



Datum van inontvangstneming : 02/03/2020

Zaak C-6/20

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:

7 januari 2020

Verwijzende rechter:

Tallinna Ringkonnakohus (Estland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 december 2019

Verzoekende partij in hoger beroep:

Sotsiaalministeerium

Verwerende partij in hoger beroep:

Innove SA

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep dat door het Sotsiaalministeerium (ministerie van Sociale Zaken, Estland) (hierna: „verzoeker”) is ingesteld tegen de beslissing van de Tallinna Halduskohus (bestuursrechter in eerste aanleg Tallinn, Estland) van 22 mei 2019, houdende afwijzing van de vordering van verzoeker tot nietigverklaring van het besluit van Innove SA (hierna: „verweerster”) tot toepassing van een financiële correctie, in welk besluit de betalingsverzoeken van verzoeker in het kader van een project tot verstrekking van voedselsteun zijn geweigerd wegens vermeende niet-naleving van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Verzoek krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU, strekkende tot uitlegging van de artikelen 2 en 46 van richtlijn 2004/18/EG.

Prejudiciële vragen

1. Moeten de artikelen 2 en 46 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als § 41, lid 3, riigihangete seadus (RHS) (Estse wet inzake overheidsopdrachten), op grond waarvan, indien bij wet specifieke eisen zijn vastgelegd voor de activiteiten die op grondslag van een overheidsopdracht moeten worden uitgeoefend, de aanbestedende dienst in de aankondiging van de overheidsopdracht moet vermelden welke registraties of erkenningen vereist zijn met betrekking tot de kwalificatie van de inschrijver, ter controle van de naleving van de bijzondere wettelijke eisen in de aankondiging van de overheidsopdracht moet verlangen dat een bewijs van die erkenning of registratie wordt overgelegd en de inschrijver als niet-gekwalificeerd moet afwijzen wanneer deze niet over die vereiste erkenning of registratie beschikt?

2. Moeten de artikelen 2 en 46 van richtlijn 2004/18 gezamenlijk aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat de aanbestedende dienst voor een overheidsopdracht tot aankoop van voedselsteun die de internationale drempelwaarde overschrijdt, voor inschrijvers een selectie criterium vaststelt, volgens hetwelk alle inschrijvers, ongeacht hun plaats van activiteit tot dusver, reeds bij de indiening van de inschrijvingen moeten zijn erkend of geregistreerd in het land waar de voedselsteun wordt verstrekt, zelfs indien die inschrijver nog niet in die lidstaat werkzaam is geweest?

3. Indien de laatste vraag bevestigend wordt beantwoord:

3.1. Moeten de artikelen 2 en 46 van richtlijn 2004/18 worden aangemerkt als bepalingen die dusdanig duidelijk zijn dat het vertrouwensbeginsel daartegen niet kan worden aangevoerd?

3.2. Moeten de artikelen 2 en 46 van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat een situatie, waarin de aanbestedende dienst bij een overheidsopdracht inzake voedselsteun overeenkomstig de levensmiddelenwet van de inschrijvers verlangt dat zij reeds op het moment van indiening van de inschrijving zijn erkend, kan worden aangemerkt als een kennelijke schending van de geldende bepalingen, als nalatigheid of als onregelmatigheid, die in de weg staat aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), artikelen 2 en 46.

Verordening (EG) nr. 852/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake levensmiddelenhygiëne (PB 2004, L 139, blz. 1), artikel 6, lid 3, onder a), b) en c).

Verordening (EG) nr. 853/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 houdende vaststelling van specifieke hygiënevoorschriften voor levensmiddelen van dierlijke oorsprong (PB 2004, L 139, blz. 55).

Besluit C(2013) 9527 final van de Commissie van 19 december 2013 betreffende de vaststelling en goedkeuring van richtsnoeren voor de bepaling van door de Commissie te verrichten financiële correcties voor uitgaven die in gedeeld beheer door de Unie zijn gefinancierd in geval van niet-naleving van de regels inzake overheidsopdrachten.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Riigihangete seadus (Estse wet inzake overheidsopdrachten; hierna: „RHS”) in de tot en met 31 augustus 2017 geldende versie (geconsolideerde tekst RT I, 25 oktober 2016, 20), § 3, § 15, lid 2, § 39, lid 1, en § 41, lid 3.

Toiduseadus (Estse levensmiddelenwet; hierna: „levensmiddelenwet”) (RT I 1999, 30, 415, zoals later gewijzigd), § 7, § 8 en § 10.

Periodi 2014-2020 struktuuritoetuse seadus (Estse wet inzake structurele steun voor de periode 2014-2020; hierna: „STS”), § 3 en § 4.

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 In 2015 en 2017 heeft verzoeker, het ministerie van Sociale Zaken, de boven de internationale drempelwaarde uitkomende overheidsopdrachten, nrs. 157505 en 189564, „Voedselsteun aan de meest behoeftigen” aanbesteed (geraamde waarde van elk 4 miljoen euro). In de aankondiging van overheidsopdracht nr. 157505 werd bepaald dat de inschrijver in het bezit moest zijn van de voor de uitvoering van de opdracht vereiste erkenning van het Veterinaar- ja Toiduamet (Estse dienst voor diergezondheids- en levensmiddelencontrole; hierna: „veterinaire dienst”) en een desbetreffende bevestiging alsmede het nummer van de erkenning moest overleggen. De aanbestedingsdocumenten voor overheidsopdracht nr. 157505 zijn tijdens de aanbestedingsprocedure gewijzigd. Volgens deze wijziging was de inschrijver niet meer verplicht om de bevestiging van de erkenning van de veterinaire dienst en het nummer van de erkenning over te leggen, maar voldeed een bevestiging van de nakoming van de registratie- en erkenningsplicht. Hetzelfde vereiste werd voor overheidsopdracht nr. 189564 vastgelegd. Voor de twee overheidsopdrachten zijn raamovereenkomsten gesloten met drie uitgekozen inschrijvers.

- 2 Bij besluit van verweerster, Innove, van 30 oktober 2018 tot toepassing van een financiële correctie, zijn betalingsverzoeken die verzoeker had ingediend in het kader van de „Voorwaarden voor de aankoop en distributie van voedselsteun aan de meest behoeftigen” voor de ondersteuning van het project „Levering van levensmiddelen en vervoer naar de opslagplaats” ten bedrage van 463 291,55 EUR geweigerd op grond dat verzoeker zijn verplichting krachtens de wet inzake structurele steun voor de periode 2014-2020 (STS) om aan de tot en met 31 augustus 2017 geldende wet inzake overheidsopdrachten (RHS) te voldoen, niet was nagekomen.
- 3 Verweerster was van mening dat de twee overheidsopdrachten selectiecriteria omvatten die de kring van inschrijvers, in het bijzonder buitenlandse inschrijvers, onredelijk hadden beperkt. De onredelijke beperking bestond erin dat van de inschrijvers een erkenning van de Estse autoriteit of nakoming van de registratie- en erkenningsplicht in Estland werd verlangd. Zelfs indien de inschrijver aan de opgelegde voorwaarde had kunnen voldoen door zich te verlaten op de middelen van een andere persoon of door een gezamenlijke inschrijving met een persoon die aan de voorwaarden voldoet, betekent dit niet dat de opgelegde voorwaarde daardoor rechtmatig wordt, dat wil zeggen de kring van inschrijvers niet buitensporig beperkt. Inschrijvers die niet in de positie verkeerden zich op de middelen van een andere persoon te verlaten of een gezamenlijke inschrijving in te dienen, zouden mogelijkerwijs van deelname aan de overheidsopdracht hebben afgezien, omdat zij de voor de indiening van de inschrijving gestelde termijn niet in acht hadden kunnen nemen. Verzoeker heeft § 3 en § 39, lid 1, RHS geschonden. De beslissing is gegrond op een onderzoek van het Rahandusministeerium (ministerie van Financiën, Estland) waarbij de litigieuze overheidsopdrachten zijn gecontroleerd. Uit het afsluitende onderzoeksverslag blijkt dat de selectiecriteria in de aankondiging van overheidsopdrachten nrs. 157505 en 189564 voor buitenlandse inschrijvers onredelijk beperkend zijn.
- 4 Bij beslissing van 25 januari 2019 heeft verweerster het bezwaar van verzoeker afgewezen en geoordeeld dat de in de aankondigingen van de overheidsopdracht opgenomen registratie- en erkenningsplicht inschrijvers op grond van hun afkomst discrimineert en een onevenredige beperking vormt die een ongelijke behandeling van de inschrijvers mogelijk heeft gemaakt.
- 5 Verzoeker heeft beroep ingesteld bij de Tallinna Halduskohus en verzocht om nietigverklaring van verweersters besluit van 30 oktober 2018 tot het toepassen van een financiële correctie. Verzoeker voerde daartoe aan dat de plaatsing van de overheidsopdrachten naar behoren is uitgevoerd en hij over geen enkele beoordelingsvrijheid beschikte om te beslissen in welke fase van de procedure het vereiste van een erkenning (hierna: „erkenning”) geldt. De voor de plaatsing van overheidsopdrachten bij wet bepaalde specifieke vereisten voor de uit te oefenen activiteiten zijn, met betrekking tot overheidsopdrachten nrs. 157505 en 189564, de registratie- en erkenningseisen die in de §§ 7 en 8 van de levensmiddelenwet en in artikel 6, lid 3, van verordening nr. 852/2004 zijn vastgelegd. In de bestreden

beslissing is ten onrechte geoordeeld dat, aangezien het om een overheidsopdracht met betrekking tot levensmiddelen (leveringen) gaat, de aanbestedende dienst geen erkenning als bedoeld in artikel 46 van richtlijn 2004/18 mag verlangen. In het geval van fysieke omgang met levensmiddelen in Estland moet de opdrachtnemer of de opslag, die op grond van overeenkomsten of onderaanneming door hem wordt gebruikt, over een door de veterinaire dienst afgegeven erkenning beschikken, terwijl die erkenningen voor de omgang met levensmiddelen door de lidstaten onderling niet worden erkend. De aanbestedende dienst had niet de mogelijkheid om een inschrijver te kwalificeren op grond van een erkenning van het land waar hij is gevestigd. Gelet op de termijn voor de indiening van de inschrijvingen voor de internationale overheidsopdracht (ten minste 40 dagen) en de in de levensmiddelenwet gestelde termijn voor de erkenningsprocedure (30 dagen), heeft de inschrijver bovendien voldoende tijd om de erkenningsprocedure na te leven. Volgens verzoeker is niet aangetoond dat schade is geleden. Bovendien is overheidsopdracht nr. 157505 eerder tweemaal door inspecteurs van het ministerie van Financiën gecontroleerd en is uit die controle gebleken dat de voorwaarden (met inbegrip van het erkenningsvereiste) in lijn met de RHS waren. Een wijziging van de uitlegging met terugwerkende kracht is niet in overeenstemming met het beginsel van behoorlijk bestuur.

- 6 Verweerster heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Zij bevestigde dat de aanbestedende dienst weliswaar bij een letterlijke uitlegging van § 41, lid 3, RHS kennelijk van de inschrijver kan verlangen dat ten bewijze van de naleving van de specifieke eisen, de krachtens Estse wetgeving vereiste erkenning, registratie of ander passend certificaat wordt overgelegd, maar dat dit vereiste in het licht van de relevante regelgeving van de Unie (in het bijzonder richtlijn 2004/18) en in samenhang met de rechtspraak moet worden uitgelegd. Bovendien is de voorwaarde op grond waarvan de aanbestedende dienst reeds bij de indiening van de inschrijving heeft verlangd dat de specifieke vereisten van het Estse recht door de inschrijvers worden nageleefd, niet in overeenstemming met het in § 3, punt 3), RHS neergelegde beginsel van gelijke behandeling. Verweerster is voorts van mening dat volgens de rechtspraak van het Hof het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers zich verzet tegen de invoering van voorwaarden voor deelname aan een aanbesteding die kennis vereisen van de praktijk van de staat waarin de aanbestedende dienst is gevestigd (arresten van 14 december 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, punt 42, en 2 juni 2016, ██████████ C-27/15, EU:C:2016:404, punten 45, 46 en 51).
- 7 Volgens verweerster had met betrekking tot de overheidsopdrachten moeten worden onderzocht of de inschrijvers die voordien een dienst in een andere lidstaat hadden verricht en de inschrijvers die voordien in Estland activiteiten met levensmiddelen hadden uitgeoefend, zich door de oplegging van de bestreden voorwaarde in dezelfde situatie bevonden en dus aan de vereisten van het Estse recht voldeden. Verweerster heeft benadrukt dat het vertrouwensbeginsel niet is geschonden. Het gewettigde vertrouwen van de begunstigde in de handhaving van de steun moet worden afgewogen tegen het recht van derden om deel te nemen aan een mededingingsprocedure en aan een aanbestedingsprocedure zonder

onrechtmatige beperkende voorwaarden, en tegen het openbaar belang, met inbegrip van het belang van de Unie om de goede werking van de interne markt te verzekeren door middel van op het mededingingsprincipe gebaseerde aanbestedingen en een transparant gebruik van de financiële middelen van de Unie. In het onderhavige geding moeten de rechten van derden en de belangen van de Gemeenschap in hun geheel worden beschouwd als hogere openbare belangen die zwaarder wegen dan een eventueel gewettigd vertrouwen van de begunstigde van de steun in het feit dat de bestreden beslissing niet wordt genomen.

- 8 Het ministerie van Financiën concludeerde tot verwerping van het beroep. Het betoogde dat verzoeker geen procesbevoegdheid heeft en dat de Tallinna Halduskohus niet bevoegd is om van deze vordering kennis te nemen, aangezien het nationale recht voor de afdoening van dit geschil in een andere procedure voorziet. Volgens het ministerie van Financiën waren de in de aankondiging van de overheidsopdracht opgenomen selectiecriteria bovenmatig restrictief. Het stelde dat buitenlandse inschrijvers, wier plaats van activiteit niet in Estland is gelegen, moeten voldoen aan de eisen van de staat waar zij werkzaam zijn en het toezicht daarop wordt uitgeoefend door de bevoegde autoriteit van de staat waar zij gevestigd zijn. Estland verkeert niet in de positie om de erkenning van buitenlandse inschrijvers voor de omgang met levensmiddelen te beoordelen, aangezien het voor Estland niet mogelijk is de activiteiten van de buitenlandse onderneming te controleren. Het vereiste van de registratie- en erkenningsplicht is een Unierechtelijke eis die in de gehele Unie geldt. Om ervoor te zorgen dat de gestelde beperking jegens buitenlandse inschrijvers evenredig is en tegelijkertijd aan de aanbestedende dienst de zekerheid geeft dat er geen sprake is van een illegale exploitant, had de aanbestedende dienst met betrekking tot de kwalificatie de overlegging van een door het land van vestiging van de buitenlandse inschrijver of een andere bevoegde instantie afgegeven gelijkwaardige erkenning of certificaat moeten toestaan en pas bij de uitvoering van de overheidsopdracht de naleving van de uit het Estse recht voortvloeiende, voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke, vereisten van een buitenlandse inschrijver mogen verlangen. Het ministerie van Financiën was van mening dat het vertrouwensbeginsel zich niet uitstrekt tot de uitvoerende macht. Ook het Hof oordeelde in zijn arresten dat de begunstigde van steun zich niet op een gewettigd vertrouwen kan beroepen wanneer hij zijn verplichting in aanzienlijke mate niet is nagekomen.
- 9 Bij beslissing van 22 mei 2019 heeft de Tallinna Halduskohus het beroep verworpen. Overeenkomstig de aankondiging van de overheidsopdracht heeft de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht een erkenning van de veterinaire dienst nodig, waarvan hij een bevestiging en het nummer moest overleggen. De rechter in eerste aanleg kwam tot de slotsom dat dit vereiste leidt tot een ongelijke behandeling van buitenlandse inschrijvers, aangezien een buitenlandse inschrijver die voordien niet in Estland werkzaam was, op het moment van indiening van de inschrijving niet aan de registratie- en erkenningsplicht had kunnen voldoen. Estse inschrijvers die voordien ervaring met een activiteit in Estland hadden opgedaan,

bevonden zich in een betere positie dan andere ondernemingen met soortgelijke ervaring in andere landen van de Unie.

- 10 De Tallinna Halduskohus verwees naar het door de Europese Commissie opgestelde document „Leidraad voor professionals ter vermindering van veelvoorkomende fouten bij door Europese structuur- en investeringsfondsen gefinancierde projecten”, waarin onder het opschrift „Veelgemaakte fouten in de fase van de uitnodiging tot inschrijving die tot financiële correcties leiden:” de verplichting om al op het moment waarop inschrijvingen worden ingediend te beschikken over kwalificaties/getuigschriften die door een instantie in het land van de aanbestedende dienst worden erkend, als voorbeeld van een discriminerend vereiste wordt aangevoerd. Dit is discriminerend, omdat het voor buitenlandse inschrijvers moeilijk is om tot aan het moment dat de inschrijvingen moeten worden ingediend hieraan te voldoen.
- 11 Het in de aankondiging van de overheidsopdracht opgenomen vereiste van een erkennings- of registratieplicht is geen specifieke eis in de zin van richtlijn 2014/18. Artikel 46 van richtlijn 2004/18 heeft betrekking op de (specifieke) selectiecriteria voor inschrijvers en niet op de eisen die ten aanzien van de erkenning geregeld zijn. Een specifieke eis in de zin van richtlijn 2004/18 zou kunnen zijn dat de omgang met levensmiddelen bijvoorbeeld afhankelijk is van de inschrijving in het desbetreffende register voor levensmiddelenbedrijven of van een bijzondere beroepsverklaring die vereist is voor de aanvraag van een erkenning. De betekenis van artikel 46 van die richtlijn wordt beter tot uiting gebracht in de Engelse versie van de richtlijn, waarin de uitdrukking „particular authorisation” wordt gebruikt. Deze formulering verwijst in het bijzonder naar de specifieke eisen die aan inschrijvers worden gesteld. Richtlijn 2004/18 heeft geen betrekking op de (gebruikelijke) toegestane activiteiten, zoals de omgang met levensmiddelen. Voor de laatste gelden bovendien binnen de Europese Unie geharmoniseerde vereisten, zodat er geen sprake kan zijn van een „specifieke eis”.
- 12 § 41, lid 3, RHS moet in overeenstemming met het Unierecht worden uitgelegd. Volgens de Tallinna Halduskohus had de aanbestedende dienst geen passende erkenning van het land van herkomst van de inschrijver uit een andere lidstaat moeten accepteren, maar had hij het verkrijgen van een dergelijke erkenning in Estland mogelijk moeten maken. Verwijzingen van verweerster naar de arresten van het Hof van 27 oktober 2005, [REDACTED] (C-234/03, EU:C:2005:644), 26 september 2000, Commissie/Frankrijk (C-225/98, EU:C:2000:494), en 7 juli 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530), zijn niet relevant, daar in het onderhavige geding de beperkingen voortvloeien uit een nationale regeling (levensmiddelenwet) waarnaar in de aanbestedingsdocumenten wordt verwezen.
- 13 De Tallinna Halduskohus heeft voorts geoordeeld dat het vertrouwensbeginsel een Unierechtelijk beginsel is waarop verzoeker zich kan beroepen. Eerdere controles kunnen niet de rechtszekerheid bieden dat op een later moment geen schendingen worden vastgesteld. De controles door het ministerie van Financiën zijn juridisch niet bindend. Volgens rechtspraak van het Hof kan het vertrouwensbeginsel niet

tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling worden aangevoerd en kan een met het Unierecht strijdige gedraging van een met de toepassing ervan belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer niet het gewettigde vertrouwen wekken dat hij een behandeling kan genieten die in strijd is met het Unierecht (arrest van 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De financiële correctie is niet strafrechtelijk van aard. De staat heeft geen subjectief recht op structurele steun. Het verbod van terugwerkende kracht is dus niet van toepassing.

Voornaamste argumenten van partijen in de beroepsprocedure

- 14 Verzoeker heeft bij de Tallinna Ringkonnakohus (rechter in tweede aanleg Tallinn, Estland) hoger beroep ingesteld, strekkende tot vernietiging van de beslissing van 22 mei 2019 van de Tallinna Halduskohus en tot het wijzen van een nieuwe uitspraak waarin de vordering wordt toegewezen.
- 15 Volgens verzoeker heeft de Tallinna Halduskohus ten onrechte vastgesteld dat in plaats van een selectie criterium, eisen in de fase van uitvoering van de overheidsopdracht had moeten worden vastgelegd. Krachtens § 39, lid 1, en § 41, lid 3, RHS moet de aanbestedende dienst ter verkrijging van een dienst waarvoor een erkenning nodig is, dit erkenningsvereiste als selectie criterium vastleggen. Het bestaan van een dergelijke plicht van de aanbestedende dienst is ook door de bestuurspraktijk bevestigd (zie beslissing van de Tallinna Halduskohus van 21 februari 2013 in de zaak nr. 3-12-2349).
- 16 Artikel 46 van richtlijn 2004/18/EG en § 41, lid 3, RHS zijn niet in tegenspraak. In de richtlijn is niet gepreciseerd op welk moment een erkenning van de inschrijver verplicht is. De Tallinna Halduskohus heeft ten onrechte vastgesteld dat § 41, lid 3, RHS de aanbestedende dienst het recht geeft om, in het geval dat een wettelijke erkenning is vereist, deze eis aldus uit te leggen dat het te allen tijde toegelaten is dat de inschrijver aan dit vereiste kan voldoen door overlegging van een erkenning van het land waar hij is gevestigd. De regelgeving op het gebied van levensmiddelen bestaat uit specifieke wettelijke bepalingen voor overheidsopdrachten, waarvan de Tallinna Halduskohus de bijzonderheden echter niet heeft verduidelijkt.
- 17 Voorts is verzoeker van mening dat de verwijzingen naar de arresten ██████████ (C-234/03), Commissie/Frankrijk (C-225/98) en Ambisig (C-46/15) niet relevant zijn. De in die zaken aan de orde zijnde eisen (de aanwezigheid van een kantoor in het land waar de dienst wordt verricht, het vereiste van lidmaatschap van de beroepsvereniging van ontwerpers in de lidstaat van de aanbestedende dienst en het vereiste van legalisatie van de handtekening van de koper) verschillen aanzienlijk van het vereiste in deze kwestie. Het vereiste van een erkenning heeft tot doel dat de inachtneming van de vereisten inzake de bescherming van de gezondheid en het in de handel brengen van veilige levensmiddelen ten behoeve van de begunstigen van de steun wordt gewaarborgd. Ook het door de Tallinna

Halduskohus aangevoerde arrest Eesti Pagar (C-349/17) is niet relevant, omdat het betrekking heeft op de terugvordering van staatssteun waarop het Unierecht rechtstreeks van toepassing is. Evenzo is het onwaarschijnlijk dat een potentiële inschrijver wegens het erkenningsvereiste afziet van inschrijving. Buitenlandse inschrijvers hadden gebruik kunnen maken van de middelen van een andere persoon en een gezamenlijke inschrijving kunnen indienen indien zij niet aan het erkenningsvereiste hadden willen of kunnen voldoen.

- 18 Ten slotte herhaalt verzoeker dat de gedraging van verweerster in strijd is met het vertrouwensbeginsel en het beginsel van behoorlijk bestuur. Het vertrouwensbeginsel is weliswaar niet van toepassing bij een kennelijke schending van de geldende regeling, bij nalatigheid of misbruik (zie arrest van het Hof van 13 maart 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., C-383/06 tot C-385/06, EU:C:2008:165, punten 52 en 56), maar hiervan is in casu geen sprake.
- 19 Verweerster verzoekt om verwerping van het hoger beroep, blijft bij haar standpunt en stemt in met de motivering van het arrest van de Tallinna Halduskohus.
- 20 Het ministerie van Financiën concludeert tot verwerping van het hoger beroep en bevestigt eveneens zijn eerdere standpunt.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 21 De hoofdvraag van het geding is of in het geval van verstrekking van voedselsteun, als voorwaarde voor de plaatsing van een boven de internationale drempelwaarde uitkomende overheidsopdracht de eis kan worden gesteld dat de inschrijver op het moment van indiening van de inschrijving over een erkenning van de Estse autoriteiten op grond van de levensmiddelenwet beschikt dan wel dat hij aan de Estse registratie- en erkenningsplicht voldoet, en of, in het geval dat een dergelijk vereiste voor buitenlandse inschrijvers een bovenmatige beperking vormt, in een situatie waarin de opdracht eerder door de bevoegde instantie in het binnenland is onderzocht, op grond van een gewijzigde uitlegging van de wet en de richtlijn (2004/18) een beslissing betreffende de toepassing van een financiële correctie mag worden genomen.
- 22 Artikel 46, lid 2, van richtlijn 2004/18 regelt de mogelijkheid dat, ten bewijze van geschiktheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, van inschrijvers een bijzondere vergunning van de bevoegde autoriteit van de lidstaat van vestiging kan worden verlangd. In casu verlangde de aanbestedende dienst (verzoeker) echter krachtens § 41, lid 3, RHS een erkenning dan wel de naleving van registratieplicht die in de levensmiddelenwet geregeld is. De uitvoering van de overheidsopdracht is afhankelijk van de naleving van die erkenning- of registratieplicht, hetgeen door partijen niet wordt betwist. Teneinde de voedselveiligheid te waarborgen, is het vereiste van een dergelijke erkenning overeenkomstig verordening nr. 852/2004 inzake levensmiddelenhygiëne

toelaatbaar. De voorwaarden voor de vergunning (erkenning) door de bevoegde autoriteit zijn echter niet volledig geharmoniseerd (zie artikel 6, lid 3, van richtlijn 2004/18) en de ondernemer moet, om in een andere lidstaat werkzaam te kunnen zijn, die vereiste erkenning van de staat waar hij werkzaam is aanvragen, wat betekent dat hij zich niet kan beroepen op de erkenning in zijn land van herkomst.

- 23 Is de inschrijver slechts gekwalificeerd op grond van de toezegging dat een krachtens de levensmiddelenwet vereiste erkenning of registratie wordt aangevraagd, dan kan worden betwijfeld of de uitvoering van de overheidsopdracht mogelijk is, wanneer de inschrijver deze verplichting niet nakomt of niet aan de registratie- of erkenningseisen voldoet. In dat geval worden de doelstellingen van de overheidsopdracht niet verwezenlijkt en moet de aanbestedende dienst een nieuwe aanbestedingsprocedure uitschrijven.
- 24 De Tallinna Halduskohus heeft er terecht op gewezen dat, aangezien van de inschrijvers werd verwacht dat zij reeds ervaring hadden opgedaan, een beoordeling van de invloed van de voorwaarde op inschrijvers die pas net in de levensmiddelensector zijn begonnen niet relevant is, zodat evenmin kan worden gesteld dat buitenlandse inschrijvers zich in dezelfde situatie bevonden als Estse inschrijvers, die sinds kort met levensmiddelen omgaan. Estse inschrijvers die voordien ervaring met een activiteit in Estland hebben opgedaan hadden in een betere positie dan andere ondernemers met soortgelijke ervaring in andere landen van de Unie.
- 25 Bijgevolg is het van belang om na te gaan of het waarborgen van de voedselveiligheid en de verwezenlijking van de doelstellingen van de overheidsopdracht rechtvaardigen dat aan de inschrijvers een beperking wordt opgelegd, die buitenlandse inschrijvers de facto in een moeilijker situatie plaatst waarin zij, vóór indiening van een inschrijving, hetzij de vereiste erkenning of registratie moeten aanvragen, hetzij een gezamenlijke inschrijving met een reeds erkend of geregistreerd bedrijf, dat wil zeggen een bedrijf dat in Estland actief is, moeten indienen. Volgens de verwijzende rechter is het bij een overheidsopdracht die de internationale drempelwaarde overschrijdt onevenredig om dit van de inschrijvers te verlangen.
- 26 Artikel 46 van richtlijn 2004/18 kan niet voldoende duidelijk worden geacht. In de rechtspraak van het Hof is deze kwestie tot op heden niet aan de orde gesteld. Volgens de rechtspraak van het Hof verzet het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers zich tegen de invoering van voorwaarden voor deelname aan een aanbesteding die kennis vereisen van de praktijk van de staat waarin de aanbestedende dienst is gevestigd (zie arresten *Connexion Taxi Services* (C-171/15) en ██████ (C-27/15), reeds aangehaald). De Estse wetgeving is vergeleken met de hierboven genoemde zaken duidelijk. De criteria voor de aanvraag van een erkenning of registratie blijken uit de levensmiddelenwet, en de veterinaire dienst heeft op haar website (<https://vet.agri.ee>) ook toegelicht hoe de erkenning kan worden aangevraagd. Geen enkele inschrijver heeft aangevoerd dat

hij deze voorwaarden niet heeft begrepen of om precisering ervan verzocht. Ook het bestreden selectie criterium is duidelijk en leidt niet tot dubbelzinnigheid.

- 27 In de zaken Commissie/Frankrijk (C-225/98) en ██████████ (C-234/03) is de toelaatbaarheid van de in het algemeen belang van de gehele Unie gestelde voorwaarden niet onderzocht. De vereisten inhoudende de opening van een kantoor in de lidstaat van de inschrijver of het lidmaatschap van een vereniging van personen die in de lidstaat van de inschrijver hetzelfde beroep uitoefenen, dienen geen openbare belangen die het publiek en de consumenten in alle lidstaten op gelijke wijze beschermen. In tegenstelling tot de omstandigheden in die zaken is de verwijzende rechter van oordeel dat in casu de vereisten inzake voedselveiligheid als voorwaarde voor de uitvoering van de opdracht gerechtvaardigd zijn en dat er slechts een geschil kan bestaan over het moment waarop de inschrijver aan die voorwaarde moest voldoen, te weten bij de indiening van de inschrijving of bij de uitvoering van de opdracht. Derhalve kan in dit geding een zekere ongelijkheid tussen de inschrijvers ook worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de doeltreffendheid van de aanbestedingsprocedure te waarborgen (latere uitvoering van de overheidsopdracht).
- 28 De verwijzende rechter acht het om die reden onduidelijk of de artikelen 2 en 46 van richtlijn 2004/18, in hun onderlinge samenhang gelezen, aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat de aanbestedende dienst voor een boven de internationale drempelwaarde uitkomende opdracht tot verstrekking van voedselsteun voor de inschrijvers een selectie criterium vastlegt, volgens hetwelk alle inschrijvers, ongeacht hun plaats van activiteit tot dusver, bij de indiening van de inschrijvingen moeten beschikken over een erkenning of registratie in het land waar de voedselsteun wordt verstrekt. Voor een verklarende uitlegging moet tevens rekening worden gehouden met de bijzonderheden op het gebied van de omgang met levensmiddelen, wanneer het voor het verrichten van de dienst noodzakelijk is dat levensmiddelen in het land van de aanbestedende dienst worden gehanteerd en dat met betrekking tot de omgang met levensmiddelen de op grond van § 8, lid 1, punten 2) tot en met 9) [levensmiddelenwet] vereiste erkenning voorhanden moet zijn, met inachtneming van de deels door artikel 6, lid 3, onder b) en c), en deels door artikel 6, lid 3, onder a), van verordening nr. 852/2004 aan de lidstaten toegekende beoordelingsmarge.
- 29 Wanneer het antwoord op vorige vraag aldus luidt dat een nationale regeling zoals § 41, lid 3, RHS in strijd is met bovengenoemde bepalingen van richtlijn 2004/18, moet bovendien worden onderzocht of de artikelen 2 en 46 van die richtlijn voldoende duidelijk kunnen worden geacht dat het vertrouwensbeginsel niet daartegen kan worden aangevoerd (zie arrest Eesti Pagar, C-349/17, punt 104) en of deze bepalingen aldus moeten worden uitgelegd dat, zoals in het onderhavige geval waarin alle inschrijvers op het moment van indiening van de inschrijving moesten beschikken over een erkenning krachtens de levensmiddelenwet, de gedraging van de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een kennelijke schending van de geldende regeling, nalatigheid of misbruik, en in de weg staat

aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel (zie arrest Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., C-383/06 tot C-385/06, reeds aangehaald).