



Datum van  
inontvangstneming

:

08/09/2021

**Zaak C-376/21**

**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:**

17 juni 2021

**Verwijzende rechter:**

Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

28 mei 2021

**Verzoekende partij tot cassatie:**

Zamestnik-ministar na regionalno razvitiie i blagoustroystvoto en rakovoditel na Upravliavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014-2020 (viceminister van Regionale Ontwikkeling en Infrastructuur en hoofd van de managementautoriteit van het operationele programma „Regio’s in groei” 2014-2020)

**Verwerende partij in cassatie:**

Obshtina Razlog (gemeente Razlog, Bulgarije)

---

**Voorwerp van het hoofdgeding**

Cassatieberoep tegen een beslissing van de bestuursrechter in eerste aanleg tot toewijzing van een beroep tegen een besluit betreffende de vaststelling van een financiële correctie dat was uitgevaardigd door de managementautoriteit van een door de Europese Unie gefinancierd operationeel programma.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, VWEU

## **Prejudiciële vragen**

1) Moeten artikel 160, leden 1 en 2, van verordening 2018/1046 alsmede artikel 102, leden 1 en 2, van verordening nr. 966/2012 aldus worden uitgelegd dat zij ook gelden voor aanbestedende diensten van de lidstaten van de Europese Unie, wanneer de door hen aanbestede overheidsopdrachten met middelen uit de Europese Structuur- en Investeringsfondsen (ESIF) worden gefinancierd?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Moeten de in artikel 160, lid 1, van verordening 2018/1046 en in artikel 102, lid 1, van verordening nr. 966/2012 verankerde beginselen van transparantie, evenredigheid, gelijke behandeling en non-discriminatie aldus worden uitgelegd dat deze bij de aanbesteding van een overheidsopdracht niet in de weg staan aan een volledige beperking van de mededinging door een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht geen specifieke kenmerken heeft die objectief gezien ertoe nopen dat deze alleen wordt uitgevoerd door de ondernemer die is uitgenodigd voor onderhandelingen? Moeten met name artikel 160, leden 1 en 2, juncto artikel 164, lid 1, onder d), van verordening 2018/1046 en artikel 102, leden 1 en 2, juncto artikel 104, lid 1, onder d), van verordening nr. 966/2012 aldus worden uitgelegd dat deze niet in de weg staan aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die inhoudt dat de aanbestedende dienst na de stopzetting van een aanbestedingsprocedure op grond dat de enige ingediende inschrijving ongeschikt is, slechts één ondernemer tot deelneming aan een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan uitnodigen, wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht geen specifieke kenmerken heeft die objectief gezien ertoe nopen dat deze alleen wordt uitgevoerd door de ondernemer die is uitgenodigd voor de onderhandelingen?

## **Aangevoerde bepalingen en rechtspraak van de Europese Unie**

Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 (PB 2018, L 193, blz. 1): artikel 160, leden 1 en 2, en artikel 164, lid 1, onder d)

Verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 (PB 2012, L 298, blz. 1): artikel 102, leden 1 en 2, en artikel 104, lid 1, onder d)

## Nationale bepalingen

Zakon za obshtestvenite porachki (wet inzake overheidsopdrachten; hierna: „ZOP”): artikel 2, lid 1, punten 1 en 2, alsmede lid 2, artikel 5, leden 1 en 2, punt 9, artikel 18, leden 1, 2 en 7, artikel 79, lid 1, punt 1, artikel 110, lid 1, punten 1 en 2, artikel 182, lid 1, punt 2, artikel 191, lid 1, punt 1

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeiskite strukturni i investitsionni fondove (wet inzake het beheer van middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen; hierna: „ZUSESIF”): artikel 70, lid 1, punt 9

Pravilnik za prilagane na Zakona za obshtestvenite porachki (verordening betreffende de uitvoering van de wet inzake overheidsopdrachten; hierna: „PPZOP”): artikel 64, leden 1 en 3

## Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 Bij overeenkomst van 9 december 2016 tussen de gemeente Razlog en de managementautoriteit van het operationele programma „Regio’s in groei 2014-2020” (hierna: „operationeel programma”) is aan deze gemeente financiële steun verleend voor de uitvoering van het projectvoorstel BG16RFOP001-3.002-0025 („Investerings ter ontwikkeling van de onderwijsinfrastructuur teneinde het gehele leerproces aan het landbouwkundig gymnasium van de stad Razlog te verbeteren”).
- 2 Voor de uitvoering van het project volgde de gemeente Razlog als aanbestedende dienst een procedure voor de aanbesteding van een overheidsopdracht, te weten een uit vier percelen bestaande openbare aanbesteding met als voorwerp: „Beschikbaarstelling van technische middelen, voorzieningen en faciliteiten ten behoeve van het landbouwkundig gymnasium – stad Razlog”.
- 3 Bij besluit van 1 november 2017 is de procedure ten aanzien van perceel nr. 2 stopgezet, aangezien slechts één inschrijving was ingediend, die niet overeenstemming was met de vooraf bekendgemaakte voorwaarden van de opdracht.
- 4 Bij besluit van 1 december 2017 heeft de aanbestedende dienst een nieuwe procedure geopend voor hetzelfde voorwerp, maar deze keer als „onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking” overeenkomstig artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP. De keuze voor deze wijze van aanbesteding werd aldus gemotiveerd dat in de voorafgaande openbare aanbestedingsprocedure geen geschikte inschrijving was ingediend en dat de oorspronkelijke voor het stopgezette perceel bekendgemaakte voorwaarden van de opdracht niet waren gewijzigd.
- 5 In de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft de aanbestedende dienst slechts één ondernemer voor onderhandelingen uitgenodigd.

Met hem is de overeenkomst tot uitvoering van overheidsopdracht nr. 681 van 29 december 2017 gesloten, die de „Levering van metalen apparatuur ten behoeve van het landbouwkundig gymnasium van de stad Razlog” als voorwerp had en waarvan de opdrachtwaarde 33 907 BGN exclusief btw beliep.

- 6 Bij het Ministerie voor Regionale Ontwikkeling en Infrastructuur is een klacht binnengekomen dat de wijze waarop de procedure is gevolgd onregelmatig was omdat slechts één ondernemer voor onderhandelingen was uitgenodigd. De viceminister van Regionale Ontwikkeling en Infrastructuur, die ook hoofd is van de managementautoriteit van het operationele programma, heeft de begunstigde (gemeente Razlog) geïnformeerd over de ontvangst van een klacht en over het inleiden van een procedure tot vaststelling van een financiële correctie.
- 7 De begunstigde heeft in haar schriftelijke opmerkingen aan deze autoriteit erop gewezen dat in het kader van de litigieuze aanbestedingsprocedure geen wettelijk verbod bestaat om met slechts één ondernemer te onderhandelen, maar dat is voorzien in de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst binnen het kader van de aan haar toegekende discretionaire bevoegdheid met een of meer specifieke personen kan onderhandelen (artikel 18, lid 7, juncto lid 1, punt 8, ZOP). Volgens haar is het doel van de wet (artikel 2 ZOP), dat overeenstemt met het in artikel 160 van verordening 2018/1046 neergelegde beginsel, te zorgen voor een zo ruim mogelijke mededinging bij de aanbesteding van overheidsopdrachten, maar alleen wanneer dat mogelijk is. Zij heeft haar uiterste best gedaan om op zijn minst één contractant te selecteren voor het indienen van een inschrijving die in overeenstemming is met de voorwaarden van de opdracht, zodat de werkzaamheden worden uitgevoerd die zijn bedoeld voor de verwezenlijking van het met middelen uit de ESIF gefinancierde project.
- 8 Bij besluit van 15 april 2020 is door het hoofd van de managementautoriteit jegens de gemeente Razlog een financiële correctie vastgesteld ten belope van 10 % van de subsidiabele kosten uit de tussen haar en de voor onderhandelingen uitgenodigde ondernemer gesloten overeenkomst nr. 681 van 29 december 2017. In de motivering van zijn besluit verzet het hoofd van de managementautoriteit zich niet tegen het soort procedure die de aanbestedende dienst heeft gevolgd – een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking – voor zover de wettelijke voorwaarden voor een dergelijke procedure overeenkomstig de ZOP zijn vervuld. Onder verwijzing naar artikel 160 van verordening 2018/1046, naar artikel 2, lid 1, punten 1 en 2, alsmede naar artikel 2, lid 2, ZOP benadrukt het hoofd van de managementautoriteit evenwel dat het verplicht is om bij de aanbesteding van overheidsopdrachten het beginsel van vrije mededinging in acht te nemen. De uitzondering op dit beginsel in de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking komt voort uit de omstandigheid dat het onmogelijk is om te zorgen voor „een zo ruim mogelijke mededinging”, dat wil zeggen dat het geoorloofd en gerechtvaardigd is de mededinging te beperken, maar bestaat niet daarin, dat de mededinging volledig wordt uitgesloten, hetgeen in casu het geval is. Daar geen objectieve omstandigheden bestonden die ertoe noopten met slechts één specifieke ondernemer te onderhandelen, had de aanbestedende dienst ervoor

moeten zorgen dat de procedure onder de voorwaarden van vrije mededinging verliep door meer dan één persoon uit te nodigen voor onderhandelingen. Door slechts één ondernemer voor onderhandelingen uit te nodigen, heeft de aanbestedende dienst aan deze ondernemer een ongerechtvaardigd voordeel verschaft, zonder dat daarvoor een juridische en feitelijke grondslag bestond. Bovendien is het besluit om de specifieke onderneming als contractant voor onderhandelingen uit te nodigen niet gemotiveerd en is niet duidelijk waarom juist zij is uitgenodigd.

- 9 De gemeente Razlog heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij de Administrativen sad Blagoevgrad (bestuursrechter in eerste aanleg Blagoëvgrad, Bulgarije), die het besluit nietig heeft verklaard wegens schending van het materiële recht.
- 10 De Administrativen sad Blagoevgrad was namelijk van oordeel dat de beslissing van de begunstigde om – na een stopgezette voorafgaande openbare aanbesteding met hetzelfde voorwerp en zonder wijziging van de oorspronkelijk bekendgemaakte voorwaarden van de opdracht – de overheidsopdracht aan te besteden volgens een „onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking” in overeenstemming was met de wet (artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP). De beslechting van het geding hangt derhalve af van het antwoord op de vraag of de aanbestedende dienst in deze latere procedure slechts één persoon voor onderhandelingen kan uitnodigen, of dat dit een schending vormt van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en vrije mededinging als bedoeld in de ZOP en in artikel 160, leden 1 en 2, van verordening 2018/1046. Volgens de rechter in eerste aanleg is een uitzondering op het beginsel van vrije mededinging bij de aanbesteding van overheidsopdrachten in bepaalde gevallen, waartoe het onderhavige behoort, toelaatbaar. De uitzondering op het beginsel om te zorgen voor een zo ruim mogelijke mededinging komt tot uitdrukking in de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. De uitvoeringsbepalingen daarvan vereisen in het algemeen dat het feitelijk onmogelijk is dit beginsel toe te passen hetzij wegens het specifieke voorwerp van de opdracht, hetzij omdat geschikte inschrijvingen ontbreken (punt 11.1 van afdeling „Aanbestedingsprocedures” van bijlage I bij verordening 2018/1046). Volgens de Administrativen sad Blagoevgrad kent de ZOP de aanbestedende diensten een discretionaire bevoegdheid toe om per geval het aantal personen vast te stellen met wie zij in overeenstemming met de specifieke eisen voor het voorwerp van de opdracht onderhandelen over de termijn voor de uitvoering van de opdracht en andere relevante omstandigheden voor een succesvolle beëindiging van de procedure. In dit verband kwam de Administrativen sad Blagoevgrad tot de slotsom dat de keuze van de een of de andere rechtsconforme mogelijkheid geen schending vormde van de voorschriften over de selectie van een contractant volgens de ZOP, zodat er geen sprake was van een onregelmatigheid als bedoeld in artikel 70, lid 1, punt 9, ZUSESIF.
- 11 Thans behandelt de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije; hierna: „verwijzende rechter”) het door het hoofd van de

managementautoriteit ingestelde cassatieberoep tegen de beslissing van de Administrativen sad Blagoevgrad.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 12 In het hoofdgeding bevestigt verzoekster tot cassatie het standpunt dat zij heeft ingenomen in de motivering van de door haar vastgestelde administratieve handeling en voegt daaraan toe dat de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door de aanbestedende dienst niet in strijd mag zijn met het doel van de wet en de fundamentele beginselen van het nationale recht en het Unierecht. De aanbestedende dienst moet uit twee of meer rechtsconforme mogelijkheden die mogelijkheid kiezen die het zuinigst kan worden gerealiseerd en voor de staat en de maatschappij het voordeligst is.
- 13 Verweerster in cassatie, de begunstigde gemeente, stelt dat het cassatieberoep ongegrond is. Los van de argumenten die zij reeds voor de managementautoriteit en de rechter in eerste aanleg heeft aangevoerd, haalt zij een aantal beslissingen van de Varhoven administrativen sad in vergelijkbare rechtszaken aan, waarin is geoordeeld dat de aanbestedende dienst in de door deze rechter onderzochte gevallen ermee kan volstaan slechts één ondernemer uit te nodigen en dat verordening 2018/1046 niet van toepassing is, aangezien daarin geen aanbestedingsprocedures zijn geregeld die door nationale aanbestedende diensten worden gevolgd.
- 14 De bij het geding betrokken openbare aanklager van de Varhovna administrativna prokuratura (openbaar ministerie bij de Varhoven administrativen sad, verwijzende rechter) concludeerde dat de beslissing van de rechter in eerste aanleg juist was, maar wees erop dat het noodzakelijk is te verzoeken om een prejudiciële beslissing over een vraag betreffende de uitlegging van artikel 160, lid 2, en artikel 164, lid 1, onder d), van verordening 2018/1046 en van artikel 32, leden 2 tot en met 5, 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/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 15 In de rechtspraak van de verwijzende rechter zijn tot dusver twee tegengestelde standpunten ingenomen met betrekking tot de uitlegging van de genoemde bepalingen van nationaal recht en Unierecht.
- 16 Volgens één opvatting vormt de onderhandeling met slechts één specifieke ondernemer in het geval van artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP, een schending van de voorschriften inzake de gunning van de opdracht, aangezien dat in strijd is met artikel 2, lid 1, punt 2, en lid 2, ZOP, hetgeen leidt tot een ongerechtvaardigde uitschakeling van de mededinging en in de weg staat aan de mogelijke selectie van een ondernemer die de kwalitatief beste uitvoering tegen de voordeligste prijs

levert. Ter ondersteuning van dit standpunt wordt eraan herinnerd dat het beginsel van vrije mededinging relevant is voor alle procedures met betrekking tot de aanbesteding van overheidsopdrachten. De regeling in artikel 18, lid 7, ZOP benadrukt de algemene mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om in het kader van onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking met een of meer specifieke personen te onderhandelen. Onderhandelingen met slechts één ondernemer zijn echter alleen als een in artikel 79, lid 1, punt 3, ZOP bedoelde uitzondering toegelaten, wanneer de opdracht het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of het leveren van een artistieke prestatie ten doel heeft, wanneer mededinging om technische redenen ontbreekt of wanneer het gaat om exclusieve rechten, met inbegrip van intellectuele-eigendomsrechten. Afgezien van noodzakelijke gevallen, buitengewone omstandigheden, een specifiek doel, een uniek voorwerp of andere bijzondere kenmerken van de opdracht, die rechtvaardigen dat één ondernemer voor onderhandelingen wordt uitgenodigd, is de onderhandeling met slechts één persoon in strijd met de wet. Het uitnodigen van één ondernemer is in strijd met artikel 160, lid 2, van verordening 2018/1046, volgens hetwelk bij de totstandkoming van alle overeenkomsten wordt gezorgd voor een zo ruim mogelijke mededinging, met dien verstande dat de geregelde uitzondering [artikel 164, lid 1, onder d), van deze verordening] in het geval van artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP niet van toepassing is. Het gebruik van de mogelijkheid om met één ondernemer te onderhandelen over de contractuele voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de gegunde werkzaamheden geen bijzonderheden vertonen, legt de basis voor misbruik van bevoegdheid door de aanbestedende dienst en misbruik door de ondernemers, wat ernstige mededingingverstorende gevolgen kan hebben en afbreuk kan doen aan het doel van de wet om de openbare financiële middelen op kostenefficiënte wijze te besteden (artikel 1 ZOP).

- 17 Tegenover deze opvatting staat het andersluidende standpunt, volgens hetwelk onderhandelingen met één ondernemer onder de in artikel 79, lid 1, punt, ZOB bedoelde voorwaarden in overeenstemming zijn met de wet. Daartoe wordt aangevoerd dat de wetgever het in het geval van artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP toelaatbaar heeft geacht om de beginselen volgens welke de overheidsopdracht zouden moeten uitgevoerd te beperken, omdat door feiten en omstandigheden waarop de aanbestedende dienst geen invloed heeft (gebrek aan belangstelling van ondernemers of ongeschikte inschrijvingen), een objectieve situatie zou zijn ontstaan waarin de aanbestedende dienst de opdracht niet zou kunnen realiseren en het desbetreffende algemeen belang niet zou kunnen behartigen. De beperking is toelaatbaar indien de beginselen naar behoren in acht zijn genomen bij de oorspronkelijke bekendmaking van de openbare aanbesteding, maar geen contractant kon worden geselecteerd daar geen deelnemende persoon aan de eisen voldeed. Indien de wetgever het ter waarborging van de rechtsbeginselen in een dergelijk geval noodzakelijk had geacht dat de aanbestedende dienst meer dan één ondernemer uitnodigt om te onderhandelen, zou hij dit uitdrukkelijk hebben geregeld. In het geval van artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP heeft het voorwerp van de overheidsopdracht als zodanig geen juridische betekenis, net zo min als de vraag of dit voorwerp objectief gezien zou kunnen worden uitgevoerd door een andere



ondernemer die niet voor onderhandelingen is uitgenodigd. Anders zou altijd een inbreuk op het beginsel van vrije mededinging kunnen worden vastgesteld, bijvoorbeeld wanneer de aanbestedende dienst slechts twee van 200 potentiële ondernemers die de opdracht zouden kunnen uitvoeren, voor onderhandelingen heeft uitgenodigd. Bovendien moet verordening 2018/1046 buiten toepassing worden gelaten, aangezien zij niet geldt voor de rechtsbetrekkingen inzake de uitvoering van overheidsopdrachten in de lidstaten, maar voor de rechtsbetrekkingen die de vaststelling en de uitvoering van de begroting van de Unie betreffen. De bepalingen van de artikelen 160 e.v. van verordening 2018/1046, die eisen op het gebied van openbare aanbestedingen bevatten, gelden niet als eisen voor nationale aanbestedende diensten. Nationale aanbestedende diensten zijn onderworpen aan de bepalingen van richtlijn 2014/24, die in de ZOP zijn omgezet.

- 18 Gelet op het gebrek aan uniformiteit van de nationale rechtspraak wenst de verwijzende rechter het volgende te verduidelijken met betrekking tot de onderhavige zaak.
- 19 Het is juist dat de uitzondering op het beginsel om te zorgen voor een zo ruim mogelijke mededinging in acht moet worden genomen, daar deze uitdrukkelijk is geregeld. Niettemin moet deze uitzondering strikt worden uitgelegd, aangezien zij een uitzondering op een fundamenteel beginsel vormt.
- 20 In dit verband rijzen vragen over de grenzen en de inhoud van de in artikel 160, lid 2, juncto artikel 164, lid 1, onder d), van verordening 2018/1046 bepaalde uitzondering (staat zij in de weg aan de uitnodiging van slechts één ondernemer om te onderhandelen en, zo ja, geldt dit voor alle gevallen van onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking en met name voor een geval als bedoeld in artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP? Zijn tevens het voorwerp van de overheidsopdracht en het feit dat deze objectief gezien door meer dan een ondernemer kan worden uitgevoerd relevant? Moet de beslissing om een specifieke gegadigde uit te nodigen voor onderhandelingen worden gemotiveerd?). Daarbij doet de vraag zich voor aan de hand van welke criteria de aanbestedende dienst een specifieke ondernemer heeft uitgenodigd, indien ook andere ondernemers beschikken over de capaciteiten en de mogelijkheid om de opdracht uit te voeren.
- 21 In het onderhavige geval is tevens relevant dat wordt nagegaan, wat de draagwijdte is van de in artikel 160, lid 2, van verordening 2018/1046 geregelde uitzondering. Leidt dit tot een volledige uitschakeling van de mededinging of slechts tot een niveau van de mededinging dat lager is dan het hoogst mogelijke niveau? Met andere woorden: vormt de volledige beperking van de mededinging in een procedure als die welke in casu aan de orde is, indien er geen sprake is van een bijzonder voorwerp van de opdracht, een toelaatbare uitzondering op het voor de aanbesteding van overheidsopdrachten geldende beginsel van een zo ruim mogelijke mededinging in de zin van die verordening?

- 22 Voorts moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat artikel 160, lid 2, van verordening 2018/1046 bij wijze van uitzondering toestaat om af te wijken van het beginsel van een zo ruim mogelijke mededinging bij de aanbesteding van overheidsopdrachten, maar niet van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie (artikel 160, lid 1, van deze verordening en artikel 2, punt 1, ZOP), die in het besluit tot vaststelling van een financiële correctie door het hoofd van de managementautoriteit als geschonden zijn aangemerkt. De vraag of het op grond van het Unierecht gerechtvaardigd is om in casu slechts één concrete persoon uit te nodigen om een overeenkomst te sluiten, moet dus niet alleen worden beoordeeld vanuit het oogpunt van het beginsel van vrije mededinging, maar ook vanuit het oogpunt van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.
- 23 De nationale wet, te weten artikel 18, lid 7, ZOP, voorziet in beginsel in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om in onderhandelingsprocedures met een of meer specifieke personen te onderhandelen over het vastleggen van de contractuele voorwaarden, zonder dat in deze norm, die algemeen van aard is, een onderscheid wordt gemaakt tussen de afzonderlijke voorwaarden waaronder een aanbesteding toelaatbaar is in het kader van deze bij wijze van uitzondering gevolgde procedure. De concrete gevallen die binnen de werkingssfeer van de uitzondering vallen zijn geregeld op de desbetreffende plaats in de systematiek van de wet, te weten in artikel 79 („Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking”), in artikel 182 („Directe onderhandeling met specifieke personen”) en artikel 191 („Uitnodiging van specifieke personen om te onderhandelen”).
- 24 Voor de beantwoording van de in het hoofdgeding opgeworpen vraag moeten de verschillende voorwaarden die het volgen van een onderhandelingsprocedure, ook zonder voorafgaande bekendmaking, rechtvaardigen met elkaar worden vergeleken. Artikel 164, lid 4, eerste volzin, van verordening 2018/1046 luidt: „In alle procedures met onderhandeling onderhandelt de aanbestedende dienst met de inschrijvers over de oorspronkelijke en eventuele daaropvolgende inschrijvingen of delen daarvan, uitgezonderd hun definitieve inschrijvingen, teneinde de inhoud ervan te verbeteren.” Aan de formulering van de aangevoerde bepaling valt op dat het begrip „inschrijver” alleen in het meervoud wordt gebruikt, te weten „inschrijvers”. De nationale wetgever heeft een soortgelijke benadering ook gekozen in artikel 64, leden 1 en 3, PPZOP, in artikel 182, lid 1, ZOP en deels in artikel 191, lid 1, ZOP. Voor de beoordeling van de vraag of in het onderhavige geval onderhandelingen met één inschrijver toelaatbaar zijn, moet derhalve een vergelijkende analyse van alle onderhandelingsgevallen plaatsvinden.
- 25 Het antwoord op deze vragen is van belang voor de definitieve beantwoording van de litigieuze vraag of er sprake is van schending van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en vrije mededinging alsmede van de regels voor de gunning van de overheidsopdracht, wanneer in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de uitnodiging tot sluiting van de overeenkomst slechts aan één persoon is gericht, indien de

voorgaande procedure, waarin elke belangstellende een inschrijving had kunnen indienen, is stopgezet wegens het ontbreken van een passende inschrijving, de voorwaarden van de opdracht niet zijn gewijzigd, maar het voorwerp van de opdracht geen bijzonder kenmerk vertoont op grond waarvan deze moet worden uitgevoerd door de tot de onderhandelingen uitgenodigde ondernemer.

- 26 In verband met de tegenstrijdige standpunten van partijen over de toepasselijkheid van artikel 160, leden 1 en 2, van verordening 2018/1046 op de nationale aanbestedende dienst is de verwijzende rechter van oordeel dat de bepalingen van deze verordening in tweeërlei zin kunnen worden uitgelegd, zodat het absoluut noodzakelijk is de precieze draagwijdte ervan in het kader van de prejudiciële procedure te verduidelijken. Enerzijds is het logisch om ervan uit te gaan dat de toepasselijkheid van de aangevoerde bepaling niet afhangt van de aard van de aanbestedende dienst (instelling van de Unie of nationale aanbestedende dienst), maar van de specifieke karakter van de uitgegeven openbare financiële middelen, namelijk de begroting van de Europese Unie, dat betekent dat de bepalingen van de verordening telkens worden toegepast wanneer middelen uit de begroting van de Unie worden besteed. De verordening is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Aangezien de lidstaten de begroting gezamenlijk en indirect uitvoeren, zijn zij ook onderworpen aan de in de verordening vastgestelde regels voor de aanbesteding van opdrachten. Anderzijds staat hieraan echter de definitie van een overheidsopdracht in artikel 2, punt 51, van deze verordening in de weg, die enkel ziet op aanbestedende diensten in de zin van de artikelen 174 en 178 van die verordening, namelijk alleen de instellingen van de Unie. De hier beschreven onduidelijkheid over de werkingssfeer van artikel 160, leden 1 en 2, van verordening 2018/1046 in het kader van procedures voor de aanbesteding van opdrachten, die begunstigden van de financiering via ESIF in hun hoedanigheid van nationale aanbestedende dienst uitvoeren, kan worden weggenomen door een uitlegging van deze bepaling door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”).
- 27 Gelet op de temporele geldigheid van de bepalingen houdt de verwijzende rechter er rekening mee dat de in de zaak aan de orde zijnde relevante juridische feiten zich hebben voorgedaan vóór de inwerkingtreding van verordening 2018/1046, dat wil zeggen in de periode waarin verordening nr. 966/2012 van toepassing was. Opgemerkt moet worden dat het besluit betreffende de vaststelling van een financiële correctie is uitgevaardigd na de inwerkingtreding van verordening 2018/1046 en dus na de intrekking van verordening nr. 966/2012. Voor zover echter de bepaling van artikel 160 van verordening 2018/1046, die volgens het hoofd van de managementautoriteit is geschonden, inhoudelijk overeenstemt met de bepalingen van artikel 102, leden 1 en 2, juncto artikel 104, lid 1, onder d), van verordening nr. 966/2012 die daadwerkelijk van toepassing zijn op de vastgestelde feiten, zou de uitlegging van het Hof van voornoemde bepalingen van de ingetrokken verordening, in het licht van het onderhavige geval, om soortgelijke redenen als hierboven uiteengezet relevant zijn voor de beslechting van het geding.

- 28 De hierboven gestelde vragen over de grenzen, de inhoud en de draagwijdte van de litigieuze uitzondering hebben tevens betrekking op de uitlegging van artikel 102, leden 1 en 2, juncto artikel 104, lid 1, onder d), van verordening nr. 966/2012. In dit verband moet worden benadrukt dat de – ingetrokken – gedelegeerde verordening (EU) nr. 1268/2012 van de Commissie van 29 oktober 2012 houdende uitvoeringsvoorschriften voor verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie (hierna: „gedelegeerde verordening”), uitdrukkelijk voorziet in een minimumaantal van drie deelnemers (artikel 128) om ervoor te zorgen dat de procedure in artikel 134, lid 1, onder a), van de gedelegeerde verordening, die overeenkomt met het geval als bedoeld in artikel 79, lid 1, punt 1, ZOP, volgens de regels wordt gevolgd. Volgens artikel 128 van de gedelegeerde verordening moet het aantal gegadigden dat mag inschrijven, voldoende zijn om voor een werkelijke mededinging te zorgen.
- 29 Een argument dat pleit voor de toelaatbaarheid van de verzochte uitlegging van artikel 160, leden 1 en 2, van verordening 2018/1046, juncto artikel 164, lid 1, onder d), daarvan, en artikel 102, leden 1 en 2, van verordening nr. 966/2012, juncto artikel 104, lid 1, onder d), daarvan, kan worden afgeleid uit artikel 281, lid 3, van verordening 2018/1046, dat bepaalt dat verwijzingen naar de ingetrokken verordening gelden als verwijzingen naar de onderhavige verordening en worden gelezen volgens de concordantietabel in bijlage II. Uit de concordantietabel in bijlage II blijkt dat artikel 160 van verordening 2018/1046 overeenkomt met artikel 102 van de ingetrokken verordening en dat artikel 164 van verordening 2018/1046 overeenkomt met het ingetrokken artikel 104. De twee verordeningen regelen voor verschillende perioden een en hetzelfde onderwerp, namelijk de financiële regels die van toepassing zijn op de algemene begroting van de Unie. In artikel 281, lid 3, van verordening 2018/1046 is het juridisch-logische en historische verband zichtbaar dat bestaat tussen de ingetrokken en de geldende voorschriften wat betreft de vastgestelde perioden en de gelijkens van de daarmee genomen beslissingen over de rechtsbetrekkingen die vallen onder de identieke regeling ervan.
- 30 De noodzaak om de relevante bepalingen van de ingetrokken verordening nr. 966/2012 en verordening 2018/1046 uit te leggen, volgt tevens uit het feit dat de rechtssubjecten, die vallen onder „aanbestedende diensten” in de zin van beide verordeningen, op verschillende wijze worden afgebakend. In het onderhavige geval is de opdracht, waarvoor de financiering via ESIF ter beschikking is gesteld, door de burgemeester van de gemeente Razlog, in zijn eigenschap van aanbestedende dienst als bedoeld in artikel 5, lid 2, punt 9, ZOP, volgens de procedure in de ZOP gegund.
- 31 Wat richtlijn 2014/24/EU betreft is de verwijzende rechter van oordeel dat deze niet van toepassing is op de procedure voor de nationale rechter, aangezien de waarde van de overheidsopdracht die in dit geding aan de orde is, lager is dan de in deze richtlijn vastgelegde drempel.