

Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht

– Mr. E. Verweij, mr. I.A.F. Hendriksen, mr. S.J. Petiet en mr. D.C. Orobio de Castro¹

Deze jaarlijks verschijnende kroniek vat een aantal belangrijke uitspraken samen die door het Europese Hof van Justitie (Hof) zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de tweede helft van 2018 en de eerste helft van 2019. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerdere jaargangen van dit tijdschrift.²

De in deze kroniek behandelde arresten beslaan uiteenlopende aanbestedingsrechtelijke thema's, waaronder:

- de begrippen 'overheidsopdrachten' (arrest IBA Molecular Italy) en 'raamovereenkomsten' (arrest Antitrust/ASST);
- het begrip 'netten voor openbaar vervoer' in het kader van de speciale sectoren (arrest SJ AB);
- uitgezonderde diensten (arresten Anodiki, Falck/Solingen en P.M. e.a.);
- onderhandse 'inhouse' gunningen onder de PSO-verordening (arresten Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland, Mobit en Rhenus Veniro);
- opdrachten met een waarde onder de drempel (arrest Allianz);
- verplichting tot vooraankondiging onder de PSO-verordening (arrest Rudigier);
- technische specificaties (arrest Roche Lietuva);
- uitsluitingsgronden (arresten Vossloh Laeis, IDI en Meca);
- gunningcriteria (arrest Montte/Musikene);
- herstel van gebreken in de inschrijving (arrest Lavorgna);
- wijzigingen in de hoedanigheid van een inschrijver (arrest Telecom Italia);

- de beginselen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) (onder meer arresten Anodiki en P.M. e.a.); en
- rechtsbescherming (arresten Hochtief/Budapest en Azienda/Mobilitia).

Enkele arresten zijn nog gewezen onder de vigeur van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Steeds meer uitspraken betreffen echter de toepassing en uitleg van de huidige aanbestedingsrichtlijnen (2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU).

De arresten worden hierna in chronologische volgorde behandeld.

1. HvJ EU 7 augustus 2018, C-300/17 (Hochtief/Budapest)

Rechtsbescherming. Schadevergoeding. Richtlijn 89/665/EEG

De feiten uit deze zaak kennen een geschiedenis die terugvoert tot een aanbesteding uit 2005.³ Duitse bouw Hochtief maakte destijds bezwaar tegen haar uitsluiting op een aanbesteding in Hongarije. De Europese Commissie bemoeide zich met de zaak en meende (kort gezegd) dat de uitsluiting van Hochtief in strijd was met het aanbestedingsrecht. Hochtief voerde de door de Europese Commissie aangevoerde gronden echter pas aan in hoger beroep. Om die reden meende de Hongaarse appelrechter dat de uitsluiting in stand moest blijven.

Uiteindelijk gooide Hochtief het over een andere boeg: zij diende een schadevordering in bij de aanbestedende dienst. Ook die vordering wees de Hongaarse rechter af, omdat de uitsluiting van Hochtief in rechte in stand was gebleven. De zaak kwam vervolgens opnieuw bij de hogere Hongaarse rechter. Die vroeg zich af of rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG zich er tegen verzet dat een schadevordering afhankelijk wordt gesteld van de

¹ Erik Verweij, Iris Hendriksen, Simon Petiet en David Orobio de Castro zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

² Zie voor de meest recente kronieken: E. Verweij, I.A.F. Hendriksen, S.J. Petiet en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2018/154; E. Verweij, I.A.F. Hendriksen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2017/141; E. Verweij, I.A.F. Hendriksen en E.M. van Dam, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2016/133; D.C. Orobio de Castro, E. Verweij en I.A.F. Hendriksen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2015/144; E. Verweij en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2014/183.

³ De casus leidde reeds tot het eerdere arrest HvJ EG 15 oktober 2009, C-138/08.

vooraangaande nietigverklaring van het aangevochten besluit (tot uitsluiting van Hochtief).

Het Hof herinnert er aan dat de lidstaten volgens artikel 2 lid 6 richtlijn 89/665/EEG kunnen bepalen dat het litigieuze besluit nietig verklaard moet worden, alvorens schadevergoeding gevorderd kan worden.⁴ Volgens het Hof bevat richtlijn 89/665/EEG slechts de minimumvoorwaarden waaraan nationale beroepsprocedures moeten voldoen.⁵ Het staat de lidstaten vrij hier verder invulling aan te geven, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van richtlijn 89/665/EEG.⁶ Dat vereist onder meer dat er een doeltreffend middel beschikbaar moet zijn (geweest) om het litigieuze besluit aan te vechten. Ook moet er toegang zijn geweest tot een onpartijdig gerecht overeenkomstig artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU, aldus het Hof.

De slotsom is dat richtlijn 89/665/EEG zich er niet tegen verzet dat een (schade)vordering volgens nationaal recht slechts ingesteld kan worden, als de aanbestedingsrechtelijke schending definitief is vastgesteld in rechte.

2. HvJ EU 20 september 2018, C-518/17 (Rudigier)

Art. 7 lid 2 PSO-verordening. Vereiste voorankondiging

In deze zaak gaat het Hof in op de verhouding tussen de aanbestedingsrichtlijnen (2014/24/EU en 2014/25/EU) en de PSO-verordening.⁷

De Salzburger Verkehrsbund organiseerde een aanbesteding voor openbaar vervoer per bus in het Gasteinertal (Oostenrijk). Het ging om een overheidsopdracht en niet om een concessie. Ter discussie stond of Salzburger Verkehrsbund een voorankondiging had moeten publiceren (hetgeen zij had nagelaten) en wat de sanctie van dit verzuim is. Kort gezegd moet op grond van artikel 7 lid 2 van de PSO-verordening een voorankondiging worden gepubliceerd ten minste één jaar voor de uitnodiging tot inschrijving. Geldt deze verplichting ook als een - onder de PSO-verordening vallende - opdracht voor openbaar vervoer per bus wordt aanbesteed conform richtlijn 2014/24/EU of 2014/25/EU?

Het Hof merkt allereerst op dat artikel 7 lid 2 PSO-verordening van toepassing is op ver-

voersdiensten die worden gegund volgens richtlijn 2014/24/EU of 2014/25/EU. De bepalingen uit de PSO-verordening vormen een *lex specialis* ten opzichte van de bepalingen uit de richtlijnen. Artikel 7 lid 2 PSO-verordening gaat dan ook voor op richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU, aldus het Hof.⁸ Derhalve geldt inderdaad de verplichte voorankondiging.

Het is vervolgens de vraag wat de sanctie is van het niet publiceren van zo'n voorankondiging. De Uniewetgeving bevat geen algemene regel die leidt tot nietigheid van aanbestedingen, zo constateert het Hof. Wel kunnen lidstaten op grond van rechtsbeschermingsrichtlijnen in hun nationale recht vastleggen dat overeenkomsten onverbindend worden verklaard. Dit kan onder meer bij gunning zonder vooraangaande aankondiging.⁹ Echter, voor het niet publiceren van de voorankondiging als bedoeld in artikel 7 lid 2 PSO-verordening, ontbreekt een specifieke Unierechtelijke sanctie. In zo'n geval dient nationale wetgeving te voorzien in voorschriften, aldus het Hof. Die voorschriften mogen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke, voor de handhaving van nationaal recht betreffende rechtsmiddelen (gelijkwaardigheidsbeginsel).¹⁰ Tevens mogen deze de uitoefening van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).¹¹

Het Hof meent dat het achterwege blijven van de voorankondiging op zich niet belet dat marktdeelnemers kunnen deelnemen aan de aanbesteding. Toch zou het doeltreffendheidsbeginsel en/of gelijkheidsbeginsel geschonken kunnen zijn, als een marktdeelnemer aantoonde dat hij aanmerkelijk is benadeeld ten opzichte van de zittende vervoerder (die over meer kennis van de opdracht zal beschikken). In dat geval kan nietigverklaring van de aanbesteding aangewezen zijn.

Het Hof concludeert dat het achterwege blijven van de voorankondiging niet leidt tot nietigheid van de aanbesteding, voor zover het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel worden geëerbiedigd.

3. HvJ EU 20 september 2018, C-546/16 (Montte/Musikene)

Gunningcriteria. Uitsluiting bij niet behalen minimum aantal punten

Musikene is een stichting in de openbare sector van de Comunidad Autónoma de Euskadi

⁴ HvJ EU 26 november 2015, C-166/14 (*MedEval*), r.o. 36.

⁵ HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*) r.o. 33; HvJ EG 19 juni 2003, C-315/01 (*GAT*), r.o. 45; en HvJ EG 27 februari 2003, C-327/00 (*Santex*) r.o. 47.

⁶ HvJ EU 15 september 2016, C-439/14 en C-488/14 (*Star Storage*), r.o. 42 - 44.

⁷ Verordening 1370/2007/EG.

⁸ HvJ EU 27 oktober 2016, C-292/15 (*Hörmann Reisen*), r.o. 47.

⁹ Artikel 2 quinquies richtlijn 89/665/EEG, artikel 2 quinquies richtlijn 92/13/EEG. Vgl. art. 4.15 Aanbestedingswet 2012.

¹⁰ HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (*Bulicke*), r.o. 26.

¹¹ HvJ EU 5 april 2017, C-391/15 (*Marina del Mediterráneo e.a.*), r.o. 32.

(autonome gemeenschap Baskenland, Spanje). Zij schreef een openbare procedure uit voor de levering van onder andere meubilair voor muziekinrichtingen, muziekinstrumenten en muziek gereelateerde apparatuur. De gunningcriteria waren zo ingericht dat er eerst een beoordeling plaats vond op bepaalde technische eisen, waarbij een bepaalde minimumscore moest worden behaald (op straffe van uitsluiting). Vervolgens volgde een beoordeling op andere gunningcriteria waaronder de prijs.

De Spaanse rechter vroeg zich af of richtlijn 2014/24/EU zich verzet tegen deze gunningsmethodiek. Gefaseerde eliminatie van inschrijvers ('trechteren') lijkt immers slechts voorzien bij de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en het innovatiepartnerschap.¹² Verder twijfelde de Spaanse rechter of de gunningsmethodiek in strijd is met artikel 66 richtlijn 2014/24/EU. Dat artikel beoogt daadwerkelijke mededinging te verzekeren, door regels te stellen aan het minimum aantal te selecteren gegadigden bij aanbestedingen met voorafgaande selectie ('shortlisting').¹³

Het Hof constateert dat richtlijn 2014/24/EU hierover geen specifieke regels bevat. Uit artikel 27 lid 1 richtlijn 2014/24/EU volgt dat bij een openbare procedure elke belangstellende een inschrijving moet kunnen doen. Echter, deze richtlijn staat toe dat aanbestedende diensten minimumeisen stellen inzake de technische beoordeling. Voorts volgt uit considerans 90 en 92 van richtlijn 2014/24/EU dat gunningcriteria bepaald mogen worden die optimaal aansluiten bij de behoeften van de aanbestedende dienst. Uit artikel 67 lid 2 richtlijn 2014/24/EU volgt dat onder meer bepaalde technische aspecten een rol kunnen spelen bij de gunningcriteria. Als randvoorwaarden wijst het Hof op artikel 67 lid 2 richtlijn 2014/24/EU en de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling: er dient sprake te zijn van een objectieve vergelijking van de inschrijvingen en van effectieve mededinging. Daar wordt niet aan voldaan als de gunningcriteria de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden geven.¹⁴

Binnen deze grenzen staat het aanbestedende diensten vrij om te bepalen dat inschrijvingen een bepaald technisch minimumniveau moeten hebben. Het is derhalve toegestaan om een inschrijving, die niet voldoet aan voornoemd minimumniveau, niet verder te beoordelen. Bovendien gaat het hier volgens het Hof om iets anders dan trechters of shortlisting. Er is immers geen sprake van een beperking van het aantal inschrijvers, aangezien alle

inschrijvingen in beginsel kunnen voldoen aan de technische minimumeisen.

De slotsom is dat richtlijn 2014/24/EU zich niet verzet tegen de door Musikene gekozen gunningsmethodiek.

4. HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17 (IBA Molecular Italy)

Definitie 'overheidsopdracht'. Bezwarende titel. Art. 1 lid 2 sub a richtlijn 2004/18/EG. Inhouse uitzonderingen

De Italiaanse regio Veneto gunde onderhands een opdracht aan het private ziekenhuis Sacro Cuore voor de levering van een bepaald geneesmiddel. De onderneming IBA meende dat de opdracht aanbestedingsplichtig was. De Italiaanse rechter wenste vervolgens van het Hof te vernemen of de opdracht kwalificeerde als 'overheidsopdracht'.

Het Hof oordeelt of sprake is van een 'overheidsopdracht' in de zin van artikel 1 lid 2 sub a richtlijn 2004/18/EG. Daarbij staat centraal of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend. De opdracht verplichtte Sacro Cuore namelijk om de geneesmiddelen te leveren aan derden (openbare ziekenhuizen), die daar een vergoeding voor betaalden. Weliswaar waren die vergoedingen beperkt, maar Veneto betaalde een aanvullende vergoeding aan Sacro Cuore. Aldus is sprake van een overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot prestaties over en weer. Ook als de vergoedingen die de ondernemer ontvangt slechts een deel van zijn kosten dekken, is een bezwarende titel aanwezig.¹⁵

Vervolgens oordeelt het Hof of de overheidsopdracht was uitgezonderd van richtlijn 2004/18/EG. Sacro Cuore was namelijk een zogenaamd 'geclassificeerd' ziekenhuis, dat onder Italiaans recht met een openbaar ziekenhuis werd gelijkgesteld. Van een uitzondering is volgens het Hof evenwel geen sprake. Het Hof merkt op dat slechts twee typen tussen openbare lichamen gesloten overeenkomsten zijn uitgezonderd van richtlijn 2004/18/EG.¹⁶ Het eerste geval betreft (quasi-) inhouse/inbesteding constructies; overeenkomsten tussen een aanbestedende dienst en - kort gezegd - een door hem gecontroleerde entiteit.¹⁷ Daarvan is geen sprake, omdat noch de regio Veneto noch de openbare ziekenhuizen (die de geneesmiddelen af-

¹⁵ HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (*Piepenbrock*), r.o. 31; HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*), r.o. 29.

¹⁶ HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*), r.o. 31; Vgl. art. 12 richtlijn 2014/24/EU; art. 2.24a – 2.24c Aanbestedingswet 2012.

¹⁷ HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), r.o. 49; HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), r.o. 50.

¹² Zie resp. art. 30 lid 4, 29 lid 6 en 31 lid 5 richtlijn 2014/24/EU.

¹³ Vgl. art. 2.99 – 2.100 Aanbestedingswet 2012.

¹⁴ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 87.

namen) toezicht uitoefenen op Sacro Cuore zoals op hun eigen diensten. Het tweede geval betreft de (horizontale) publiek-publieke samenwerking: overeenkomsten tussen openbare lichamen ter uitvoering van publieke taken.¹⁸ Ook daarvan is geen sprake, omdat geclassificeerde ziekenhuizen als Sacro Cuore rechtspersonen zijn waarvan de financiën, de benoeming van bestuurders en de interne functioneringsregels onder particulier beheer blijven. Van een samenwerking tussen openbare lichamen (zonder enige particuliere inbreng) is derhalve geen sprake.

De conclusie is dan ook dat richtlijn 2004/18/EG in de weg staat aan de onderhandse gunning aan Sacro Cuore.

5. HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17 (Vossloh Laeis)

Uitsluitingsgronden. Zelfreiniging. Art. 57 lid 6 richtlijn 2014/24/EU

De onderneming Vossloh Laeis werd uitgesloten van een door Stadtwerke München georganiseerde aanbesteding wegens mededingingsrechtelijke overtredingen. Volgens Vossloh Laeis was deze uitsluiting onterecht omdat zij had meegewerkt aan het onderzoek van de Duitse mededingingsautoriteit en 'zelfreinigingsmaatregelen' had genomen. Stadtwerke München vond dit onvoldoende. Zij vroeg om inzage in de door de mededingingsautoriteit opgelegde geldboete. Vossloh Laeis weigerde dit. Stadtwerke München sloot Vossloh Laeis hierop definitief uit.

De Duitse rechter vroeg zich af of het verenigbaar is met artikel 57 lid 6 richtlijn 2014/24/EU dat Vossloh Laeis, om haar betrouwbaarheid aan te tonen, actief medewerking moest verlenen aan niet alleen de mededingingsautoriteit maar ook aan Stadtwerke München (de aanbestedende dienst).

Op grond van artikel 57 richtlijn 2014/24/EU kan een ondernemer worden uitgesloten als een uitsluitingsgrond van toepassing is. De betreffende ondernemer heeft vervolgens de mogelijkheid zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Hij dient te bewijzen dat schade als gevolg van de strafrechtelijke inbreuken of fouten is of wordt vergoed; de feiten en omstandigheden volledig zijn opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten; en hij geschikte maatregelen heeft genomen om herhaling te voorkomen.¹⁹ Een ondernemer wordt niet uitgesloten indien de aangedragen bewijzen krachtens nationaal recht toereikend zijn.

Volgens het Hof moet rekening worden gehouden met de functies van de onderzoekende autoriteiten enerzijds en de aanbestedende dienst anderzijds. De onderzoekende autoriteiten hebben als taak de aansprakelijkheid van een ondernemer vast te stellen en onrechtmatig gedrag te bestraffen. De aanbestedende dienst daarentegen moet beoordelen welk risico zij loopt door een opdracht te gunnen aan een inschrijver aan wiens betrouwbaarheid kan worden getwijfeld. Omdat beide onderzoeken een ander doel dienen, dient een inschrijver met beide instanties mee te werken om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. De medewerking met de aanbestedende dienst moet volgens het Hof echter beperkt blijven tot strikt noodzakelijke maatregelen. Indien evenwel een inbreuk op het mededingingsrecht is vastgesteld, mag een aanbestedende dienst van de inschrijver verlangen dat hij het besluit van de mededingingsautoriteit verstrekt, aldus het Hof.

Tot slot speelde nog de vraag of de 'terugkijktermijn' van artikel 57 lid 7 richtlijn 2014/24/EU²⁰ wordt berekend vanaf de datum van het besluit van de bevoegde autoriteit waarin de onderneming is bestraft. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend.²¹

6. HvJ EU 25 oktober 2018, C-260/17 (Anodiki)

Uitgezonderde diensten. Arbeidsovereenkomsten. Art. 10 onder g richtlijn 2014/24/EU

Griekenland voerde een wet in die het aanbestedende diensten mogelijk maakte om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten voor schoonmaakdiensten, maaltijdverstrekking en beveiliging. De selectie van werknemers geschiedde op basis van criteria zoals de duur van voorafgaande werkloosheid, werkervaring en minderjarige kinderen. Op basis van deze wet sloten twee aanbestedende diensten enkele arbeidsovereenkomsten. Schoonmaakbedrijf Anodiki Services meende echter dat daar een Europese aanbesteding aan vooraf moest gaan.

De verwijzende rechter vroeg zich af of sprake was van een aanbestedingsplicht. Hij wenste onder meer te vernemen of sprake was van 'arbeidsovereenkomsten' in de zin van artikel 10 onder g richtlijn 2014/24/EU.²² Volgens dit artikel zijn overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbeidsovereenkomsten uitgezonderd van richtlijn 2014/24/EU.

¹⁸ HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock), r.o. 36 en 37; HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06 (Commissie/Duitsland), r.o. 44 en 47.

¹⁹ Zie overweging 102 van richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 2.87a Aanbestedingswet 2012.

²⁰ Vgl. artikel 2.87 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

²¹ Vgl. V.zr. Rb. Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391, r.o. 4.4.

²² Vgl. art. 2.24 sub f Aanbestedingswet 2012.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet een specifiek begrip dat niet verwijst naar het recht van een lidstaat, autonoom en uniform worden uitgelegd. Relevant zijn de bewoordingen, de context en het doel van de betreffende bepaling.²³ Richtlijn 2014/24/EU verplicht lidstaten niet om diensten uit te besteden. Het begrip 'arbeidsovereenkomst' uit artikel 10 onder g richtlijn 2014/24/EU ziet op alle overeenkomsten waarmee een overheidsinstantie natuurlijke personen in dienst neemt om zelf diensten te verrichten. Een arbeidsovereenkomst leidt naar zijn aard tot een arbeidsverhouding tussen de werknemer en werkgever. Het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt, zo volgt uit vaste rechtspraak.²⁴ De wijze waarop die personen in dienst zijn genomen is voor de definitie van 'arbeidsovereenkomst' niet relevant. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of hieraan is voldaan.

Voorts was de vraag of richtlijn 2014/24/EU, artikelen 49 en 56 VwEU, de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid, en de artikelen 16 en 52 Handvest van de grondrechten van de EU, zich verzetten tegen het sluiten van de betreffende arbeidsovereenkomsten. Het Hof stelt voorop dat richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing is op arbeidsovereenkomsten (zoals hierboven toegelicht). Richtlijn 2014/24/EU is bovendien niet van toepassing als een aanbestedende dienst besluit taken van algemeen belang met eigen middelen uit te voeren (inbesteding).²⁵ Derhalve zijn ook het VwEU en de beginselen van Unierecht niet van toepassing. Hetzelfde geldt voor het Handvest. Het Handvest breidt de werkingssfeer van het Unierecht niet verder uit en schept geen nieuwe bevoegdheden voor de Unie.²⁶

7. HvJ EU 25 oktober 2018, C-413/17 (Roche Lietuva)

Technische specificaties. Art. 42 richtlijn 2014/24/EU

Roche Lietuva werd uitgesloten van een aanbesteding georganiseerd door Kauno Dainavos, een openbare polikliniek in Kaunas (Litouwen). De aanbesteding betrof de huur van diagnostische laboratoriumuitrusting en de leveringen en diensten voor het bedienen van die uitrusting. Roche Lietuva meende dat de technische specificaties van de opdracht de mededinging onredelijk beperkten.

Volgens Roche Lietuva waren de technische specificaties te specifiek gemaakt en toegeschreven naar de producten van bepaalde fabrikanten.

De procedure kwam tot de hoogste rechter in Litouwen. Die vroeg zich af of de technische specificaties enkel mogen zien op de technische kenmerken van de medische uitrusting, of dat het ook toegestaan is om eisen te stellen aan de proeven die met de uitrusting uitgevoerd worden.

Het Hof stelt voorop dat uit artikel 42 lid 3 richtlijn 2014/24/EU volgt dat technische specificaties op verschillende wijzen opgesteld kunnen worden. Dit kan aan de hand van prestatie- of functionele eisen, door verwijzing naar normen of nationale technische goedkeuringen. Dit artikel sluit niet uit dat in de specificaties de vereiste prestaties en gebruikskennmerken van de medische uitrusting worden voorgeschreven. Verder volgt uit voornoemd artikel geen hiërarchie tussen de methode voor het formuleren van de technische specificaties. Er is dan ook geen voorkeur voor één van die methoden. Er is voorts een ruime beoordelingsmarge voor de aanbestedende dienst bij het formuleren van de technische specificaties.

Wel bepaalt artikel 42 lid 2 richtlijn 2014/24/EU dat de technische specificaties inschrijvers gelijke toegang moeten bieden tot de aanbesteding en niet mogen leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging. Ook moeten de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie in acht worden genomen (artikel 18 richtlijn 2014/24/EU).²⁷ Voorts wijst het Hof op considerans 74 bij richtlijn 2014/24/EU. Die vermeldt dat technische specificaties zodanig moeten worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking wordt voorkomen. Die overweging bepaalt voorts dat het mogelijk moet zijn om inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van technische oplossingen op de markt tot uiting komt. Volgens het Hof is de naleving van dit vereiste in het bijzonder belangrijk als, zoals hier het geval is, de technische specificaties op zeer gedetailleerde wijze zijn geformuleerd. Immers is in die gevallen het risico groter dat een bepaalde fabrikant wordt bevoordeeld.

Het Hof vervolgt dat artikel 42 lid 4 richtlijn 2014/24/EU in beperkte gevallen toestaat dat technische specificaties verwijzen naar een bepaald fabricaat, herkomst, werkwijze, merk of octrooi van een bepaalde leverancier. Dit moet gerechtvaardigd zijn door het voorwerp van de opdracht. Ook moet de specificatie dan vergezeld gaan van de toevoeging 'of gelijkwaardig'.²⁸

²³ HvJ EU 19 juni 2018, C-15/16 (*Baumeister*), r.o. 24; HvJ EU 19 december 2013, C-279/12 (*Fish Legal en Shirley*), r.o. 42.

²⁴ HvJ EU 19 juli 2017, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch Italia*), r.o. 19; HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Lawrie-Blum*), r.o. 17.

²⁵ HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 61; HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), r.o. 48.

²⁶ HvJ EU 8 november 2012, C-40/11 (*lida*), r.o. 78.

²⁷ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 62.

²⁸ HvJ EG 3 december 2001, C-59/00 (*Vestergaard*), r.o. 22; HvJ EG 4 januari 1995, C-359/93 (*Commissie/Nederland*), r.o. 27.

Het Hof komt vervolgens tot de conclusie dat het aan de nationale rechter is om na te gaan of het zeer gedetailleerde karakter van de technische specificaties leidt tot het bevoordelen van een inschrijving.

Tot slot overweegt het Hof dat een zeer gedetailleerde omschrijving van technische specificaties proportioneel moet zijn. Bescherming van volksgezondheid kan hierbij relevant zijn. De lidstaten beschikken hierbij over een beoordelingsmarge.²⁹ Het is opnieuw aan de nationale rechter om te beoordelen of de onderhavige technische specificaties voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel.

8. HvJ eu 28 november 2018, c-328/17 (Azienda/Mobilitia)

Rechtsbescherming. Belang onderneming die niet deelnam aan aanbesteding. Richtlijn 89/665/EEG

Een regionaal agentschap voor lokaal openbaar vervoer in Italië schreef een aanbesteding uit voor openbare vervoersdiensten. Amt e.a. stelden beroep in bij de Italiaanse rechter. Zij klaagden met name over de samenvoeging van openbaar vervoersdiensten binnen één opdracht. Volgens Amt e.a. konden zij hierdoor niet meedingen.

De verwijzende rechter vraagt het Hof of een beroep open stond op grond van artikel 1 lid 1 - 3 en artikel 2 lid 1 onder b van rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG. Immers, in het onderhavige geval hadden de ondernemers geen offerte ingediend.

Overeenkomstig artikel 1 lid 3 richtlijn 89/665/EEG moeten lidstaten ervoor zorgen dat de in die richtlijn vastgestelde beroepsprocedures toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft bij gunning én die door de beweerde schending wordt geschaad.³⁰ De lidstaten zijn dus niet verplicht die beroepsprocedures open te stellen voor een ieder die voor gunning in aanmerking wenst te komen (immers mag ook worden vereist dat de betreffende persoon is geschaad), aldus het Hof.³¹ Deelname aan een aanbesteding kan in beginsel een voorwaarde vormen om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning of door de beweerde onrechtmatigheid is geschaad.³²

²⁹ HvJ EU 8 juni 2017, C-296/15 (*Medisanus*), r.o. 82; HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15 (*Deutsche Parkinson Vereinigung*), r.o. 30; HvJ EU 5 december 2013, C-159/12 en C-161/12 (*Venturini*), r.o. 59; HvJ EU 21 juni 2012, C-84/11 (*Susisalo*), r.o. 28; HvJ EU 19 mei 2009, C-171/07 en C-172/07 (*Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*), r.o. 19; HvJ EG 11 september 2008, C-141/07 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 51.

³⁰ HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann Air Service*), r.o. 25; HvJ EU 5 april 2016, C-689/13 (*PFE*), r.o. 23.

³¹ HvJ EU 19 juni 2003, C-249/01 (*Hackermüller*), r.o. 18; HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann Air Service*), r.o. 26.

³² HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann Air Service*), r.o. 27-29.

Het Hof herinnert eraan dat geen beroep mogelijk is nadat het besluit tot gunning van de overheidsopdracht is vastgesteld.³³ Dat een ondernemer die niet deelnam aan een aanbesteding toch een beroep toekomt, moet volgens het Hof dan ook als uitzondering worden beschouwd. Uit Italiaanse rechtspraak kan worden aangenomen dat een marktdeelnemer die geen offerte heeft ingediend, toch een procesbelang kan hebben bij (i) het ontbreken van een aanbesteding of een uitnodiging tot inschrijving, (ii) clausules van een aanbesteding die de verzoeker rechtstreeks uitsluiten, of (iii) clausules die kennelijk onbegrijpelijk of volledig onevenredig zijn of het onmogelijk maken om een offerte op te stellen.³⁴

Het Hof meent dat de verwijzende rechter, in lijn met voornoemde rechtspraak, moet nagaan of Amt e.a. een beroep mocht worden ontzegd.

9. HvJ EU 19 december 2018, C-216/17 (Antitrust/ASST)

Raamovereenkomsten. Aanhaken door andere aanbestedende dienst. Art. 32 richtlijn 2004/18/EG

De Italiaanse aanbestedende dienst ASST del Garda gunde een raamovereenkomst voor afvalinzameling en -verwerking aan ATE Markas. In het bestek was bepaald dat ASST Valcamonic, een andere aanbestedende dienst, ook diensten onder de raamovereenkomst kon afnemen. De aanbestedende diensten achtten dit toelaatbaar op grond van artikel 1 lid 5 jo. artikel 32 richtlijn 2004/18/EG. Uit die artikelen volgt dat opdrachten onder een raamovereenkomst worden geplaatst volgens de voorwaarden uit de raamovereenkomst.

De Italiaanse rechter voelde nattigheid. Hij wenste van het Hof te vernemen of een 'andere' aanbestedende dienst - die zelf geen partij is bij de raamovereenkomst - op voornoemde wijze op die raamovereenkomst kan 'aanhaken'.

Het Hof constateert dat volgens artikel 32 lid 2 richtlijn 2004/18/EG opdrachten onder een raamovereenkomst slechts kunnen worden geplaatst tussen de aanbestedende diensten en de ondernemers die oorspronkelijk bij die overeenkomst partij waren. Echter moet ook naar de strekking van dit artikel gekeken worden.³⁵ Volgens het Hof moet een aanbestedende dienst de mogelijkheid hebben om andere aanbestedende diensten toegang te bieden tot opdrachten onder een raamovereenkomst. Artikel 32 lid 2 richtlijn 2004/18/EG vereist niet dat

³³ HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann Air Service*), r.o. 37.

³⁴ Dit volgt uit de rechtspraak van de hoogste Italiaanse bestuursrechter en arrest nr. 245/2016 van de Corte costituzionale (Italiaans grondwettelijk hof).

³⁵ HvJ EG 17 november 1983, C-292/82 (*Merck*), r.o. 12.

die andere aanbestedende dienst de raamovereenkomst zelf heeft (mee)ondertekend, aldus het Hof. Voldoende is dat de andere aanbestedende dienst duidelijk in de aanbestedingsdocumenten is vermeld.

Vervolgens is de vraag of artikel 1 lid 5 richtlijn 2004/18/EG verlangt dat de raamovereenkomst melding maakt van de omvang van alle leveringen en diensten die afgenomen kunnen worden. Het Hof meent van wel. Immers is dat nodig om de waarde van de opdracht te ramen. Ook het gelijkheids- en transparantiebeginsel verlangen dat de omvang vooraf duidelijk is, zodat inschrijvers kunnen beoordelen of de opdracht voor hen interessant is.³⁶ Zou er geen verplichting gelden om opgave te doen van de maximumhoeveelheid en het maximumbedrag van de af te nemen diensten, dan ligt misbruik op de loer. De opdracht zou dan kunstmatig gesplitst kunnen worden om onder de drempelbedragen te blijven, aldus het Hof. Volgens artikel 9 lid 3 richtlijn 2004/18/EG is dat verboden. Het Hof acht het daarbij onvoldoende dat enkel melding wordt gemaakt van de 'normale behoeften' van de aanbestedende diensten. Die normale behoeften zijn namelijk veelal niet kenbaar voor ondernemers uit andere lidstaten.

De conclusie is dat een aanbestedende dienst, die niet zelf partij is bij een raamovereenkomst, toch diensten onder die raamovereenkomst kan afnemen mits dat voldoende duidelijk is bepaald. Daarbij moet de omvang zijn vermeld van de diensten en leveringen die deze aanbestedende dienst kan afnemen.

10. HvJ EU 28 februari 2019, C-388/17 (SJ AB)

Speciale sectoren. Exploitatie van netten voor openbaar vervoer. Art. 5 richtlijn 2004/17/EG

De Zweedse spoorwegmaatschappij SJ AB had de schoonmaak van haar treinen niet aanbesteed. Zij werd daarom voor de rechter gedaagd door de Zweedse mededingingsautoriteit. SJ AB is een naamloze vennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de Zweedse Staat. SJ AB is een overheidsbedrijf in de zin van artikel 2 lid 1 onder b richtlijn 2004/17/EG.³⁷ De Zweedse mededingingsautoriteit en SJ AB verschillen van mening over de vraag of SJ AB één van de, in artikel 5 (vervoerdiensten) van richtlijn 2004/17/EG bedoelde, activiteiten uitoefent. Meer in het bijzonder was de vraag of er sprake was van activiteiten die het ter

beschikking stellen of exploiteren beogen van netten bedoeld voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein.

Artikel 5 richtlijn 2004/17/EG bepaalt dat er sprake is van een 'net' als de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van de lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. SJ AB meende dat er geen sprake was van een net, en evenmin van de exploitatie daarvan.

De Zweedse mededingingsautoriteit ving zowel bij de nationale rechter in eerste instantie als in hoger beroep bot. De rechters oordeelden dat de vervoerinfrastructuurbeheerder in Zweden weliswaar treinpaden toewijst, maar daarbij slechts in beperkte mate actief invloed kan uitoefenen op de wijze waarop SJ AB haar vervoerdiensten verleent. Daarbij vonden de rechters het van belang dat de infrastructuurbeheerder alle aanvragen voor de toewijzing van vervoerscapaciteit moet honoreren, zolang er voldoende capaciteit op het spoor beschikbaar is. Om deze redenen was er in de ogen van de rechters geen sprake van een 'net' in de zin van richtlijn 2004/17/EG.

De mededingingsautoriteit stelde cassatie in. De cassatierechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof. Ten overstaan van het Hof lichtten partijen de werking van de Zweedse regelgeving over capaciteitsverdeling op het spoor nader toe. Die regelgeving beoogt mede uitvoering te geven aan richtlijn 2012/34/EU, welke strekt tot de instelling van één Europese spoorwegruiimte.

Het Hof oordeelt dat er wel degelijk sprake is van een 'net' in de zin van artikel 5 lid 1 richtlijn 2004/17/EG. De Zweedse regelgeving voorziet (net als richtlijn 2012/34/EU) in een zogenaamde 'netverklaring' waarin de criteria en voorschriften voor toewijzing van capaciteit zijn opgenomen. Deze voorwaarden kunnen - aldus het Hof - de commerciële vrijheid van de aanvragers aanzienlijk beperken. Bovendien heeft de infrastructuurbeheerder de bevoegdheid om bij concurrerende aanvragen om capaciteit, deze aanvragen te coördineren en de meest geschikte oplossing uit te werken. Daar waar de spoorinfrastructuur overbelast is, kan de infrastructuurbeheerder prioriteitscriteria vaststellen. Gelet op deze omstandigheden is het Hof van oordeel dat er wel degelijk sprake is van door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden voor de dienstverlening en daarmee ook van een 'net'.

Vervolgens is de vraag of SJ AB dat net 'ter beschikking stelt' of 'exploiteert' in de zin van artikel 5 lid 1 richtlijn 2004/17/EG. Het Hof herinnert er aan dat volgens vaste rechtspraak, bij gebreke van een Unierechtelijke definitie, de betekenis en

³⁶ HvJ EU 13 juli 2017, C-76/16 (*Ingsteel en Metrostav*), r.o. 34; HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14, (*Unis en Beaudot Père et Fils*), r.o. 38.

³⁷ Vgl. de definitie van 'overheidsbedrijf' in art. 1.1. Aanbestedingswet 2012.

draagwijdte van een begrip moet worden bepaald in overeenstemming met de gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de doelstellingen van de desbetreffende regeling.³⁸ 'Exploiteren' moet volgens het Hof worden begrepen als het gebruiken van een voorwerp of uitoefenen van een recht teneinde daarmee winst te maken. De activiteit van een spoorwegonderneming waarbij aan het publiek vervoersdiensten worden geleverd door een gebruiksrecht op het spoorweginn uit te oefenen, valt onder het 'exploiteren van netten' in de zin van richtlijn 2004/17/EG - aldus het Hof. Daarmee oordeelt het Hof (dus) dat de voorschriften van die richtlijn gelden voor SJ AB. Ten overvloede overweegt het Hof nog dat het 'ter beschikking stellen van netten' ziet op het beheer van die netten door een infrastructuurbeheerder.

11. HvJ EU 21 maart 2019, C-266/17 en C-267/17 (Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland)

Art. 5 lid 2 PSO-verordening. Inhouse-uitzondering. Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG

Dit arrest betreft twee gevoegde zaken over openbaar vervoer per bus in Duitsland. Het betrof opdrachten voor diensten niet zijnde dienstenconcessies in de zin van de (destijds toepasselijke) Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. De vraag was of artikel 5 lid 2 van de PSO-verordening³⁹ van toepassing was. Dit artikel biedt de mogelijkheid voor onderhandse gunning aan - kort gezegd - een interne exploitant. In beide zaken werd onderhands gegund aan een entiteit waarvan de aanbestedende dienst aandeelhouder was. Als artikel 5 lid 2 PSO-verordening niet toepasselijk zou zijn, dan was de vraag of de onderhandse gunning toelaatbaar was op grond van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

Het Hof gaat na wat de reikwijdte is van artikel 5 lid 2 van de PSO-verordening. Volgens het Hof beoogde de Uniewetgever met deze bepaling een specifieke regeling te treffen voor onderhandse gunning van overheidsopdrachten voor openbaar vervoer per spoor en metro; alsook voor dienstenconcessies (voor openbaar vervoer). Voor beide geldt dat Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG niet van toepassing zijn (behoudens enkele bepalingen). Dat ligt anders voor overheidsopdrachten (niet zijnde: dienstenconcessies) voor openbaar vervoer per bus of tram: deze opdrachten vallen geheel onder Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Dat gold reeds vóór invoering van de PSO-verordening en is zo blijven gelden na die invoering.

³⁸ HvJ EU 12 juni 2018, C-163/16, (*Louboutin*), r.o. 20; HvJ EU 3 september 2014, C-201/13 (*Deckmyn en Vrijheidsfonds*), r.o. 19.

³⁹ Verordening 1370/2007/EG.

Artikel 5 lid 2 PSO-verordening is derhalve niet van toepassing op overheidsopdrachten voor openbaar vervoer per bus. Die opdrachten vallen geheel onder Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

Er moet dus gekeken worden of de onderhandse gunning toelaatbaar is onder Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Het Hof constateert dat een onderhandse gunning op grond van deze richtlijnen bij wijze van uitzondering is toegelaten volgens vaste rechtspraak.⁴⁰ Er moet dan sprake zijn van een (quasi) 'inhouse gunning'. Kort gezegd betreft het de gunning aan een entiteit (i) waarop de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en (ii) die het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze aanbestedende dienst. Het Hof laat zich er niet over uit of aan die voorwaarden werd voldaan.

12. HvJ EU 21 maart 2019, C-350/17 en C-351/17 (Mobit)

Art. 5 PSO-verordening. Overgangsrecht

De Italiaanse regio Toscane hield een aanbesteding voor een concessie voor openbaar vervoer per bus. Het betrof een aanbesteding onder de PSO-verordening.⁴¹ De concessie werd gegund aan Autolinee Toscane, een dochteronderneming de Régie Autonome des Transports Parisiens (hierna: "RATP"). RATP valt onder de zeggenschap van de Franse Staat en is concessiehouder voor openbaar vervoer in de Franse regio Île-de-France (Parijs met omringende departementen).

Italiaans vervoerbedrijf Mobit meende dat Autolinee Toscane uitgesloten moest worden op grond van artikel 5 lid 2 sub a en b PSO-verordening. Volgens deze bepalingen kunnen overheden - kort gezegd - opdrachten en concessies voor openbaar vervoer onderhands gunnen aan een dochteronderneming ('interne exploitant'). Voorwaarde daarbij is dat die interne exploitant uitsluitend openbaar vervoer verricht binnen het grondgebied van voornoemde overheid. Kennelijk was aan RATP een dergelijke onderhandse opdracht verleend om openbaar vervoer te verzorgen in de regio Île-de-France. Volgens Mobit mocht RATP's dochter Autolinee Toscane daarom niet in Toscane opereren. De Italiaanse rechter stelde hierover vragen aan het Hof.

⁴⁰ HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (*Datenlotsen Informationssysteme*); HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*); HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo en Consorzio Alisei*); HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), r.o. 50. Vgl. o.a. art. 12 richtlijn 2014/24/EU; art. 2.24a - 2.24c Aanbestedingswet 2012.

⁴¹ Verordening 1370/2007/EG.

Het Hof vraagt zich allereerst af of artikel 5 PSO-verordening *ratione temporis* van toepassing is. Volgens artikel 12 PSO-verordening is deze verordening op 2 december 2009 in werking getreden. De aanbesteding startte in 2013. Echter, artikel 8 lid 2 PSO-verordening bevat overgangsrecht. Daaruit volgt dat de gunning van opdrachten en concessies pas vanaf 3 december 2019 volgens artikel 5 PSO-verordening moet verlopen. Tijdens deze overgangsperiode (2009 - 2019) moeten de lidstaten maatregelen nemen om geleidelijk te voldoen aan artikel 5 PSO-verordening. Dit om ernstige structurele problemen te voorkomen, in het bijzonder wat betreft de vervoerscapaciteit.

Het Hof constateert dat er dus een overgangperiode geldt van tien jaar. Binnen deze periode hoeft artikel 5 PSO-verordening niet te worden gevolgd.⁴² In het onderhavige geval betekent dit dat Autolinee Toscane niet uitgesloten hoefde te worden op grond van artikel 5 PSO-verordening.

13. HvJ EU 21 maart 2019, C-465/17 (Falck/Solingen)

Uitgezonderde diensten. Art. 10 onder h richtlijn 2014/24/EU

De Duitse stad Solingen organiseerde een meervoudig onderhandse aanbesteding voor bepaalde ambulancediensten. De onderneming Falck meende dat de opdracht (Europees) aanbesteed moest worden. Er ontstond vervolgens een discussie of Solingen een beroep toekwam op een nationale regel die de Duitse implementatie vormt van artikel 10 onder h richtlijn 2014/24/EU.⁴³ Dit artikel bepaalt het volgende:

“Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten betreffende diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen en onder de CPV-codes vallen 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 en 85143000-3, behalve ziekenvervoer per ambulance.” [Onderstreping auteurs]

Falck stelde onder meer dat de onderhavige diensten geen diensten inzake "risicopreventie" zijn als bedoeld in voornoemd artikel. Voorts meende Falck dat de ondernemingen aan wie werd gegund geen "non-profitorganisaties of -verenigingen" zijn. De Duitse rechter wenste van het Hof te vernemen

hoe deze onderdelen van artikel 10 sub h richtlijn 2014/24/EU worden uitgelegd.

Het Hof constateert dat richtlijn 2014/24/EU het begrip "risicopreventie" niet omschrijft. Volgens het Hof kan dit begrip zowel collectieve als individuele risico's betreffen. Dit in tegenstelling tot de "diensten inzake civiele verdediging of bescherming" (als bedoeld in artikel 10 onder h richtlijn 2014/24/EU), die enkel naar situaties verwijzen waarin collectieve schade moet worden opgevangen zoals een aardbeving, tsunami of oorlog. Het Hof meent dat de onderhavige opdracht ziet op hulp aan individuele personen. Dat behoort tot het begrip "risicopreventie" in de zin van artikel 10 onder h richtlijn 2014/24/EU.

Voorts oordeelt het Hof dat van de in artikel 10 onder h richtlijn 2014/24/EU genoemde CPV-codes er hier slechts twee relevant zijn. Dat betreft codes 7525000-7 (reddingsdiensten) en 85143000-3 (ambulancediensten). Volgens het Hof ziet die laatste CPV-code op diensten uitgevoerd door personeel dat naar behoren is opgeleid om eerste hulp te verlenen en waarbij er patiënten worden vervoerd met een risico op achteruitgang van de gezondheidstoestand. Wordt hier niet aan voldaan dan is er slechts sprake van 'gewoon' ziekenvervoer per ambulance. In dat geval is de uitzondering niet van toepassing.

Tot slot oordeelt het Hof dat in nationaal recht erkende instellingen, waarvoor in het nationale recht een verbod ontbreekt op het nastreven van winst, geen non-profitorganisaties of -verenigingen zijn in de zin van artikel 10 onder h van richtlijn 2014/24/EU. Organisaties en verenigingen die sociale doelen nastreven, geen commerciële werkzaamheden verrichten en eventuele winst herinvesteren, zijn wél dergelijke non-profitorganisaties of -verenigingen.

14. HvJ eu 28 maart 2019, C-101/18 (Idi)

Uitsluitingsgronden. Insolventie. Art. 45 lid 2 richtlijn 2004/18/EG

In Italië werd een aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening. Partij TGO deed een inschrijving en kreeg de opdracht voorlopig gegund. Echter, kort daarna deed TGO een verzoek bij de rechter in Milaan om te worden toegelaten tot het sluiten van een akkoord met haar schuldeisers. Overeenkomstig de Italiaanse faillissementswet behield TKO voorts de mogelijkheid voor om later een plan voor voortzetting van haar activiteiten in te dienen. Daarop werd TGO uitgesloten van de aanbesteding. Dit besluit werd voorwerp van een geschil waarover uiteindelijk de hoogste bestuursrechter in Italië prejudiciële vragen stelde.

⁴² Het Hof verwijst daarbij naar considerans 31 PSO-verordening; het voorstel van de Europese commissie voor de PSO-verordening van 20 juli 2005, COM(2005) 319; en het voorstel van de Europese Commissie van 30 januari 2013 tot wijziging van de PSO-verordening, COM(2013) 28.

⁴³ Vgl. art. 2.24 sub j Aanbestedingswet 2012.

In essentie is de prejudiciële vraag of de toepasselijke Italiaanse regelgeving zich verdraagt met artikel 45 lid 2 onder b richtlijn 2004/18/EG.⁴⁴ De Italiaanse regels bepaalden dat uitsluiting toelaatbaar was bij indiening van voornoemd verzoek om een akkoord met schuldeisers te sluiten. De desbetreffende regels bepalen voorts dat een ondernemer die direct een verzoek tot voortzetting van haar activiteiten doet, van de rechter toestemming kan krijgen om deel te (blijven) nemen aan aanbestedingen. De insolventieprocedure wordt dan pas geacht aanhangig te zijn als de bevoegde rechter heeft vastgesteld dat de schuldenaar in staat van insolventie verkeert. Echter, wanneer een verzoek tot voortzetting van de activiteiten niet direct is ingediend (zoals in het geval van TGO), wordt de insolventieprocedure naar Italiaans recht geacht direct 'aanhangig' te zijn.

In de kern is de vraag aan het Hof dus wanneer een procedure van surséance van betaling of akkoord 'aanhangig' is in de zin van artikel 45 lid 2, eerste alinea onder b richtlijn 2004/18/EG. Het Hof wijst er allereerst op dat vaste rechtspraak het in beginsel aan de lidstaten overlaat of en hoe de uitsluitingsgronden uit artikel 45 lid 2 richtlijn 2004/18/EG worden toegepast.⁴⁵ Lidstaten hebben de bevoegdheid om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen. Ook kunnen zij deze opnemen in de nationale regelingen met een strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen. Onder meer zijn de lidstaten gerechtigd de voorwaarden vast te stellen waaronder een facultatieve uitsluitingsgrond niet van toepassing is.⁴⁶ Begrippen uit artikel 45 lid 2 richtlijn 2004/18/EG kunnen in het nationale recht worden gepreciseerd en verduidelijkt, mits met eerbiediging van het Unierecht.⁴⁷

Uit de Italiaanse regelgeving leidt het Hof af dat reeds het indienen van een verzoekschrift om een akkoord te mogen sluiten met schuldeisers, gevolgen heeft voor de rechten en verplichtingen van zowel de aanvrager als de schuldeisers. Onder meer kan dan gedurende een bepaalde periode geen procedure meer worden gestart tegen de schuldenaar en verliest deze bepaalde rechten om zijn vermogen te beheren. Om die reden moet reeds de indiening van een verzoek om een akkoord worden beschouwd als het begin van de in artikel 45 lid 2 eerste alinea onder b richtlijn 2004/18/EG bedoelde procedure. Die procedure is vanaf indiening van het verzoek 'aanhangig', ook als de bevoegde

rechter daarin nog geen oordeel heeft uitgesproken - aldus het Hof.

Daarbij wijst het Hof op het doel van de uitsluitingsgrond, te weten om de aanbestedende dienst te garanderen dat hij een overeenkomst zal sluiten met een ondernemer die vanuit economisch oogpunt voldoende betrouwbaar is. Door voornoemd verzoek in te dienen, erkent de marktdeelnemer dat hij in financiële moeilijkheden verkeert - aldus het Hof. Of een marktdeelnemer wel of niet een plan voor voortzetting van zijn activiteiten indient, doet in beginsel niet ter zake. Wel staat het de Italiaanse regelgever vrij om te bepalen dat, zo een dergelijk plan wél wordt ingediend, niet tot uitsluiting zal worden overgegaan. Die keuze valt binnen de ruimte die de lidstaten hebben om de desbetreffende uitsluitingsgronden al dan niet toe te passen of nader in te vullen.

15. HvJ EU 4 april 2019, C-699/17 (Allianz)

Opdracht beneden de drempel. Transparantieverplichting

In Oostenrijk zijn werkgevers (ook publiekrechtelijke instellingen) verplicht om voor hun werknemers een percentage van het maandloon af te dragen aan een bedrijfsvoorzieningskas, die deze bedragen beheert en belegt. Daartoe dienen werkgevers met een voorzieningskas een aansluitingsovereenkomst aan te gaan. Als tegenprestatie voor het beheer en de belegging van de ontvangen bijdragen, is de voorzieningskas bevoegd om administratieve kosten en een beheersvergoeding op de beleggingsopbrengsten in te houden.

Volgens Oostenrijkse wetgeving moet de (beheerder van de) voorzieningskas worden gekozen door middel van een akkoord tussen werkgevers en werknemers, deze laatsten vertegenwoordigd door de ondernemingsraad.

De prejudiciële vragen betroffen de opdracht van een aantal werkgevers (publiekrechtelijke instellingen) aan zo'n voorzieningskas. De verwijzende rechter stelde vast dat de waarde van de desbetreffende opdracht beneden de toepasselijke drempelwaarde bleef. Echter, volgens de verwijzende rechter was er wel sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Onder meer omdat de waarde van de opdracht dicht onder relevante drempelwaarde lag. Ook vereiste de uitvoering van de opdracht geen fysieke aanwezigheid van werknemers of apparaten in Oostenrijk. Immers, deze diensten konden op afstand (digitaal) worden verricht. De verwijzende rechter vroeg zich echter af of de betrokken werkgevers in dit geval wel aan hun transparantieverplichting (passende mate van openbaarheid waardoor mededinging kan plaatsvinden) konden en moesten voldoen. Immers, de

⁴⁴ Vgl. art. 2.87 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012.

⁴⁵ HvJ EU 14 december 2016, C-171/15 (*Connexion Taxi Services*) r.o. 28; HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12 (*Libor Lavori*), r.o. 35; HvJ EG 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04 (*La Cascina*), r.o. 21.

⁴⁶ HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (*Mantofani*) r.o. 41.

⁴⁷ HvJ EU 4 mei 2017, C-387/14 (*Esaprojekt*) r.o. 74; HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*), r.o. 26.

betrokken ondernemingsraden bepaalden in belangrijke mate met welke voorzieningskas een overeenkomst zal worden gesloten.

Het Hof merkt op dat het medebeslissingsrecht van de ondernemingsraad in dit geval een uitdrukking is van het grondrecht op collectieve onderhandelingen zoals onder meer neergelegd in artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de EU. Echter, het Hof heeft al eerder geoordeeld dat een dergelijk grondrecht een werkgever niet automatisch kan ontheffen van het in acht nemen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.⁴⁸ Het Hof wijst er bovendien op dat de betrokken werkgevers, doordat zij uiteindelijk contracteren met de betrokken dienstverlener(s), op zijn minst enige invloed kunnen uitoefenen op de keuze van hun medecontractant. De betrokken werkgevers dienen dan ook alsnog aan hun transparantieplichting te voldoen.

16. HvJ EU 2 mei 2019, C-309/18 (Lavorgna)

Herstel gebreken inschrijving. Art. 18 richtlijn 2014/24/EU

De Italiaanse gemeente Montelanico hield een aanbesteding. Op grond van Italiaanse wetgeving waren inschrijvers verplicht om in hun inschrijving een opgave te doen van arbeidskosten. Deze verplichting was echter niet uitdrukkelijk in de aanbestedingstukken vermeld. Winnende inschrijver Gea had verzuimd haar arbeidskosten op te geven. Na de inschrijvingstermijn vroeg de aanbestedende dienst aan Gea om dit gebrek te herstellen.

Lavorgna, de als nummer twee geëindigde inschrijver, ging in beroep bij de Italiaanse rechter. Op grond van Italiaanse wetgeving mochten gebreken in de inschrijving niet worden hersteld. Gea moest daarom worden uitgesloten, aldus Lavorgna.

Aan het Hof werd vervolgens de vraag voorgelegd of de beginselen van rechtszekerheid, gelijke behandeling en transparantie (artikel 18 richtlijn 2014/24/EU) zich er tegen verzetten dat Gea werd uitgesloten, zonder mogelijkheid tot herstel van haar inschrijving.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist het beginsel van gelijke behandeling dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen en dat voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Daarnaast volgt uit het transparantiebeginsel dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze wor-

den geformuleerd. Zo kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde manier interpreteren, en is de aanbestedende dienst in staat na te gaan of de inschrijvingen voldoen aan de criteria.⁴⁹

Het Hof oordeelt dat een inschrijver kan worden uitgesloten indien hij een verplichting niet is nagekomen die uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten of in een nationale regeling is vermeld.⁵⁰ Dit geldt te meer als deze verplichting op straffe van uitsluiting is opgenomen.⁵¹

In het onderhavige geval verwees de aankondiging niet uitdrukkelijk naar de wettelijke verplichting om arbeidskosten te vermelden. Wel was de nationale wetgeving uitdrukkelijk van toepassing verklaard in de aankondiging. Volgens het Hof was iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver daarmee in beginsel in staat om kennis te nemen van de toepasselijke regels. De nationale regeling, die het herstel van de inschrijving verbood, is derhalve niet in strijd met de beginselen van rechtszekerheid, gelijke behandeling en transparantie. Dat kan anders zijn als het voor inschrijvers feitelijk onmogelijk was om hun arbeidskosten (apart) te vermelden, omdat het verplicht bij de inschrijving in te dienen formulier hiertoe niet de mogelijkheid bood. Het is aan de verwijzende rechter om te bepalen of dit het geval was.

17. HvJ EU 8 mei 2019, C-253/18 (Rhenus Veniro)

Art. 5 lid 2 PSO-verordening. Inhouse-uitzondering. Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU

Ook deze zaak betreft de onderhandse (quasi inhouse) gunning van een overheidsopdracht - niet zijnde een dienstenconcessie - voor openbaar vervoer per bus. De zaak is sterk vergelijkbaar met het eerder in deze kroniek besproken arrest Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland. Opnieuw was de vraag of onderhandse gunning mogelijk was op grond van artikel 5 lid 2 PSO-verordening. Anders dan het hiervoor besproken arrest, speelde de onderhavige zaak na de inwerkingtreding van de huidige Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.

Het Hof verwijst naar voornoemd arrest Verkehrsbetrieb Hüttebräucker en BVR Busverkehr Rheinland. Daarin oordeelde het Hof als gezegd dat overheidsopdrachten voor openbaar vervoer per bus vallen onder Richtlijnen 2004/17/EG en

⁴⁹ HvJ EU 2 juni 2016, C27/15 (Pizzo), r.o. 36; HvJ EU 6 november 2014, C-42/13 (Cartiera dell'Adda), r.o. 44.

⁵⁰ HvJ EU 2 juni 2016, C27/15 (Pizzo), r.o. 51.

⁵¹ HvJ EU 10 november 2016, C-199/15 (Ciclat), r.o. 30; HvJ EU 6 november 2014, C-42/13 (Cartiera dell'Adda), r.o. 46 en 48.

⁴⁸ HvJ EU d.d. 15 juli 2010, C-271/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 41-50.

2004/18/EG. Artikel 5 lid 2 PSO-verordening is niet van toepassing.⁵² Het Hof vervolgt dat richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG zijn vervangen door Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.⁵³ De rechtspraak inzake onderhandse (quasi inhouse) gunningen⁵⁴ is gecodificeerd en gepreciseerd in die richtlijnen.⁵⁵ Volgens het Hof is die regeling uit de richtlijnen van toepassing in geval van onderhandse (inhouse) gunning. Artikel 5 lid 2 PSO-verordening is derhalve niet van toepassing.

18. HvJ EU 5 juni 2019, C-264/18 (P.M. e.a.)

Uitzonderde diensten. Juridische dienstverlening. Artikel 10 sub c en d richtlijn 2014/24/EU

In deze zaak beoordeelt het Hof of artikel 10 sub c en d richtlijn 2014/24/EU verenigbaar is met het Unierecht. Dit artikel zondert arbitrage- en bemiddelingsdiensten en bepaalde rechtskundige diensten uit van richtlijn 2014/24/EU.⁵⁶ Enkele Belgische advocaten en juristen stelden tegen de corresponderende Belgische wetbepaling een beroep tot vernietigverklaring in bij het Grondwettelijk Hof in België. Zij meenden dat voornoemd artikel leidt tot een ongelijke behandeling (omdat bepaalde andere juridische diensten wél aanbestedingsplichtig zijn). De verwijzende rechter richtte zich vervolgens tot het Hof met de vraag of de betreffende uitzonderingen verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel en artikelen 49 en 56 VwEU.

Het Hof stelt dat de Uniewetgever bewust de betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten van de werkingssfeer van de richtlijn heeft uitgesloten. Hieruit volgt volgens het Hof dat de Uniewetgever meent dat de nationale wetgever moet bepalen of deze diensten al dan niet moeten worden onderworpen aan de aanbestedingsregels. Dit betekent niet dat de betreffende uitzonderingen in strijd zijn met het subsidiariteitsbeginsel, aldus het Hof.⁵⁷

Vervolgens gaat het Hof in op de artikelen 49 en 56 VwEU. Het is vaste rechtspraak dat procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten beogen om belemmeringen voor het vrij verkeer van

goederen en diensten op te heffen.⁵⁸ Hieruit volgt volgens het Hof echter niet dat de uitzondering van bepaalde diensten in richtlijn 2014/24/EU afbreuk doet aan voornoemde vrijheden.

Ten slotte beoordeelt het Hof per uitzondering of de Uniewetgever op basis van haar ruime beoordelingsbevoegdheid tot de uitzondering van de aanbestedingsplicht kon overgaan.⁵⁹ De Uniewetgever moet zijn keuze baseren op objectieve kenmerken, die in verhouding staan tot het nagestreefde doel.⁶⁰ Het gelijkheidsbeginsel vereist daarbij dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en *vice versa*, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is.⁶¹

Volgens het Hof moeten arbiters en bemiddelaars steeds door alle partijen in een geschil worden aanvaard en door partijen in onderlinge overeenstemming worden aangewezen. Deze kunnen niet aan de wederpartij worden opgedrongen. Onder meer om die reden zijn arbitrage- of bemiddelingsdiensten volgens het Hof niet vergelijkbaar met andere (juridische) diensten die wél binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Het Hof concludeert dat de uitzondering op de werkingssfeer geen afbreuk doet aan het gelijkheidsbeginsel.

19. HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18 (Meca)

Uitsluitingsgronden. Past Performance. Art. 57 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU

De stad Napels hield een aanbesteding voor de verstrekking van schoolmaaltijden in het schooljaar 2017/2018. Voor het voorgaande schooljaar had Napels een vergelijkbare overeenkomst gesloten met de Italiaanse vennootschap Sirio. Napels ontbond die overeenkomst wegens gevallen van voedselvergiftiging. Sirio kwam daar tegen op bij de Italiaanse rechter. Ondertussen werd de opdracht voor het schooljaar 2017/2018 ook weer aan Sirio gegund.

Meca, een concurrent van Sirio, vond dit te gortig. Zij meende dat Sirio op grond van artikel 57 lid 4 richtlijn 2014/24/EU uitgesloten moest

⁵² HvJ EU 21 maart 2019, C-266/17 en C-267/17 (*Verkehrsbetrieb Hüttebräcker en BVR Busverkehr Rheinland*). Zie de samenvatting eerder in deze kroniek.

⁵³ Artikelen 91 richtlijn 2014/24/EU en 107 richtlijn 2014/25/EU.

⁵⁴ HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (*Datenlotsen Informationssysteme*); HvJ EG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*); HvJ EG 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo en Consorzio Alisei*); HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), r.o. 50.

⁵⁵ Vgl. o.a. art. 12 richtlijn 2014/24/EU; art. 2.24a – 2.24c Aanbestedingswet 2012.

⁵⁶ Vgl. art. 2.24 sub d en h Aanbestedingswet 2012.

⁵⁷ Voor de inhoud van het subsidiariteitsbeginsel verwijst het Hof naar HvJ EU 4 mei 2016, C-547/14 (*Philip Morris Brands e.a.*), r.o. 215.

⁵⁸ HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (*Commissie/Ierland*), r.o. 27; HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (*HI*), r.o. 43; HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*), r.o. 32; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*Cambridge*), r.o. 16.

⁵⁹ Met betrekking tot de beoordelingsbevoegdheid verwijst het Hof naar HvJ EG 16 december 2008, C-127/07 (*Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*), r.o. 57; en HvJ EU 30 januari 2019, C-220/17 (*Planta Tabak*), r.o. 44.

⁶⁰ HvJ EG 16 december 2008, C-127/07 (*Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*), r.o. 58.

⁶¹ HvJ EG 16 december 2008, C-127/07 (*Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*), r.o. 23; HvJ EG 11 juli 2006, C-313/04 (*Franz Egenberger*), r.o. 33; HvJ EG 5 oktober 1994, C-133/93, C-300/93 en C-362/93 (*Crispoltoni e.a.*), r.o. 50 – 51; en HvJ EG 13 december 1984, 106/83 (*Sermide*), r.o. 28.

worden. Het betreft de uitsluitingsgrond van 'past performance': tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere opdracht die hebben geleid tot voortijdige beëindiging van de opdracht. Napels en Sirio meenden dat uitsluiting niet aan de orde was omdat de procedure tegen de ontbinding van de voorafgaande overeenkomst nog liep. Op grond van nationaal recht was uitsluiting dan (nog) niet aan de orde. De verwijzende rechter vroeg zich af of het voorgaande in lijn is met richtlijn 2014/24/EU.

Volgens het Hof volgt uit artikel 57 lid 4 richtlijn 2014/24/EU dat de Uniewetgever het aan de aanbestedende diensten (en niet aan de rechter) laat om te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten.⁶² Dit moet 'op ieder moment tijdens de procedure' kunnen en niet alleen na een oordeel van de rechter (over de ontbinding van de eerdere overeenkomst). De beoordelingsmarge die artikel 57 lid 4 richtlijn 2014/24/EU aan de aanbestedende dienst laat, wordt te ver beperkt als een inschrijver zijn uitsluiting kan voorkomen door het enkele feit dat zij een procedure is gestart tegen de ontbinding van de eerdere opdracht. Voor het onderhavige geval betekent dit dat Sirio wel degelijk uitgesloten diende te worden.

De conclusie is dat artikel 57 lid 4 richtlijn 2014/24/EU er aan in de weg staat dat uitsluiting op grond van past performance achterwege blijft, om de enkele reden dat de betreffende ondernemer een procedure is gestart tegen de ontbinding van zijn eerdere opdracht.

20. HvJ EU 11 juli 2019, c-697/17 (Telecom/Italia)

Wijziging hoedanigheid inschrijver. Art. 28 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU

Onderhavige zaak betrof een niet-openbare aanbesteding in Italië voor de aanleg van breedbandnetwerken. Na preselectie gebeurde er iets opmerkelijks: een van de geselecteerde gegadigden werd overgenomen door een andere geselecteerde gegadigde, tevens winnaar van de aanbesteding. Zulks bleek uit een tussen deze partijen gesloten fusie-overeenkomst. De overname zou na gunning afgerond worden. De overgenomen gegadigde diende overigens zelf geen inschrijving in.

De Italiaanse rechter betwijfelde of artikel 28 lid 2 richtlijn 2014/24/EU zich verzet tegen gunning aan de winnende inschrijver. Op grond van deze bepaling mogen bij een niet-openbare procedure

uitsluitend geselecteerde ondernemers een inschrijving indienen.

Het Hof stelt vast dat artikel 28 lid 2 richtlijn 2014/24/EU geen regels bevat over wijzigingen in de structuur of economische en technische capaciteiten van geselecteerde gegadigden. Het Hof zoekt het antwoord op de prejudiciële vraag dan ook in de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Strikte toepassing van die beginselen betekent dat uitsluitend geselecteerde ondernemers een inschrijving mogen indienen.⁶³ Dat impliceert dat de geselecteerde ondernemers feitelijk en rechtens identiek zijn aan de ondernemers die inschrijven.

Rechter, het Hof acht uitzonderingen mogelijk. Zo oordeelde het Hof eerder dat bij ontbinding van een combinatie van twee ondernemers, één van de ondernemers mocht blijven deelnemen. Voorwaarde was dat deze ondernemer aan alle eisen kon voldoen en de concurrentiepositie van andere inschrijvers niet werd benadeeld.⁶⁴ In het betreffende geval was de juridische en feitelijke identiteit van de geselecteerde ondernemer dus gewijzigd, maar stond dat niet noodzakelijk in de weg aan verdere deelname.

Het Hof bekijkt of in het onderhavige geval sprake is van een verandering van de juridische en feitelijke identiteit van de winnende inschrijver. Hoewel de overname op het moment van inschrijving nog niet was afgerond, was er wel al een fusie-overeenkomst gesloten die verplichtte om de overname tot stand te brengen. Het Hof meent daarom dat sprake is van een verandering van de feitelijke identiteit. Derhalve moet nagegaan worden of de winnende inschrijver blijft voldoen aan alle eisen. Dat lijkt het geval omdat, door de overname, de capaciteiten van de betreffende ondernemer juist groter zijn geworden. Voorts mag de concurrentiepositie van andere inschrijvers niet worden benadeeld. In dat verband refereert het Hof aan Unierechtelijke mededingingsregels die concurrentievervalsing door fusies tegen gaan.⁶⁵ Voor zover aan die regels wordt voldaan, is geen sprake van bedoelde benadeling van andere inschrijvers.

Wel acht het Hof nog relevant dat de overname niet mag leiden tot een ongerechtvaardigd voordeel doordat concurrentiegevoelige informatie wordt uitgewisseld.⁶⁶ In voorkomend geval kan uitsluiting van de overnemende inschrijver alsnog in de rede liggen. ●

⁶³ HvJ EU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Højgaard en Züblin*), r.o. 38 en 39.

⁶⁴ HvJ EU 24 mei 2016, C-396/14 (*MT Højgaard en Züblin*), r.o. 48.

⁶⁵ O.a. verordening 139/2004/EG betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

⁶⁶ HvJ EU 17 mei 2018, C-531/16 (*Specializuotas transportas*), r.o. 29-31.

⁶² HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*), r.o. 25-31.