



Datum van
inontvangstneming

:

11/04/2023

Zaak C-128/23

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

3 maart 2023

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 februari 2023

Verzoekster en appelante:

■■■■■ GmbH

Verweerster en geappelleerde:

Stadt Olsberg (Duitsland)

[omissis]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHIKKING

tussen

■■■■■ GmbH, [omissis] Bestwig,

verzoekster en appellante,

[omissis]

tegen

Stadt Olsberg (Duitsland)

verweerster en geappelleerde,

[omissis]

in aanwezigheid van:

Tuschen Transporte,

[omissis] Marsberg,

medegezagvaarde,

[omissis]

heeft de Vergabesenat (aanbestedingskamer in tweede aanleg; hierna: „Senat”) van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland)[omissis]

b e s l o t e n:

[omissis] [aanhouding]

Het Hof van Justitie van de Europese Unie [hierna: „Hof”] wordt inzake de uitlegging van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 32, lid 2, onder c), van richtlijn 2014/24/EU, gelet op artikel 14 VWEU, restrictief worden uitgelegd in die zin dat de gunning van een overheidsopdracht voor diensten van algemeen belang in gevallen van onverwijlde spoed ook via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan geschieden, indien de gebeurtenis voor de aanbestedende dienst voorzienbaar was en de ter rechtvaardiging van de onverwijlde spoed aangevoerde omstandigheden aan deze dienst toegerekend kunnen worden?”

M o t i v e r i n g:

I.

- 1 Verweerster is een stedelijke gemeente en als zodanig verantwoordelijk voor de Schule an der Ruhraue, die zich op haar grondgebied bevindt. De Schule an der Ruhraue is een school voor speciaal onderwijs. Om de school te bereiken zijn de, lichamelijk en motorisch gehandicapte, leerlingen aangewezen op vervoer door speciale schoolbussen met behalve rijdend ook begeleidend personeel. Deze diensten werden ook eerder al door verweerster uitbesteed. De betreffende overeenkomst eindigde op 31 januari 2022.
- 2 Ongeveer vier maanden daarvóór heeft verweerster bij aankondiging van 20 september 2021 [omissis] via een openbare procedure een raamovereenkomst voor het vervoer van de gehandicapte leerlingen van de Schule an der Ruhraue op schooldagen voor de periode van 1 februari 2022 tot en met 31 juli 2027 in de hele

■■■■■

EU aanbesteed (Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, 2021/S 182-473842). De opdracht was verdeeld in drie gebiedspercelen.

- 3 Behalve verzoekster en medegegagvaarde hebben nog twee andere gegadigden hierop ingeschreven. Bij brief van 12 november 2021 heeft verweerster verzoekster op grond van § 134 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet inzake mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”) meegedeeld dat het voornemen bestond om de opdracht voor alle drie percelen te gunnen aan medegegagde. Na een vergeefse klacht heeft verzoekster op 22 november 2021 hiertegen beroep ingesteld.
- 4 Om te voorkomen dat het vervoer van de leerlingen vanaf 1 februari 2022, hangende het beroep, niet zou zijn gewaarborgd, heeft verweerster voor het tweede semester van schooljaar 2021/22 via een onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging een zogenaamde voorlopige aanbesteding voor zes maanden (1 februari t/m 31 juli 2022) geplaatst. In een notitie van 30 november 2021 heeft zij haar keuze voor deze procedure gemotiveerd. Zij gaf aan dat ook bij een openbare aanbesteding met een verkorte inschrijftermijn van vijftien dagen het vervoer niet kon worden gewaarborgd. Het onderzoek en de beoordeling van de inschrijvingen en de informatie op grond van § 134 GWB in aanmerking genomen, kon een gunning niet plaatsvinden vóór eind december 2021, waarschijnlijk zelfs niet vóór begin januari 2022, gelet op de kerstvakantie. De tot de aanvang van werkzaamheden resterende aanlooptijd van in dat geval een krappe maand was voor de te selecteren onderneming te kort om te kunnen voorzien in het noodzakelijke materieel en rijdend en begeleidend personeel.
- 5 Bij brief van 2 december 2021 heeft zij verzoekster, medegegagvaarde en beide andere inschrijvers van de op 20 september 2021 aangekondigde aanbestedingsprocedure uitgenodigd om uiterlijk op 13 december 2021 een inschrijving in te dienen. Zowel verzoekster als medegegagvaarde hebben hieraan gehoor gegeven. De percelen 1 en 2 werden gegund aan verzoekster. Bij e-mail van 22 december 2021 heeft verweerster verzoekster geïnformeerd dat diezelfde dag perceel 3 was gegund aan medegegagvaarde.
- 6 Na een vergeefse klacht heeft verzoekster tijdig beroep ingesteld bij de Vergabekammer Westfalen (aanbestedingskamer in eerste aanleg, Westfalen, Duitsland) en verzocht om de overeenkomst met medegegagvaarde ongeldig te verklaren. [omissis] De met medegegagvaarde gesloten overeenkomst was ongeldig op grond van § 135, lid 1, GWB, aangezien de wachttermijn overeenkomstig artikel 134, lid 1, GWB niet in acht was genomen en de keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging niet gerechtvaardigd was.
- 7 De Vergabekammer heeft het beroep bij beschikking van 9 februari 2022 [omissis] verworpen. [omissis] [nadere motivering van de afwijzing door de Vergabekammer]

- 8 Verzoekster heeft tegen deze beschikking van de Vergabekammer hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. Na afloop van de voorlopige aanbesteding per 31 juli 2022 en nadat de beroepsprocedure krachtens § 168, lid 2, tweede volzin, GWB was verlopen, heeft verzoekster vervolgens een vordering tot verklaring van recht ingesteld, teneinde vast te stellen dat zij door de sluiting van de overeenkomst tussen verweerster en medegegagvaarde in haar rechten is benadeeld. Omdat de uitvoering van de overeenkomst in strijd was met het aanbestedingsrecht en de opdracht aan verzoekster had moeten worden gegund, had zij schade geleden.

II.

- 9 Het slagen van het rechtsmiddel hangt volgens de Senat af van de beantwoording van de prejudiciële vraag. [omissis] Hierbij zijn de volgende rechtsoverwegingen van belang:
- 10 De Senat heeft geen bedenkingen tegen de ontvankelijkheid van de vordering tot verklaring van recht en van het oorspronkelijke beroep, met inbegrip van de eis tot schadevergoeding, dat met de afloop van de voorlopige aanbesteding is verlopen. Beslissend is alleen of de met medegegagvaarde gesloten overeenkomst nietig was op grond van § 135, lid 1, GWB.
- 11 De relevante beginselen zijn vervat in § 135, lid 1, en § 134 GWB en § 14, lid 4, punt 3, van de Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Duitse verordening inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten; hierna: „VgV”), die voor zover van toepassing als volgt luiden:
- 12 § 135 GWB Nietigheid
- (1) Een overheidsopdracht is van meet af aan nietig wanneer de aanbestedende dienst
1. § 134 heeft geschonden of
 2. de opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie, zonder dat dit wettelijk is toegestaan,
- en deze schending in een beroepsprocedure is vastgesteld.
- 13 § 134 GWB Informatie- en wachtplicht
- (1) Aanbestedende diensten moeten de inschrijvers wier inschrijvingen niet in aanmerking worden genomen onverwijld schriftelijk in kennis stellen van de naam van de onderneming waaraan de aanbesteding zal worden gegund, van de redenen voor de voorgenomen afwijzing van hun inschrijving en van de vroegste datum voor de sluiting van de overeenkomst. [...]

-
- (2) Een overeenkomst mag niet eerder worden gesloten dan vijftien kalenderdagen na het verzenden van de informatie als bedoel in lid 1. Indien de informatie wordt verzonden per fax of langs elektronische weg, bedraagt de termijn tien kalenderdagen. [...]
 - (3) De informatieplicht geldt niet in gevallen waarin de onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging gerechtvaardigd is wegens bijzondere spoedeisendheid. [...]

14 § 14 VgV Keuze van de procedure

[...]

- (4) De aanbestedende dienst kan opdrachten gunnen via een onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging,

[...]

- 3. in gevallen waarin het vanwege uiterst dringende en dwingende redenen die verband houden met gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien, onmogelijk is de voorgeschreven termijnen voor openbare procedures, niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures met oproep tot mededinging in acht te nemen; de ter rechtvaardiging van de onverwijlde spoed ingeroepen omstandigheden mogen niet aan de aanbestedende diensten te wijten zijn.

15 Naar het oordeel van de Senat is alleen doorslaggevend of verweerster de opdracht aan medegegagvaarde op grond van § 14, lid 4, punt 3 VgV via een onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging mocht gunnen, omdat dan een gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie bij wet was toegestaan en volgens de duidelijke bewoordingen van § 134, lid 3, eerste volzin, GWB ook de informatie- en wachtplicht verviel. Dit laatste is ook in overeenstemming met artikel 2 ter van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007.

16 Voor de spoedaanbesteding via de onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging op grond van § 14, lid 4, punt 3, VgV – waarin de vereisten voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van artikel 32, lid 2, onder c) van richtlijn 2014/24/EU worden omgezet in Duits recht en die dus conform de richtlijn moet worden uitgelegd – moeten uiterst dringende en dwingende redenen als gevolg van een gebeurtenis die door de aanbestedende dienst niet kon worden voorzien, onmogelijk maken dat de minimumtermijnen van andere soorten procedures in acht worden genomen, waarbij de ter rechtvaardiging van de onverwijlde spoed ingeroepen omstandigheden niet aan de aanbestedende dienst te wijten mogen zijn.

- 17 Volgens de rechtspraak van het Hof inzake artikel 6, lid 3, onder d), van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen moet daartoe cumulatief aan drie voorwaarden zijn voldaan [arrest van 15 oktober 2009, Commissie/Bondsrepubliek Duitsland, C-275/08, (omissis) punt 68]: er moet sprake zijn van (1) een onvoorzienbare gebeurtenis, (2) dringende en dwingende redenen die de inachtneming van de in andere procedures voorgeschreven termijnen onmogelijk maken, en (3) een oorzakelijk verband tussen de onvoorzienbare gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dringende en dwingende redenen [arrest van 15 oktober 2009, Commissie/Bondsrepubliek Duitsland, C-275/08, (omissis) punt 69]. Daarbij mogen de ter rechtvaardiging van de onverwijld spoed ingeroepen omstandigheden in geen geval aan de aanbestedende dienst te wijten zijn. Zin 2 van artikel 6, lid 3, onder d), van richtlijn 93/36/EEG is ongewijzigd overgenomen in artikel 32, lid 2, onder c), van richtlijn 2014/24/EU.
- 18 Aan het vereiste van dringende en dwingende redenen, op grond waarvan de in andere procedures voorgeschreven termijnen niet in acht kunnen worden genomen, is in casu naar de overtuiging van de Senat met betrekking tot de gunning van de opdracht in kwestie per 1 februari 2022 voldaan. De bestaande vervoersovereenkomst expireerde op 31 januari 2022. Het was in het algemeen belang van de gehandicapte, en dus kwetsbare groep leerlingen dringend noodzakelijk dat het vervoer naadloos doorliep. Gezien deze omstandigheden konden de voor andere procedures voorgeschreven minimumtermijnen niet in acht worden genomen. Volgens de berekening van verweerster in haar notitie van 30 november 2021 ging zij in geval van een openbare aanbesteding er niet van uit dat de opdracht voor eind december 2021 of begin januari 2022 kon worden gegund, waarbij zij begin 2022 het meest realistisch achtte. De minimale termijn was vijftien dagen. Indien zij op 2 december 2021 in plaats van de uitnodiging tot inschrijving een aankondiging van opdracht verzond, sloot de inschrijftermijn derhalve pas ten vroegste op 17 december. De volgende stap was de beoordeling van de inschrijvingen en het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers. Daarna moesten overeenkomstig § 134, lid 1, GWB de afgewezen inschrijvers worden geïnformeerd en ging overeenkomstig § 134, lid 2, GWB de wachttijd van tien dagen in. In dat geval had de te selecteren onderneming nog slechts een aanlooptijd van een krappe maand voor de aanvang van de werkzaamheden, onvoldoende om het noodzakelijke materieel en rijdend en begeleidend personeel te regelen. Althans mocht verweerster binnen haar beoordelingsruimte van deze veronderstelling uitgaan. Dat het waarborgen van regelmatig dagelijks leerlingenvervoer wat materieel en rijdend en begeleidend personeel betreft een zekere aanlooptijd vergt, is navolgbaar.
- 19 De verdere vereisten, te weten een onvoorzienbare gebeurtenis en een oorzakelijk verband tussen de onvoorzienbare gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dringende en dwingende redenen, ontbreken echter. Volgens overweging 109 van richtlijn 2014/24/EU betreft het begrip onvoorzienbare omstandigheden alleen omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal

■■■■■

zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan.

- 20 Bijgevolg kan de omstandigheid dat een correcte gunning van de vervoersopdracht in de op 20 september 2021 aangekondigde procedure wegens het instellen van beroep niet tijdig voor 1 februari 2022 mogelijk was, niet als onvoorzienbaar worden beschouwd. De aanbestedende dienst moet bij het inleiden van de gunningsprocedure anticiperen op mogelijke vertragingen door beroepsprocedures en zijn tijdsplanning daarop afstemmen (zie OLG Karlsruhe, beschikking van 27 maart 2015, 15 Verg 9/14 juris, punt 24). De procedure voor het plaatsen van de opdracht, die pas op 20 september 2021 is aangekondigd en die aanleiding heeft gegeven tot de mededeling uit hoofde van § 134 GWB op 12 november 2021, liet zelfs in het gunstigste geval geen ruimte voor een beroepsprocedure, uitgaande van een aanlooptijd voor de succesvolle inschrijver van meer dan een maand.
- 21 De daaruit voortvloeiende consequentie dat een tijdige gunning van de opdracht volgens het aanbestedingsrecht niet mogelijk was en dat een aanbestedende dienst die zich houdt aan het recht in vergelijkbare gevallen in de toekomst moet aanvaarden dat een dienst niet tijdig kan worden geleverd, is evenwel in de ogen van de Senat twijfelachtig in gevallen als hier aan de orde, waarin onafwijsbaar behoefte bestaat aan continuïteit van dienstverlening. Het niet plaatsen van een opdracht per 1 februari 2022 zou in het onderhavige geval tot gevolg hebben gehad dat de leerlingen van de Schule an der Ruhraue, die speciale zorg nodig hebben, de school alleen hadden kunnen bezoeken indien hun vervoer op particulier initiatief van hun ouders georganiseerd en uitgevoerd was. Zij hadden mogelijk helemaal niet naar school kunnen gaan en zouden beknot zijn geweest in hun recht op onderwijs en participatie.
- 22 In de Duitse rechtspraak wordt dan ook door sommige hogere rechters geoordeeld dat een gunning via de onderhandelingsprocedure zonder oproep tot mededinging bij onontbeerlijke diensten ten algemene nutte ook mogelijk is, wanneer de spoedeisendheid te wijten is aan tekortkomingen van de aanbestedende dienst; in dat geval weegt het aspect van toerekenbaarheid en voorzienbaarheid minder zwaar dan de noodzaak van continuïteit van dienstverlening, wanneer zwaarwegende rechtsbelangen als leven en welzijn en aanzienlijke vermogenswaarden rechtstreeks in gevaar worden gebracht [OLG Frankfurt, beschikking van 30 januari 2014, 11 Verg 15/13, juris, punt 50 (openbaar lokaal personenvervoer, stadsverkeersdiensten); OLG Celle, beschikking van 24 september 2014, 13 Verg 9/14, juris, punt 66 (gebied van veiligheid)]. In het op waarden en met name op grondrechten gebaseerde stelsel van de Duitse grondwet en de Unieverdragen moet de staat altijd en ongeacht eerdere tekortkomingen rechtmatig in staat zijn op noodsituaties te reageren of deze af te wenden, dat wil zeggen onmisbare diensten te verlenen (OLG Frankfurt a. M., Vergabesemat,

beschikking van 24 november 2022, 11 Verg 5/22, BeckRS 2022, 38371, punt 56).

- 23 De verwijzende Senat deelt dit standpunt ten aanzien van onmisbare diensten van algemeen belang. Hij is evenwel van mening dat artikel 32, lid 2, onder c), van richtlijn 2014/24/EU eraan in de weg staat dat § 14, lid 4, punt 3, VgV in overeenstemming hiermee restrictief wordt toegepast. Volgens de rechtspraak van het Hof vereist het beginsel volgens hetwelk het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht dient te worden uitgelegd, dat de nationale autoriteiten binnen hun bevoegdheden al het mogelijke doen om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de door het Unierecht nagestreefde doelstelling [arrest van 11 september 2019, DSL Bank/Romano, C-143/18, (omissis) punt 37]. De Senat acht de formulering van de richtlijn ondubbelzinnig in die zin dat de aspecten toerekenbaarheid en voorzienbaarheid niet buiten beschouwing mogen worden gelaten.
- 24 Naar zijn oordeel is er dus slechts ruimte voor een restrictieve uitlegging van § 14, lid 4, punt 3, VgV indien artikel 32, lid 2, onder c), van de richtlijn 2014/24/EU restrictief moet worden uitgelegd onder de formulering daarvan ten opzichte van hoger Unierecht, in die zin dat een gunning via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking geoorloofd is bij onontbeerlijke diensten ten algemene nutte, ook als de spoedeisendheid te wijten is aan tekortkomingen van de aanbestedende dienst, omdat het aspect van toerekenbaarheid en voorzienbaarheid minder zwaar weegt dan de noodzaak van continuïteit van dienstverlening.
- 25 Volgens de Senat kan artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dat de diensten van algemeen economisch belang waarborgt, worden beschouwd als een dergelijke norm van hoger Unierecht. Volgens deze [omissis] bepaling [omissis] dragen de Unie en de lidstaten, onverminderd artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en de artikelen 93, 106 en 107 van dit Verdrag en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Verdragen, zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.
- 26 In de van toepassing zijnde rechtsgeleerde commentaren wordt onder deze „diensten van algemeen economisch belang” verstaan „diensten van algemeen economisch belang” in de zin van artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU en artikel 36 VWEU, waarbij de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken [omissis]. Het moet gaan om een economische activiteit die concreet het algemeen belang dient en die wordt verricht zonder rekening te houden met bijzondere gevallen en de economische efficiëntie van elke afzonderlijke

■■■■■

verrichting. Zij omvat in elk geval de economische diensten die in het algemeen belang worden verricht en waarvan het activiteitenprofiel kan worden omschreven met het begrip „diensten van algemeen belang” [(omissis) (rechtsliteratuur); zie ook de mededeling van de Commissie over de diensten van algemeen belang in Europa over ex-artikel 16 van het EG-Verdrag, PB 2001 C 17/4; BayObLG, Vergabesenat, beschikking van 31 oktober 2022, Verg 13/22, BeckRS 2022, 35589, punt 37].

27 Onder deze diensten valt het hier aan de orde zijnde vervoer van gehandicapte leerlingen naar de Schule an der Ruhraue. Naar het oordeel van de Senat bestaat er dus een spanningsveld tussen de fundamenteel duidelijke en ondubbelzinnige formulering van artikel 32, lid 2, onder c), van richtlijn 2014/24/EU en de verplichting ex artikel 14 VWEU voor de lidstaten en de Unie om er in positieve zin voor te zorgen dat de verantwoordelijken voor diensten van algemeen economisch belang hun taken naar behoren kunnen vervullen door passende randvoorwaarden te scheppen, welk spanningsveld slechts ten nadele van een van beide bepalingen kan worden weggenomen, waarbij de voorkeur van de Senat uitgaat naar een op artikel 14 VWEU gebaseerde waarborging van diensten van algemeen belang, waarbij de richtlijn restrictief wordt uitgelegd.

28 [omissis]