoon dan de aanbestedende dienst en op de wijziging van de overeenkomst op het vlak van de vergoeding en het recht om de overeenkomst op te zeggen. Er waren geen problemen bij de uitvoering van de betrokken overeenkomst en de partijen hadden in het kader van de wijziging van de overeenkomst niet ervan afgezien om de bedingen betreffende de niet-uitvoering van de overeenkomst toe te passen.
- 4.3. Het Hof stelde vast dat er sprake is van een nieuwe overeenkomst waarvoor een aanbesteding dient te worden uitgeschreven, wanneer de nieuwe bepalingen „kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst” (punt 34).
- 4.4. De wijziging „van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen” (punt 35). Een wijziging van de overeenkomst kan eveneens als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij de overeenkomst in belangrijke

mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen (punt 36), of wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld (punt 37).

- 4.5. Voorts heeft het Hof in het arrest van 13 april 2010, Wall (C-91/08), de criteria van het arrest pressetext Nachrichtenagentur toegepast op een situatie waarin een onderaannemer werd vervangen in het kader van een lopende overeenkomst.

5. Argumenten van partijen

- 5.1. Frogne betoogt dat de schikking zulke wezenlijke wijzigingen van de softwareovereenkomst en van de in het kader daarvan te leveren diensten inhoudt dat de sluiting van de schikking met Terma zonder voorafgaande aanbesteding van deze overeenkomst inbreuk maakt op de in het kader van het aanbestedingsrecht geldende beginselen van transparantie en gelijke behandeling (zie arresten pressetext Nachrichtenagentur en Wall, reeds aangehaald). **[Or. 11]**
- 5.2. Ter ondersteuning van deze stelling merkt zij met name op dat zij de mogelijkheid zou hebben gehad om een offerte in te dienen voor de in de schikking bedoelde diensten. Door de aanzienlijke daling van de waarde van de overeenkomst (van 527 miljoen DK naar 85 miljoen DK), waardoor geringere garanties konden volstaan, hadden kleinere ondernemingen een offerte kunnen uitbrengen. De waarde van de overeenkomst is zodanig gedaald dat deze waardedaling op zich een strikte toepassing van de aanbestedingsregels rechtvaardigt. Het was volgens deze regels ook niet mogelijk om de termijn te verlengen, zoals is gebeurd in het kader van de schikking, aangezien de oorspronkelijke overeenkomst niet uitdrukkelijk in deze mogelijkheid voorzag.

Het verlangen om geschillen betreffende de opzegging van een overeenkomst te vermijden, dat wil zeggen economische overwegingen en overwegingen betreffende waardeverliezen, vormen evenmin een wettig criterium voor de beoordeling van de vraag of de in het kader van het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht zijn genomen (zie arrest Commissie/Duitsland, C-503/04, ECLI:EU:C:2007:432). Een aanbestedende dienst is dus noch gerechtigd noch verplicht om de contractpartij waaraan de opdracht is gegund, maar die vervolgens niet in staat is om de voorgestelde diensten te verrichten, in bescherming te nemen.

Frogne stelt niet dat de aanbestedingsrichtlijn of ander afgeleid Unierecht het overeenkomstenrecht of het verbintenissenrecht in de lidstaten harmoniseert of aan bepaalde regels onderwerpt voor zover het gaat om de

aanwending van rechtsmiddelen door aanbestedende diensten of het besluit om daarvan af te zien. Of een schikking de verplichting meebrengt om een aanbesteding uit te schrijven, hangt enkel af van de vraag of de inhoud ervan, namelijk de wijzigingen die door de schikking aan de oorspronkelijke overeenkomst worden aangebracht, van zodanige aard is dat de schikking op zich krachtens de aanbestedingsrichtlijn een aanbesteding vereist.

- 5.3. CFB betoogt dat de schikking met Terma kon worden gesloten zonder dat een aanbesteding hoefde te worden uitgeschreven, aangezien de schikking aanzienlijke beperkingen stelde aan de door Terma te leveren diensten. Er was dus geen sprake van de gunning van een nieuwe opdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.
- 5.4. Ter ondersteuning van deze stelling merkt CFB met name op dat de rechtspraak en de aanbestedingsrichtlijn geen aanwijzingen bevatten dat schikkingen waarbij reeds gegunde opdrachten voor het verlenen van diensten worden beperkt, een afzonderlijke aanbesteding vereisen. Een aanbestedende dienst die wordt geconfronteerd met het feit dat zijn medecontractant problemen ondervindt om zijn contractuele verplichtingen na te komen, moet een zeer ruime speelruimte hebben **[Or. 12]** om een – ook vanuit sociaaleconomisch oogpunt – redelijke oplossing te kunnen vinden. Met name in het geval van acquisities in het kader van ontwikkelingsprojecten (grote bouwprojecten, IT-systemen, schepen of dergelijke) is het niet ongebruikelijk dat tijdens de uitvoering van de overeenkomst de dingen niet blijken te lopen zoals was voorzien in de oorspronkelijke aanbesteding, die overigens een aantal jaren eerder kan zijn uitgeschreven. De aanbestedingsregels moeten de aanbestedende diensten de ruimte bieden om bij dit soort overeenkomsten op zodanige wijze te manoeuvreren dat flexibele en duurzame oplossingen kunnen worden gevonden die ten goede komen aan zowel de opdrachtgever als de leveranciers. Een zeer strenge opvatting van de aanbestedingsrechtelijke vereisten in verband met wijzigingen van dit soort overeenkomsten zou inhouden dat aanbestedende diensten ofwel zouden moeten afzien van redelijke en verstandige oplossingen ofwel lopende overeenkomsten zouden moeten beëindigen om een „nieuwe aanbesteding uit te schrijven” voor de gewijzigde diensten, wat typischerwijs zou leiden tot een aanzienlijke verspilling van middelen voor zowel de aanbestedende dienst als de leverancier.

Het feit dat de centrale servergroepen in het kader van de overeenkomst werden verkocht in plaats van verhuurd, betekent op zich niet dat de schikking een nieuwe aanbesteding vereiste.

Noch de aanbestedingsrichtlijn noch ander afgeleid Unierecht harmoniseert het overeenkomstenrecht of het verbintenissenrecht in de lidstaten of stelt dienaangaande regels vast, voor zover het gaat om de aanwending van

rechtsmiddelen door aanbestedende diensten of om hun besluit om daarvan af te zien. Indien schikkingen automatisch een aanbestedingsplicht meebrengen, zal dat in de praktijk aanbestedende diensten verhinderen om de te leveren prestaties in te perken en aan te passen in het kader van minnelijke schikkingen waarin zij tegelijk afzien van het gebruik van rechtsmiddelen. Een dergelijke indirecte regeling van de rechten waarover de aanbestedende diensten krachtens het verbintenissen- en het overeenkomstenrecht beschikken, is niet vastgelegd in de Verdragen en is als zodanig in strijd met het legaliteitsbeginsel.

6. Motivering van de vraag

- 6.1. De Højesteret stelt vast dat er twijfels zijn met betrekking tot de uitlegging van artikel 2 van de aanbestedingsrichtlijn, meer bepaald met betrekking tot de vraag of een aanbestedende dienst een schikking kan treffen indien er problemen zijn bij de uitvoering van de overeenkomst, zonder dat hij een nieuwe aanbesteding voor de schikking hoeft uit te schrijven.
- 6.2. De reeds aangehaalde arresten presstext Nachrichtenagentur en Wall van het Hof hebben betrekking op lopende overeenkomsten die zonder problemen konden worden uitgevoerd. Het gebruik van rechtsmiddelen was in die zaken niet relevant. Het Hof heeft zich in de arresten presstext Nachrichtenagentur en [Or. 13] Wall dus enkel uitgesproken over de vraag of en in hoeverre wijzigingen in een lopende, voortdurende overeenkomst kunnen worden aangebracht zonder dat er sprake is van de sluiting van een nieuwe overeenkomst waarvoor vervolgens een afzonderlijke aanbesteding dient te worden uitgeschreven.
- 6.3. Uit de rechtspraak blijkt niet dat het Hof zich reeds heeft uitgesproken over een situatie waarin er problemen zijn met de uitvoering van een overeenkomst zonder dat de contractpartijen het erover eens zijn wie daarvoor aansprakelijk is, en waarin de partijen in het kader van een minnelijke schikking ervoor opteren om hun respectieve rechten en verplichtingen, waaronder rechtsmiddelen, te wijzigen. Deze kwestie wordt niet direct geregeld in de vroegere aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG), en de nieuwe aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU) lijkt evenmin regels te bevatten die specifiek betrekking hebben op situaties zoals die welke hier is beschreven.
- 6.4. De Højesteret acht het dan ook noodzakelijk om het Hof te verzoeken om de relevante criteria en uitleggingsgegevens te verstrekken op basis waarvan in de gegeven omstandigheden moet worden beoordeeld of een overeenkomst zoals de onderhavige schikking een overeenkomst is waarvoor een aanbesteding dient te worden uitgeschreven. De Højesteret zal vervolgens op

basis van de door het Hof verstrekte uitleggingsgegevens het recht concreet kunnen toepassen in het hoofdgeding.

7. Vraag

7.1. Tegen deze achtergrond verzoekt de Højesteret het Hof om een antwoord op de volgende vraag.

Beslissing:

De Højesteret verzoekt het Hof om een antwoord op de volgende vraag:

Vraag 1

Moet artikel 2 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, beschouwd in het licht van [Or. 14] de arresten van het Hof van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Jurispr. blz. I-4401), en 13 april 2010, Wall (C-91/08, Jurispr. blz. I-2815), aldus worden uitgelegd dat een schikking die inhoudt dat de diensten die de partijen oorspronkelijk hebben afgesproken in het kader van een overeenkomst waarvoor reeds een aanbesteding is uitgeschreven, worden ingeperkt en gewijzigd en dat zij er wederzijds van afzien rechtsmiddelen aan te wenden wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst om een later rechtsgeding te vermijden, een overeenkomst is die op zich een aanbesteding vereist, in het geval dat er problemen zijn gerezen bij de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst?