

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX & KRIS WAUTERS

**HvJ (Grote kamer), 5 april 2016, C-689/13,
Puligienica Facility Esco SpA (PFE) t. Airgest SpA
C.J.U.E. (Grande chambre), 5 avril 2016, C-689/13,
Puligienica Facility Esco SpA (PFE) c. Airgest SpA**

Overheidsopdrachten voor diensten – Richtlijn 89/665/EEG – Artikel 1, leden 1 en 3 – Beroepsprocedures – Beroep tot nietigverklaring van het besluit tot gunning van een overheidsopdracht, ingesteld door een niet-gekozen inschrijver – Incidentele vordering van de gekozen inschrijver – Nationale rechtspraak op grond waarvan eerst de incidentele vordering moet worden onderzocht en, indien deze gegrond is, de principale vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard, zonder onderzoek ten gronde – Verenigbaarheid met het Unierecht – Artikel 267 VWEU – Voorrang van het Unierecht – Rechtsbeginsel dat is geformuleerd in een beslissing van de voltallige zitting van de hoogste administratieve rechterlijke instantie van een lidstaat – Nationale regeling volgens welke deze beslissing bindend is voor de kamers van deze rechterlijke instantie – Verplichting voor de kamer die zich over een kwestie van Unierecht moet uitspreken om, indien zij het niet eens is met de beslissing van de voltallige zitting, deze kwestie aan die zitting voor te leggen – Mogelijkheid of verplichting voor de kamer om het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing

Samenvatting Résumé

Beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst kunnen volgens artikel 1, leden 1, derde alinea, en 3, van richtlijn 89/665 slechts als doeltreffend worden aangemerkt indien zij op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

De incidentele vordering van de gekozen inschrijver mag er niet toe leiden dat het beroep van de afgewezen inschrijver wordt verworpen ingeval de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure. In een dergelijke situatie kan immers elk van de concurrenten een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, wat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren.

Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 verzet er zich tegen dat de vordering van een niet-gekozen inschrijver niet-ontvankelijk wordt verklaard na het voorafgaand onderzoek van de exceptie van niet-

ontvankelijkheid die de gekozen inschrijver in het kader van het door hem ingestelde incidentele beroep heeft opgeworpen, zonder dat uitspraak is gedaan over de vraag of de twee betrokken inschrijvingen conform zijn aan de specificaties uit het bestek.

In een situatie waarin twee inschrijvers na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht allebei een beroep instellen om de ander te laten uitsluiten heeft elk van beide inschrijvers belang bij de gunning van een bepaalde opdracht. Ten eerste kan de uitsluiting van de ene inschrijver er immers toe leiden dat de opdracht direct aan de andere inschrijver wordt gegund in het kader van dezelfde procedure. Ten tweede kan, ingeval beide inschrijvers worden uitgesloten en er een nieuwe voor de plaatsing van de overheidsopdracht wordt geopend, elk van de inschrijvers opnieuw deelnemen en aldus indirect de opdracht toebedeeld krijgen.

Elk van de partijen bij het geding heeft een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de offerte van de andere inschrijvers. Voorts is het niet uitgesloten dat een bepaalde onregelmatigheid die de uitsluiting rechtvaardigt van zowel de



offerte van de gekozen inschrijver als de offerte van de inschrijver die het gunningsbesluit van de aanbestedende dienst aanvecht, eveneens de andere offertes die in het kader van de aanbestedingsprocedure zijn ingediend ongeldig maakt, wat ertoe zou kunnen leiden dat een nieuwe procedure moet worden gestart.

Het aantal deelnemers aan de procedure voor de plaatsing van de betrokken overheidsopdracht, het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld, en het feit dat deze laatste uiteenlopende gronden hebben aangevoerd, zijn niet relevant.

De nationale rechterlijke instanties hebben de meest uitgebreide bevoegdheid om het Hof vragen te stellen over de uitlegging van de relevante bepalingen van het Unierecht en het gaat bij de rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen niet om een mogelijkheid maar om een verplichting, onder voorbehoud van de in de rechtspraak van het Hof erkende uitzonderingen. Een regel van nationaal recht mag een nationale rechterlijke instantie niet beletten om gebruik te maken van die mogelijkheid dan wel te voldoen aan die verplichting.

Zowel deze mogelijkheid als deze verplichting is immers inherent aan het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking tussen de nationale rechters en het Hof, en aan de bij dit voorschrift aan de nationale rechters toebedeelde taak om het Unierecht toe te passen.

Een nationale rechter die van oordeel is dat in een bij hem aanhangige zaak een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht aan de orde is, heeft dus – afhankelijk van het geval – ofwel de mogelijkheid ofwel de verplichting om het Hof een prejudiciële vraag te stellen, en de nationale wetgeving of rechtspraak kan niet in de weg staan aan het gebruik van deze mogelijkheid of de nakoming van deze verplichting.

In casu kan een regel van nationaal recht een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die een vraag in verband met de uitlegging van richtlijn 89/665 moet beantwoorden, niet beletten om een prejudiciële verzoek in te dienen bij het Hof. Artikel 267 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht, voor zover deze aldus wordt uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die zich moet uitspreken over een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht, deze kwestie aan de voltallige zitting van deze rechterlijke instantie moet voorleggen wanneer zij het niet eens is met de lijnen die deze voltallige zitting in een beslissing heeft uitgezet, en

aldus daarover geen prejudiciële vraag aan het Hof kan stellen.

In dit verband moet in herinnering worden geroepen dat een prejudiciële arrest van het Hof de nationale rechter bindt bij de beslechting van het hoofdgeding, wat de uitlegging of de geldigheid van de betrokken handelingen van instellingen van de Unie betreft. Bijgevolg is de nationale rechter die als rechter in laatste aanleg heeft voldaan aan zijn verplichting om het Hof krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU een prejudiciële vraag te stellen, voor de beslechting van het hoofdgeding gebonden aan de door het Hof gegeven uitlegging van de betrokken bepalingen, en moet hij in voorkomend geval de nationale rechtspraak terzijde schuiven indien hij van mening is dat deze niet strookt met het Unierecht.

Ook dient eraan te worden herinnerd dat zou worden afgedaan aan de nuttige werking van artikel 267 VWEU indien de nationale rechter werd verhinderd om het Unierecht onmiddellijk in overeenstemming met de beslissing of de rechtspraak van het Hof uit te leggen. De nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheid belast is met de toepassing van het Unierecht, is verplicht zorg te dragen voor de volle werking van deze normen en moet daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure hoeft te vragen of af te wachten.

Elke bepaling van een nationale rechtsorde en elke wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden dat aan de doeltreffendheid van het Unierecht wordt afgedaan doordat aan de voor de toepassing van dit Unierecht bevoegde rechter de bevoegdheid wordt onzegd daarbij terstond al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die de volle werking van de Unieregels zouden kunnen verhinderen, is immers onverenigbaar met de vereisten die in de eigen aard van het Unierecht besloten liggen.

Artikel 267 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie, nadat zij het antwoord van het Hof op een door haar gestelde vraag inzake de uitlegging van het Unierecht heeft ontvangen of wanneer deze vraag reeds duidelijk is beantwoord in de rechtspraak van het Hof, zelf al het nodige moet doen om ervoor te zorgen het Unierecht op de aldus uitgelegde manier wordt toegepast.



**HvJ (1^e kamer), 7 april 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz t. Zarząd Oczyszczania Miasta*
C.J.U.E. (1^{ère} chambre), 7 avril 2016, C-324/14,
*Partner Apelski Dariusz c. Zarząd Oczyszczania Miasta***

Richtlijn 2004/18/EG – Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers – Artikel 48, lid 3 – Mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten – Voorwaarden en modaliteiten – Aard van de banden tussen de inschrijver en de andere entiteiten – Wijziging van de inschrijving – Annulering en herhaling van een elektronische veiling

**Samenvatting
Résumé**

Volgens artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 staat het aan de aanbestedende dienst om de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers te controleren op grond van de in de artikelen 47 tot en met 52 van die richtlijn genoemde criteria. Bovendien kan de aanbestedende dienst ingevolge artikel 44, lid 2, van die richtlijn eisen dat ondernemers voldoen aan minimeisen inzake economische en financiële draagkracht alsook technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid overeenkomstig de artikelen 47 en 48 van die richtlijn.

Iedere ondernemer heeft krachtens de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het recht om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, “ongeacht de [...] aard van zijn banden met die entiteiten”, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteiten. Die uitlegging strookt met het doel overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, dat de richtlijnen op dit gebied niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten. Bovendien vergemakkelijkt die uitlegging de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten, wat ook beoogd wordt met richtlijn 2004/18, zoals blijkt uit overweging 32 van die richtlijn.

Bijgevolg vormt het in de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van die richtlijn neergelegde recht, gelet op het belang ervan in de Unieregeling inzake overheidsopdrachten, een algemene regel waarmee aanbestedende diensten rekening moeten houden bij de uitoefening van hun bevoegdheid tot controle van de geschiktheid van de inschrijver om een bepaalde opdracht uit te voeren. De omstandigheid dat een ondernemer zich volgens artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 “in voorkomend geval” kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, kan bijgevolg niet aldus worden uitgelegd, dat een

ondernemer zich slechts bij wijze van uitzondering kan beroepen op de draagkracht van derde entiteiten.

Evenwel moet in de eerste plaats worden benadrukt dat de inschrijver weliswaar vrij is om banden aan te knopen met de entiteiten op de draagkracht waarvan hij zich beroept en de juridische aard van die banden te kiezen, maar moet aantonen dat hij werkelijk beschikt over de niet aan hemzelf toebehorende middelen van die entiteiten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een bepaalde opdracht. Derhalve kan een inschrijver zich volgens de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 niet beroepen op de draagkracht van andere entiteiten om louter formeel te voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarden.

In de tweede plaats verzetten de bepalingen van richtlijn 2004/18 zich er niet tegen dat de uitoefening van het in de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van die richtlijn neergelegde recht in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt. Het is immers niet uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst derhalve mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht.

Voorts is het niet uitgesloten dat de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, gelet op de aard en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, in bijzondere omstandigheden niet kunnen worden overgedragen aan de inschrijver. In dergelijke omstandigheden kan de inschrijver zich derhalve slechts op die bekwaam-



heden beroepen indien de derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de betrokken opdracht.

De artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 erkennen het recht van iedere ondernemer om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de betrokken opdracht noodzakelijk middelen van die entiteiten. Daartoe moet de inschrijver weliswaar aantonen dat hij werkelijk beschikt over de niet aan hemzelf toebehorende middelen van die entiteiten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een bepaalde opdracht, maar hij is vrij om te kiezen welke juridische aard de banden hebben die hij wenst aan te knopen met de andere entiteiten op wier draagkracht of bekwaamheden hij zich beroept om die opdracht uit te voeren, en om te kiezen op welke wijze die banden kunnen worden aangetoond.

Dientengevolge kan de aanbestedende dienst in beginsel geen uitdrukkelijke voorwaarden opleggen die in de weg kunnen staan aan de uitoefening van het recht van iedere ondernemer om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, met name door van tevoren de concrete regels vast te stellen volgens welke een beroep kan worden gedaan op de draagkracht van die andere entiteiten. Die vaststelling is des te onvermijdelijker daar het in de praktijk voor de ondernemer moeilijk, zo niet onmogelijk, is alle mogelijke scenario's te voorzien waarin een beroep wordt gedaan op de draagkracht van andere entiteiten.

Er kan niet meteen worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst met het oog op de correcte uitvoering van de betrokken opdracht in de aankondiging van de opdracht of in het bestek uitdrukkelijk nauwkeurige regels kan vaststellen op grond waarvan een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen. Wanneer de aanbestedende dienst beslist om van die mogelijkheid gebruik te maken, moet hij zich echter ervan vergewissen dat de door hem vastgestelde regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht. Door dat vereiste kan overigens worden gewaarborgd dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde regels in overeenstemming zijn met het transparantiebeginsel, terwijl ondernemers de mogelijkheid wordt gelaten om de aanbestedende dienst alternatieve wijzen van beroep op de draagkracht van andere entiteiten voor te stellen die garanderen dat die draagkracht werkelijk ter beschikking wordt gesteld.

Aanbestedende diensten moeten volgens overweging 46 en artikel 2 van richtlijn 2004/18 ondernemers op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze behandelen.

Zo vereisen de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Voorts heeft de transparantieverplichting ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Bovendien verzetten de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie en de transparantieverplichting zich tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht.

Artikel 2 van richtlijn 2004/18 staat niet eraan in de weg dat de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiele fouten recht te zetten. Daartoe moet de aanbestedende dienst zich met name ervan vergewissen dat het verzoek om een inschrijving toe te lichten, niet ertoe leidt dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient.

Bovendien moet de aanbestedende dienst in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid wat de mogelijkheid betreft om de gegadigden te verzoeken hun inschrijving nader toe te lichten, de gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde



van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek was gericht.

Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een ondernemer niet de gelegenheid bieden om zijn oorspronkelijke inschrijving op die manier te preciseren, omdat dat in strijd zou zijn met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers en de transparantieverplichting die eruit voortvloeit, waaraan aanbestedende diensten krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18 zijn onderworpen.

Volgens overweging 14 en artikel 1, lid 7, van richtlijn 2004/18 stelt het gebruik van elektronische veilingen de aanbestedende diensten in staat na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen de inschrijvers te verzoeken nieuwe, lagere prijsoffertes te doen, en wanneer de opdracht gegund wordt aan de inschrijver met de voordeligste inschrijving kunnen ook andere elementen van de inschrijvingen dan de prijs worden verbeterd. Richtlijn 2004/18 vereist in het kader van een dergelijke procedure uitdrukkelijk dat elektronische veilingen volledig in overeenstemming met de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie verlopen. Daartoe voorziet artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/18 in het recht van alle inschrijvers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben ingediend, om uitgenodigd te worden tot deelname aan de elektronische veiling om nieuwe prijzen en/of nieuwe waarden in te dienen. Voorts bepaalt artikel 54, lid 8, tweede alinea, van die richtlijn uitdrukkelijk dat de aanbestedende diensten, wanneer zij beslissen om een elektronische veiling te organiseren, geen misbruik mogen maken van die methode, noch die methode mogen gebruiken om concurrentie te beletten, te beperken of te vervalsen of om wijzigingen aan te brengen in het voorwerp van de opdracht zoals omschreven in de aankondiging van de opdracht en vastgelegd in het bestek.

Wanneer een inschrijver een aan de eisen beantwoordende inschrijving indient en derhalve voldoet aan de criteria van de aankondiging van de opdracht, moet de aanbestedende dienst volgens artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/18 bijgevolg waarborgen dat die inschrijver het recht kan uitoefenen om in voorkomend geval aan de elektronische veiling deel te nemen. Bijgevolg moet de aanbestedende dienst, wanneer een dergelijke inschrijver niet is uitgenodigd om deel te nemen aan die veiling, zoals de advocaat-generaal in punt 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, inge-

volge de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie die veiling annuleren en opnieuw beginnen. Deze conclusie is onvermijdelijk, ongeacht of de deelname van de uitgesloten ondernemer de uitkomst van de betrokken veiling zou hebben gewijzigd. De uitoefening van het recht van de inschrijver om deel te nemen aan een elektronische veiling mag immers geenszins afhankelijk worden gesteld van de voorgestane uitkomst van die veiling en kan derhalve niet meteen worden uitgesloten op grond van hypothetische overwegingen van de aanbestedende dienst. Met andere woorden kan *a priori* niet worden uitgesloten dat de ondernemer die niet mocht deelnemen aan de elektronische veiling, de voordeligste inschrijving zou hebben ingediend, zodat de door de aanbestedende dienst gemaakte fout noodzakelijkerwijs de annulering en de herhaling van de veiling ten gevolge heeft.

Volgens vaste rechtspraak is de toepasselijke richtlijn in beginsel die welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken.

Artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 is in algemene bewoordingen is gesteld en vermeldt niet vermeldt op welke wijze een ondernemer zich in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten. Daarentegen wordt in artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 thans bepaald dat ondernemers zich slechts op de draagkracht van andere entiteiten mogen beroepen, "wanneer laatstgenoemde [n] de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, [zullen] verrichten". Richtlijn 2014/24 heeft, zoals met name in overweging 2 ervan staat te lezen, weliswaar tot doel basisbegrippen en -concepten te verduidelijken met het oog op de rechtszekerheid en om een aantal aspecten van de vaste rechtspraak dien-aangaande van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de wetgeving op te nemen, maar dat neemt niet weg dat het recht van een ondernemer om zich voor een overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, in artikel 63 van die richtlijn ingrijpend is gewijzigd.

Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 ligt immers geenszins in het verlengde van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 en verduidelijkt niet de draagwijdte ervan, maar voert nieuwe voorwaarden in waarin de vorige rechtsregeling niet voorzag. Bijge-



volg kan die bepaling van richtlijn 2014/24 niet worden gebruikt als criterium voor de uitlegging van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, aange-

zien het er *in casu* niet om gaat twijfel weg te nemen over de uitlegging van de inhoud van deze laatste bepaling.

**HvJ (Grote kamer), 24 mei 2016, C-396/14,
MT Højgaard A/S, Züblin A/S t. Banedanmark
C.J.U.E. (Grande chambre), 24 mai 2016, C-396/14,
MT Højgaard A/S, Züblin A/S c. Banedanmark**

Artikel 267 VWEU – Bevoegdheid van het Hof – Hoedanigheid van rechterlijke instantie van het verwijzende orgaan – Overheidsopdracht in de sector spoorweginfrastructuur – Onderhandelingsprocedure – Richtlijn 2004/17/EG – Artikel 10 – Artikel 51, lid 3 – Beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers – Combinatie van twee vennootschappen die als inschrijver is toegelaten – Offerte ingediend door een van de twee vennootschappen in eigen naam na faillietverklaring van de andere vennootschap – Vennootschap die beschouwd wordt als geschikt om te worden toegelaten als zelfstandig inschrijver – Gunning van de opdracht aan deze vennootschap

**Samenvatting
Résumé**

Om te beoordelen of een verwijzend orgaan een “rechterlijke instantie” is, hetgeen uitsluitend door het recht van de Unie wordt bepaald, houdt het Hof van Justitie rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing van rechtsregels door het orgaan, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.

Met betrekking tot het criterium van de onafhankelijkheid is een element van beoordeling het feit of het organisme geen partij is in beroepen die bij de gewone rechter tegen zijn beslissingen worden ingesteld. Daaruit volgt dat hij de hoedanigheid van derde heeft ten opzichte van de partijen bij het geding, inzonderheid ten opzichte van de autoriteit die het voor hem bestreden besluit heeft vastgesteld. Bovendien kan worden nagegaan of er geen enkele functionele band is. Ook is na te gaan of het orgaan zijn functies volledig autonoom uitoefent, zonder hiërarchisch ondergeschikt te zijn of van wie dan ook instructies te ontvangen.

Richtlijn 2004/17 bevat geen regels voor wijzigingen in de samenstelling van een combinatie van ondernemingen die is geselecteerd als inschrijver voor een overheidsopdracht, zodat het aan de lidstaten staat deze situatie te regelen. In geval er geen specifieke regels zijn, moet de vraag of de aanbestedende dienst een dergelijke wijziging mag toestaan, worden onderzocht aan de hand van de algemene beginselen van het recht van de Unie, met name het beginsel van gelijke behandeling en, de daaruit voortvloeiende transparantieplichting,

en aan de hand van de doelstellingen van het Unierecht op het vlak van overheidsopdrachten.

In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting met name betekenen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst, en dat deze beginselen de grondslag vormen van de regels van de Unie op het gebied van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.

Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Strikte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers zou erop neerkomen dat enkel geselecteerde ondernemers als zodanig offertes kunnen indienen en de opdracht enkel aan hen kan worden gegund. Deze benadering berust op artikel 51, lid 3, van richtlijn 2004/17, dat bepaalt dat aanbestedende diensten “de door de aldus geselecteerde inschrijvers ingediende inschrijvingen” toetsen. Dit veronderstelt dat de geselecteerde ondernemers feitelijk en rechtens identiek zijn aan de ondernemers die de offertes indienen.

Niettemin kan het genoemde vereiste van juridische en feitelijke identiteit getemperd worden om te waarborgen dat er in een procedure van gunning



door onderhandelingen voldoende concurrentie is, zoals vereist door artikel 54, lid 3, van richtlijn 2004/17. Een ondernemer kan echter enkel in eigen naam blijven deelnemen aan de onderhandelingsprocedure na ontbinding van de combinatie waarvan hij deel uitmaakte en die door de aanbestedende dienst was geselecteerd onder omstandigheden die het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers niet aantasten.

Een aanbestedende dienst schendt dat beginsel niet als hij toestaat dat één van de twee onderne-

mers die deel uitmaakten van een combinatie van ondernemingen die als zodanig was uitgenodigd een offerte in te dienen, in de plaats treedt van die combinatie na ontbinding ervan en in eigen naam deelneemt aan de procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht, mits vast komt te staan dat deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de door die dienst omschreven voorwaarden en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen.

**HvJ (5^e kamer), C-410/14, 2 juni 2016,
Dr. Falk Pharma GmbH t. DAK-Gesundheit
C.J.U.E. (5^e chambre), C-410/14, 2 juni 2016,
Dr. Falk Pharma GmbH c. DAK-Gesundheit**

Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 1, lid 2, onder a) – Begrip „overheidsopdracht” – Aankoopstelsel voor goederen waarbij iedere ondernemer die beantwoordt aan vooraf vastgestelde voorwaarden, wordt toegelaten als leverancier – Verstrekking van in een algemeen sociaalzekerheidsstelsel terugbetaalbare geneesmiddelen – Overeenkomsten gesloten tussen een ziekenfonds en alle verstrekkers van geneesmiddelen met een welbepaalde werkzame stof die aanvaarden een vooraf bepaald percentage korting te verlenen op de verkoopprijs – Wetgeving die in beginsel voorziet in de vervanging van een terugbetaalbaar geneesmiddel dat in de handel werd gebracht door een ondernemer die geen dergelijke overeenkomst heeft gesloten, door een geneesmiddel van hetzelfde type dat in de handel werd gebracht door een ondernemer die een dergelijke overeenkomst heeft gesloten

Samenvatting Résumé

Een systeem van afspraken, waarmee een openbare instelling voornemens is goederen op de markt aan te kopen, door tijdens de gehele looptijd van dat systeem overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de openbare instelling geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt en hun toestaat tot dat systeem toe te treden tijdens de gehele looptijd ervan leidt een dergelijk systeem ertoe dat overeenkomsten onder bezwarende titel worden gesloten tussen een openbare instelling, die een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/18 kan zijn, en ondernemers wier doel erin bestaat producten te leveren, wat overeenstemt met de definitie van het begrip „overheidsopdracht” in artikel 1, lid 2, onder a), van deze richtlijn.

Evenwel dient enerzijds te worden opgemerkt dat volgens overweging 2 van deze richtlijn de daarin vastgestelde coördinatiebepalingen moeten worden uitgelegd overeenkomstig de beginselen van het VWEU, met name de beginselen van het vrije ver-

keer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie, die van toepassing zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten.

Anderzijds, aangezien de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening op Unieniveau aldus beoogt om zo de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden, heeft richtlijn 2004/18 tot doel, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.

Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, dat deze richtlijn beoogt uit te sluiten, houdt echter in wezen nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de



betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers ingeval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Wanneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, bestaat er dus, doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt. De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is dus een element dat intrinsiek verbonden is met de bij deze richtlijn ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip "overheidsopdracht" in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan.

Die vaststelling vindt steun in artikel 43, eerste alinea, onder e), van richtlijn 2004/18, dat bepaalt dat over elke opdracht, elke raamovereenkomst en elke instelling van een dynamisch aankoopstelsel de aanbestedende diensten een proces-verbaal opstellen, dat de naam van de

begunstigde en de motivering voor de keuze van zijn inschrijving bevat.

Dit beginsel is expliciet neergelegd in de definitie van het begrip "aanbesteding", die thans is vervat in artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24, waarvan één element de keuze door de aanbestedende dienst is van de ondernemer van wie hij door middel van een overheidsopdracht werken, leveringen of diensten aankoopt waarop deze opdracht ziet.

Een systeem van afspraken dat, als gevolg van het gegeven dat belangstellende ondernemers gedurende de gehele looptijd kunnen blijven toetreden tot dat systeem, niet is beperkt tot een voorafgaande periode waarin de ondernemingen hun belangstelling moeten laten blijken bij de betrokken openbare instelling, volstaat om dit systeem te onderscheiden van een raamovereenkomst. Overeenkomstig artikel 32, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 kunnen opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst immers slechts worden gegund aan ondernemers die oorspronkelijk bij deze raamovereenkomst partij waren.

De transparantievereiste impliceert een bekendmaking die aan mogelijk belangstellende ondernemers toestaat naar behoren kennis te nemen van het verloop en de wezenlijke kenmerken van een toelatingsprocedure.

