



Datum van
inontvangstneming

:

29/12/2023

Zaak C-684/23

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:

15 november 2023

Verwijzende rechter:

Administratīvā rajona tiesa (bestuursrechter in eerste aanleg, Letland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 november 2023

Verzoekende partij:

SIA Latvijas Sabiedriskais Autobuss

Verwerende partijen:

Iepirkumu uzraudzības birojs (bureau voor toezicht op overheidsopdrachten, Letland)

VSIA Autotransporta direkcija

Voorwerp van het hoofdgeding

De Administratīvā rajona tiesa (bestuursrechter in eerste aanleg, Letland) behandelt het administratief beroep dat SIA Latvijas Sabiedriskais Autobuss heeft ingesteld om het besluit van het bureau voor toezicht op overheidsopdrachten onrechtmatig te laten verklaren voor wat betreft het gedeelte inzake de aanbesteding „voor de concessie van het recht om openbare busvervoersdiensten aan te bieden op het netwerk van routes van regionaal belang” met betrekking tot de stad Ventspils, voor zover de onderneming PSIA Ventspils reiss (inschrijver aan wie de opdracht werd gegund) als interne exploitant het recht had gekregen om aan die aanbesteding deel te nemen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

De Administratīvā rajona tiesa verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie over de uitlegging van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (hierna: „verordening nr. 1370/2007”), gelezen in samenhang met artikel 5, lid 3, van die verordening.

Prejudiciële vragen

- 1) Moet artikel 5 van verordening (EG) nr. 1370/2007 aldus worden uitgelegd dat in het kader van de in artikel 5, lid 3, van deze verordening bedoelde openbare aanbestedingsprocedure moet worden nagegaan of aan de vereisten van artikel 5, lid 2, onder c), van deze verordening werd voldaan voor de deelname van een interne exploitant aan de aanbestedingsprocedure?
- 2) Indien de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst bij zijn besluit over de gunning van het contract moet nagaan of op het moment van de indiening van de offerte aan alle vereisten van deze bepaling werd voldaan, en daarbij zelfs rekening moet houden met omstandigheden die zich na de indiening van de offerte hebben voorgedaan en die een invloed kunnen hebben op de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers?
- 3) Indien de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 aldus worden uitgelegd dat de verlenging van de uitvoeringstermijn van een eerder gesloten dienstencontract een ander onderhands gegund openbaredienstcontract in de zin van deze bepaling vormt?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Overweging 18 en artikel 5, leden 2, 3 en 5, van verordening nr. 1370/2007.

Rechtspraak van het Hof van Justitie

Arresten van het Hof van Justitie:

Arrest van 6 oktober 2021, Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:799.

Arrest van 21 maart 2019, Mobit en Autolinee Toscane, C-350/17 en C-351/17, EU:C:2019:237.

Arrest van 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 8 van de Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums (wet op de openbaarvervoersdiensten) dat de organisatorische regels vaststelt voor de aanbesteding van openbaarvervoersdiensten.

Artikel 2 van de Publisko iepirkumu likums (wet inzake overheidsopdrachten) dat de doelstellingen van openbare aanbestedingen vastlegt.

Korte uiteenzetting van de feiten en van het hoofdgeding

- 1 Op 19 mei 2021 heeft de aanbestedende dienst, VSIA Autotransporta direkcija, die verantwoordelijk is voor de organisatie van het openbaar vervoer in Letland, een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven „voor de concessie van het recht om openbare busvervoersdiensten aan te bieden op het netwerk van routes van regionaal belang” (hierna ook: „openbare aanbesteding”), waarvoor tot 30 augustus 2021 offertes konden worden ingediend.
- 2 Verzoekster, SIA Latvijas Sabiedriskais Autobuss, heeft een offerte ingediend, maar bij besluit van de aanbestedende dienst van 7 december 2022 werd haar offerte afgewezen en werd het contract gegund aan PSIA Ventspils reiss.
- 3 PSIA Ventspils reiss is een gemeentebedrijf, waarvan het kapitaal voor 100 % in handen is van de gemeente Ventspils (valstspilsēta). PSIA Ventspils reiss moet dus worden beschouwd als een interne exploitant in de zin van verordening nr. 1370/2007.
- 4 Op 13 januari 2012 heeft de gemeente Ventspils een contract gesloten met PSIA Ventspils reiss voor het aanbieden van openbare busvervoersdiensten in de stad Ventspils tot 31 december 2023.
- 5 In het kader van de door de aanbestedende dienst uitgeschreven openbare aanbesteding heeft de gemeente Ventspils op 27 september 2019 besloten de looptijd van het eerder met PSIA Ventspils reiss gesloten dienstencontract te verkorten tot 30 september 2021 en een aanbestedingsprocedure te organiseren voor de gunning van het recht om openbare vervoersdiensten in de stad aan te bieden. Het contract bepaalt ook dat de looptijd ervan kan worden verlengd als de aanbestedingsprocedure om redenen buiten de wil van de aanbestedende dienst niet met succes wordt afgerond en het contract niet tijdig kan worden gesloten, en in geval van een onderbreking van de dienstverlening of een dreigende onderbreking, volgens artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007.
- 6 Op 31 maart 2021 heeft de gemeente Ventspils een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het „aanbieden van openbare busvervoersdiensten in de stad

Ventspils”, die op 10 september 2021 werd opgeschort na een besluit van de toezichthoudende autoriteit en als gevolg van de noodzaak om het bestek te wijzigen.

- 7 In het kader van de aanslepende aanbestedingsprocedure besloot de gemeente Ventspils op 2 september 2021 de looptijd van het eerder met PSIA Ventspils reiss gesloten dienstencontract te verlengen tot de sluiting van het nieuwe contract of tot 30 september 2022, als dit eerder is. Ter rechtvaardiging van de verlenging van het contract werd artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007 aangevoerd.
- 8 Op 19 september 2021 lanceerde de gemeente Ventspils een nieuwe aanbestedingsprocedure voor het „aanbieden van openbare busvervoersdiensten in de stad Ventspils”, die op 1 juni 2023 werd opgeschort na een besluit van de toezichthoudende autoriteit en als gevolg van de noodzaak om inconsistenties in het bestek weg te werken.
- 9 De gemeente Ventspils besloot daarom op 22 september 2022, op grond van artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007, de looptijd van het eerder met PSIA Ventspils reiss gesloten dienstencontract opnieuw te verlengen tot de sluiting van het nieuwe contract of tot 30 september 2023, als dit eerder is.
- 10 Verzoekster heeft het besluit van de aanbestedende dienst aangevochten bij het bureau voor toezicht op overheidsopdrachten (hierna: „bureau”), de hiërarchisch hogere overheidsinstantie die toezicht houdt op de openbare aanbestedingsprocedures.
- 11 Verzoekster betwist onder andere de deelname van de winnende inschrijver als interne exploitant aan de openbare aanbesteding.
- 12 Het bureau bevestigde bij besluit van 6 februari 2023 het besluit van de aanbestedende dienst.
- 13 Verzoekster heeft bij de Administratīvā tiesa beroep ingesteld tegen het besluit van het bureau en stelde daarbij onder meer dat PSIA Ventspils reiss uitgesloten had moeten worden van deelname aan de openbare aanbesteding.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 14 Volgens verzoekster diende de aanbestedende dienst de winnende inschrijver, PSIA Ventspils reiss, uit te sluiten van deelname aan de openbare aanbesteding, omdat de termijn als bedoeld in artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007, vanaf welke een interne exploitant het recht heeft aan andere aanbestedingen deel te nemen, niet werd gerespecteerd.
- 15 Verzoekster betoogde dat de overheidsinstanties de bepalingen van verordening nr. 1370/2007 verkeerd hadden uitgelegd, aangezien zij er geen rekening mee hadden gehouden dat de looptijd van het contract dat PSIA Ventspils reiss met de

gemeente Ventspils had gesloten, was verlengd, wat in feite neerkomt op het sluiten van een nieuw onderhands gegund contract.

- 16 Bovendien, zo stelt verzoekster, heeft de gemeente Ventspils eerst besloten de looptijd van het contract te verkorten om ervoor te zorgen dat PSIA Ventspils reiss aan de door de aanbestedende dienst georganiseerde openbare aanbesteding kon deelnemen, maar heeft ze vervolgens verschillende keren het contract verlengd. Een dergelijke gedraging is op zich in strijd met de doelstellingen van de bepalingen van verordening nr. 1370/2007 om de mededingingsverstoringen te verminderen die zouden ontstaan indien dergelijke dienstverleners mochten deelnemen aan aanbestedingen en openbare vervoerdiensten mochten organiseren buiten het grondgebied van de betrokken gemeente.
- 17 Verzoekster vraagt zich verder af of de gemeente Ventspils in het algemeen het recht had een beslissing te nemen over de verlenging van de looptijd van het contract, rekening houdend met het feit dat een aanbestedingsprocedure die wordt verlengd (of vertraagd) in het algemeen niet kan worden beschouwd als een noodmaatregel in de zin van artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007.
- 18 Tijdens de hoorzitting bevestigde verzoekster haar beroep op basis van de daarin uiteengezette argumenten. Verzoekster betwist niet dat, op het moment van de indiening van de offerte, aan de vereiste termijn van twee jaar als bedoeld in artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 was voldaan. Volgens verzoekster moest echter, om elk misbruik van dit recht te voorkomen, bij het nemen van het besluit tot gunning van het contract, opnieuw gecontroleerd worden of aan het voornoemde vereiste werd voldaan. In de onderhavige zaak was het contract op het moment van vaststelling van het besluit verlengd tot en met 30 september 2023, wat, vergeleken met het moment van indiening van de offerte, de in genoemde bepaling van de verordening vastgestelde periode van twee jaar met één maand overschrijdt.
- 19 Het bureau en de aanbestedende dienst zijn daarentegen van mening dat het beginsel van eerlijke mededinging in dit geval niet werd geschonden. Ze halen namelijk aan dat de uitvoering van het contract dat voortvloeit uit de openbare aanbestedingsprocedure pas op 1 juli 2024 zal starten, zodat PSIA Ventspils reiss niet gelijktijdig een vergoeding zal ontvangen voor zowel de uitvoering van het onderhandse gegunde contract als voor de uitvoering van het contract dat werd gesloten in het kader van de openbare aanbestedingsprocedure.
- 20 Volgens het bureau was op de in de openbare aanbesteding vastgestelde uiterste datum voor de indiening van offertes – te weten 30 augustus 2021 – voldaan aan alle vereisten van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 voor de deelname van een interne exploitant aan andere aanbestedingsprocedures. De gemeente Ventspils besloot weliswaar op 2 september 2021 en 22 september 2022 om de looptijd van het dienstencontract met PSIA Ventspils reiss in totaal te verlengen tot 30 september 2023, maar hiermee werd beoogd de continuïteit van de verlening van de openbaarvervoersdienst in het bestuurlijke gebied van de

gemeente te waarborgen overeenkomstig artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007. Bovendien moet de vraag of er sprake is van onrechtmatige staatssteun of gemeentelijke steun worden beoordeeld in de context van de door de gemeente Ventspils genomen besluiten en de door haar gesloten contracten en niet in de context van de door de aanbestedende dienst georganiseerde open en transparante aanbestedingsprocedure.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 21 In de onderhavige zaak dient de verwijzende rechter, bij het onderzoek van de betreffende openbare aanbestedingsprocedure, artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 toe te passen in samenhang met artikel 5, lid 3, van deze verordening. Deze bepalingen hebben nog niet het voorwerp uitgemaakt van een gezamenlijke uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Unie.
- 22 Hoewel in het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken C-350/17 en C-351/17, Mobit en Autolinee Toscane, werd geoordeeld dat artikel 5 van verordening nr. 1370/2007 in het geheel niet van toepassing was, werd in de conclusie van de advocaat-generaal in die zaak niettemin gesteld dat de niet-nakoming van het vereiste van geografische beperking als bedoeld in artikel 5, lid 2, onder b), van verordening nr. 1370/2007 geen gevolgen kan hebben voor een gunning via een openbare aanbestedingsprocedure in de zin van artikel 5, lid 3, van deze verordening. Deze conclusie was ten eerste gebaseerd op het feit dat het beperkende vereiste is gesteld in artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007, dat betrekking heeft op onderhandse gunningen, en niet in artikel 5, lid 3, van deze verordening, dat betrekking heeft op gunningen via een openbare aanbesteding. Ten tweede vloeit deze uitlegging voort uit de bewoordingen van artikel 5, lid 2, onder b), van verordening nr. 1370/2007 en uit de bewoordingen „voorwaarde voor de toepassing van dit lid is dat” blijkt met name expliciet dat het vereiste van beperking van de activiteiten van de interne exploitant een voorwaarde is voor de geldigheid van de procedures voor interne gunning. Ten derde blijkt ook uit de formulering van artikel 5, lid 3, tweede zin, van verordening nr. 1370/2007 dat het niet toegestaan is om exploitanten uit te sluiten die begunstigde zijn van een onderhands gegunde opdracht, aangezien uitdrukkelijk wordt vereist dat deze procedure „openstaat voor alle exploitanten”. In dit verband werd onderstreept dat artikel 5, lid 3, van deze verordening, dat betrekking heeft op gunningen via openbare aanbestedingsprocedures, noch verwijst naar het vereiste van geografische beperking als genoemd in artikel 5, lid 2, onder b), van die verordening, noch naar een soortgelijk vereiste. Ten vierde voldoet een dergelijke uitlegging aan een van de doelstellingen van verordening nr. 1370/2007, namelijk de toename van het gebruik van openbare aanbestedingsprocedures voor de gunning van openbardienstcontracten in het vervoer. Gelet op het voorgaande concludeerde de advocaat-generaal dat de niet-nakoming van de vereisten van artikel 5, lid 2, onder b), van verordening nr. 1370/2007 de geldigheid van de opdracht die onderhands is gegund aan die

- onderneming of aan de onderneming die zeggenschap over haar uitoefent, in twijfel zou kunnen trekken.
- 23 Voornoemde conclusies van de advocaat-generaal zouden ook kunnen worden geëxtrapoleerd naar artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007, met als gevolg dat de niet-nakoming van de in deze bepaling gestelde vereisten geen gevolgen kan hebben voor de openbare aanbestedingsprocedure in de zin van artikel 5, lid 3, van deze verordening.
- 24 Volgens de verwijzende rechter is het echter van belang om in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure na te gaan of de beperkingen die zijn vastgesteld in artikel 5, lid 2, onder b) en c), van verordening nr. 1370/2007, werden geëerbiedigd.
- 25 Uit overweging 18 van verordening nr. 1370/2007 volgt namelijk dat de onderhandse gunning van openbaarvervoersdiensten onderworpen moet zijn aan een strikt regelgevingskader om concurrentievervalsing te vermijden. De onderhandse gunning van diensten moet worden beschouwd als een economisch voordeel waarop geen enkele exploitant aanspraak kan maken onder normale marktomstandigheden, omdat een dergelijk voordeel en de betalingen die op grond daarvan worden gedaan een duidelijke impact hebben op de concurrentie. Daarom mogen interne exploitanten op grond van artikel 5, lid 2, onder b), van verordening nr. 1370/2007 niet deelnemen aan andere openbare aanbestedingsprocedures buiten het grondgebied van de bevoegde overheidsinstantie. Om de openstelling van de markt voor openbaarvervoersdiensten te bevorderen, voorziet artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 echter in een uitzondering op voornoemd verbod wanneer wordt voldaan aan een aantal vereisten die tot doel hebben de dienstverlening niet langer via onderhandse gunning te laten verlopen. Volgens de verwijzende rechter is het van essentieel belang, om gelijke concurrentievoorwaarden te garanderen, dat de vereisten van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 worden getoetst in het kader van de openbare aanbestedingsprocedure, aangezien beslissingen over de toekomstige organisatie van de economische activiteiten van de interne exploitant een invloed kunnen hebben op de door een inschrijver geboden prijs.
- 26 Gelet op het voorgaande verzoekt de verwijzende rechter het Hof van Justitie van de Europese Unie te verduidelijken of de in artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 gestelde vereisten voor deelname aan de aanbestedingsprocedure door een interne exploitant moeten worden getoetst in het kader van de in artikel 5, lid 3, van deze verordening geregelde openbare aanbestedingsprocedures.
- 27 Indien de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, zal de verwijzende rechter de vereisten van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 moeten toepassen.

- 28 Uit deze bepaling volgt dat een interne exploitant aan een openbare aanbestedingsprocedure kan deelnemen als er cumulatief wordt voldaan aan de volgende voorwaarden: 1) er blijft niet meer dan twee jaar over totdat het onderhandse gegunde dienstencontract afloopt; 2) er is onherroepelijk besloten tot een eerlijke openbare aanbesteding van de openbare personenvervoersdiensten die onder het contract van de interne exploitant vallen; 3) de interne exploitant heeft geen ander onderhands gegund openbardienstcontract gesloten.
- 29 In het onderhavige geval is het van belang te verduidelijken op welk moment moet worden voldaan aan alle in artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 gestelde vereisten voor deelname van de interne exploitant aan een openbare aanbesteding.
- 30 Aangezien de door een inschrijver ingediende offerte de deelname aan de openbare aanbesteding bekrachtigt en beslissingen over de toekomstige organisatie van de economische activiteiten van de interne exploitant gevolgen kunnen hebben voor de door de inschrijver geboden prijs, zou het volgens de verwijzende rechter logisch zijn om te oordelen dat op het moment van indiening van de inschrijving aan de betrokken voorwaarden moet zijn voldaan.
- 31 Uit de feiten van de zaak blijkt echter dat de situatie kan veranderen na de indiening van de offerte. In de onderhavige zaak werd de looptijd van het onderhandse gegunde dienstencontract overeenkomstig artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007 meermaals verlengd, waardoor de gestelde termijn van twee jaar, gerekend vanaf de indiening van de offerte, in totaal werd overschreden. Het is van essentieel belang te verduidelijken of de aanbestedende dienst bij de gunning van het contract had moeten nagaan of op het moment van de indiening van de offerte nog steeds aan de vereisten van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 was voldaan en, bij niet-nakoming van het vereiste aangaande de termijn van twee jaar, de interne exploitant bijgevolg van de openbare aanbestedingsprocedure had moeten uitsluiten. Volgens de overheidsinstanties is het daarentegen van doorslaggevend belang dat de verlenging van het contract plaatsvond om de in artikel 5, lid 5, van verordening nr. 1370/2007 genoemde redenen en als zodanig geen afbreuk doet aan de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers.
- 32 De verwijzende rechter is verder van mening dat in het kader van de openbare aanbestedingsprocedure ook de wijzigingen in de feitelijke omstandigheden na de indiening van de offerte moeten worden beoordeeld, aangezien niet kan worden uitgesloten dat enkel op het moment van de indiening van de offerte formeel aan de vereisten van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 is voldaan, met name gelet op de interconnectie tussen de gemeente Ventspils en de meest rechtstreekse exploitant, en gelet op het feit dat de wijzigingen in de feitelijke omstandigheden na de indiening van de offerte moeten worden onderzocht vanuit de vraagstelling of zij gevolgen hebben voor de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers.

- 33 Gelet op het voorgaande is het voor de verwijzende rechter van essentieel belang dat wordt verduidelijkt of artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst bij zijn beslissing over de gunning van een contract ertoe gehouden is na te gaan of op het moment van de indiening van de offerte aan alle in voornoemde bepaling gestelde vereisten was voldaan, daarbij rekening houdend met omstandigheden die zich na de indiening van de offerte hebben voorgedaan en die de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers kunnen beïnvloeden.
- 34 Verzoekster is met name van mening dat de verlenging van de looptijd van een onderhands gegund dienstencontract de sluiting van een ander onderhands gegund openbaredienstcontract in de zin van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 vormt.
- 35 Gelet op het feit dat de verlenging van de uitvoeringstermijn van het contract plaatsvindt in het kader van een reeds gesloten contract, zonder dat de andere bedingen van het contract worden gewijzigd, betwijfelt de verwijzende rechter of het vereiste in artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 dat „de interne exploitant geen andere onderhands gegunde openbaredienstcontracten heeft gesloten”, zo ruim moet worden uitgelegd.
- 36 Derhalve acht de verwijzende rechter het ook noodzakelijk dat de uitlegging van het vereiste van artikel 5, lid 2, onder c), van verordening nr. 1370/2007 wordt verduidelijkt.