



Datum van
inontvangstneming

:

27/10/2021

Zaak C-486/21

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:

9 augustus 2021

Verwijzende rechter:

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Slovenië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 augustus 2021

Verzoekster:

SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o.

Verweerster:

Mestna občina Ljubljana

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tot herziening ingesteld tegen een aanbesteding voor de selectie van een concessiehouder; publiek-private samenwerking in de vorm van concessie voor diensten; kwalificatie van de contractuele verhouding als concessie, openbare aanbesteding of als gemengde aanbesteding; richtlijn 2014/23/EU; richtlijn 2014/24/EU; voorwaarden voor deelname; evenredigheid; gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel; verordening (EG) nr. 2195/2002; gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten; kwalificatie van het voorwerp van de aanbesteding als dienst of als levering; totale omzet van de concessiehouder gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht; artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

- 1) **Moet verordening (EG) nr. 2195/2002** [van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV)], **zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 213/2008 van de Commissie** [van 28 november 2007 tot wijziging van verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) en tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, in verband met de herziening van de CPV] **aldus worden uitgelegd dat de verhuur van voertuigen voor personenvervoer zonder chauffeur niet valt onder groep 601, maar onder groep 341 van de gemeenschappelijke woordenlijst CPV, met de toevoeging van de code uit de aanvullende woordenlijst CPV PA01-7 *Huur* om de beschrijving aan te vullen, en waarop code PB04-7 *Zonder chauffeur* van de aanvullende woordenlijst CPV geen invloed heeft, zodat uit de omschrijving in de codes van groep 341 van de gemeenschappelijke woordenlijst CPV in combinatie met code PA01-7 *Huur* van de aanvullende woordenlijst CPV volgt dat de verhuur van voertuigen voor personenvervoer zonder chauffeur moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor leveringen en niet voor diensten, met als gevolg dat indien het hoofdbestanddeel van de investering van de ondernemer voor de uitvoering van het project betreffende de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen bestaat in de levering van elektrische voertuigen, en die investering tevens groter is dan de investering van de aanbestedende dienst in de uitvoering van het project, niet blijkt te zijn voldaan aan het bestanddeel „*diensten*” als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU** [van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten], **en de overeenkomst voor de uitvoering van dat project bijgevolg geen concessie voor diensten in de zin van artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23 is?**
- 2) **Moet het begrip „*verrichting [en beheer] van diensten*”¹ als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU aldus worden uitgelegd dat:**
- a) **het begrip „*verrichting van diensten*” in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU dezelfde betekenis heeft als het begrip**

¹ In de Nederlandstalige versie van richtlijn 2014/23/EU, ontbreekt, in tegenstelling tot andere taalversies (bijvoorbeeld de Franse versie „la prestation et la gestion de service”, de Engelse versie „the provision and the management of services”), het woord „beheer”. Voor zover relevant voor de onderhavige zaak, wordt het woord „beheer” in artikel 5, punt 1, onder b), van die richtlijn tussen vierkante haakjes toegevoegd.

„verlenen van [...] diensten” in artikel 2, lid 1, punt 9, 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], zodat het in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU bedoelde begrip „verrichting van diensten” inhoudt dat indien een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen tot stand wordt gebracht, de ondernemer diensten met betrekking tot het huren en delen van elektrische voertuigen verricht, en activiteiten uitvoert die verder gaan dan het huren en delen van elektrische voertuigen?

en

- b) **het begrip „[beheer] van diensten” in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU, inhoudt dat een ondernemer zijn „recht de diensten [...] te exploiteren” verderop in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU uitoefent, en dat dit beheer inkomsten oplevert, zodat het begrip „[beheer] van diensten” in de zin van artikel 5, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU betekent dat indien een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen tot stand wordt gebracht, een ondernemer op grond van de verrichting van diensten die onder het huren en delen van elektrische voertuigen vallen en van activiteiten die verder gaan dan het huren en delen van elektrische voertuigen, het recht heeft om van de gebruikers een betaling te vragen voor de verrichting van de diensten, en niet gehouden is de parkeeruur aan de gemeente te betalen, en evenmin de kosten voor het gewone onderhoud van de parkeerzones, en het dus rechtmatig is dat hij op die grond inkomsten genereert?**
- 3) **Moet het begrip „totale tijdens de looptijd van het contract te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief btw, zoals deze door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie is geraamd, als tegenprestatie voor de [...] diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken” in artikel 8, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/23/EU, aldus worden uitgelegd dat de „totale [...] omzet van de concessiehouder” ook de betalingen van de gebruikers aan die concessiehouder omvat, en dat die betalingen dus ook worden aangemerkt als een „tegenprestatie voor de [...] diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken”?**
- 4) **Moet artikel 8, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU aldus worden uitgelegd dat richtlijn 2014/23/EU van toepassing is indien de waarde van de investeringen, of de waarde van de investeringen en de kosten die de ondernemer heeft gemaakt in het kader van een concessie voor diensten, of van de kosten die de ondernemer en de aanbestedende dienst hebben**

gemaakt in het kader van een concessie voor diensten (kennelijk) hoger is dan 5 350 000 EUR, exclusief btw?

- 5) **Moet artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU aldus worden uitgelegd dat deze bepaling de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt om een voorwaarde voor deelname te stellen die betrekking heeft op de beroepsactiviteit, en om van de ondernemers te eisen dat zij bewijzen dat aan een dergelijke voorwaarde is voldaan, ook in overeenstemming met uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 [van 11 november 2015 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten en tot intrekking van uitvoeringsverordening (EU) nr. 842/2011] en de rectificatie [van uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 van de Commissie van 11 november 2015 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten en tot intrekking van uitvoeringsverordening (EU) nr. 842/2011], waarvan bijlage XXI voorziet in de concessieaankondiging (standaardformulier 24), die tevens afdeling III.1.1. „Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister” bevat?**
- 6) **Indien vraag 5 bevestigend wordt beantwoord, moet dan artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, gelezen in samenhang met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst voor de vaststelling van de voorwaarde voor deelname betreffende de beroepsactiviteit kan verwijzen naar het nationale gegeven NACE 77.110 voor de beschrijving van de activiteit *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*, die dezelfde betekenis heeft als het bepaalde in verordening (EG) nr. 1893/2006 [van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 tot vaststelling van de statistische classificatie van economische activiteiten NACE Rev. 2 en tot wijziging van verordening (EEG) nr. 3037/90 en enkele EG-verordeningen op specifieke statistische gebieden], in bijlage I, NACE REV. 2, klasse 77.11 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*?**
- 7) **Indien vraag 5 bevestigend wordt beantwoord, moet dan artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, met name voor zover daarin wordt verwezen naar het evenredigheidsbeginsel, gelezen in samenhang met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst kan eisen dat elke partner voldoet aan de voorwaarde dat zijn activiteit is geregistreerd als *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*?**

- 8) **Moet artikel 2, lid 1, punt 8, van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een overheidsopdracht voor leveringen wanneer (afhankelijk van de waarde van de investering van de ondernemer) een wezenlijk deel van de toekomstige contractuele verhouding tussen de gemeente en de ondernemer verband houdt met het huren en delen van elektrische voertuigen die bestemd zijn voor de gebruikers van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen, in het kader waarvan de gemeente niet rechtstreeks investeert in de verwezenlijking van het project voor de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen door betalingen aan de ondernemer te verrichten, maar indirect door voor een periode van 20 jaar afstand te doen van de parkeerhuur en door te zorgen voor het regelmatig onderhoud van de parkeerzones, en de totale waarde van die investering hoger is dan het in artikel 4, onder b) of onder c), van richtlijn 2014/24/EU vastgestelde bedrag, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828 [van de Commissie van 30 oktober 2019 tot wijziging van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen], doch deze investering van de gemeente (beduidend) lager is dan zowel de totale investering van de ondernemer in het project voor de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen, als de investering van de ondernemer in het onderdeel van het project dat elektrische voertuigen betreft, los van het feit dat de gebruikers de ondernemer zullen betalen voor het gebruik van de elektrische voertuigen, en het afhangt van de vraag van de gebruikers of de ondernemer erin zal slagen zodanige inkomsten te genereren dat de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen in financieel opzicht succesvol zal blijken, wat voor de ondernemer de reden is dat hij het operationele risico voor de verwezenlijking van het project draagt, hetgeen een kenmerk is van een concessie voor diensten als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2012/23/UE, en niet van een overheidsopdracht als bedoel in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU?**
- 9) **Moet artikel 3, lid 4, derde alinea, van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat deze bepaling de rechtsgrond vormt voor de toepassing van de in richtlijn 2014/24/EU opgenomen regeling op de gunning van een toekomstige overeenkomst tussen de gemeente en de ondernemer voor het project van de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen, omdat die overeenkomst moet worden aangemerkt als een gemengde overeenkomst die elementen bevat van een overheidsopdracht voor leveringen en voor diensten en van een concessie voor diensten, gelet op het feit dat de investering van de gemeente voor de uitvoering van dat project een hogere waarde heeft dan die in artikel 4, onder c), van**

richtlijn 2014/24/EU, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828?

- 10) **Moet artikel 58, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in samenhang met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst voor de vaststelling van de voorwaarde voor deelname betreffende de beroepsactiviteit kan verwijzen naar het nationale gegeven NACE 77.110 voor de beschrijving van de activiteit *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*, die dezelfde betekenis heeft als het bepaalde in verordening (EG) nr. 1893/2006 in bijlage I, NACE REV. 2, klasse 77.11 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*?**
- 11) **Moet artikel 58, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU, met name voor zover daarin wordt verwezen naar het evenredigheidsbeginsel, en artikel 58, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in samenhang met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst kan eisen dat elke partner voldoet aan de voorwaarde dat zijn activiteit is geregistreerd als *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*?**

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/23/EU, met name overweging 63, artikel 1, leden 1 en 2, onder a), artikel 5, punt 1, onder b), artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, artikel 20, leden 4 en 5, artikel 27, lid 1, artikel 31, leden 1 en 2, artikel 37, leden 1 en 2, artikel 38, lid 1, bijlage V;

Richtlijn 2014/24/EU, met name artikel 1, leden 1 en 2, artikel 2, lid 1, punten 5, 8 en 9, artikel 3, lid 4, onder c), artikel 5, lid 1 en lid 12, onder a), artikel 23, lid 1, artikel 49, artikel 51, lid 1, eerste alinea, artikel 58, leden 1 en 2, bijlage V, bijlage XI;

Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 van de Commissie, met name artikel 7 en bijlage XXI, afdeling III.1.1; bijlage II

Verordening (EG) nr. 2195/2002, met name artikel 1, leden 1 en 2, en bijlage I;

CPV (gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten) 2008 – Toelichting;

Verordening (EG) nr. 1893/2006, met name artikelen 1 en 2, artikel 4, leden 1 en 2, en bijlage I.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (wet inzake publiek-private samenwerking; hierna: „ZJZP”), met name de artikelen 1 en 2, artikel 5, punten 5, 6, 7 en 13, artikel 26, artikel 27, leden 1 en 2, artikel 92;

Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (wet inzake bepaalde concessieovereenkomsten; hierna: „ZNKP”), met name artikel 1, artikel 2, punten 1, 3 en 4, de artikelen 9 en 10, artikel 17, leden 5 en 6, artikel 26, leden 1, 2 en 3, artikel 31, artikel 32, lid 1, vierde volzin, en lid 2;

Zakon o javnem naročanju (wet inzake overheidsopdrachten; hierna: „ZJN-3”), met name artikel 1, lid 1 en lid 2, eerste streepje, artikel 2, lid 1, punten 1, 4 en 5, artikel 9, lid 1, onder b), artikel 22, lid 2, onder a), eerste streepje, en lid 3, artikel 24, leden 1 en 11, onder a), artikel 25, leden 1, 5 en 6, artikel 38, artikel 52, lid 1, punt 3, en lid 3;

Uredba o standardni klasifikaciji dejavnosti (regeling betreffende de standaardclassificatie van activiteiten), met name de artikelen 1, 2, 4, 5 en 7, en bijlage I.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 4 mei 2020 heeft de gemeenteraad van Mestna občina Ljubljana (gemeente Ljubljana) een besluit vastgesteld betreffende de verlening van een concessie voor de totstandbrenging en het beheer van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen op het grondgebied van de gemeente Ljubljana (hierna: „concessiebesluit”).
- 2 Op 9 september 2020 heeft de burgemeester van de gemeente het „*besluit tot inleiding van een aanbestedingsprocedure voor de selectie van de concessiehouder*” (hierna: „aanbestedingsbesluit”) vastgesteld waarin onder andere de waarde van het project was geraamd op 14 989 000 EUR, exclusief btw. Een particuliere partner zou een financiële bijdrage leveren van 14 570 000 EUR, exclusief btw, en de gemeente een financiële bijdrage van 36 000 EUR, exclusief btw.
- 3 Bij besluit van 15 januari 2021 heeft de burgemeester van de gemeente Ljubljana het document tot identificatie van het investeringsproject van 2020 goedgekeurd, waarvan de titel luidde „Totstandbrenging en beheer van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen op het grondgebied van de gemeente Ljubljana” (hierna: „DIIP”).
- 4 Volgens punt 2 van het besluit tot goedkeuring van het DIIP werd de waarde van de investering, bij constante prijzen, geraamd op 14 606 000 EUR, exclusief btw.

- 5 In het DIIP zijn de varianten A (zonder investering), B (investering als overheidsopdracht) en C (investering als publiek-private samenwerking in de vorm van concessie voor diensten) geanalyseerd, met een inhoudelijk en financieel gedetailleerde presentatie van de varianten B en C, en werd de conclusie getrokken dat de variant C „*de meest geschikte is*”.
- 6 In het DIIP staat in een aantal tabellen een geraamde waarde (14 606 000 EUR, exclusief btw), bij constante prijzen, in EUR exclusief btw, vanaf februari 2020:
 - I. Investering van de publieke partner (gemeente) — 36 000 EUR:
 - investerings- en projectdocumenten: 30 000 EUR:
 - uitvoering van het project van publiek-private samenwerking: 6 000 EUR:
 - II. Investering van de particuliere partner — 14 570 000 EUR:
 - bestaand wagenpark van elektrische auto's: 5 000 000 EUR;
 - bestaande technologie: 1 500 000 EUR
 - middelen en ontwikkeling: 1 400 000 EUR
 - aankoop van nieuwe elektrische voertuigen gedurende de concessie: 6 250 000 EUR
 - inrichting van parkeerplaatsen: 180 000 EUR:
 - installatie van laadstations: 240 000 EUR:
- 7 De aankondiging van de opdracht, die is opgesteld met gebruikmaking van standaardformulier 2 in bijlage II bij uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986, is op 4 februari 2021 bekendgemaakt op het portaal voor overheidsopdrachten en op 5 februari 2021 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.
- 8 Op 17, 18 en 19 februari 2021 heeft de gegadigde via het portaal voor overheidsopdrachten een aantal vragen gesteld over de aankondiging van de opdracht, en de gemeente erop gewezen dat bepaalde voorwaarden, criteria en eisen waren vastgesteld in strijd met de ZJZP en de ZJN-3.
- 9 Op 19 februari 2021 heeft de gegadigde een verzoek tot herziening ingediend.
- 10 Bij besluit van 2 maart 2021 heeft de gemeente dit verzoek afgewezen.
- 11 De gemeente heeft de vragen over de aankondiging van de opdracht beantwoord op het portaal voor overheidsopdrachten.

- 12 Met die antwoorden heeft de gemeente bepaalde voorwaarden, criteria en eisen in de richtsnoeren aangevuld, gecorrigeerd of gewijzigd.
- 13 Op 8 maart 2021 heeft de gemeente het verzoek om herziening en de bijbehorende documentatie ter beoordeling voorgelegd aan de Državna revizijska komisija (nationale commissie voor herziening).
- 14 Bij memorie van 8 maart 2021 heeft de gegadigde het besluit van de gemeente van 2 maart 2021 opnieuw ter discussie gesteld en bezwaren geuit ten aanzien van de argumenten van de gemeente, en de nationale commissie voor herziening verzocht om alle in het verzoek tot herziening aangevoerde klachten te onderzoeken.
- 15 Bij brief van 29 maart 2021 heeft de nationale commissie voor herziening de gemeente verzocht om een concreet en zo gedetailleerd mogelijk antwoord op de volgende vragen:
- Indien de verhouding die op grond van een toekomstige overeenkomst tot stand zal komen volgens de gemeente een concessie is, aan welke voorwaarde (beperkend criterium) is dan voldaan voor de toepassing van de ZJZP maar niet van de ZNKP?
 - Hoe hoog is de geraamde waarde van de uit een toekomstige overeenkomst voortvloeiende verhouding (bijvoorbeeld overheidsopdracht, concessie), zoals de gemeente die heeft berekend, en welke elementen heeft zij in de berekening daarvan opgenomen?
 - Indien de gemeente de aanbieder van een uit de toekomstige overeenkomst voortvloeiend voorwerp rechtstreeks en/of indirect bepaalde inkomsten garandeert (bijvoorbeeld betalingen in geld, bijdragen in natura waarvan de waarde in geld is uitgedrukt, vrijstellingen van kosten), welke inkomsten zijn dat en hoe hoog zijn zij gedurende de volledige duur van de uitvoering van [de overeenkomst]?
 - Waarom moet volgens de gemeente:
 - a) het voorwerp van de overheidsopdracht naar zijn aard worden aangemerkt als een dienst en niet als een levering van goederen?
 - b) de CPV-code die in aanmerking moet worden genomen de CPV-code 60100000 zijn, en niet die van groep 341 (bijvoorbeeld CPV-code 34110000-1 *Personenwagens*) met de toegevoegde code van de aanvullende woordenlijst PA01-7 *Huur*?
- 16 De gemeente heeft deze vragen van de nationale commissie voor herziening beantwoord bij brief van 7 april 2021.
- 17 Bij brief van 8 april 2021 heeft de nationale commissie voor herziening de brief van de gemeente van 7 april 2021 ter kennis van de gegadigde gebracht, en hem

de gelegenheid geboden om commentaar te geven op de inhoud van die brief, wat de gegadigde evenwel niet heeft gedaan.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

18 In zijn verzoek tot herziening van 19 februari 2021 heeft de gegadigde de gemeente verweten in strijd met de ZJZP en de ZJN-3 te hebben gehandeld bij de vaststelling van:

- de voorwaarde betreffende de ervaring van de ondernemer (referenties),
- de voorwaarde van registratie met het oog op de uitoefening van de activiteit,
- de voorwaarden betreffende het financieringsplan, een tijdschema en de (financiële) middelen met betrekking tot het voorwerp en de duur van de concessie;
- subcriterium A, betreffende de kenmerken van de voertuigen (voor de openbare weg geschikte voertuigen),
- subcriterium C, betreffende de interconnectiviteit van de dienst met het openbaar vervoer,
- de mogelijkheid om criteria aan te vullen en te wijzigen,

Hij heeft de gemeente tevens ervan beschuldigd de promotor te begunstigen, en heeft hij bijgevolg verzocht bepaalde voorwaarden, criteria en individuele vereisten, en subsidiair de hele aanbestedingsprocedure, nietig te verklaren.

19 Met betrekking tot de voorwaarde dat de uitoefening van de activiteit wordt geregistreerd, heeft de gegadigde erop gewezen dat – gezien het voorwerp, dat tevens investeringen omvat die niet rechtstreeks verband houden met het huren en delen van elektrische voertuigen – de voorwaarde dat alle partners voor de uitoefening van de activiteit moeten zijn geregistreerd in nationale classificatie — de standaardclassificatie NACE 77.110 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*, onevenredig en discriminerend is, de mededinging beperkt en de samenwerking met buitenlandse partners belemmert.

20 De gemeente heeft als reden voor haar afwijzing van het verzoek tot herziening opgegeven dat zij vermoedde dat de omstandigheden die verzoekster had aangevoerd om haar procesbelang aan te tonen slechts een voorwendsel waren, waardoor het vermoeden rees dat misbruik werd gemaakt van het recht van toegang tot de rechter, en dat de beschuldigingen van schending prematuur waren, aangezien op het tijdstip waarop het verzoek tot herziening werd ingediend de termijn voor de gemeente om de vragen te beantwoorden nog niet was verstreken

en de gemeente nog geen antwoord had gegeven. De gemeente heeft eveneens aangegeven dat zij alle ondernemers aanvullende informatie moest verstrekken en dat de gedragingen van de gegadigde het vermoeden deden ontstaan dat hij heimelijk omstandigheden had gecreëerd waarmee hij concurrentievoordelen kon verkrijgen.

21 In zijn memorie van 8 maart 2021 heeft de gegadigde eveneens gepreciseerd dat de nationale commissie voor herziening niet gebonden was aan de rechtsgrond die de gegadigde in zijn herzieningsverzoek had vermeld (ZJZP en ZJN-3), maar die rechtsgrond zelfstandig moest vaststellen. In diezelfde memorie heeft de gegadigde vervolgens verklaard dat de gehele aanbestedingsprocedure nietig moet worden verklaard om de volgende redenen:

- de gemeente heeft de aanbesteding niet op grond van de ZNKP uitgeschreven;
- de ZNKP maakt geen concurrentiegerichte dialoog mogelijk;
- de gemeente heeft de concessieaankondiging niet gebruikt;
- de gemeente heeft, in strijd met artikel 42 ZNKP, geen ontwerp-concessieovereenkomst bekendgemaakt;
- de gemeente heeft, in strijd met artikel 51, lid 2, ZNKP, goedkeuring verleend aan de coördinatie van de concessieovereenkomst, de omvang van de investering, het model of het systeem voor de verrichting van de dienst, het tijdschema, de mogelijkheid om de investering te spreiden, het aantal en de locaties van de openbare ruimtes, de technologische oplossingen en de inhoud en de omvang van het project.

22 In antwoord op de vragen van de nationale commissie voor herziening heeft de gemeente onder andere het volgende gepreciseerd:

- de ZKNP is niet van toepassing omdat de drempel voor toepassing ervan niet is bereikt;
- de waarde van de concessie, die volgens de in de ZNKP vastgestelde methode is bepaald, is geraamd op 3 108 103 EUR, exclusief btw, met dien verstande dat:
 - de gebruikers de diensten zullen benutten voor zover de prijzen gunstig voor hen zijn, zodat de private partner het risico op de markt voldoende inkomsten te genereren volledig op zich neemt zonder het voordeel te genieten van de door de gemeente of door de eindgebruikers op grond van de verrichting van de openbare dienst gegarandeerde inkomsten, aangezien openbaredienstverlening niet het voorwerp van de concessie is;

- de gemeente niet rechtstreeks de vergoeding voor de uitvoering van de concessie betaalt, maar afstand doet van de parkeerhuur voor de parkeerplaatsen die voor de dienst worden gebruikt; het bedrag van die parkeerhuur wordt geraamd op 3 430 328 EUR, exclusief btw;
- ook de kosten voor gewoon onderhoud van de parkeerplaatsen als vergoeding voor de uitvoering van de concessie worden aangemerkt; deze kosten, die in beginsel voor rekening van de gemeente komen, zijn geraamd op 84 375 EUR, exclusief btw;
- wat de inkomsten betreft, de gemeente inkomsten ontvangt in de vorm van jaarlijkse huur voor de parkeerplaatsen met een geschatte waarde van 345 000 EUR, exclusief btw, en in de vorm van huur voor de laadstations met een geschatte waarde van 62 000 EUR, exclusief btw;
- de concessie de verrichting betreft van een dienst voor het huren en delen van elektrische voertuigen, een dienst die alle taken omvat die nodig zijn om het project met succes uit te voeren en om de in het concessiebesluit en de concessieovereenkomst – zoals die zal worden overeengekomen – vastgestelde doelen te bereiken, waaronder de totstandbrenging van een centraal systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen dat het mogelijk maakt om toezicht en controles op het project uit te oefenen, en met name:
 - > de verplichting om het wagenpark te leveren en te beheren en de verplichting goed functionerende voertuigen te leveren, wat met name inhoudt dat er moet worden gezorgd voor het gewone onderhoud en de reparaties, ook in geval van verkeersongevallen, de registratie van de voertuigen, de verzekering en alle andere kosten die essentieel zijn voor het normale gebruik van het voertuig; de concessiehouder beheert het wagenpark en garandeert de toegang tot voertuigen die in technisch opzicht passend zijn voor de gebruikers, en neemt eveneens de verplichting op zich om het wagenpark regelmatig te moderniseren op de wijze die in de overeenkomst zal worden vastgesteld;
 - > de verplichting om het opzetten van een netwerk van verhuurlocaties en laadstations voor de elektrische voertuigen te garanderen en te beheren, de verplichting om deze locaties en laadstations regelmatig te onderhouden, en de verplichting goed functionerende laadstations te leveren, onder de voorwaarden en volgens de regeling die in de overeenkomst zullen worden vastgesteld;
 - > het opzetten van een geschikt ondersteuningssysteem voor de gebruikers;
- gezien de vastgestelde risicoverdeling de gemeente meende dat de keuze voor de CPV-code van huur van goederen misleidend kon zijn; het systeem voor het delen van elektrische voertuigen gaat immers verder dan het

simpelweg huren van een elektrisch voertuig, aangezien dat systeem een complexe dienst omvat die gericht is op de werking van een systeem voor het delen dat in materieel en conceptueel opzicht veel uitgebreider is dan de eenvoudige huur van een voertuig;

- uit de aankondiging van de opdracht, punt II.3. *Type overeenkomst*, blijkt dat het voorwerp en het type overeenkomst een dienst betreffen, en geen levering;
- de keuze voor de CPV-code van groep 341 met de toevoeging van de indicatie PA01-7 *Huur* van de aanvullende woordenlijst, misleidend zou kunnen zijn, aangezien de potentiële inschrijver zou kunnen denken dat de aankondiging uitsluitend de *huur* van particuliere auto's betreft, wat zelfs niet bij benadering het voorwerp van de aanbesteding is; het voorwerp van de aankondiging van de opdracht is immers de verwezenlijking van een complex systeem voor de totstandbrenging en het beheer van de infrastructuur en het systeem voor het delen van elektrische voertuigen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 23 Het geschil tussen de partijen heeft onder meer betrekking op de vaststelling van een van de voorwaarden voor deelname, hoewel de gemeente die voorwaarde als een van de uitsluitingsgronden heeft genoemd. De bevoegdheid van de nationale commissie voor herziening om kennis te nemen van het geschil tussen de partijen hangt in casu af van de vraag of de toekomstige contractuele verhouding tussen de gemeente en de onderneming kan worden aangemerkt als een concessie voor diensten in de zin van artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU wanneer de waarde daarvan tenminste 5 350 000 EUR, exclusief btw, bedraagt. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dient de nationale commissie voor herziening te beoordelen of het opleggen van een voorwaarde voor deelname in overeenstemming is met artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, aangezien bepaalde delen van richtlijn 2014/23/EU aanleiding kunnen geven tot verschillende zienswijzen. Indien de toekomstige contractuele verhouding tussen de gemeente en de ondernemer niet kan worden aangemerkt als een concessie voor diensten in de zin van artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU, vraagt de nationale commissie voor herziening zich af of die overeenkomst moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, moet de nationale commissie voor herziening beoordelen of de invoeging van een voorwaarde voor deelneming in overeenstemming is met de regeling in artikel 58, lid 1, en artikel 58, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU.
- 24 Op de vraag of een bepaalde contractuele verhouding een concessie dan wel een overheidsopdracht vormt, is uitsluitend Unierecht van toepassing, en het is dus niet van belang hoe deze verhouding in het recht van een lidstaat is gedefinieerd (zie bijvoorbeeld de arresten van 18 januari 2007, XXXXXXXXXX C-220/05,

EU:C:2007:31, punt 40; 18 juli 2007, Commissie/Italië, C-382/05, C: 2007: 445, punten 30 en 31, en 15 oktober 2009, ████████ C-196/08, EU:C:2009:628, punt 38). Dat de toekomstige contractuele verhouding tussen de gemeente en de ondernemer in artikel 6, lid 1, van het concessiebesluit is gekwalificeerd als een concessie voor diensten, is dus niet relevant. Indien de contractuele relatie ook inhoudelijk wordt gekwalificeerd als een concessie voor diensten in de zin van artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU, is op de gunning daarvan de regeling van richtlijn 2014/23/EU van toepassing indien de waarde van een dergelijke concessie voor diensten ten minste 5 350 000 EUR., inclusief btw, bedraagt. Indien de contractuele verhouding inhoudelijk daarentegen een overheidsopdracht voor leveringen in de zin van artikel 2, lid 1, punt 8, van richtlijn 2014/24/EU vormt, of een overheidsopdracht voor diensten als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 9, van richtlijn 2014/24/EU, is op de gunning daarvan richtlijn 2014/24/EU van toepassing, wanneer de geraamde waarde van die overheidsopdracht ten minste 139 000 EUR, exclusief btw, bedraagt, zoals bepaald in artikel 4, onder b), van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828, en niet slechts 214 000 EUR, exclusief btw, zoals bepaald in artikel 4, onder c), van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828. Uit artikel 22, lid 2, onder a), eerste streepje, ZJN-3, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828, blijkt immers dat in Slovenië gemeenten, die „niet-centrale aanbestedende diensten” zijn in de zin van artikel 2, lid 1, punt 3, van richtlijn 2014/24/EU, zijn onderworpen aan dezelfde verplichtingen als die van de regeling van artikel 4, onder b), van richtlijn 2014/24/EU voor aanbestedende diensten die centrale overheidsinstanties zijn in de zin van artikel 2, lid 1, punt 2, van richtlijn 2014/24/EU.

- 25 In haar aanbestedingsbesluit van 9 september 2020 heeft de gemeente vermeld dat de totale waarde van het project werd geraamd op 14 989 000 EUR, exclusief btw; de financiële investering van de private partner en van de gemeente die vervolgens werden vermeld bedroegen echter 14 606 000 EUR, exclusief btw, wat het bedrag is waarnaar de gemeente verwijst in haar besluit tot goedkeuring van het DIIP van 15 januari 2021 en in het DIIP van 2020. Zowel in het aanbestedingsbesluit van 9 september 2020, als in het besluit tot goedkeuring van het DIIP van 15 januari 2021, als in het DIIP van 2020 is als bijdrage van de gemeente een bedrag van 36 000 EUR, exclusief btw, vermeld. Uit het DIIP blijkt evenwel dat de gemeente gedurende de 20-jarige looptijd van de contractuele verhouding afstand doet van de parkeerhuur ten gunste van de ondernemer, en daarnaast gedurende die periode het gewone onderhoud van de parkeerplaatsen garandeert (bijvoorbeeld winterdiensten). Het is duidelijk dat de gemeente niet slechts 36 000 EUR, exclusief btw, in de verwezenlijking van het project investeert, aangezien alleen al de afstand van de parkeerhuur ten gunste van de ondernemer voor een periode van 20 jaar, voor een bedrag van 3 430 328 EUR, exclusief btw, hoger is dan de in artikel 4, onder b), van richtlijn 2014/24/EU genoemde waarde, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828, te weten 139 000 EUR, exclusief btw, en de waarde in artikel 4, onder c), van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828, te weten

214 000 EUR, exclusief btw. Hieruit volgt dat de drempel voor de toepassing van richtlijn 2014/24/EU is bereikt. Het bedrag van 3 430 328 EUR, exclusief btw, zou ook indien een bedrag van 84 375 EUR in aanmerking werd genomen, het bedrag in artikel 8, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1827, te weten 5 350 000 EUR, exclusief btw, niet overschrijden. Alleen al uit de aanname dat de geraamde waarde van de financiële investering van de private partner (ondernemer) in het aanbestedingsbesluit van 9 september 2020, in het besluit tot goedkeuring van het DIIP van 15 januari 2021, en in het DIIP van 2020 14 570 000 EUR, exclusief btw, bedraagt, volgt dat de inkomsten van de private partner in de 20-jarige looptijd van het project ten minste 14 977 000 EUR, exclusief btw, zouden moeten bedragen om alle investeringen en de betalingen van de jaarlijkse huur voor de parkeerplaatsen en de laadstations te dekken. Ook indien de investering van een bedrag van 5 000 000 EUR, exclusief btw, als bestaand wagenpark van elektrische voertuigen, eventueel uit deze berekening wordt weggelaten, zou de investering van de private partner (ondernemer) hoe dan ook het bedrag van 5 350 000 EUR, exclusief btw, overschrijden, welk bedrag alleen al hoger is dan de investering in de aankoop van nieuwe elektrische voertuigen op het moment van totstandbrenging van het project, te weten 6 250 000 EUR, exclusief btw. Op grond van die overwegingen vraagt de nationale commissie voor herziening zich af of indien de aanbestedende dienst bij de berekening van de geraamde waarde van een concessie voor diensten uitsluitend de investeringen en de kosten in aanmerking neemt, volstaat dat die waarde duidelijk is overschreden om tot de slotsom te komen dat de in artikel 8, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU vastgestelde waarde is bereikt, en dus richtlijn 2014/23/EU van toepassing is.

- 26 Een essentieel kenmerk van een concessie voor diensten is het feit dat de aanbestedende dienst de verrichting en het beheer van de diensten aan de andere contractpartij toevertrouwt, met uitzondering van de in artikel 5, punt 1, onder a), van richtlijn 2014/23/EU bedoelde werken, aangezien er bij de totstandbrenging van werken sprake is van een concessie van werken. In richtlijn 2014/23/EU is de situatie van een concessie voor leveringen niet geregeld. Volgens richtlijn 2014/24/EU kunnen overheidsopdrachten, naast overheidsopdrachten voor diensten en overheidsopdrachten voor werken, ook overheidsopdrachten voor leveringen omvatten.
- 27 De ondernemer die een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen tot stand brengt, voert activiteiten uit die verder gaan dan het voorzien in de mogelijkheid om elektrische voertuigen te huren en te delen, aangezien hij, onder andere, 1) een computerprogramma zal ontwikkelen om het huren en delen van elektrische voertuigen te garanderen, 2) een netwerk van verhuurlocaties en laadstations voor elektrische voertuigen zal opzetten en beheren, deze regelmatig zal onderhouden en goed werkende laadstations ter beschikking zal stellen, en 3) een ondersteuningsdienst voor de gebruikers zal garanderen. Uit deze voorbeelden blijkt dat het project uit meerdere bestanddelen bestaat, waarvan in elk geval een aantal diensten zijn.

- 28 Uit het DIIP volgt dat de geraamde waarde van 14 570 000 EUR, exclusief btw, van de investering van de private partner (ondernemer) hoofdzakelijk betrekking heeft op de elektrische voertuigen (11 250 000 EUR, exclusief btw, waarvan 5 000 000 EUR, exclusief btw, voor het bestaande wagenpark van elektrische voertuigen, en 6 250 000 EUR, exclusief btw, voor de aankoop van nieuwe elektrische voertuigen tijdens de uitvoering van de overeenkomst). Ook indien de bijdrage voor het bestaande wagenpark niet in aanmerking werd genomen, zou een bedrag van 6 250 000 EUR, exclusief btw, voor de aankoop van nieuwe elektrische voertuigen tijdens de uitvoering van de overeenkomst het hoofdbestanddeel van de investering van de ondernemer vormen. Elektrische voertuigen zijn voertuigen als die welke het voorwerp zijn van groep 341 van de CPV. Groep 341 van de CPV vormt een code voor het voorwerp van de aanbesteding, te weten de levering van goederen. Indien de verwezenlijking van het project voor de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen voor de ondernemer de verrichting van een reeks activiteiten inhoudt, blijkt uit de verstrekte informatie duidelijk dat het grootste onderdeel van het project, qua waarde, het onderdeel betreffende de elektrische voertuigen is. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de elektrische voertuigen ook het hoofdvoorwerp van de toekomstige contractuele verhouding zijn in de zin van zowel artikel 20, lid 5, van richtlijn 2014/23/EU, als artikel 3, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU.
- 29 In het systeem voor het huren en delen besturen de gebruikers van elektrische voertuigen deze voertuigen zelf, aangezien de ondernemer hun geen chauffeur verstrekt. In de aankondiging van de opdracht heeft de aanbestedende dienst CPV-code 60100000 [-9] gebruikt, een CPV-code die diensten betreft, te weten *wegvervoerdiensten*. De codes van groep 601 van de CPV laten evenwel zien dat het wezenlijke bestanddeel van diensten met die codes erin bestaat dat het vervoer wordt verricht door een bestuurder die niet dezelfde persoon is als de gebruiker, zodat het voertuig ook indien het door de gebruiker werd gehuurd, zou worden bestuurd door een andere chauffeur dan de gebruiker. Dit blijkt ook uit de codes 60170000-0 *Verhuur van voertuigen voor personenvervoer met chauffeur* en 60170000-7 *Verhuur van personenauto's met chauffeur*. Uit een dergelijke uitlegging kan worden afgeleid dat de CPV-code 60100000 [-9] in de aankondiging van de opdracht niet relevant is. Dit wordt bevestigd in de toelichting op groep 601 van de CPV, volgens welke groep 601 niet omvat „*huur van passagiersvoertuigen zonder chauffeur, ondergebracht in groep 341 met toevoeging van code PA01-7 Huur uit de aanvullende woordenlijst van de CPV*”. Hoewel de toelichting formeel geen rechtsbron is, kan daaruit worden afgeleid dat de huur van voertuigen zonder chauffeur moet worden aangemerkt als een levering van goederen, aangezien groep 341 van de CPV een code is voor aanbestedingen waarvan het voorwerp wordt gevormd door leveringen. Aan de andere kant kan zich daartegen het feit verzetten dat in de aanvullende woordenlijst uit de beschrijvingen in deel P en groep A van deel P volgt dat de verhuur verband houdt met diensten en dat code PB04-7 *Zonder chauffeur* is opgenomen in categorie B, die ook diensten met een chauffeur omvat, waaruit de conclusie kan worden getrokken dat CPV-code 60171000-7 *Verhuur van*

personenauto's met chauffeur, ook zou kunnen worden gebruikt met de toevoeging van code PB04-7 *Zonder chauffeur*. Volgens deze tegenovergestelde opvatting zou CPV-code 60100000 [-9] de passende code kunnen zijn. De code van groep 601 vormt volgens de CPV een code voor diensten.

- 30 Zoals blijkt uit artikel 2, lid 1, punt 8, van richtlijn 2014/24/EU omvatten overheidsopdrachten voor leveringen ook overheidsopdrachten die de huur van goederen tot voorwerp hebben.
- 31 Elementen van de concessie voor diensten als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b) van richtlijn 2014/23/EU zijn ook „*de verrichting [en het beheer van diensten]*”. De definitie van concessie voor diensten verschilt op deze punten van de definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG, aangezien die bepaling niet eveneens het element van „[beheer van diensten]” omvat. De begrippen van „*verrichting [en beheer van diensten]*” als bedoeld in richtlijn 2014/23/EU is niet gedefinieerd. In het arrest van 28 februari 2019, Sj, C-388/17, EU:C:2019:161 heeft het Hof van Justitie in punt 48 verklaard: „*Bij gebreke van een Unierechtelijke definitie moet de betekenis en de draagwijdte van een begrip [...] worden bepaald in overeenstemming met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de door de regeling waarvan het deel uitmaakt beoogde doelstellingen*”. In dat arrest heeft het Hof van Justitie het begrip „*exploiteren*” evenwel uitgelegd met betrekking tot het begrip „*activiteit*” (niet diensten) en „*net*” (punten 45 en 53 van het arrest), en heeft het geoordeeld (punt 53 van het arrest) dat „*de activiteit „exploiteren van netten” verwijst naar de uitoefening van het recht om het spoorwegnet te gebruiken voor de verstrekking van vervoersdiensten*”, wat niet aangeeft dat het Hof dat begrip heeft uitgelegd in een situatie die vergelijkbaar is met die van overheidsopdrachten. De nationale commissie voor herziening vraagt zich af of indien de diensten, als vorm van opdracht, voor de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen in aanmerking moeten worden genomen:
- het begrip „*verrichting van diensten*” als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU dezelfde betekenis heeft als het begrip „*verlenen van [andere] diensten*” in de zin van artikel 2, lid 1, punt 9, van richtlijn 2014/24/EU; en of het begrip „*verrichting van diensten*” als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU bijgevolg betekent dat de ondernemer in het geval van de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen diensten verleent met betrekking tot het huren en delen van elektrische voertuigen, en activiteiten verricht die verder gaan dan het huren en delen van elektrische voertuigen;
 - het begrip „[*beheer van diensten*]” als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU inhoudt dat een ondernemer het „*recht [heeft] de diensten [...] te exploiteren*” als bedoeld verderop in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU en dankzij die exploitatie inkomsten genereert, zodat het

begrip „[beheer van diensten]” als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU betekent dat de ondernemer in het geval van de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen, gezien de verlening van diensten in verband met het huren en delen van elektrische voertuigen, en de verrichting van activiteiten die verder gaan dan het huren en delen van elektrische voertuigen, het recht heeft om de verlening van die diensten aan de gebruikers in rekening te brengen, en niet gehouden is om de parkeerhuur en de kosten van gewoon onderhoud van die parkeerplaatsen aan de gemeente te betalen, zodat het feit dat inkomsten worden gegenereerd, op die grond, gerechtvaardigd is.

- 32 Artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU voorziet in een alternatief, te weten een tegenprestatie voor de uitvoering van een concessie voor diensten. Die tegenprestatie bestaat hetzij in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling. Uit dit alternatief blijkt dat het niet noodzakelijk is dat de aanbestedende dienst de ondernemer op enige wijze betaalt voor de uitvoering van een concessie voor diensten. Het begrip tegenprestatie moet derhalve niet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst gehouden is een bepaald bedrag te betalen (zie naar analogie de feitelijke situatie die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 10 september 2009, Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, punten 52 en 53). Ook in artikel 8, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/23/EU wordt het begrip „tegenprestatie” gebruikt, en een inhoudelijk vergelijkbare oplossing is tevens te vinden in artikel 26, lid 1, ZNKP, welke bepaling de gemeente in haar brief van 7 april 2021 aldus heeft uitgelegd dat het begrip tegenprestatie uitsluitend de (financiële) bijdrage van de gemeente (dat wil zeggen, de aanbestedende dienst) aan een concessie voor diensten betreft. Volgens de nationale commissie voor herziening overtuigt die uitlegging van de gemeente niet, aangezien die ertoe zou leiden dat van de werkingssfeer van de ZNKP, en dus van richtlijn 2014/23/EU, alle concessies voor diensten worden uitgesloten waaraan aanbestedende diensten geen enkele bijdrage verlenen, of een bijdrage die lager is dan de in artikel 8, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU genoemde waarde, alsmede alle gevallen van verlening van concessies voor diensten waarin de aanbestedende diensten de geraamde waarde onjuist vaststellen omdat zij de in artikel 8, lid 3, van richtlijn 2014/23/EU genoemde elementen voor de berekening van de geraamde waarde niet in aanmerking hebben genomen, waarnaar in wezen ook in het kader van artikel 8, lid 4, eerste volzin, van richtlijn 2014/23/EU wordt verwezen. Dit neemt niet weg dat noch artikel 8, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/23/EU, noch artikel 8, lid 3, van richtlijn 2014/23/EU uitdrukkelijk bepaalt dat bij de berekening van de geraamde waarde rekening moet worden gehouden met de betalingen van de gebruikers van de diensten die het voorwerp van de concessie voor diensten zijn. De nationale commissie voor herziening vraagt daarom of het begrip „*totale tijdens de looptijd van het contract te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief btw, zoals deze door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie is geraamd, als tegenprestatie voor de [...] diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken*” in artikel 8, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/23/EU, aldus moet worden uitgelegd dat de ‚*totale [...] omzet*’ ook

de betalingen van de gebruikers aan die concessiehouder omvat, en dat de door de gebruikers verrichte betalingen bijgevolg kunnen worden aangemerkt als een *tegenprestatie voor de [...] diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken*’.

- 33 Indien niet de diensten, maar de leveringen als het voorwerp van de opdracht in aanmerking moeten worden genomen, vraagt de nationale commissie voor herziening zich af of de toekomstige contractuele verhouding tussen de gemeente en de onderneming in wezen moet worden beschouwd als een overheidsopdracht voor een levering in de zin van artikel 2, lid 1, punt 8, van richtlijn 2014/24/EU. Een dergelijke stelling zou worden bevestigd door het feit dat de gemeente bij de uitvoering van het openbare systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen door voor een periode van 20 jaar afstand te doen van de parkeeruur, een bijdrage levert die hoger is dan het bedrag in artikel 4, onder c), van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in het licht van gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828. Hieruit kan worden afgeleid dat die toekomstige contractuele verhouding onder bezwarende titel is. Aan de andere kant is het evident dat de investering van de gemeente in de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen, ook indien zij wordt opgeteld bij de bijdrage van de gemeente voor het gewone onderhoud van de parkeerplaatsen, (aanzienlijk) lager is dan de investering van de ondernemer. In die context moet er tevens rekening mee worden gehouden dat de vergoeding voor de toekomstige overeenkomst tussen de gemeente en de onderneming hoofdzakelijk wordt gevormd door de betalingen van de gebruikers voor het gebruik van de elektrische voertuigen, en dat het afhangt van de vraag van de gebruikers of een ondernemer erin zal slagen om zodanige inkomsten te genereren dat de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen in financieel opzicht kan worden geacht te zijn geslaagd. Uit het bovenstaande volgt duidelijk dat de ondernemer het operationele risico draagt voor de totstandbrenging van een openbaar systeem voor het huren en delen van elektrische voertuigen, hetgeen een kenmerk is van een concessie voor diensten in de zin van artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU, en niet van een overheidsopdracht in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU, en evenmin van een overheidsopdracht voor leveringen in de zin van artikel 2, lid 1, punt 8, van richtlijn 2014/24/EU, en ook niet van een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 2, lid 1, punt 9, van richtlijn 2014/24/EU. In dit verband vraagt de nationale commissie voor herziening zich eveneens af of een dergelijke toekomstige contractuele verhouding tussen de gemeente en de ondernemer moet worden aangemerkt als een gemengde overheidsopdracht, en of voor de gunning daarvan dus rekening moet worden gehouden met de regeling van artikel 3, lid 4, derde alinea, van richtlijn 2014/24/EU. Dit zou worden bevestigd door het feit dat die verhouding met elkaar verweven elementen bevat van zowel een overheidsopdracht als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 5), van richtlijn 2014/24, als een concessie voor diensten als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU, doch het voorwerp daarvan als zodanig, voor een essentieel deel, geen dienst is. Dit zou betekenen dat de regels voor de gunning van een concessie voor diensten niet relevant zijn, hetgeen evenwel in strijd is met het feit dat de gebruikers betalen voor het gebruik van de elektrische

voertuigen, wat een kenmerk is van een concessie voor diensten als bedoeld in artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn 2014/23/EU en niet van een overheidsopdracht als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU.

- 34 Artikel 58, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 2014/24/EU vermeldt uitdrukkelijk het begrip „beroepsactiviteit”, en uit artikel 58, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU blijkt dat dit begrip betrekking heeft op het feit dat aanbestedende diensten van ondernemers kunnen eisen dat zij zijn ingeschreven bij een van de in de lidstaat van vestiging bijgehouden beroeps- of handelsregisters, als omschreven in bijlage XI bij richtlijn 2014/24/EU. Een van die registers van de Republiek Slovenië is, het „sodni register” (gerechtelijk register), dat naast het „obrtni register” (beroepsregister) in bijlage XI bij richtlijn 2014/24/EU is vermeld.
- 35 Anders dan in artikel 58, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 2014/24/EU, wordt in artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU niet uitdrukkelijk de beroepsactiviteit genoemd, maar worden daarin alleen de beroepsbekwaamheid en de technische bekwaamheid [die ook worden genoemd in artikel 58, lid 1, eerste volzin, onder c), van richtlijn 2014/24/EU] en de financiële en economische draagkracht vermeld [die ook worden genoemd in artikel 58, lid 1, eerste volzin, onder b), van richtlijn 2014/24/EU]. Het feit dat het begrip „beroepsactiviteit” niet uitdrukkelijk wordt vermeld in artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU kan twee tegengestelde mogelijkheden suggereren. Het ontbreken van een expliciete verwijzing naar dat begrip kan betekenen dat de oplegging door de aanbestedende dienst van een voorwaarde betreffende de beroepsactiviteit niet op grond van artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU kan worden gerechtvaardigd. Het tegengestelde standpunt zou kunnen uitgaan van de veronderstelling dat de aanbestedende dienst, ondanks dat de beroepsactiviteit niet uitdrukkelijk is vermeld, toch een voorwaarde kan stellen met betrekking tot de beroepsactiviteit: artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU is in de tweede volzin daarvan algemener omdat daarin niet wordt verwezen naar een specifieke voorwaarde voor deelname, terwijl overweging 63, voor zover daarin de term „uitsluitend” wordt gebruikt, enkel verwijst naar de voorwaarden voor deelname die afhangen van de mogelijkheid om zich op de capaciteit van andere instanties te beroepen; de „beroepsactiviteit” in de zin van richtlijn 2014/24/EU valt daar niet onder [zie in dit verband artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU]. Dat de aanbestedende dienst in het geval van artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU een voorwaarde voor deelname kan stellen met betrekking tot een „beroepsactiviteit”, zou kunnen worden bevestigd door bijlage V, punt 7, onder c), van richtlijn 2014/23/EU, waarin geen specifieke beperkingen zijn vastgesteld, en door uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986, die in bijlage XXI voorziet in een concessieaankondiging (standaardformulier 24) met daarin afdeling III.1.1) *Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister*, op grond waarvan aanbestedende diensten een lijst en een korte beschrijving kunnen geven van de voorwaarden en de vereiste documentatie en gegevens. Tegen deze stelling kan worden ingebracht dat richtlijn 2014/23/EU, in bijlage V, punt 7), onder c) –

waarin geen specifieke beperkingen zijn vastgesteld – niet ruim kan worden uitgelegd, en dat de in bijlage XXI van uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 geboden mogelijkheid om in de concessieaankondiging (standaardformulier 24) afdeling III.1.1 *Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister*, op te nemen, een discrepantie vormt tussen uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 en artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU.

- 36 Indien niet alleen richtlijn 2014/24/EU, maar ook richtlijn 2014/23/EU de mogelijkheid biedt een voorwaarde betreffende de „beroepsactiviteit” te stellen, vraagt de nationale commissie voor herziening zich af of de eis van de gemeente dat elke partner voldoet aan de voorwaarde dat de activiteit is geregistreerd als NACE-code 77.110 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's* [die identiek is aan die in verordening (EG) nr. 1893/2006, bijlage I, NACE Rev. 2, klasse 77.11 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*], in overeenstemming is met artikel 38, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU, met name wat betreft het evenredigheidsvereiste, gelezen in samenhang met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2014/23/EU of artikel 58, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/24/EU, met name wat het evenredigheidsbeginsel betreft, gelezen in samenhang met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU. Uit de voorwaarde voor deelname betreffende de „beroepsactiviteit” blijkt duidelijk dat de gemeente deze niet heeft ingevoerd met de bedoeling dat elke ondernemer die aan de aanbesteding deelneemt daaraan moet voldoen. De gemeente heeft namelijk niet voorgeschreven dat die voorwaarde ook moet worden vervuld door ondergeschikte ondernemers (bijvoorbeeld onderaannemers), maar uitsluitend door ondernemers die gelijkwaardige betrekkingen onderhouden met andere ondernemers (bijvoorbeeld leden van een ondernemingsgroep, partners). Uit het antwoord in punt 8 blijkt dat de gemeente met name beoogde hoofdelijke verbondenheid tussen de partners bij de uitvoering van het voorwerp van de aanbesteding te bewerkstelligen, een aspect dat ervoor kan zorgen dat het voorwerp van de aanbesteding met succes ten uitvoer zal worden gebracht, met name indien een van de partners tijdens de uitvoering daarvan zou ophouden te bestaan: doordat de gemeente deze voorwaarde heeft gesteld zou de uitvoering van het voorwerp van de aanbesteding daardoor niet worden beïnvloed. Aan de andere kant heeft een dergelijke voorwaarde een afschrikkend effect op ondernemers die andere activiteiten verrichten en niet zijn geregistreerd voor de uitvoering van de activiteiten van NACE-code 77.110 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's* [of equivalenten volgens de definitie van verordening (EG) nr. 1893/2006, bijlage I, NACE Rev. 2, klasse 77.11 *Verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's*], maar zich willen aansluiten om het voorwerp van de aanbesteding met succes tot uitvoering te brengen; wegens de voorwaarde voor deelneming betreffende de „beroepsactiviteit” kan immers geen beroep worden gedaan op de geschiktheid van andere rechtssubjecten. De voorwaarde voor deelneming die in het hoofdgeding aan de orde is staat er evenwel niet aan in de weg dat de ondernemers waarop de voorwaarde een afschrikkend effect heeft als

onderaannemers op grond van een onderaannemingsovereenkomst een samenwerkingsverband aangaan met een of meer ondernemers die wel aan die voorwaarde voldoen.

- 37 Bij het stellen van de omstreden voorwaarde heeft de gemeente verwezen naar NACE-code 77.110, een nationale (Sloveense) indicatie, wat eveneens in overeenstemming is met de in artikel 4, lid 2, van verordening (G) nr. 1893/2006 voorziene mogelijkheid. In haar „richtsnoeren” heeft de gemeente niet aangegeven dat zij „*rekening zal houden met de classificatie die in overeenstemming is met het voorwerp volgens de beschrijving*”, zoals zij daarentegen in het antwoord in punt 8 heeft gespecificeerd. Hoewel dit antwoord – los van de regelingen die voor zowel een concessie voor diensten als voor een overheidsopdracht relevant zijn – ingevolge bepalingen van nationaal recht onderdeel van de richtsnoeren is geworden en de gemeente dus bindt, is de gegadigde daarvan niet vóór de indiening van het verzoek om herziening op 19 februari 2021 op de hoogte gesteld. Aan de andere kant volgt uit de omstreden voorwaarde echter niet noodzakelijkerwijs dat de ondernemer aan die voorwaarde moet voldoen zoals zij in het Sloveense recht is vastgesteld, of dat de vereiste activiteit overeenkomstig het Sloveense recht moet zijn vastgelegd in zijn oprichtingsakte (de onderhavige zaak zou dus niet vergelijkbaar zijn met de zaak die heeft geleid tot het arrest van 20 mei 2006, Riigi Tugiteenuste Keskus, C-6/20, EU:C:2021:402). Deze voorwaarde kan eerder aldus worden opgevat dat de ondernemer in staat moet zijn een activiteit te verrichten die in het Sloveense recht is aangeduid als NACE 77.110. De nationale commissie voor herziening vraagt zich af of een dergelijke verwijzing volstaat opdat de voorwaarde kan worden geacht in overeenstemming te zijn met het Unierecht, met name in het licht van het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel. Aan de ene kant is aan deze eis voldaan, aangezien de gemeente die voorwaarde zonder onderscheid oplegt aan alle ondernemers, zowel nationale als die van andere lidstaten, en in de richtsnoeren uitdrukkelijk de betekenis van die code heeft vermeld, die in Slovenië is opgesplitst in subclassificaties, en waarvan de omschrijving niet verschilt van die in verordening (EG) nr. 1983/2006, bijlage I, NACE Rev. 2. Aan de andere kant kan evenwel worden betoogd dat de verwijzing naar NACE-code 77.110 en niet alleen naar de tekst die deze code omschrijft, verwarring kan veroorzaken bij rechtspersonen die zijn opgericht volgens een ander recht dan het Sloveense, ook indien de inhoud daarvan niet verschilt van klasse 77.10 van verordening nr. 1893/2006, bijlage I, NACE Rev. 2.
- 38 Aangezien voor de beslechting van de zaak Unierecht moet worden uitgelegd, waarvan de correcte toepassing twijfel oproept, en aangezien het Hof van Justitie van de Europese Unie nog niet eerder een uitlegging heeft gegeven aan meerdere begrippen van Unierecht die relevant zijn voor de beslechting van de zaak in het hoofdgeding, heeft de nationale commissie voor herziening krachtens artikel 267, lid 3, VWEU de bovenstaande prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd. De antwoorden op de prejudiciële vragen 2, 3, 4, 5, 6 en 7 hebben betrekking op het geval waarin het Hof van Justitie op vraag 1 antwoordt dat richtlijn 2014/23/EU van toepassing is of dat het voorwerp van de opdracht wordt geacht een

dienstverrichting te zijn. De antwoorden op de vragen 8, 10 en 11 hebben betrekking op het geval waarin het Hof op die vraag antwoordt dat richtlijn 2014/23/EU niet van toepassing is of dat het voorwerp van de overheidsopdracht wordt geacht een levering van goederen te zijn, terwijl het antwoord op vraag 9 noodzakelijk is ongeacht het oordeel van het Hof of richtlijn 2014/23/EU al dan niet van toepassing is, en of het voorwerp van de overeenkomst wordt gevormd door diensten dan wel leveringen van goederen.