



Datum van inontvangstneming : 12/06/2019

Zaak C-327/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

19 april 2019

Verwijzende rechter:

Korkein hallinto-oikeus (Finland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 april 2019

Verzoekende partij:

Nobina Finland Oy

Andere partijen in de procedure:

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Overheidsopdracht – Opdeling van een opdracht in percelen – Beperking van het aantal percelen van deze opdracht dat aan één inschrijver kan worden gegund – Beperkingsclausule – Uitnodiging tot inschrijving – Busvervoer

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

De Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä (vervoersmaatschappij voor de regio Helsinki, Finland; hierna: „HSL”) maakte in het Publicatieblad van de Europese Unie van 25 augustus 2015, met een aankondiging van een opdracht in de nutssectoren, een oproep tot mededinging voor een opdracht inzake busvervoer bekend, die via de openbare procedure moet worden gegund.

HSL is een aanbestedende instantie die binnen het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en

energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna: „richtlijn nutsbedrijven 2004”) valt.

De opdracht voor busvervoer in kwestie valt onder categorie 2 van bijlage XVII A bij richtlijn nutsbedrijven 2004 „Vervoer te land, met inbegrip van vervoer per pantserwagen en koerier, met uitzondering van postvervoer”. Het geraamde totaalbedrag van de opdracht exclusief btw beloopt ongeveer 60 miljoen EUR en is groter dan het in artikel 16 van richtlijn nutsbedrijven 2004 vastgelegde drempelbedrag.

In deze zaak gaat het om de vraag of de aanbestedende dienst het aantal percelen van deze opdracht die aan één inschrijver kunnen worden gegund, mocht beperken overeenkomstig een clause die door hem in de uitnodiging tot inschrijving was opgenomen (hierna: „beperkingsclausule”).

Door de toepassing van de beperkingsclausule in de oproep tot mededinging werd voorwerp 210 van de opdracht gegund aan Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (hierna: „Pohjolan Kaupunkiliikenne”), die de op één na beste inschrijving had ingediend, en niet aan Nobina Finland Oy (hierna: „Nobina”), die de beste inschrijving had ingediend.

Prejudiciële vragen

1. Verzet richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (richtlijn nutsbedrijven 2004) zich tegen een uitlegging volgens welke een aanbestedende dienst, in een situatie waarin op meerdere of alle percelen van een opdracht kan worden ingeschreven, met een clause in de uitnodiging tot inschrijving het aantal percelen dat aan één inschrijver mag worden gegund kan beperken (beperkingsclausule)?

2. De beperkingsclausule die in de in casu betrokken oproep tot mededinging voor het busvervoer is opgenomen, bepaalt dat wanneer de aan een inschrijver gegunde voorwerpen van de opdracht het in de clause vastgelegde maximumaantal voertuigdagen overschrijden, het voorwerp van de opdracht waarbij het puntenverschil tussen de beste en de op één na beste inschrijving, vermenigvuldigd met het aantal voertuigen van dat voorwerp van de opdracht, het kleinst is, overgaat naar de inschrijver die de op één na beste inschrijving heeft ingediend. De toepassing van de beperkingsclausule kan ertoe leiden dat aan de inschrijver die de beste inschrijving voor het voorwerp in kwestie heeft ingediend, op grond van de oproep tot mededinging, in totaal minder voertuigdagen worden gegund dan aan de inschrijver die de op een na beste inschrijving voor dat voorwerp van de opdracht heeft ingediend.

a) Kan bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de beperkingsclausule rekening worden gehouden met het concrete resultaat waartoe de toepassing van

de in de oproep tot mededinging vervatte beperkingsclausule zou kunnen leiden, of moet in abstracto worden beoordeeld of een beperkingsclausule als aan de orde in het hoofdgeding volgens de richtlijn nutsbedrijven 2004 al dan niet is toegestaan?

b) Zijn de in de uitnodiging tot inschrijving ter motivering van de clausule opgegeven omstandigheden, die verband houden met de vrijwaring van de concurrentiesituatie op het gebied van het vervoer per lijnbus in de regio Helsinki en met het verminderen van het bedrijfsrisico dat de overname van een groot vervoersvolume en het verzorgen van het vervoer op gewijzigde lijnen voor de kwaliteit van de vervoersvoorziening meebrengt, van belang bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een beperkingsclausule als aan de orde in het hoofdgeding?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikelen 10, 17 en 55 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, alsmede bijlage XII bij deze richtlijn

Bijlage VII bij richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten

Artikel 65 en overweging 88 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG

De in richtlijn 2014/25/EU vastgelegde termijn voor de omzetting ervan in nationaal recht verstreek op 18 april 2016, maar ten tijde van de aanvang van de aanbestedingsprocedure door HSL op 25 augustus 2015 was de richtlijn in Finland echter nog niet omgezet. Hoewel de richtlijn in deze zaak *ratione temporis* niet van toepassing is, acht de korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland) de verwijzing naar de bepalingen van deze richtlijn nuttig.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

§§ 2 en 54 van wet 349/2007 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten

Richtlijn 2004/17/EG werd in Finland omgezet bij wet 349/2007.

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 De uitnodiging tot inschrijving heeft betrekking op overheidsopdrachten voor diensten. De aanbesteding betreft een prestatie-kosten-aanbesteding, waarbij een busvervoersbedrijf overeenkomstig de door de aanbestedende dienst vastgestelde dienstregeling en de opzet daarvan een inschrijving indient voor de exploitatie van de in een voorwerp van de opdracht vervatte buslijnen.
- 2 De uitnodiging tot inschrijving bevatte twaalf voorwerpen van de opdracht, waarvan drie voorwerpen van de opdracht waaruit kon worden gekozen. De voorwerpen bestonden uit een of meer buslijnen in de regio Helsinki. Blijkens de uitnodiging tot inschrijving bedraagt het aanbestede vervoersvolume tussen 13,6 en 14,7 miljoen kilometer aan buslijnen per jaar, waarvoor per werkdag tussen 198 en 206 bussen nodig zijn. Het aandeel van het aanbestede vervoer bedraagt ongeveer 15 % van het door HSL uitbestede aantal kilometers aan buslijnen en ongeveer 16 % van het aantal voertuigen van HSL. Het aantal voertuigdagen dat in de verschillende voorwerpen van de uitnodiging tot inschrijving is vermeld, dat wil zeggen het benodigde aantal voertuigen per werkdag, varieerde van 5 tot 39 voertuigen.
- 3 Volgens de uitnodiging tot inschrijving wordt de opdracht betreffende de voorwerpen gegund voor een periode van zeven jaar. Voorts bevatten de opdrachten een optieclausule volgens welke de opdrachten voor maximaal drie jaar kunnen worden verlengd.
- 4 Uit de uitnodiging tot inschrijving blijkt dat voorwerp 210 van de opdracht, dat door de toepassing van de beperkingsclausule werd overgedragen van Nobina aan Pohjolan Kaupunkiliikenne, uit drie lijnen bestaat, waarvan de exploitatie de inzet van 26 voertuigen per werkdag vereist, waarmee ongeveer 1,87 miljoen kilometer per jaar wordt gereden.
- 5 In de uitnodiging tot inschrijving stond dat er voor een of meer voorwerpen van de opdracht inschrijvingen konden worden ingediend. De inschrijving moest steeds voor het gehele voorwerp worden opgesteld en de voorwerpen van de opdracht mochten niet worden opgedeeld in percelen. Als gunningscriterium was het macro-economisch voordeel opgegeven, dat met inachtneming van de totale kost van de vervoersvoorziening en de kenmerken van de lijnbussenvloot als kwaliteitsfactoren wordt geraamd.
- 6 De in de hier relevante aanbestedingsronde gehanteerde beperkingsclausule behelsde een beperking ten aanzien van het maximale vervoersvolume dat aan een inschrijvende onderneming of een tot dezelfde ondernemingsgroep of combinatie van inschrijvers behorende onderneming in de aanbestedingsronde kon worden gegund. De beperkingsclausule luidde als volgt:

„In deze aanbestedingsronde kunnen aan één inschrijver voorwerpen van de opdracht voor de exploitatie van maximaal 110 lijnbussen worden gegund. Wanneer een vergelijking van de inschrijvingen voor alle in deze

aanbestedingsronde opgenomen voorwerpen van de opdracht zou aantonen dat aan een inschrijver voorwerpen worden gegund waarbij het in de omschrijving van het voorwerp van de opdracht vermelde aantal voertuigdagen bij elkaar opgeteld hoger is dan 110, wordt voor deze voorwerpen van de opdracht een verschil berekend. Dit verschil is de uitkomst van het puntenverschil tussen de beste en de op één na beste inschrijving, op basis van de vergelijkende evaluatie van de inschrijvingen, vermenigvuldigd met het aantal voertuigen van het voorwerp van de opdracht. De voorwerpen van de opdracht worden op basis van het verschil in een ranglijst opgenomen. Voorwerpen van de opdracht met het kleinste verschil worden gegund aan de op één na beste inschrijving volgens de op het verschil gebaseerde ranglijst totdat een inschrijver in totaal 110 voertuigen in het kader van de voorwerpen toegewezen heeft gekregen. Deze beperking moet zo worden toegepast dat het gecombineerde effect van de gewijzigde uitkomsten voor de aanbestedende dienst ten aanzien van het macro-economisch voordeel dat de opdracht oplevert, zo gering mogelijk is.”

- 7 HSL heeft als reden voor de beperkingsclausule aangevoerd dat het in de in casu relevante aanbestedingsronde te gunnen totale vervoersvolume buitengewoon hoog is. Het doel van de beperking bestaat erin de bestaande concurrentiesituatie op de markt voor busvervoer in de regio Helsinki te waarborgen en het bedrijfsrisico te verminderen dat door de overname van een groot vervoersvolume en het verzorgen van het vervoer op gewijzigde lijnen ontstaat voor de kwaliteit van de vervoersvoorziening. De aanbestedende dienst achtte de beperking verenigbaar met de doelstellingen en de procedures van de aanbestedingsrichtlijn van 2014.
- 8 Blijkens de stukken van het gunningsbesluit heeft Nobina voor zes voorwerpen van de opdracht de beste inschrijving ingediend. Het aantal voertuigen van de desbetreffende voorwerpen van de opdracht bedroeg 120, wat meer is dan het in de beperkingsclausule bepaalde vervoersvolume van 110 lijnbussen. Het aantal lijnbussen van de twee aan Pohjolan Kaupunkiliikenne toegewezen voorwerpen van de opdracht bedroeg 72. Volgens de in de uitnodiging tot inschrijving opgenomen beperkingsclausule met betrekking tot het vervoersvolume van 110 lijnbussen is voorwerp 210 van de opdracht op grond van het kleinste verschil overgedragen van Nobina, die de beste inschrijving had ingediend, aan Pohjolan Kaupunkiliikenne, die de op een na beste inschrijving had ingediend. Na toepassing van de beperkingsclausule bedraagt het aantal lijnbussen bij Nobina 94 en bij Pohjolan Kaupunkiliikenne 98.

Samenvatting van het procesverloop en wezenlijke argumenten van partijen

Markkinaoikeus (handelsrechter, Finland)

- 9 De *markkinaoikeus*, waarbij de zaak in eerste aanleg aanhangig was, oordeelde dat de betreffende beperkingsclausule niet als discriminerend, onevenwichtig of anderszins in strijd met de voorschriften inzake het plaatsen van

overheidsopdrachten kan worden beschouwd. De markkinaoikeus verwierp het beroep van Nobina ten aanzien van het middel in verband met de beperkingsclausule.

- 10 Volgens de markkinaoikeus konden de door HSL opgegeven doelstellingen van de door haar toegepaste beperkingsclausule niet worden geacht in strijd te zijn met de voorschriften inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Op basis van deze doelstellingen – zoals uit de voorbereidende werkzaamheden voor de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 blijkt – kon de deelneming van een inschrijver met betrekking tot de percelen van een opdracht worden beperkt.
- 11 De markkinaoikeus verwees met genoemde voorbereidende werkzaamheden naar het ontwerp van de aanbestedingsrichtlijn van de Raad van de Europese Unie 18966/11 MAP 10 MI 686 van 21 februari 2012 over groep 5 met betrekking tot de deelneming van kleine en middelgrote ondernemingen aan de aanbesteding van overheidsopdrachten. Uit het ontwerp blijkt dat de aanbestedende diensten de deelneming van inschrijvers aan percelen van een opdracht reeds vóór de inwerkingtreding van de aanbestedingsrichtlijn van 2014 konden beperken. Overeenkomstig het ontwerp hebben de aanbestedende diensten mogelijkerwijs een gegronde reden om te vermijden dat alle percelen van een opdracht aan één inschrijver worden gegund. Een gegronde reden kan betrekking hebben op het waarborgen van een ruim aantal leveranciers om tegen te gaan dat een leverancier een dominante positie verwerft, dan wel om te voorkomen dat de overheersende positie van een ondernemer wordt verstrekt, of op aspecten betreffende de voorzieningszekerheid.
- 12 De markkinaoikeus stelde in zijn beslissing vast dat de beperkingsclausule in de uitnodiging tot inschrijving was bekendgemaakt en tot alle inschrijvers was gericht. Het is niet aannemelijk dat de beperkingsclausule, gelet op het vereiste van een macro-economisch voordeel, verschilt van de toelaatbaar geachte situatie, waarin een opdracht in percelen is opgedeeld en de deelneming van één enkele inschrijver aan een aanbesteding van overheidsopdrachten met betrekking tot de percelen beperkt is.

Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland)

- 13 Nobina heeft in haar beroep aangevoerd dat de toepassing van de beperkingsclausule niet ertoe heeft geleid dat de economisch voordeligste inschrijving wordt gekozen.
- 14 Nobina stelt dat op grond van de aanbestedingsrichtlijnen van 2004 enkel een voorafgaande opdeling van een opdracht in percelen is toegestaan. HSL heeft het aantal percelen waarvoor een inschrijver een inschrijving kon indienen niet op voorhand beperkt, maar de beperking is gebaseerd op een vermindering die achteraf heeft plaatsgevonden. Een voorafgaande beperking en een beperkingsclausule die achteraf wordt toegepast zijn uit het oogpunt van het macro-economisch voordeel geen vergelijkbare procedures.

- 15 De beperkingsclausule druist in ieder geval in tegen de Unierechtelijke beginselen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Zij is in strijd met de beginselen van evenredigheid, van transparantie, van onpartijdigheid en met het discriminatieverbod, en kan de mededinging vervalsen.
- 16 De achteraf plaatsvindende beperking van de toegewezen voorwerpen van de opdracht leidt tot nutteloos geoptimaliseerde inschrijvingen en het gebruik van overheidsmiddelen voor de op een na beste inschrijving. De clausule is niet noodzakelijk om de concurrentiesituatie te handhaven en het bedrijfsrisico te verlagen. Zij bevordert de concurrentiesituatie op langere termijn niet, maar kan de mededinging belemmeren en het prijsniveau verhogen.
- 17 De aanbestedende dienst grijpt met deze beperkingsclausule in op de mededingingsvoorwaarden op de markt. De clausule kan op onvoorziene en willekeurige wijze worden toegepast en zo een onevenredig effect op de definitieve positie van een inschrijver in de aanbestedingsprocedure hebben. Andere exploitanten dan Nobina hadden hun marktaandeel in het vervoer in de regio Helsinki ondanks de beperkingsclausule kunnen vergroten.
- 18 HSL stelt dat ten aanzien van de percelen van de opdracht de economisch voordeligste inschrijvingen met inachtneming van de beperkingsclausule zijn geselecteerd en dat de aanbestedende instantie niet in strijd met de aanbestedingsregels heeft gehandeld.
- 19 De richtlijnen van 2014 bevatten bepalingen die de toepassing van de beperkingsclausule toestaan. Zij sloten aan bij de volgens het bestaande aanbestedingsrecht geldende beginsel van de vrijwaring van de mededinging. Hoewel in vorige wetgeving bepalingen over de opdeling van overheidsopdrachten ontbraken, kwam het volgens de vorige wetgeving ook aan de openbare aanbestedende dienst toe om dat te regelen.
- 20 Uit bijlage VII A bij de aanbestedingsrichtlijn van 2004, de in de beslissing van de markkinaoikeus genoemde voorbereidende werkzaamheden en het werkdocument van de Commissie SEC (2008) 2193 van 25 juni 2008 kan worden geconcludeerd dat de betrokken beperkingsclausule op grond van de richtlijn van 2004 mocht worden toegepast.
- 21 Volgens de door HSL toegepaste beperkingsclausule diende de inschrijver voor alle percelen van de opdracht een inschrijving in te dienen en kon hij voor meerdere percelen van de opdracht worden geselecteerd. Ten opzichte van de beperking van het aantal aangeboden percelen is de beperkingsclausule vanuit het oogpunt van de inschrijver een minder ingrijpend alternatief.
- 22 Hoewel de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 ten tijde van de aanvang van de aanbestedingsprocedure nog niet in nationaal recht waren omgezet, was HSL gerechtigd om de minder ingrijpende beperkingsclausule toe te passen, omdat dit niet in strijd met nationale wetgeving was.

- 23 Het feit dat ook in toekomstige oproepen tot mededinging gebruik wordt gemaakt van mededingingsmogelijkheden en de omstandigheid dat de aanbestedende instantie niet te zeer afhankelijk is van de voorzieningszekerheid waarvoor een enkele leverancier instaat, kunnen worden beschouwd als legitieme doelstellingen die met de beperkingsclausule kunnen worden verwezenlijkt. De beperkingsclausule is niet in strijd met de aanbestedingsbeginselen toegepast.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 24 Volgens de korkein hallinto-oikeus valt de opdracht in kwestie binnen het toepassingsgebied van de richtlijn nutsbedrijven van 2004, zodat op grond van de bepalingen van deze richtlijn moet worden beslist over de toelaatbaarheid van de beperkingsclausule. Voor de juridische beoordeling van het geschil is het echter niet van belang of de richtlijn nutsbedrijven van 2004, dan wel de aanbestedingsrichtlijn van 2004 van toepassing is daar de bepalingen in deze richtlijnen ten aanzien van de te beantwoorden vraag met elkaar overeenstemmen.
- 25 De korkein hallinto-oikeus acht een verzoek om een prejudiciële vraag in casu absoluut noodzakelijk. Duidelijk moet worden of de richtlijn nutsbedrijven van 2004, in een situatie waarin een inschrijver overeenkomstig de uitnodiging tot inschrijving voor meerdere of alle percelen van een opdracht een inschrijving kan indienen, eraan in de weg staat dat de aanbestedende instantie, eveneens overeenkomstig de uitnodiging tot inschrijving, het aantal percelen van de opdracht dat aan één inschrijver kan worden gegund, in zijn gunningsbeslissing kan beperken.
- 26 Bovendien moet worden uitgelegd welke betekenis voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de beperkingsclausule moet worden toegeschreven aan het feit dat de richtlijn nutsbedrijven 2004 de opdeling van opdrachten in percelen niet uitdrukkelijk regelt en het gunningscriterium overeenkomstig deze richtlijn de economisch meest voordelige inschrijving of de laagste prijs moet zijn.
- 27 Voorts moet worden uitgelegd of bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de beperkingsclausule rekening kan worden gehouden met het concrete resultaat waartoe de toepassing van de clausule in de oproep tot mededinging zou kunnen leiden.
- 28 Volgens de korkein hallinto-oikeus heeft het Hof zich nog niet gebogen over zaken betreffende de vraag of het aantal percelen dat aan slechts één inschrijver kan worden gegund, kan worden beperkt op grond van de richtlijnen van 2004.
- 29 Volgens de korkein hallinto-oikeus is bij het Hof ook geen prejudiciële verwijzing met betrekking tot artikel 65, lid 2, van de richtlijn nutsbedrijven 2014 of de daarmee overeenkomstige bepaling van de aanbestedingsrichtlijn aanhangig.
- 30 De richtlijnen van 2004 bevatten geen expliciete regeling inzake de mogelijkheid van de aanbestedende instantie om de opdracht op te delen in percelen en om het

aantal percelen waarvoor een inschrijving kan worden ingediend te beperken. Gelet op artikel 17, lid 6, onder a), en punt 5, onder b), van bijlage XIII bij de richtlijn nutsbedrijven 2004 en de overeenkomstige bepalingen van de aanbestedingsrichtlijn van 2004 is het volgens de korkein hallinto-oikeus duidelijk dat een dergelijke opdeling van de opdracht mogelijk is.

- 31** De beperking van het aantal percelen van een opdracht waarvoor de inschrijver een inschrijving kan indienen en de beperking van het aantal percelen van een opdracht dat aan één inschrijver kan worden gegund, zijn niet geheel vergelijkbaar. In het eerste geval moet de inschrijver reeds bij indiening van de inschrijving het perceel kiezen waarvoor hij een inschrijving zal indienen, en wordt de economisch meest voordelige inschrijving of de inschrijving met de laagste prijs geselecteerd. In het laatste geval kan de inschrijver desgewenst op alle percelen van de opdracht inschrijven, maar door de toepassing van de beperkingsclausule kan voor één perceel van de opdracht de economisch op een na voordeligste inschrijving of de inschrijving met de op een na laagste prijs worden geselecteerd.
- 32** Anderzijds kan de pas na indiening van de inschrijvingen toe te passen beperkingsclausule voor de inschrijver voordeliger zijn dan een voorafgaande beperking van de inschrijvingen, daar de inschrijver desgewenst op meerdere of alle percelen van de opdracht kan inschrijven en de beperkingsclausule mogelijkwelks helemaal niet wordt toegepast.
- 33** De inschrijvers of aanbestedende instanties weten op voorhand niet op welk voorwerp van de opdracht in de uitnodiging tot inschrijving of op welk perceel van de opdracht de beperkingsclausule mogelijkwelks zal worden toegepast. In de praktijk verschilt deze situatie op zich niet van een oproep tot mededinging zonder beperkingsclausule, omdat de inschrijver in dat geval ook niet op voorhand weet of zijn inschrijving al of niet wordt geselecteerd.
- 34** Volgens de uitnodiging tot inschrijving van HSL moest op de afzonderlijke voorwerpen van de opdracht in de oproep tot mededinging worden ingeschreven. Als drempelwaarde voor de toepassing van de beperkingsclausule werd echter niet het aantal aan de inschrijver gegunde voorwerpen gehanteerd, maar het aantal aan de inschrijver gegunde lijnbusdagen. De korkein hallinto-oikeus gaat ervan uit dat het aantal gegunde voertuigdagen in de clausule als het maximumaantal is vastgelegd omdat de verschillende voorwerpen van de opdracht in de oproep tot mededinging ten aanzien van het vervoersvolume van omvang verschilden.
- 35** Bij toepassing van de beperkingsclausule wordt het voorwerp van de opdracht of worden de in de oproep tot mededinging vervatte voorwerpen van de opdracht als geheel aan de op één na beste inschrijver overgedragen, en niet enkel voor wat betreft de voertuigdagen die de drempelwaarde overschrijden. Het voorwerp of de voorwerpen van de opdracht wordt/worden overgedragen aan de inschrijver die de op één na beste inschrijving heeft ingediend en bij wie het puntenverschil tussen de beste en de op één na beste inschrijving, vermenigvuldigd met het aantal

voertuigen in het voorwerp van de opdracht, het kleinst is. Volgens HSL is de clausule zodanig geformuleerd dat de gevolgen van de toepassing ervan op het macro-economisch voordeel van de opdrachten zo gering mogelijk zijn.

- 36** In dit geval was het resultaat van de oproep tot mededinging, wegens de toepassing van de beperkingsclausule, evenwel dat het totaal aantal voertuigen van Nobina op de lijnbusdagen daalde van 120 naar 94 voertuigen, wat dus lager was dan het totaal aantal lijnbusdagen van Pohjolan Kaupunkiliikennes, waarvan het aantal voertuigen steeg van 72 naar 98. De overdracht van het voorwerp van de opdracht door de inschrijver die de beste inschrijving daarvoor had ingediend aan de inschrijver die de op een na beste inschrijving daarvoor had ingediend, had tot gevolg dat aan de eerstgenoemde inschrijver, op grond van de oproep tot mededinging, in totaal minder lijnbusdagen werden gegund dan aan de laatstgenoemde inschrijver. Ondanks de beperkingsclausule won Nobina meer voorwerpen van de opdracht dan Pohjolan Kaupunkiliikennes.
- 37** De toepassing van een beperkingsclausule als in casu aan de orde zou – ten opzichte van dit geval – de uitkomst van de oproep tot mededinging nog meer kunnen vertekenen en voor de inschrijver zou het door de clausule, onder bepaalde omstandigheden, voordeliger zijn om bij de vergelijking van de inschrijvingen als tweede te worden gerangschikt. Indien het aantal aan een inschrijver gegunde voertuigdagen bijvoorbeeld 111 zou bedragen en indien het opgetekende verschil betreffende het aantal voertuigen het kleinst was bij het grootste voorwerp van de opdracht, dat wil zeggen het voorwerp met 39 voertuigen, dan zou door de overschrijding van de vastgelegde drempelwaarde met slechts één voertuigdag het uit 39 voertuigen bestaande volledige voorwerp van de opdracht worden verloren. Omdat behalve het puntenverschil tussen de inschrijvingen ook het aantal voertuigen van het voorwerp van de opdracht gevolgen heeft voor de bepaling van het voorwerp van de opdracht dat aan de op één na beste inschrijver wordt overgedragen, is het echter meer waarschijnlijk dat niet het voorwerp van de opdracht met de meeste voertuigen door de winnende inschrijver zal worden overgedragen aan een andere inschrijver, maar wel een ander voorwerp.
- 38** In het licht van het bovenstaande heeft de korkein hallinto-oikeus zich tevens afgevraagd of de toelaatbaarheid van de beperkingsclausule in abstracto moet worden beoordeeld of de opneming van de clausule in de aankondiging van de opdracht en in de uitnodiging tot inschrijving op grond van de richtlijn nutsbedrijven 2004 al dan niet is toegestaan, dan wel of bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de beperkingsclausule rekening kan worden gehouden met de uitkomst van de oproep tot mededinging waartoe de toepassing van de clausule in concreto zou leiden. De korkein hallinto-oikeus acht het om redenen van rechtszekerheid en voorzienbaarheid in beginsel problematisch dat de rechtsgeldigheid van een in de uitnodiging tot inschrijving opgenomen en derhalve door de inschrijvers gekende beperkingsclausule per geval zou worden beoordeeld op grond van de uitkomst van de uitnodiging tot inschrijving.

- 39** In het geval dat de beperkingsclausule niet verenigbaar zou zijn met de in artikel 55, lid 1, van richtlijn nutsbedrijven 2004 vervatte bepalingen over de gunningscriteria, zou ook de richtlijn van 2014, die de beperking van het aantal percelen dat aan één inschrijver kan worden gegund uitdrukkelijk toestaat, een soortgelijke onverenigbaarheid bevatten.
- 40** De redenen voor de toepassing van de beperkingsclausule, die in de aankondiging van de opdracht en in de uitnodiging tot inschrijving zijn vermeld, komen overeen met de in overweging 88 van de richtlijn nutsbedrijven van 2014 genoemde redenen voor de bepaling in de richtlijn, krachtens welke de aanbestedende instantie het aantal percelen van een opdracht dat aan één inschrijver wordt gegund mag beperken. De toepassing van de beperkingsclausule strekt tot bescherming van de vrijwaring van de mededinging. De vrijwaring van de effectieve mededinging op de markt zorgt ervoor dat de opdrachten van de aanbestedende instantie op lange termijn in hun geheel beschouwd macro-economisch voordeliger zijn.