

de orde is, die wordt opgelegd wegens schending van de nationale wettelijke regeling waarbij een stelsel van concessies en vergunningen voor de organisatie van kansspelen wordt ingevoerd, voor het geval dat die regeling in strijd blijkt te zijn met dat artikel.

Gelet op het antwoord op deze vraag behoeven de twaalfde, de dertiende en de vijftiende vraag niet te worden beantwoord.

Sporting Odds Ltd

tegen

Nemzeti Adó- és Vámhivatal Központi Irányítósa,

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl

58

Hof van Justitie EU

1 maart 2018, nr. C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142

(mr. Bay Larsen, mr. Malenovský, mr. Safjan, mr. Šváby, mr. Vilaras)

Noot mr. G. Bouwman

Overheidsopdracht. Toepasselijkheid aanbestedingsrichtlijn.

[Richtlijn 2004/18/EG art. 1 lid 2]

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een door Maria Tirkkonen ingeleide procedure inzake de weigering door de Maaseutuvirasto (agentschap voor plattelandszaken, Finland; hierna: ‘agentschap’) van de inschrijving die zij had ingediend om te worden geselecteerd als adviseur op het gebied van ‘Nutsdieren, gezondheidszorgplannen’, in het kader van ‘Neuvo 2020 – Maatilojen neuvontajärjestelmä’ (Neuvo 2020 – Landbouwadviseringssysteem).

Prejudiciële vraag

Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 2, onder a), van Richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in een aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in die aanbesteding genoemde examen, en dat gedurende de beperkte

looptijd ervan geen enkele nieuwe ondernemer toelaat, moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht in de zin van die richtlijn.

Er zij aan herinnerd dat het doel van Richtlijn 2004/18 erin was gelegen het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Dat risico houdt echter nauw verband met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de ondernemer wiens inschrijving is geselecteerd, of aan de ondernemers wier inschrijvingen zijn geselecteerd in geval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Dienaangaande heeft het Hof reeds onderstreept dat de keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, een element is dat intrinsiek verbonden is met de bij Richtlijn 2004/18 ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip ‘overheidsopdracht’ in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan.

Hieruit volgt dat wanneer er geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, er geen noodzaak bestaat om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van Richtlijn 2004/18 te onderwerpen.

In casu moet dus worden nagegaan of het agentschap een inschrijving heeft gekozen uit alle inschrijvingen die voldeden aan de voorwaarden die waren vastgelegd in zijn aanbesteding. Dienaangaande blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het agentschap voornemens was een omvangrijke ‘pool’ te vormen van adviseurs die aan een bepaald aantal voorwaarden moesten voldoen. Aangezien het agentschap echter alle kandidaten selecteert die aan deze voorwaarden voldoen, is het duidelijk dat het in het geheel geen selectie maakt onder de ontvankelijke inschrijvingen, en zich beperkt tot het waarborgen van de naleving van kwalitatieve criteria.

Het feit dat, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, de toegang tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde landbouwadviseringssysteem beperkt is tot een voorlopige periode die eindigt op het moment waarop het examen wordt georganiseerd of uiterlijk op het moment van publicatie van het definitieve gunningsbesluit, en dat het bijgevolg voor een adviseur als Tirkkonen niet mogelijk is om zich bij voornoemd landbouwadviseringssysteem aan te sluiten, doet aan die beoordeling niet af.

Het feit dat – anders dan de context die heeft geleid tot het arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) – een landbouwadviseringsstelsel als aan de orde in het hoofdgeding niet te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers, is immers niet relevant. In casu is het doorslaggevende element gelegen in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel gunningscriterium noemt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen.

Bovendien zij eraan herinnerd dat zelfs indien het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers en de gunning van de opdracht gelijktijdig plaatsvinden, deze twee verrichtingen moeten worden aangemerkt als afzonderlijke verrichtingen waarvoor verschillende regels gelden.

Criteria die er niet toe strekken de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, maar in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren, kunnen niet worden aangemerkt als ‘gunningscriteria’. Criteria die in hoofdzaak betrekking hebben op de ervaring, de kwalificaties en de middelen ter waarborging van de goede uitvoering van de betrokken opdracht, werden immers aangemerkt als criteria die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers om deze opdracht uit te voeren en niet als ‘gunningscriteria’, ook al had de aanbestedende dienst ze wel als zodanig gekwalificeerd (zie in die zin arrest van 24 januari 2008, Lianakis e.a., C-532/06, EU:C:2008:40, punten 30 en 31).

Ten slotte wordt aan die conclusie op geen enkele wijze afgedaan door de oplossing waarvoor is gekozen in het arrest van 26 maart 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punten 31-34), waarin het Hof in wezen heeft verklaard dat de bekwaamheden en de ervaring van de leden van het team dat de overheidsopdracht moet uitvoeren, als gunningscriteria kunnen worden opgenomen in de aankondiging van opdracht of in het bestek, voor zover de kwaliteit van de uitvoering van een opdracht op doorslaggevende wijze kan afhangen van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan zijn belast, die bestaat uit hun professionele ervaring en opleiding, met name wanneer de opdracht betrekking heeft op een intellectuele dienst en ziet op opleidings- en adviesdiensten.

Deze beoordeling moet echter worden begrepen in het licht van de omstandigheden die hebben geleid tot de zaak die aanleiding vormde voor dat arrest, dat wil zeggen in het licht van de keuze door

de aanbestedende dienst van de inschrijving die hij wilde selecteren uit verschillende ontvankelijke inschrijvingen.

Beslissing

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht: Artikel 1, lid 2, onder a), van Richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat een landbouwadviseringsstelsel als aan de orde in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in de aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in die aanbesteding genoemde examen, geen overheidsopdracht in de zin van die richtlijn vormt, zelfs niet indien gedurende de beperkte looptijd van dat stelsel geen enkele nieuwe ondernemer kan worden toegelaten.

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

1 maart 2018 (*)

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Procedure voor de gunning van overheidsopdrachten voor landbouwadviesdiensten – Bestaan van een overheidsopdracht – Systeem voor de aankoop van diensten dat erin bestaat dat elke ondernemer die voldoet aan de vooraf vastgestelde voorwaarden wordt toegelaten als dienstverlener – Systeem dat vervolgens niet openstaat voor andere ondernemers”

In zaak C 9/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland) bij beslissing van 22 december 2016, ingekomen bij het Hof op 9 januari 2017, in de procedure

Maria Tirkkonen,

in tegenwoordigheid van:

Maaseutuvirasto,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby (rapporteur) en M. Vilaras, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona, griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– Maria Tirkkonen, vertegenwoordigd door A. Kuusniemi-Laine, asianajaja,

– de Finse regering, vertegenwoordigd door S. Hartikainen als gemachtigde,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Tokár en I. Koskinen als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 13 december 2017,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een door Maria Tirkkonen ingeleide procedure inzake de weigering door de Maaseutuvirasto (agentschap voor plattelandszaken, Finland; hierna:

„agentschap”) van de inschrijving die zij had ingediend om te worden geselecteerd als adviseur op het gebied van „Nutsdieren, gezondheidszorgplannen”, in het kader van „*Neuvo 2020 – Maatilojen neuvontajärjestelmä*” (Neuvo 2020 – Landbouwadviseringsstelsel) (hierna: „landbouwadviseringsstelsel Neuvo 2020”).

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

Richtlijn 2004/18

3 Artikel 1 („Definities”) van richtlijn 2004/18 bepaalt onder meer:

„[...]”

2. a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

[...]”

5. Een ‚raamovereenkomst’ is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.

[...]”

4 In artikel 32 („Raamovereenkomsten”) van die richtlijn wordt onder meer bepaald:

„[...]”

2. Met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst volgen de aanbestedende diensten de in deze richtlijn bedoelde procedureregels in alle fasen tot de gunning van de opdrachten die op deze raamovereenkomst zijn gebaseerd. De partijen bij de raamovereenkomst worden gekozen met toepassing van de overeenkomstig artikel 53 opgestelde gunningscriteria.

Opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst, worden gegund volgens de in de leden 3 en 4 vermelde procedures. Die procedures zijn slechts van toepassing tussen de aanbestedende diensten en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren.

Bij de gunning van opdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd, mogen de partijen in geen geval substantiële wijzigingen aanbrengen in de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden, met name in het in lid 3 bedoelde geval.

[...]”

4. Als er een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers, dienen dat er minimaal drie te zijn, voor zover het aantal ondernemers dat aan de selectiecriteria voldoet, en/of het aantal inschrijvingen dat aan de gunningscriteria voldoet, voldoende groot is.

Oprachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers kunnen worden gegund:

- hetzij door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen;
- hetzij, wanneer niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, door de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen onder dezelfde voorwaarden, die indien nodig worden gepreciseerd, en, in voorkomend geval, onder andere, in het bestek van de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, volgens de onderstaande procedure:

- a) voor elke te plaatsen opdracht raadplegen de aanbestedende diensten schriftelijk de ondernemers die in staat zijn de opdracht uit te voeren;
- b) de aanbestedende diensten stellen een voldoende lange termijn vast voor de indiening van inschrijvingen voor elke specifieke opdracht, rekening houdend met elementen zoals de complexiteit van het voorwerp van de opdracht en de benodigde tijd voor de toezending van de inschrijvingen;
- c) de inschrijvingen worden schriftelijk ingediend en de inhoud ervan moet vertrouwelijk blijven totdat de vastgestelde indieningstermijn is verstreken;
- d) de aanbestedende diensten gunnen elke opdracht aan de inschrijver die op grond van de in het bestek van de raamovereenkomst vastgestelde gunningscriteria de beste inschrijving heeft ingediend.”

Verordening (EU) nr. 1305/2013

5 Artikel 15 van verordening (EU) nr. 1305/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 inzake steun voor plattelandsontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (ELFPO) en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1698/2005 van de Raad (PB 2013, L 347, blz. 487), dat betrekking heeft op „[b]edrijfsadviesdiensten, bedrijfsbeheersdiensten en bedrijfsverzorgingsdiensten”, bepaalt in lid 3:

„De autoriteiten of de organisaties die worden geselecteerd om advies te verstrekken, beschikken over hiertoe gekwalificeerd en geregeld opgeleid personeel, en over ervaring en betrouwbaarheid op de gebieden waarover advies wordt verstrekt. De begunstigden van deze maatregel worden geselecteerd door middel van aanbestedingen. De selectieprocedure valt onder de wetgeving inzake overheidsopdrachten en staat open voor zowel publieke als private organisaties. De selectieprocedure is objectief en sluit kandidaten met belangenconflicten uit.

[...]”

Verordening (EG) nr. 1306/2013

6 Artikel 12 van verordening (EU) nr. 1306/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 inzake de financiering, het beheer en de monitoring van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en tot intrekking van de verordeningen (EEG) nr. 352/78, (EG) nr. 165/94, (EG) nr. 2799/98, (EG) nr. 814/2000, (EG) nr. 1290/2005 en (EG) nr. 485/2008 van de Raad (PB 2013, L 347, blz. 549, met rectificatie in PB 2016, L 130, blz. 6) bepaalt in lid 1:

„De lidstaten zetten een systeem op voor het verlenen van advies over grondbeheer en bedrijfsbeheer (het ‚bedrijfsadviesingssysteem’) [...]”

7 Artikel 13 van die verordening („Specifieke eisen inzake het bedrijfsadviesingssysteem”) bepaalt in lid 1:

„De lidstaten zien erop toe dat adviseurs die voor het bedrijfsadviesingssysteem werken voldoende gekwalificeerd zijn en regelmatig worden bijgeschoold.”

Uitvoeringsverordening (EU) nr. 808/2014

8 Artikel 7 van uitvoeringsverordening (EU) nr. 808/2014 van de Commissie van 17 juli 2014 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen voor verordening nr. 1305/2013 (PB 2014, L 227, blz. 18), dat betrekking heeft op de „[s]electie van autoriteiten of organisaties die adviesdiensten aanbieden”, bepaalt:

„De in artikel 15, lid 3, van verordening (EU) nr. 1305/2013 bedoelde aanbestedingen volgen de toepasselijke voorschriften van de Unie en de lidstaten voor openbare aanbestedingen. Zij houden terdege rekening met de mate waarin de aanvragers over de in dat artikel bedoelde kwalificaties beschikken.”

Richtlijn 2014/24/EU

9 Overeenkomstig artikel 91, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2014, L 94, blz. 65) is richtlijn 2004/18 met ingang van 18 april 2016 ingetrokken.

Fins recht

10 Richtlijn 2004/18 is in Fins recht omgezet bij de laki julkisista hankinnoista (348/2007) [wet inzake overheidsopdrachten (348/2007)] (hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”).

11 Voorts bepaalt § 45, eerste alinea, van de laki maatalouden tukien toimeenpanosta (192/2013) [wet inzake de uitvoering van landbouwsubsidies (192/2013)], in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding, dat de adviseurs worden geselecteerd met inachtneming van de voorschriften van de wet inzake overheidsopdrachten en dat zij worden geselecteerd en goedgekeurd voor een periode die eindigt bij de afloop van het plattelandsontwikkelingsprogramma voor het Finse vasteland 2014 2020. Uit § 45, tweede alinea, van die wet volgt dat de adviseur slechts kan worden geselecteerd en toegelaten indien hij beschikt over voldoende bekwaamheid met het oog op de aard en de omvang van de adviesdienst en bovendien voldoet aan de in artikel 46 van die wet bedoelde geschiktheidseisen.

12 Ingevolge § 45, derde alinea, van diezelfde wet moet de adviseur de voor landbouwadviesdiensten vereiste professionele deskundigheid in stand houden en verder ontwikkelen.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

13 Blijkens de verwijzingsbeslissing heeft de Republiek Finland een programma voor de ontwikkeling van het landelijk gebied van het vasteland van Finland voor de periode 2014 2020 vastgesteld, waarvoor het agentschap door middel van een op 16 september 2014 gepubliceerde aankondiging van opdracht een aanbestedingsprocedure heeft opgestart met het oog op het sluiten, voor de periode van 1 januari 2015 tot en met 31 december 2020, van overeenkomsten inzake advisering op landbouwgebied in het kader van landbouwadviesingssysteem Neuvo 2020.

14 De verlening van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde adviesdiensten is onderworpen aan de voorwaarden van een ontwerp-raamovereenkomst die bij de aanbesteding is gevoegd.

15 De in voornoemde aankondiging van opdracht bedoelde adviesdiensten worden aangeboden aan landbouwers en andere grondbeheerders die zijn aangesloten bij een milieuovereenkomst inzake de betaling van compenserende vergoedingen op milieugebied. De landbouwers die aan die voorwaarde voldoen en een advies willen aanvragen, kunnen contact opnemen met de adviseur van hun keuze, die is aangesloten bij het landbouwadviesingssysteem Neuvo 2020. Aan die adviseur wordt vervolgens, op basis van de uitgevoerde werkzaamheden, door het agentschap een uurtarief exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) betaald, waarbij de landbouwer alleen het bedrag van de btw draagt.

16 Om de selectie van aanbieders van landbouwadviesdiensten mogelijk te maken en in overeenstemming met de vereisten van artikel 15, lid 3, van verordening nr. 1305/2013 en artikel 13, lid 1, van verordening nr. 1306/2013, heeft het agentschap de kandidaten die voor die selectie in aanmerking willen komen, verplicht om aan te tonen dat zij gekwalificeerd en behoorlijk opgeleid waren en beschikten over ervaring op de gebieden waarop zij adviezen wilden gaan verstrekken.

17 Zoals de verwijzende rechter aangeeft, heeft het agentschap in eerste instantie, op 18 december 2014, een voorwaardelijk gunningsbesluit vastgesteld (hierna: „litigieus besluit”) waarbij alle adviseurs werden geselecteerd die gesolliciteerd hadden en beantwoordden aan de geschiktheidscriteria alsook aan de in de aanbesteding en de bijlagen daarbij gestelde minimumeisen. In tweede instantie heeft het agentschap bij een definitief gunningsbesluit uit deze kandidaten diegenen geselecteerd die waren geslaagd voor het in de bijlage bij de aanbesteding genoemde examen.

18 Tirkkonen behoorde niet tot de adviseurs die bij het litigieuze besluit voorlopig waren toegelaten, omdat zij niet voldeed aan punt 7 van het aanbestedingsformulier („Conformiteit van de inschrijving met de formele vereisten en met de aanbesteding”), waarin de dienstverlener door het aankruisen van het vakje „ja” of „nee” moet aangeven of hij de voorwaarden van de bij de aanbesteding gevoegde ontwerp-raamovereenkomst aanvaardt. Aangezien het absoluut noodzakelijk was om de voorwaarden van deze ontwerp-raamovereenkomst te aanvaarden, heeft het agentschap bij het litigieuze besluit de sollicitatie

van Tirkkonen afgewezen en haar niet toegestaan haar inschrijving aan te passen door in punt 7 van dat formulier het vakje „ja” aan te kruisen.

19 Tirkkonen heeft dat besluit daarop aangevochten bij de markkinaoikeus (handelsrechter, Finland) teneinde het recht te verkrijgen om haar aanbestedingsdossier te completeren en voornemd punt 7 van dat formulier in te vullen. Daartoe betoogde zij dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding een vergunningstelsel vormde, en dus niet viel onder het begrip „overheidsopdracht”. Bijgevolg stelde zij dat haar toestemming had moeten worden gegeven haar inschrijving te completeren.

20 Aangezien haar vordering bij uitspraak van 7 september 2015 was afgewezen, heeft Tirkkonen hoger beroep ingesteld bij de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland).

21 De verwijzende rechter vraagt zich af of de wet inzake overheidsopdrachten op het hoofdgeding van toepassing is, aangezien uit het arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma (C 410/14, EU:C:2016:399), volgt dat de keuze van een inschrijving, en daarmee van een begunstigde, een element is dat intrinsiek verbonden is met het begrip „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18. De verwijzende rechter merkt op dat deze vereisten, daar de inschrijvers, alvorens zich definitief te mogen aansluiten bij de bij de aanbesteding gevoegde raamovereenkomst, een – in de aanbesteding omschreven – examen moesten hebben afgelegd, niettemin doorslaggevende kenmerken zouden kunnen vormen in de zin van het arrest van 26 maart 2015, Ambisig (C 601/13, EU:C:2015:204, punten 31 en 32), en bijgevolg zouden kunnen leiden tot de kwalificatie „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18.

22 In die omstandigheden stelt de verwijzende rechter evenwel, ten eerste, dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding geen definitie bevat van de gunningscriteria op grond waarvan de inschrijvingen met elkaar zouden worden vergeleken en, ten tweede, dat het agentschap de inschrijvingen niet heeft beoordeeld, noch met elkaar heeft vergeleken. Aldus mochten volgens de verwijzende rechter alle inschrijvers die voldeden aan de voorwaarden van die aanbesteding en waren geslaagd voor het in de bijlage bij die aanbesteding genoemde examen, zich aansluiten bij de raamovereenkomst.

23 De verwijzende rechter merkt echter op dat, hoewel het aantal dienstverleners dat zich mocht aansluiten bij de kaderovereenkomst niet vooraf in het bestek is beperkt, dit in de praktijk, als gevolg van de verplichting om aan die voorwaarden te voldoen, wel het geval is.

24 De verwijzende rechter wijst er bovendien op dat de bijzonderheid van het overeenkomstensysteem dat heeft geleid tot het arrest van 2 juni 2016, Falk Pharma (C 410/14, EU:C:2016:399), erin was gelegen dat dit gedurende de gehele looptijd ervan openstond voor belangstellende ondernemers, hetgeen volstond om het te onderscheiden van een raamovereenkomst in de zin van richtlijn 2004/18. In casu kon een adviesdienstverlener zich na de vaststelling door het agentschap van het definitieve gunningsbesluit niet meer bij het landbouwadviseringssysteem Neuvo 2020 aansluiten, hetgeen het aantal ondernemers dat de adviesdienst kon verlenen, beperkte.

25 Daarom heeft de Korkein hallinto-oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„Moet artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat de definitie van ‚overheidsopdrachten’ in de zin van die richtlijn een gunningssysteem omvat

– waarmee een openbare instelling beoogt voor een van tevoren beperkte looptijd diensten op de markt te verkrijgen, door onder de voorwaarden van een aan de oproep tot inschrijving gehecht [ontwerp-]raamcontract overeenkomsten te sluiten met alle ondernemers die voldoen aan de in het aanbestedingsdossier vastgestelde afzonderlijk genoemde eisen inzake de geschiktheid van de inschrijver en de aangeboden dienst en die slagen voor een in de oproep tot inschrijving nader beschreven examen, en

– waartoe gedurende de looptijd van het contract niet meer kan worden toetreden?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

26 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in een aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in die aanbesteding genoemde examen, en dat gedurende de beperkte

looptijd ervan geen enkele nieuwe ondernemer toelaat, moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht in de zin van die richtlijn.

27 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat richtlijn 2004/18 is ingetrokken na de datum van vaststelling van het litigieuze besluit, zodat de uitlegging ervan relevant blijft om de verwijzende rechter in staat te stellen het hoofdgeding te beslechten.

28 Zoals de Europese Commissie heeft opgemerkt, leidt het landbouwadviesingssysteem ertoe dat overeenkomsten onder bezwarende titel worden gesloten tussen een openbaar lichaam, dat een aanbestedende dienst kan zijn in de zin van richtlijn 2004/18, enerzijds, en ondernemers anderzijds, die betrekking hebben op de levering van diensten, hetgeen overeenkomt met de definitie van het begrip „overheidsopdracht” in artikel 1, lid 2, onder a), van die richtlijn.

29 Er zij evenwel aan herinnerd dat het doel van richtlijn 2004/18 erin was gelegen het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Dat risico houdt echter nauw verband met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de ondernemer wiens inschrijving is geselecteerd, of aan de ondernemers wier inschrijvingen zijn geselecteerd in geval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma*, C 410/14, EU:C:2016:399, punten 35 en 36).

30 Dienaangaande heeft het Hof reeds onderstreept dat de keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, een element is dat intrinsiek verbonden is met de bij richtlijn 2004/18 ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip ‚overheidsopdracht’ in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma*, C 410/14, EU:C:2016:399, punt 38).

31 Hieruit volgt dat wanneer er geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, er geen noodzaak bestaat 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 (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma*, C 410/14, EU:C:2016:399, punt 37).

32 In casu moet dus worden nagegaan of het agentschap een inschrijving heeft gekozen uit alle inschrijvingen die voldeden aan de voorwaarden die waren vastgelegd in zijn aanbesteding.

33 Dienaangaande blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het agentschap voornemens was een omvangrijke „pool” te vormen van adviseurs die aan een bepaald aantal voorwaarden moesten voldoen. Aangezien het agentschap echter alle kandidaten selecteert die aan deze voorwaarden voldoen, is het duidelijk, zoals de advocaat-generaal in punt 39 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat het in het geheel geen selectie maakt onder de ontvankelijke inschrijvingen, en zich beperkt tot het waarborgen van de naleving van kwalitatieve criteria.

34 Het feit dat, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, de toegang tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde landbouwadviesingssysteem beperkt is tot een voorlopige periode die eindigt op het moment waarop het examen wordt georganiseerd of uiterlijk op het moment van publicatie van het definitieve gunningsbesluit, en dat het bijgevolg voor een adviseur als Tirkkonen niet mogelijk is om zich bij voornoemd landbouwadviesingssysteem aan te sluiten, doet aan die beoordeling niet af.

35 Zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het feit dat – anders dan de context die heeft geleid tot het arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma* (C 410/14, EU:C:2016:399) – een landbouwadviesingssysteem als aan de orde in het hoofdgeding niet te allen tijde openstaat voor belangstellende ondernemers, immers niet relevant. In casu is het doorslaggevende element gelegen in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel gunningscriterium noemt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen. Bij gebreke van dat element, dat – zoals volgt uit punt 38 van het arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma* (C 410/14, EU:C:2016:399) – intrinsiek verbonden is met de regelgeving voor overheidsopdrachten, kan een landbouwadviesingssysteem als aan de orde in het hoofdgeding geen overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 vormen.

36 Bovendien zij eraan herinnerd dat zelfs indien het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers en de gunning van de opdracht gelijktijdig plaatsvinden, deze twee verrichtingen moeten worden aangemerkt als afzonderlijke verrichtin-

gen waarvoor verschillende regels gelden (zie in die zin arresten van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, EU:C:1988:422, punten 15 en 16, en 24 januari 2008, Lianakis e.a., C 532/06, EU:C:2008:40, punt 26).

37 Derhalve kunnen criteria die er niet toe strekken de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, maar in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren, niet worden aangemerkt als „gunningscriteria”. Criteria die in hoofdzaak betrekking hebben op de ervaring, de kwalificaties en de middelen ter waarborging van de goede uitvoering van de betrokken opdracht, werden immers aangemerkt als criteria die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers om deze opdracht uit te voeren en niet als „gunningscriteria”, ook al had de aanbestedende dienst ze wel als zodanig gekwalificeerd (zie in die zin arrest van 24 januari 2008, Lianakis e.a., C 532/06, EU:C:2008:40, punten 30 en 31).

38 Ten slotte wordt aan die conclusie op geen enkele wijze afgedaan door de oplossing waarvoor is gekozen in het arrest van 26 maart 2015, Ambisig (C 601/13, EU:C:2015:204, punten 31-34), waarin het Hof in wezen heeft verklaard dat de bekwaamheden en de ervaring van de leden van het team dat de overheidsopdracht moet uitvoeren, als gunningscriteria kunnen worden opgenomen in de aankondiging van opdracht of in het bestek, voor zover de kwaliteit van de uitvoering van een opdracht op doorslaggevende wijze kan afhangen van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan zijn belast, die bestaat uit hun professionele ervaring en opleiding, met name wanneer de opdracht betrekking heeft op een intellectuele dienst en ziet op opleidings- en adviesdiensten.

39 Deze beoordeling moet echter worden begrepen in het licht van de omstandigheden die hebben geleid tot de zaak die aanleiding vormde voor dat arrest, dat wil zeggen in het licht van de keuze door de aanbestedende dienst van de inschrijving die hij wilde selecteren uit verschillende ontvankelijke inschrijvingen. Daarmee heeft de aanbestedende dienst, anders dan in de zaak die in het hoofdgeding aan de orde is, in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 maart 2015, Ambisig (C 601/13, EU:C:2015:204, punten 11, 13 en 28-34), een echte vergelijking gemaakt tussen de ontvankelijke inschrijvingen, alvorens de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen. In

die laatste zaak was de ervaring van het voorgestelde technische team immers een intrinsiek kenmerk van het aanbod en niet enkel een criterium om de geschiktheid van de inschrijvers te beoordelen.

40 Uit het voorgaande onderzoek volgt dat de vereisten in de door het agentschap gepubliceerde aanbesteding geen gunningscriteria kunnen zijn in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18.

41 Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de prejudiciële vraag derhalve worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in de aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in die aanbesteding genoemde examen, geen overheidsopdracht in de zin van die richtlijn vormt, zelfs niet indien gedurende de beperkte looptijd van dat systeem geen enkele nieuwe ondernemer kan worden toegelaten.

Kosten

42 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht: Artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, moet aldus worden uitgelegd dat een landbouwadviseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in de aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in die aanbesteding genoemde examen, geen overheidsopdracht in de zin van die richtlijn vormt, zelfs niet indien gedurende de beperkte looptijd van dat systeem geen enkele nieuwe ondernemer kan worden toegelaten.

NOOT

Selectie als onderscheidend element tussen de overheidsopdracht en een open systeem van afspraken

In het Tirkkonen-arrest wordt het Hof van Justitie EU gevraagd of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van artikel 1 lid 2 onder a van Richtlijn 2004/18 wanneer sprake is van een 'gunningsstelsel', in casu een landbouwadviesingssysteem, waarmee een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in een aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in de aanbesteding genoemde examen, en dat gedurende de looptijd ervan geen nieuwe ondernemers toelaat (hierna: open systeem van afspraken).¹ Aanleiding voor deze zaak was de weigering adviseur Maria Tirkkonen toe te laten tot het systeem, nu zij niet voldeed aan een van de voorwaarden van het aanbestedingsformulier, namelijk het aankruisen van het vakje waarmee zij de voorwaarden van de bij de aanbesteding gevoegde ontwerp-raamovereenkomst aanvaardde.² Volgens deze inschrijver had zij toestemming moeten krijgen haar inschrijving te completeren, nu er, zo betoogt zij, geen sprake is van een overheidsopdracht maar van een vergunningstelsel.³ Het Hof herhaalt dan uit het Falk-arrest dat voor het bestaan van een overheidsopdracht sprake dient te zijn van een selectie uit geïnteresseerde ondernemers en lijkt nader te verduidelijken dat dit inhoudt dat een vergelijking en rangschikking tussen inschrijvingen wordt gemaakt.⁴ Selectie in die zin ziet dan niet op het enkel toetsen aan de nodige geschiktheidseisen,

maar in beginsel op de gunningsfase.⁵ Hieronder wordt op de belangrijkste overwegingen van het Hof nader ingegaan en worden enkele implicaties van het arrest besproken, waaronder die voor de in Nederland gehanteerde open systemen in het sociaal domein, zoals het open house model.

1. Selectie als element van de overheidsopdracht ook onder Richtlijn 2014/24

In Tirkkonen bevestigt het Hof allereerst zijn overwegingen uit het Falk-arrest dat het begrip overheidsopdracht onder Richtlijn 2004/18 inhoudt dat een selectie tussen ondernemers wordt gemaakt, gericht op het exclusief gunnen van de opdracht aan één of meerdere ondernemers. Het doel van deze richtlijn bestaat er namelijk in het risico uit te sluiten dat een aanbestedende dienst nationale gegadigden of inschrijvers begunstigt.⁶ Wanneer niet aan één of meerdere ondernemers exclusief een opdracht wordt gegund, treedt dit risico niet op en is er volgens het Hof geen noodzaak het handelen van de aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels – in casu met betrekking tot het aanvullen van de inschrijving door alsnog de algemene voorwaarden te aanvaarden – van de aanbestedingsrichtlijn te onderwerpen.⁷ Het Hof herhaalt daarom uit het Falk-arrest 'dat de keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, een element is dat intrinsiek verbonden is met de bij de Richtlijn 2004/18 ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg het daarin gedefinieerde begrip overheidsopdracht'.⁸

- 1 Zie o.a.: Tirkkonen, ro. 26. Een enigszins vergelijkbare vraag was ook aan de orde in het Falk-arrest, waarnaar het Hof in zijn overwegingen in deze zaak dan ook meermaals verwijst. Zie: HvJ EU 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399, «JAAN» 2016/8, m.nt. G. Bouwman, Een open toetredingssysteem zonder selectie: een nieuwe rechtsfiguur die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt?
- 2 Tirkkonen, ro. 18, 19.
- 3 Tirkkonen, ro. 19.
- 4 Tirkkonen, ro. 35.

- 5 Van belang is te onderstrepen (zie verder hierna) dat het uiteindelijk gaat om de vraag of er criteria worden gehanteerd op basis waarvan het aantal geschikte kandidaten (die voldoen aan de nodige geschiktheidseisen) verder wordt beperkt, zodat een exclusieve gunning van de opdracht aan één of enkele ondernemers plaatsvindt. Zo zal bij het hanteren van een selectiefase als bedoeld in art. 2.99 Aw 2012 ook reeds sprake zijn van een selectie in de zin van de aanbestedingsregelgeving.
- 6 Tirkkonen, ro. 29. En zie Falk-arrest, ro. 35.
- 7 Tirkkonen, ro. 31 en 41. En zie Falk-arrest, ro. 36/37.
- 8 Tirkkonen, ro. 30. En zie het Falk-arrest, ro. 38.

Deze benadering van het Hof is in lijn met zijn benadering in andere jurisprudentie waarbij het een situatie toetst aan de richtlijn: het kijkt naar het doel van de richtlijn en zoekt naar een interpretatie die het nuttig effect van de richtlijn niet in gevaar brengt.⁹ In Tirkkonen baseert het Hof zich bij zijn oordeel geheel op het doel van Richtlijn 2004/18. De feiten van de zaak spelen onder de werking van deze richtlijn. De vraag kan worden gesteld of een verbreding van deze doelstelling tot een andere invulling van het begrip overheidsopdracht kan leiden onder toepassing van Richtlijn 2014/24/EU.¹⁰ Het is evenwel aannemelijk dat ook onder Richtlijn 2014/24 pas sprake is van een overheidsopdracht als een selectie tussen ondernemers wordt gemaakt.¹¹ Ook Richtlijn 2014/24 is er namelijk op

gericht dat geen discriminatie of ongelijke behandeling tussen geïnteresseerden plaatsvindt. Daarnaast kan ook uit de definitie van het begrip ‘aanbesteding’ in artikel 1 lid 2 van Richtlijn 2014/24 worden afgeleid dat het gaat om een keuze uit geïnteresseerde ondernemers.¹² Bovendien wordt in de preambule van Richtlijn 2014/24 uitgelegd dat in gevallen waarin ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren, er geen sprake is van een aanbesteding maar van een gewone vergunning.¹³ Hoewel in het open systeem zowel in Falk als Tirkkonen geen sprake is van een gewone vergunning – er worden overeenkomsten onder bezwarende titel gesloten,¹⁴ terwijl een kenmerk van de vergunning is dat deze in beginsel geen wederzijds bindende verplichtingen kent – kan een dergelijk systeem wanneer het voldoet aan een aantal voorwaarden (zie verder hierna), als vergelijkbaar met een ‘gewoon’ vergunningenstelsel worden gezien.

2. Nadere uitleg van het element selectie na het Falk-arrest

Was in het Falk-arrest nog sprake van een open systeem voor de aankoop van een specifiek medicijn, dat vergelijkbaar was met een ‘gewoon’ vergunningenstelsel, in Tirkkonen lijkt het te gaan om een meeromvattend systeem

- 9 Zie bijv. in zaken over het begrip overheidsopdracht: HvJ EU 12 juli 2001, zaak C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, La Scala, ro.55 en HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, Helmut Müller, ro. 49, maar dit geldt ook voor andere terreinen waarbij het Hof een situatie aan de richtlijn toetst. Zie ook: G. Bouwman, Een open toetredingssysteem zonder selectie: een nieuwe rechtsfiguur die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt?, «JAAN» 2016/8.
- 10 Als Richtlijn 2014/24 bijvoorbeeld ter uitvoering van de EU 2020 strategie ook een marktinstrument wordt genoemd voor slimme, duurzame en inclusieve groei, zie o.a. preambule Richtlijn 2014/24, punt 2.
- 11 In Tirkkonen gaat het Hof niet in op de vraag of dit ook voor Richtlijn 2014/24 geldt. In het Falk-arrest (ro. 40), merkt het Hof als terzijde op dat zijn conclusie aansluit bij de definitie van de aanbesteding in Richtlijn 2014/24. Dit komt in de buurt van een (ondersteunende) anticiperende interpretatie. Met het hanteren van een dergelijke anticiperende interpretatie, ook al is die slechts ondersteunend, hetgeen inhoudt dat nieuw recht bij de motivering van een beslissing als extra argument wordt gebezigd, dient voorzichtig te worden omgegaan, zie voor de discussie daarover in Nederland bijvoorbeeld: Asser, C., Vranken, J.B.M., Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel [2] (Asser-serie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, pp. 152-156. Een interpretatie contra legem zal niet toegestaan zijn met het oog op rechtszekerheid en legaliteit, zie bijv. daarover in het kader van richtlijn conforme interpretatie: J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven,

Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p.65. En zie bijvoorbeeld ook over anticiperende harmonisatie Manunza, E.R., Enkele problemen bij de toepassing van het Europees aanbestedingsrecht in de Nederlandse (rechts)praktijk, SEW, februari 2004, pp. 58-73.

- 12 Hier wordt expliciet gemaakt dat het gaat om door de aanbestedende dienst ‘gekozen’ ondernemers. In het Falk-arrest wordt dit door het Hof als terzijde opmerkte, zie Falk-arrest, ro. 39/40. Hoewel de A-G in Tirkkonen dit ook noemt (ro. 54), gaat het Hof in Tirkkonen hier niet op in.
- 13 Zie Richtlijn 2014/24/EU, preambule punt 4.
- 14 Hier bestaande in het recht om adviesdiensten bijvoorbeeld met betrekking tot Nutsdieren, gezondheidszorgplannen (Tirkkonen, ro. 2) te verlenen tegen een grotendeels door de publieke instantie te betalen uurtarief op basis van de uitgevoerde werkzaamheden (Tirkkonen ro.15).

voor (advies)diensten, en waarbij kennelijk een verdere beoordeling van de geschiktheid van de geïnteresseerde ondernemers noodzakelijk was, in casu onder meer getoetst door middel van een examen. Het publieke agentschap in Tirkkonen ging er dan ook vanuit – in tegenstelling tot de openbare instelling in Falk¹⁵ dat de dienst moest worden uitbesteed overeenkomstig de regels van het aanbestedingsrecht; het merkte de gehanteerde criteria voor toelating tot het systeem aan als selectiecriteria voor toelating tot de raamovereenkomst in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.¹⁶ De verwijzende rechter wijst er daarbij op dat deze criteria in de praktijk tot gevolg hebben dat het aantal dienstverleners dat mag aansluiten wordt beperkt.¹⁷

De beoordeling of sprake is van een selectie vraagt in Tirkkonen dan ook, anders dan in het Falk-arrest, een nadere toets door het Hof van de gehanteerde criteria, namelijk of deze daadwerkelijk leiden tot een selectie uit ondernemers als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn. Net als in Falk komt het Hof in Tirkkonen echter tot de conclusie dat geen sprake is van een selectie, en dus ook niet van een overheidsopdracht in de zin van Richtlijn 2004/18. In zijn overwegingen lijkt het Hof daarbij een verdere verduidelijking van het element selectie te geven. Volgens het Hof is namelijk 'in casu' van doorslaggevend belang dat er geen gunningscriteria zijn opgenomen waarmee een vergelijking en rangschikking tussen de ontvankelijke inschrijvingen wordt gemaakt.¹⁸ Het agentschap dat de aanbesteding organiseerde, selecteerde alle kandidaten die aan de voorwaarden beantwoordden en heeft zich daarmee beperkt tot het waarborgen van de naleving van de kwalitatieve criteria.¹⁹ Ook het examen kan niet als gunningscriterium worden aangemerkt.²⁰ Dat bovendien in dit

systeem – anders dan in het Falk-arrest – gedurende de looptijd geen nieuwe ondernemingen konden toetreden, maakt volgens het Hof in dit geval nog niet dat de voor het bestaan van een overheidsopdracht noodzakelijke selectie tussen ondernemers plaatsvindt.²¹

In zekere zin wordt de gunningsfase daarmee door het Hof aangemerkt als de essentie van de met de aanbestedingsrichtlijn ingevoerde regelgeving. Opmerkelijk is dan dat juist over de methoden om deze rangschikking te maken – de gunningsmethodieken – weinig is gereguleerd en dat in de praktijk dan ook methodieken worden gehanteerd, waarbij de gebruikte criteria geen onderscheidend vermogen hebben.²² In

merkt als geschiktheidscriteria, Tirkkonen, ro. 37. Het HvJ EU verwijst naar aanleiding van de opmerkingen van de verwijzende rechter (zie ro. 21) naar het Lianakis-arrest, HvJ EU 24 januari 2008, zaak C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40 en het Ambisig-arrest, HvJ EU 26 maart 2015, zaak C-601/13, ECLI:EU:C:2015:04, en legt uit dat in laatstgenoemd arrest sprake was van andere omstandigheden, waarbij de bekwaamheid en ervaring van het team als gunningscriteria opgenomen om uiteindelijk een keuze te maken uit de verschillende ontvankelijke inschrijvingen (ro. 39).

²¹ Tirkkonen, ro. 35.

²² Zie voor de problematische gevolgen van het gebrek aan regulering bijvoorbeeld: PPRC-onderzoek, 'Hoe wordt uitzendwerk gegund? Analyse van aanbestedingen. Onderzoek naar gunningsmethodieken voor uitzendwerk: een economische en juridische analyse', 2013 (auteurs: Wouter Lohmann, Elisabetta Manunza, Jan Telgen), zie <https://www.pianoo.nl/document/8472/onderzoek-naar-gunningsmethodieken-voor-uitzendwerk-hoe-wordt-uitzendwerk-gegund>; zie verder: W.M. Lohmann, E.R. Manunza, J. Telgen, 'Andere uitkomst als een van de inschrijvers toch niet meedoet', *Cobouw* 159, 19 september 2014, pp. 12-13; E.R. Manunza, *Economie en recht, Tijdschrift Aanbestedingsrecht* (afl. 3), juni 2014, pp. 124-126; E.R. Manunza en J. Telgen, 'Emvi ontbeert goede gunningsmethode: apert foute methoden juridisch niet altijd verboden', *Cobouw* 144, 29 augustus 2014, pp. 11. Ook aangekaart door Jan Telgen en Elisabetta Manunza op de conferentie 'Global Revolution', Nottingham University 2017, zie: <http://www.pprc.eu/elisabetta-manunza-jan-telgen-presenteren-op-global-revolution-viii-2/>.

¹⁵ Falk, ro. 15.

¹⁶ Tirkkonen, ro. 13 e.v.

¹⁷ Tirkkonen, ro. 23.

¹⁸ Het Hof noemt dat het element dat intrinsiek verbonden is met de regelgeving voor overheidsopdrachten, zie: Tirkkonen, ro. 35.

¹⁹ Tirkkonen, ro.33.

²⁰ Criteria die in hoofdzaak betrekking hebben op de ervaring, kwalificaties en de middelen ter waarborging van de goede uitvoering van de betrokken opdracht, moeten worden aange-

die gevallen, waarin de facto geen keuze kan worden gemaakt uit de inschrijving(en), kan daarmee gezegd worden dat aan de fundamente van een aanbesteding geweld wordt gedaan.

3. Implicaties Tirkkonen voor het hanteren van open systemen, zoals het open house model in het sociaal domein

Er zijn meerdere voorbeelden denkbaar waarbij een publieke instantie voor het aankopen van goederen of diensten gebruik maakt van een open systeem, waarvan gezegd kan worden dat deze lijken op de systemen als gehanteerd in Tirkkonen en Falk.²³ Zo zou kunnen worden gedacht aan open systemen voor fotograaf- of tolkdiensten voor overheidsinstanties, een keuzegids voor lesmethodes op scholen of aan open systemen om diensten in het sociaal domein te organiseren.²⁴ Hierbij is van belang op te merken dat het recht meerdere mogelijkheden biedt om taken aan de markt uit te besteden.²⁵ Uit de ar-

resten Falk en Tirkkonen kan worden afgeleid dat het onderscheidend element tussen twee van deze mogelijkheden, de overheidsopdracht en een open systeem van afspraken, eruit bestaat dat een selectie uit ondernemers wordt gemaakt; vervulling van dat element leidt tot toepasselijkheid van de aanbestedingsregelgeving.²⁶

Hoewel dit op het eerste gezicht een duidelijke scheidslijn lijkt, dienen wel enkele kanttekeningen te worden geplaatst bij het betrekken van bovengenoemde arresten op andere situaties. Zo is het nog de vraag waar precies het verschil ligt tussen een open systeem en een raamovereenkomst als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Beide zijn gericht op het sluiten van overeenkomsten onder bewarende titel met meerdere ondernemers, waarbij de keuze voor de ondernemer later plaatsvindt. In Falk overweegt het Hof nog dat de mogelijkheid voor ondernemers om gedurende de gehele looptijd te blijven toetreden, volstaat om dit systeem te onderscheiden van de raamovereenkomst.²⁷ In Tirkkonen staat het systeem (dat wordt aanbesteed via een raamovereenkomst) tussentijds niet open voor nieuwe toetreders, maar is volgens het Hof toch sprake van een open systeem die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen valt.²⁸

23 Het is daarbij van belang te benadrukken dat voor het toepassen van dit arrest op andere systemen dat het Hof in Tirkkonen oordeelt op basis van de specifieke criteria gehanteerd in deze zaak (zie ro. 32 e.v.) en oordeelt dat 'in casu' het doorslaggevende element gelegen is in het feit dat de aanbestedende dienst geen enkel gunningscriterium noemt (ro. 35).

24 Overigens is dit open systeem bij veel andere overheidsopdrachten geen optie. Bij veel overeenkomsten die de overheid sluit ter verkrijging van een werk, dienst of product is een aanbestedende dienst juist op zoek naar één of meerdere ondernemers die de opdracht het beste kunnen uitvoeren.

25 Zie ook: Elisabetta Manunza en Jan Telgen, 'Zorg inkopen kan anders dan aanschaf van rioolbuizen', Staatscourant 6 juni 2017, p. 8. Zie verder bijvoorbeeld over de mogelijkheid om sociale diensten via vergunningenstelsels uit te besteden: preambule overweging 114, derde alinea, Richtlijn 2014/24/EU en Werkdocument van de diensten van de Commissie, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SWD(2013) 53 final/2, p. 113. Zie daarover ook: G. Bouwman: Een open toetredingssysteem zonder selectie: een nieuwe rechtsfiguur die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt?, «JAAN» 2016/8.

26 Tirkkonen ro. 30; Falk, ro.38.

27 Falk, ro. 41. Interessant is dat de verwijzend rechter in Falk overweegt (ro. 29) dat een dergelijke beperking in het kader van de toelatingsprocedure, doordat een termijn wordt gesteld waarna een ondernemer niet meer kan toetreden tot het systeem, een discriminatoir effect heeft omdat op deze wijze een mededingingsvoordeel wordt verstrekt aan de ondernemers die tot dit systeem zijn toegetreden.

28 Met deze aanvulling wordt in de praktijk wel gedacht dat veel procedures als open systemen als bedoeld in Tirkkonen hebben te gelden (zoals bijvoorbeeld naast het open house model ook het Zeeuws model) en waarbij dus geen sprake zou zijn van een overheidsopdracht, zoals hierna besproken wordt moet met een dergelijke conclusie zorgvuldig worden omgegaan. Zie voor een analyse van de percentages over 2017 van het (toenemend) gebruik van meer open modellen: Niels Uenk, 'Inkooppraktijk WMO bij gemeenten krijgt steeds meer vorm: Transformatie in uitvoering', Deal! oktober 2017, p. 34-37.

Het verschil lijkt op basis van Tirkkonen te moeten worden afgeleid uit de vraag of door de aanbestedende dienst een vergelijking en rangschikking tussen inschrijvingen wordt gemaakt. Wanneer een aanbestedende dienst dus tot doel heeft uit de ontvankelijke inschrijvingen er één of meerdere te selecteren, zodat bepaalde geïnteresseerden die wel aan de voor de opdracht benodigde vereisten voldoen, zullen afvallen, is sprake van een overheidsopdracht. Zo zal het hanteren van een hogere kwaliteitsmaatstaf dan nodig – al dan niet aangemerkt als geschiktheids-eisen – waarbij het doel is het aantal toetreders te beperken, en waarbij een vergelijking en beoordeling van de geïnteresseerden noodzakelijk is, moeten worden gezien als een selectie in de zin van een overheidsopdracht.²⁹ Een andere vraag die in dat kader gesteld kan worden is of bij het maken van de keuze door een derde voor een van de ondernemers alsnog wordt gekozen op basis van een vergelijking en rangschikking door de publieke instantie als bovenbedoeld, bijvoorbeeld als beoordelingen over de kwaliteit van de ondernemers bekend worden gemaakt.³⁰ Of sprake is van een selectie zal in de praktijk dan ook steeds een nauwkeurige toets van het specifieke geval vergen; impliciet kan in een ‘open’ systeem toch sprake zijn van een selectie.

Daarnaast geldt dat een open systeem aan de voorwaarden dient te voldoen die garanderen dat ook daadwerkelijk sprake is van een open stelsel. Dit houdt in dat de voorwaarden vooraf door de publieke instantie zijn vastgesteld – daarover kan niet worden onderhandeld – en dat geen beperkingen mogen worden gesteld aan het aantal ondernemers dat mag aansluiten: iedereen die voldoet aan de benodigde kwaliteitseisen moet worden toegelaten.³¹ Een hogere kwalitatieve toets dan nodig is voor de activiteit, zodat het aantal deelnemers verdergaand wordt beperkt, lijkt daarin niet toegestaan. Overigens kan hier de vraag worden gesteld of het voor de aankoop van bepaalde goederen en diensten mogelijk dan wel wenselijk is een oneindig aantal ondernemers toe te laten, bijvoorbeeld als deze ook gemonitord moeten worden op hun prestaties en kwaliteit.³²

Daarmee samenhangend is van belang dat het Hof in Falk verduidelijkte dat op een open systeem als bedoeld in Falk en Tirkkonen, bij een grensoverschrijdend belang de fundamentele regels van het EU-Werkingsverdrag van toepassing zijn.³³ Vanuit eenzelfde interne markt-doelstelling³⁴ als de aanbestedingsrichtlijn, dienen

29 Zijn de benodigde vereisten voor toelating tot het systeem er bijvoorbeeld wél op gericht een echte vergelijking te maken tussen inschrijvingen als bedoeld in het Ambisig-arrest, waar de verwijzend rechter naar verwijst (hier hing de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht op doorslaggevende wijze af van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan waren belast), dan zal wel sprake zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, zie: Tirkkonen, ro. 21 en zie het Hof daarover in ro. 38-39.

30 Ook kan afgevraagd worden of de keuze mag worden gemaakt door een derde die een bepaalde (werknemers)band heeft met de publieke instantie, of dat de keuze op enigerlei wijze beïnvloed mag worden door de publieke instantie. Interessant is dat in zowel Falk als Tirkkonen de keuze werd gemaakt door derden die naar alle waarschijnlijkheid geen enkele band hadden met de publieke instantie - respectievelijk apothekers of patiënten (Falk-arrest, ro. 30) en landbouwers (Tirkkonen-arrest, ro.15).

31 Zie bijvoorbeeld ook preambule overweging 114 Richtlijn 2014/24/EU.

32 Ook zou de vraag gesteld kunnen worden of de zorg vragende burger gebaat is bij een dergelijk grote keuzevrijheid, zie bijvoorbeeld voor de consequenties voor het al dan niet maken van een (kleine dan wel grotere) selectie per soort zorgtaak en de bekwaamheden van cliënten om te kiezen: CPB Policy Brief, Laat de cliënt kiezen, zicht op kwaliteit noodzakelijk: naar een effectieve inkoop binnen het sociaal domein, Uitgave Centraal Planbureau (auteur: Remco van Eijkel), 2018/04. Daarnaast heeft dit ook mogelijke implicaties voor de zorgmarkt: het aantal zorgbehoevende burgers wordt verdeeld over een groot aantal aanbieders.

33 Zie daarvoor Falk-arrest, ro. 43-45 en zie over de implicaties daarvan de annotatie bij het Falk-arrest: G. Bouwman, Een open toetredingssysteem zonder selectie: een nieuwe rechtsfiguur die buiten de werkings sfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt?, «JAAN» 2016/8.

34 Rekening dient te worden gehouden met EU-regelgeving inzake het vrij verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging, neergelegd in art. 28, 49, 56 EU-Werkingsverdrag. Mogelijk is een dergelijk stelsel daarmee

bij een grensoverschrijdend belang namelijk ook bij dit systeem de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie in acht te worden genomen, gericht op een eerlijke mededinging van ondernemingen uit alle EU-lidstaten. Onder meer dient een dergelijk systeem de gelijke behandeling tussen geïnteresseerden te verzekeren – toelating dient te geschieden op basis van objectieve criteria die vooraf door de publieke instantie worden vastgesteld – en is een passende bekendmaking vereist zodat potentiële deelnemers uit andere lidstaten in staat zijn van het systeem op de hoogte te komen. Uit deze regelgeving volgt ook, zoals kan worden afgeleid uit rechtspraak van het HvJ EU, dat het tussentijds niet openstellen van het systeem zoals in Tirkkonen een belemmering op de vrij verkeersregels vormt waarvoor een rechtvaardiging dient te bestaan, en dat dit gevolgen heeft voor de lengte van de looptijd van dergelijke open systemen: de markt dient weer open te worden gesteld voor nieuwe toetreders.³⁵

ook onderworpen aan de regels omtrent vergunningen, zie bijvoorbeeld de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.

- ³⁵ In Tirkkonen was sprake van een looptijd van zes jaar, zie ro. 13. Het Hof in Tirkkonen noemt de looptijd expliciet een 'beperkte looptijd', zie ro. 26 en 41. Zie bijvoorbeeld in de arresten HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-323/03, (Commissie/Spanje), waarbij het Hof overweegt dat de verlening van een concessie voor twintig jaar, die met tien jaar kan worden verlengd, het vrij verrichten van diensten belemmert (ro. 44) en HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (Ernst Engelmann), waarbij sprake was van de verlening van concessie voor de duur van vijftien jaar waarvan het Hof oordeelt dat dit de uitoefening van de bepalingen uit het Verdrag inzake vrij verkeer door marktdeelnemers uit andere lidstaten kan belemmeren en zelfs onmogelijk maken en derhalve een beperking van deze vrijheden vormt. De duur was hier gerechtvaardigd vanwege de tijd die nodig was voor de ondernemers om investeringen terug te verdienen. Overigens geldt voor vergunningen dat de duur niet mag worden beperkt, tenzij sprake is van een van de omstandigheden genoemd in art. 11 Richtlijn 2006/123, bijvoorbeeld als het aantal beperkt wordt.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Wanneer een aanbestedende dienst overeenkomsten onder bewarende titel sluit, maar er geen selectie plaatsvindt tussen ondernemers, is geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. De facto betekent dit dat steeds de vraag dient te worden gesteld of een vergelijking en rangschikking tussen ontvankelijke inschrijvingen wordt gemaakt, hetwelk steeds een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het geval vereist. Is dan inderdaad sprake van een open systeem van afspraken als bedoeld in de arresten Tirkkonen en Falk, dan dient ermee rekening te worden gehouden dat het systeem bij een grensoverschrijdend belang onderworpen is aan EU-regelgeving die tot doel heeft de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie te verzekeren voor alle ondernemers binnen de Europese Unie. Daarbij geldt dat het oordeel van het Hof in Tirkkonen niet gericht is op het geven van een mogelijkheid om opdrachten aan de werking van de aanbestedingsrichtlijnen te onttrekken – dit laatste is bovendien in strijd met art. 18 lid 1, tweede alinea van Richtlijn 2014/24 – maar veel meer laat zien dat wanneer het doel is door middel van een op een vergunningsstelsel gelijkend systeem een omvangrijke pool van ondernemers te vormen, en er daarom geen vergelijking tussen inschrijvers wordt gemaakt om exclusief aan één of meerdere ondernemers te gunnen, het niet noodzakelijk is een dergelijke opdracht aan de 'nauwkeurige regels' van de aanbestedingsrichtlijnen te onderwerpen.

G. Bouwman,
Promovenda Europees en internationaal aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht en als onderzoeker verbonden aan het Public Procurement Research Centre

59

Consiglio di Stato (Italië)
28 februari 2018, Zaak C-14/17, verzoek om een
prejudiciële beslissing (Concl. M. Campos
Sánchez-Bordona)
(n.v.t.)
(Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona)

Technische specificaties. Gelijkaardige alternatieven. Bewijsmiddelen. Gebrek aan mededinging. Gelijkeheidsbeginsel.

[Richtlijn 2004/17/EG art. 34 lid 8; Verordening (EG) nr. 1400/2002]

De Azienda Trasporti Milanese (hierna: ATM) heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de 'levering van originele reserveonderdelen en/of originele uitrusting en/of gelijkaardige onderdelen voor autobussen en trolleybussen van Iveco'. De enige deelnemers aan de aanbesteding waren VAR, Srl, die gelijkaardige reserveonderdelen aanbood, en Iveco Orecchia, SpA, die originele reserveonderdelen aanbood. De opdracht werd gegund aan VAR.

De Consiglio di Stato verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

a) *Primair, moet artikel 34, lid 8, Richtlijn 2004/17/EG aldus worden uitgelegd dat reeds bij de inschrijving het bewijs dient te worden geleverd dat de te leveren producten gelijkaardig zijn aan het originele product?*

b) *Subsidiair, voor het geval dat de eerste uitleggingvraag ontkennend wordt beantwoord: op welke wijze moet de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling en onpartijdigheid, volledige mededinging en goed bestuur, de rechten van de verdediging en het recht van de andere inschrijvers om te worden gehoord, worden verzekerd?*

Eerste prejudiciële vraag

Artikel 34, lid 8, Richtlijn 2004/17 bevat geen enkele aanwijzing over het tijdstip waarop de gelijkaardigheid van de reserveonderdelen moet worden bewezen tegenover de aanbestedende dienst. Daardoor kunnen de lidstaten de kwestie volgens hun eigen criteria regelen in het nationale recht, hetzij middels een bepaling met algemene strekking, hetzij door hun aanbestedende diensten vrij-

heid te laten in dat opzicht. Zij moeten zich evenwel laten leiden door de basisbeginselen inzake overheidsopdrachten.

De aanbestedende dienst is het beste in staat om zijn behoeften te omschrijven aan de hand van technische specificaties. In situaties zoals die in het hoofdgeding, waarin er geen andere mogelijkheid bestaat dan reserveonderdelen voor een specifiek voertuigtype te leveren, lijkt het passend om die behoeften te omschrijven onder verwijzing naar een bepaald merk en dat wordt ook niet betwist.

Het beginsel van gelijke behandeling wordt niet geschonden als alle inschrijvers de mogelijkheid krijgen om hun gelijkaardigheidscertificaten over te leggen bij levering van de reserveonderdelen. In tegenstelling tot wat een van de partijen heeft aangevoerd, tast deze mogelijkheid de positie van de inschrijvers niet aan, aangezien het hun vrijstaat om te kiezen of zij deze bewijzen bij hun offerte voegen dan wel het resultaat van de aanbestedingsprocedure afwachten. Het enige wat in dit verband van hen gevraagd wordt, is dat zij zich aan de desbetreffende clausule houden, die duidelijk moet zijn en zonder uitzonderingen moet worden toegepast.

De gelijke behandeling van de inschrijvers komt dus niet in het gedrang door het feit dat het bewijs van gelijkaardigheid kan worden geleverd tijdens de uitvoering van de opdracht. Als het bewijs vooraf moet worden overgelegd, kan het daarentegen wél tot discriminatie tussen de inschrijvers komen, aangezien de fabrikant van originele reserveonderdelen bevoordeeld wordt ten opzichte van de inschrijver die gelijkaardige onderdelen voorstelt, maar de desbetreffende onderdelen nog niet eerder heeft geproduceerd. Het ligt voor de hand dat de inschrijver die gelijkaardige reserveonderdelen voorstelt in veel gevallen (waaronder het onderhavige) in een eerste fase niet over de certificaten voor elk model beschikt.

Ter terechtzitting is gediscussieerd over de vraag hoe de aanbestedende dienst de kwaliteit van de leveringen kan beoordelen vóór de gunning indien er geen bewijs wordt geleverd dat de leveringen van 'gelijke kwaliteit' zijn. De door ATM uitgeschreven opdracht is een goed voorbeeld van een aanbesteding waarbij de aanbestedende dienst voldoende vrijheid kan worden gelaten om, redelijkerwijs, in het bestek te bepalen dat het bewijs achteraf kan worden geleverd. Indien was voorzien in een verplichting om het gelijkaardigheidscertificaat samen met de offerte in te dienen, had de leverancier van niet-originele onderdelen 'preventief' elk van de onderdelen (in het hoofdgeding 2 195)