



Datum van  
inontvangstneming

:

24/01/2023

**Zaak C-737/22**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

1 december 2022

**Verwijzende rechter:**

Østre Landsret (Denemarken)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 november 2022

**Verzoekende partij:**

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

**Verwerende partij:**

BibMedia A/S

---

**ØSTRE LANDSRET**

**(rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken)**

**BESCHIKKING**

**van 11 november 2022**

[OMISSIS]

**Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S**

[OMISSIS]

tegen

**BibMedia A/S**

- 1 [OMISSIS] De procedure is door Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (aanbestedende dienst voor de Deense Staat en gemeenten; hierna: „SKI”) ingesteld tegen Audio Visionary Music A/S (hierna: „AVM”) en betreft de rechtmatigheid van een door SKI gevolgde aanbestedingsprocedure betreffende

een raamovereenkomst voor de levering van bibliotheekmateriaal en voorbereidende diensten ter zake.

- 2 De Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) heeft overeenkomstig artikel 267, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) beslist het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van het onderhandelingsverbod dat kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof over de grondbeginselen van gelijke behandeling en transparantie, zoals geformuleerd in artikel 18, lid 1, 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 (richtlijn overheidsopdrachten). Bovendien wordt het Hof verzocht zich uit te spreken over de vraag of de draagwijdte van het onderhandelingsverbod wordt beïnvloed door het feit dat het om een openbare procedure voor afzonderlijke percelen gaat (zie de artikelen 27 en 46 van de richtlijn overheidsopdrachten).

### **FEITEN EN VERLOOP VAN HET HOOFDGEDING**

- 3 Verzoekster, SKI, is een aankoopcentrale die in handen is van de Deense Staat en Kommunernes Landsforening, de vereniging en belangenorganisatie van de Deense gemeenten. SKI is opgericht om het plaatsen van overheidsopdrachten te stroomlijnen en te professionaliseren, onder meer door het ontwikkelen, plaatsen en uitvoeren van raamovereenkomsten namens SKI's klanten (aanbestedende diensten van de staat en de gemeenten).
- 4 Ten tijde van de aanbesteding was AVM actief op de markt voor voorbereidende diensten voor bibliotheekmateriaal. Per 1 maart 2021 heeft BibMedia A/S alle aandelen in deze vennootschap verworven. AVM is vervolgens ontbonden door de fusie met BibMedia A/S, die daarom partij is bij de procedure.
- 5 Op 4 februari 2020 heeft SKI een aanbesteding uitgeschreven voor raamovereenkomst nr. 50.05 inzake bibliotheekmateriaal, betreffende de levering van bibliotheekmateriaal en voorbereidende diensten. De raamovereenkomst bestaat uit acht percelen en heeft een totale geraamde waarde van tussen 748 miljoen en 1 021 miljard DKK. De in casu relevante percelen zijn „Perceel 1 Deense boeken en bladmuziek (oosten)”, met een geraamde waarde van 253 miljoen DKK, en „Perceel 2 Deense boeken en bladmuziek (westen)” met een geraamde waarde van 475 miljoen DKK.
- 6 Alle percelen hadden betrekking op een raamovereenkomst met één leverancier, met als gunningscriterium de laagste prijs. De inschrijvingen bevatten informatie over bepaalde basisgegevens van de inschrijver, een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) en een ingevulde offertelijst met een indicatie van de prijzen voor een relatief klein aantal productlijnen per perceel.

- 7 Bij de bekendmaking van de aanbestedingsstukken kwam uit punt 3.1 van het bestek met betrekking tot het model voor de gunning van de percelen 1 en 2 het volgende naar voren:

„De percelen 1 en 2 zijn onderling afhankelijk (zie punt 3.1.1) en indien een inschrijver voor een van deze percelen een inschrijving indient, worden automatisch inschrijvingen voor beide percelen ingediend. Op dit punt kan geen uitzondering [voorbehoud] worden gemaakt, zodat het niet mogelijk is een offerte in te dienen voor slechts een van de twee percelen betreffende Deense boeken en bladmuziek.

Afgezien van het voorgaande zijn er geen beperkingen wat betreft het aantal percelen waarvoor een inschrijver inschrijvingen kan of moet indienen.

SKI verwacht een opdracht te gunnen aan één leverancier per perceel. Aan eenzelfde leverancier kunnen meerdere percelen worden gegund.

De markt voor bibliotheekmateriaal wordt gekenmerkt door het feit dat er slechts enkele gespecialiseerde leveranciers en potentiële inschrijvers zijn. Deense boeken en bladmuziek vormen de belangrijkste productsoort in termen van omzet en zijn commercieel belangrijk voor de potentiële inschrijvers. Teneinde de mededinging op de markt in de toekomst te waarborgen, zijn Deense boeken en bladmuziek geografisch onderverdeeld in twee percelen. De deelnemende klanten worden tussen deze twee, respectievelijk oosten en westen, verdeeld. Uit bijlage A en subbijlagen A.1 en A.2 blijkt welke gemeenten behoren tot perceel 1 Deense boeken en bladmuziek (oosten) en welke tot partij 2 Deense boeken en bladmuziek (westen).”

- 8 Voorts werd in punt 3.1.1 van het bestek het volgende vermeld:

„Voor Deense boeken en bladmuziek is een aanbesteding met een zogenoemd ‚oost-west-model’ uitgeschreven, hetgeen betekent dat het de bedoeling is de raamovereenkomst te gunnen aan een leverancier in Oost-Denemarken en aan een andere leverancier in West-Denemarken, maar dat voor alle klanten dezelfde voorgestelde prijzen gelden, ongeacht of zij in Oost- of in West-Denemarken gelegen zijn.

De inschrijvers dienen voor winstmarges en voorbereiding prijzen in die identiek moeten zijn voor het perceel voor Oost-Denemarken en het perceel voor West-Denemarken en voor beide percelen zullen gelden.

Aan de inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving indient, wordt de opdracht gegund voor perceel 2 Deense boeken en bladmuziek (westen).

Aan de inschrijver die de op een na economisch voordeligste inschrijving indient, wordt de opdracht gegund voor perceel nr. 1 Deense boeken en bladmuziek (oosten). Deze inschrijver moet echter aanvaarden dat de gunning van de opdracht voor de levering in Oost-Denemarken betekent dat hij verplicht is de producten en

diensten van de raamovereenkomst aan de klanten in Oost-Denemarken te leveren voor exact dezelfde prijzen als die welke de inschrijver met de economisch voordeligste offerte heeft voorgesteld en waarvoor deze in West-Denemarken zal leveren.

Indien de inschrijver met de op een na economisch voordeligste inschrijving niet bereid is om leverancier in Oost-Denemarken te worden, wordt deze mogelijkheid geboden aan de inschrijver met de op twee na economisch voordeligste inschrijving, die eveneens moet aanvaarden dat de gunning van de opdracht betekent dat hij verplicht is de producten en diensten van de raamovereenkomst aan de klanten in Oost-Denemarken te leveren tegen exact dezelfde prijzen als die welke de inschrijver met de economisch voordeligste offerte heeft voorgesteld en waarvoor deze in West-Denemarken zal leveren.

Indien ook deze inschrijver niet bereid is leverancier in Oost-Denemarken te worden, wordt deze mogelijkheid geboden aan de eerstvolgende inschrijver op de lijst en zo verder. Indien de lijst van inschrijvers waarvan de inschrijving aan de voorwaarden van de opdracht voldoet, is uitgeput en er onder hen geen leverancier voor Oost-Denemarken is gevonden, wordt de opdracht voor Oost-Denemarken gegund aan de leverancier aan wie ook de opdracht voor West-Denemarken wordt gegund. In dat geval zal deze leverancier de leverancier voor heel Denemarken worden, dat wil zeggen voor perceel 1 en perceel 2, en in het gehele land voor dezelfde prijzen leveren.

Voor de inschrijvers betekent het oost-west-model dat zij, indien uit de beoordeling blijkt dat zij de economisch voordeligste inschrijving hebben ingediend, ermee instemmen dat zij de andere inschrijvers volledig inzage in hun voorgestelde prijzen geven, in de eerste plaats de inschrijver met de op een na economisch voordeligste inschrijving en, indien deze niet bereid is leverancier in Oost-Denemarken te worden, de volgende op de lijst en zo verder.

De reden dat aan de leverancier met de economisch voordeligste inschrijving West-Denemarken wordt gegund, is dat daar een hogere omzet kan worden verwacht dan in Oost-Denemarken. De inschrijver aan wie Oost-Denemarken wordt gegund, moet zich er dus van bewust zijn dat hij zich, bij aanvaarding van de voorwaarden om leverancier in Oost-Denemarken te worden, ervan moet vergewissen of hij, met de opgelegde prijzen, winstgevend kan zijn in relatie tot zijn eigen kosten, rekening houdend met het feit dat de te verwachten omzet in Oost-Denemarken lager is dan in West-Denemarken. De verdeling van de verwachte omzet tussen Oost- en West-Denemarken is gespecificeerd in punt A.1.”

- 9 Op 3 maart 2020, de uiterste datum voor het indienen van inschrijvingen, heeft SKI inschrijvingen ontvangen van AVM en van BibMedia A/S (de enige twee serieuze aanbieders op de markt). Beide inschrijvers dienden inschrijvingen in voor alle percelen.

- 10 Uit de beoordeling is gebleken dat BibMedia A/S voor alle percelen de economisch voordeligste inschrijving (laagste prijs) had ingediend, terwijl AVM voor alle percelen de op een na economisch voordeligste inschrijving had ingediend.
- 11 Overeenkomstig het in het bestek beschreven model voor de gunning van de percelen 1 en 2 heeft SKI zich tot AVM gewend met een aanbod voor de gunning van perceel 1 (oosten), op voorwaarde dat AVM ermee instemde te leveren voor de prijzen die BibMedia A/S als laagste bieder had voorgesteld en waarvan AVM op dat moment op de hoogte werd gebracht.
- 12 Nadat AVM hiermee had ingestemd, heeft SKI haar op 21 april 2020 schriftelijk het gunningsbesluit medegedeeld.
- 13 Daarop heeft AVM op 30 april 202[0] bezwaar ingediend bij de Klagensævn for Udbud (de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen; hierna: „commissie van beroep”). De commissie van beroep is opgericht om te voldoen aan de verplichtingen die krachtens de richtlijnen betreffende de toepassing van beroepsprocedures [inzake het plaatsen van overheidsopdrachten] op Denemarken rusten en heeft tot taak klachten te behandelen over eventuele schendingen door aanbestedende diensten van de udbudslov (wet inzake overheidsopdrachten), de richtlijnen van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en de daaruit voortvloeiende beginselen van gelijke behandeling en transparantie en dergelijke, en de tilbudslov (aanbestedingswet).
- 14 De commissie van beroep heeft op 14 januari 2021 uitspraak gedaan in zaak 20/05105: Audio Visionary Music A/S tegen Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, waarin zij het volgende heeft vastgesteld:

„[SKI heeft] het beginsel van gelijke behandeling geschonden (zie § 2, lid 1, en § 56 van de udbudslov) door een procedure voor de gunning van de percelen 1 en 2 toe te passen volgens welke de inschrijver die de op een na beste offerte heeft ingediend, zijn inschrijving na de uiterste datum voor de indiening ervan kan wijzigen, waarna perceel 1 aan hem kan worden gegund.”

- 15 De commissie van beroep heeft haar beslissing onder meer als volgt gemotiveerd:

„in casu is sprake van een openbare procedure en zodra een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, kan deze in beginsel noch op initiatief van de aanbestedende dienst, noch op initiatief van de inschrijver worden gewijzigd.

Het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel in het kader van een openbare procedure sluiten dus elke vorm van onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver uit. Indien aan een inschrijver overeenkomstig de benadering van de aanbestedende dienst de mogelijkheid wordt geboden om de voorgestelde prijs te wijzigen (te verlagen) naar een nader genoemde lagere prijs, betekent dit dat de inschrijver in de gelegenheid wordt

gesteld een essentiële voorwaarde van zijn inschrijving te wijzigen, namelijk het precieze bedrag van de offerte in de oorspronkelijke inschrijving, op een manier die ten goede komt aan de aanbestedende dienst en die de inschrijver de mogelijkheid biedt om zijn prijs en daarmee zijn inschrijving te verbeteren teneinde de opdracht te verkrijgen. Overeenkomstig de vaste praktijk is dit type procedure in strijd met het onderhandelingsverbod.

Het is de vraag of deze procedure, op grond van het feit dat zij bij deze specifieke aanbesteding in het bestek wordt beschreven, kan worden geacht in overeenstemming te zijn met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel en dus rechtmatig is. De commissie van beroep stelt vast dat in het kader van een openbare procedure niet kan worden afgeweken van het onderhandelingsverbod op de enkele grond dat SKI het oost-west-model in het bestek heeft beschreven, zoals in casu het geval was.”

- 16 Op 9 juli 2021 heeft SKI bij de Ret i Glostrup (rechter in eerste aanleg Glostrup, Denemarken) beroep ingesteld tegen met name dit onderdeel van de beslissing van de commissie van beroep. Op 7 december 2021 is de zaak verwezen naar de Østre Landsret, die uitspraak doet in eerste aanleg.

## **DEENSE AANBESTEDINGSREGELS**

- 17 Richtlijn 2014/24/EU (richtlijn overheidsopdrachten) is in Deens recht omgezet bij wet nr. 1564 van 15 december 2015, zoals nadien gewijzigd (udbudslov).
- 18 Bij § 2 van de udbudslov, betreffende de algemene beginselen van deze wet, is artikel 18, lid 1 van de richtlijn overheidsopdrachten omgezet in Deens recht. Deze bepaling luidt als volgt:

„§ 2. Bij overheidsopdrachten in de zin van de titels II tot en met IV eerbiedigt de aanbestedende dienst de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid.

Lid 2. Een overheidsopdracht mag niet worden opgesteld met het doel om deze van de werkingssfeer van deze wet uit te sluiten of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel één ondernemer of bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

- 19 Bij § 49 van de udbudslov is artikel 46, leden 1 tot en met 3, van de richtlijn overheidsopdrachten omgezet. Lid 3 van deze bepaling betreft de vereisten voor de verdeling van opdrachten in percelen en luidt als volgt:

„§ 49.

[OMISSIS]

Lid 3. De aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging van de opdracht het volgende:

- 1) of de inschrijver inschrijvingen kan indienen voor één, meer of alle percelen,
- 2) of aan de inschrijver één, meer of alle percelen kunnen worden gegund en hoe de percelen of groepen percelen in voorkomend geval kunnen worden gecombineerd, en
- 3) de objectieve en niet-discriminerende criteria of regels voor de gunning van de percelen, met inbegrip van de wijze waarop de percelen worden gegund indien de toepassing van de criteria of regels zou leiden tot de gunning van meer percelen dan het maximumaantal aan één inschrijver te gunnen percelen.”

- 20 § 56 van de udbudslov betreft de procedureregels voor overheidsopdrachten en geeft uitvoering aan bepaalde delen van artikel 27 van de richtlijn overheidsopdrachten. Deze bepaling luidt als volgt:

„§ 56. In een openbare procedure kan elke ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van opdracht een inschrijving indienen. De aankondiging van opdracht bevat de informatie die is genoemd in deel C van bijlage V bij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65). De aanbestedende dienst gebruikt het standaardformulier (zie § 128, lid 3).”

### **TOEPASSELIJKE UNIERECHTELIJKE BEPALINGEN**

- 21 De in de onderhavige zaak aan de orde zijnde Unierechtelijke bepalingen zijn hoofdzakelijk de fundamentele beginselen van gelijke behandeling en transparantie zoals vervat in artikel 18 van de richtlijn overheidsopdrachten, en de draagwijdte van het onderhandelingsverbod met betrekking tot percelen (zie artikel 46 van de richtlijn overheidsopdrachten en de „openbare procedure” voor het plaatsen van overheidsopdrachten overeenkomstig artikel 27 van deze richtlijn).

### **ARGUMENTEN VAN VERZOEKSTER**

- 22 SKI betwist dat zij het in artikel 18, lid 1, van de richtlijn overheidsopdrachten vervatte beginsel van gelijke behandeling met het gebruikte oost-west-model heeft geschonden. Het gekozen ontwerp van de aanbesteding is, ongeacht het gebruik van de „openbare procedure”, rechtmatig en voldoet aan de aanbestedingsregels, met inbegrip van het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel en het daaraan ontleende onderhandelingsverbod, alsmede de rechtspraak inzake overheidsopdrachten.



- 23 De belangrijkste reden voor het oost-west-model was de wens om de mededinging voor de diensten van de percelen 1 en 2 te verzekeren, aangezien laatstgenoemd perceel qua omzet het grootste deel van de soort producten van de aanbesteding vormde. In dit verband is het van wezenlijk belang erop te wijzen dat er geen particuliere markt voor soortgelijke diensten bestaat en dat er geen andere aanbestedende diensten zijn die soortgelijke opdrachten aanbieden. De raamovereenkomst van SKI vertegenwoordigt in feite dus de gehele markt. Marktdeelnemers aan wie geen perceel wordt gegund, lopen daardoor het risico dat zij buiten spel worden gezet of zelfs failliet gaan. De markt voor dit soort producten lijdt derhalve al jaren onder perioden met weinig of helemaal geen mededinging, hetgeen zeer schadelijk kan zijn voor de klanten van SKI en uiteindelijk de belastingplichtigen. Tijdens de procedure voor de raamovereenkomst heeft de SKI zich daarom sterk gericht op een maximaal behoud van de mededinging, onder meer door dit deel van de opdracht in twee percelen (oosten en westen) te verdelen en door een model te gebruiken dat in beginsel twee verschillende leveranciers mogelijk maakt, hetgeen in overeenstemming is met de onderliggende doelstellingen van artikel 46 van de richtlijn overheidsopdrachten (zie overweging 79 van deze richtlijn). In deze overweging staat te lezen dat „[i]n geval van splitsing van een opdracht, [OMISSIS] de aanbestedende diensten, bijvoorbeeld om de concurrentie veilig te stellen of met het oog op de betrouwbaarheid van de levering, het aantal percelen waarvoor een ondernemer kan inschrijven, [moeten] kunnen beperken. Ook moeten zij het aantal percelen dat aan één inschrijver kan worden toegekend, kunnen beperken.” Door tegelijkertijd te bepalen dat beide percelen moesten worden geleverd voor dezelfde prijzen als de door de inschrijver met de economisch voordeligste offerte geboden prijzen, heeft SKI tevens getracht te voorkomen dat er werd gespeculeerd met hoge prijzen voor een van de percelen, ten koste van de klanten van SKI en uiteindelijk de belastingplichtigen. Indien ten minste één opdracht aan een inschrijver werd gegarandeerd, zou hij kunnen speculeren door voor beide percelen inschrijvingen met hoge prijzen in te dienen. Dit is tegengegaan door het vereiste dat een inschrijver voor dezelfde prijs zou moeten leveren als de geselecteerde inschrijver voor perceel 1.
- 24 Vóór de aanbesteding is een marktconsultatie gehouden. Blijkens de feedback uit de markt vond de markt het model in het algemeen zowel eerlijk als geschikt om de mededinging te bevorderen, zowel concreet als op de langere termijn. De door BibMedia A/S, die tevens tijdens de latere procedure een inschrijving heeft ingediend (zie hierboven), gegeven respons op de consultatie bevatte de volgende informatie:
- „Het voorstel van SKI om perceel 1, Deense boeken en voorbereiding, op te splitsen in het beschreven oost-west-model, lijkt ons verstandig omdat het beschreven model de inschrijvers nog steeds motiveert om een zo aantrekkelijk mogelijke offerte in te dienen, zodat hun het grootste deel van het volume wordt gegund. Indien er meerdere leveranciers voor perceel 1 zijn, zijn we de komende jaren verzekerd van een sterke mededinging en de voortdurende ontwikkeling van oplossingen en diensten, hetgeen ten goede zal komen aan de bibliotheken.”

- 25 SKI betoogt derhalve dat dit model perfect aansluit bij zakelijke overwegingen, die bovendien centraal staan in de aanbestedingsregels, namelijk de noodzaak om zowel een efficiënte besteding van overheidsmiddelen (zie overweging 2 van de richtlijn overheidsopdrachten) als effectieve mededinging (zie overwegingen 90 en 69 daarvan) te verzekeren, zowel in het kader van de concreet betrokken procedure als voor de toekomst, gelet op de bijzondere mededingingssituatie die deze markt kenmerkt.
- 26 Bijgevolg wordt ter ondersteuning van de rechtmatigheid van het model aangevoerd:
- dat het feit dat de op een na goedkoopste inschrijver in de gelegenheid wordt gesteld om in te stemmen met levering voor dezelfde prijzen als die van de goedkoopste inschrijver, zodat perceel 1 aan hem kan worden gegund, geen „onderhandeling” meebrengt die strijdig is met het onderhandelingsverbod in de aanbestedingsregels, waaronder de beginselen en overwegingen die aan het verbod ten grondslag liggen en § 56 van de udbudslov.
  - dat het oost-west-model daarentegen een objectieve, mechanische gunningsprocedure vormt die wordt gehanteerd nadat de offertes zijn gerangschikt en zonder verdere interactie tussen SKI en de inschrijver met de op een na beste inschrijving, afgezien van zijn instemming om te leveren onder de vooraf in de aanbestedingsstukken vastgelegde voorwaarden en voor dezelfde prijzen als die van de inschrijver met de beste offerte.
  - dat er tevens sprake is van een gunningsprocedure voor percelen, die duidelijk en transparant in de aanbestedingsstukken is beschreven. Deze procedure biedt SKI geen enkele keuzevrijheid in het gunnen van opdrachten die in strijd is met het transparantiebeginsel van artikel 18 van de richtlijn overheidsopdrachten en biedt de inschrijver met de op een na beste inschrijving niet de mogelijkheid zijn offerte eigenmachtig te wijzigen na het verstrijken van de termijn voor indiening ervan, om zichzelf aldus in een betere positie te plaatsen als die waarop hij recht zou hebben onder de voorwaarden van het bestek, hetgeen bovendien in strijd zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel. De gunning van de opdrachten vindt daarentegen plaats binnen het in het bestek beschreven vooraf vastgestelde kader voor de gunning van de percelen en binnen het kader van artikel 46 van de richtlijn overheidsopdrachten, na afloop van een procedure waarop SKI noch de betrokken inschrijvers invloed hebben.
  - dat de gunning van opdrachten volgens het oost-west-model dus uniform wordt toegepast, op basis van de eerdere beoordeling van de ingediende inschrijvingen aan de hand van het vastgestelde gunningscriterium van de „laagste prijs” en volgens een vooraf bepaalde en duidelijk beschreven procedure voor de gunning van percelen. Aangezien het model ook wordt gebruikt op het moment waarop de rangschikking van de offertes is

vastgesteld (dat wil zeggen na de beoordeling), bestaat er bovendien geen gevaar voor verstoring van de mededinging tussen de inschrijvers in de vorm van oneerlijke discriminatie.

## **ARGUMENTEN VAN VERWEERSTER**

- 27 Verweerster betoogt dat de beslissing en de motivering van de commissie van beroep juist zijn en moeten worden bevestigd.
- 28 Het beginsel van gelijke behandeling van artikel 18 van de richtlijn overheidsopdrachten en § 2, lid 1, van de udbudslov, alsmede het daaruit voortvloeiende onderhandelingsverbod impliceren dat een aanbestedende dienst in het kader van een openbare procedure niet met één inschrijver mag onderhandelen. In dit verband is het niet relevant dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid om te onderhandelen in de aanbestedingsstukken heeft beschreven.
- 29 Verweerster betoogt dat er sprake is van onderhandelingen wanneer aan één inschrijver de mogelijkheid wordt geboden zijn offerte na de uiterste datum voor de indiening van de inschrijving te wijzigen, zodat zij overeenkomt met de prijs van de laagste inschrijver.
- 30 Volgens verweerster vormt deze situatie, waarin één inschrijver de prijs van zijn offerte zodanig mag verlagen dat die overeenkomt met de prijs van de laagste inschrijver, een wijziging van de offerte, die na de uiterste datum voor de indiening van de inschrijving niet kan worden toegestaan.
- 31 Derhalve vormt het door SKI gehanteerde oost-west-model een onderhandeling in de zin van de richtlijn overheidsopdrachten.
- 32 Verweerster voert voorts aan dat een dergelijke procedure niet rechtsgeldig kan worden gebruikt in het kader van de „openbare procedure” voor het plaatsen van overheidsopdrachten overeenkomstig artikel 27 van de richtlijn overheidsopdrachten (zie § 56 van de udbudslov). Dit type aanbesteding biedt dus niet de mogelijkheid om te onderhandelen, ook niet door één inschrijver de mogelijkheid te bieden zijn offerte na de uiterste datum voor de indiening van de inschrijving te wijzigen.
- 33 In plaats daarvan had SKI de aanbestedingsprocedure moeten uitvoeren binnen het kader van de richtlijn overheidsopdrachten en daarnaast bestaat de mogelijkheid om gebruik te maken van wettelijke procedures, die grotendeels tegemoetkomen aan de doelstellingen die SKI met het oost-west-model wil verwezenlijken. Zo kan een aanbestedende dienst een opdracht verdelen in percelen en is het geoorloofd om de mogelijkheid te beperken dat alle percelen aan één inschrijver worden gegund, zodat de mededinging in de toekomst wordt gewaarborgd. In het kader van de procedures van de richtlijn overheidsopdrachten is het evenwel niet mogelijk om meerdere mogelijke leveranciers voor identieke prijzen te verkrijgen. Aanbestedende diensten moeten daarom kiezen tussen één inschrijver aan wie alle

percelen met dezelfde prijs worden gegund, en gunning van de percelen aan verschillende inschrijvers, maar met verschillende prijzen. Indien een aanbestedende dienst ervoor kiest om de mogelijkheid te beperken dat aan één inschrijver alle percelen worden gegund, moet zij de prijs van de op een na laagste inschrijver voor het kleinere perceel aanvaarden.

## REDEN VOOR DE VRAGEN

- 34 De huidige rechtspraak van het Hof met betrekking tot het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel in de richtlijn overheidsopdrachten en de draagwijdte van het daaruit voortvloeiende onderhandelingsverbod heeft onder meer betrekking op de grenzen aan de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst om voorbehouden in de inschrijving te op te nemen en om achteraf om informatie te verzoeken en daarmee rekening te houden (zie onder meer de arresten van het Hof van 10 oktober 2013, ██████ A/S, C-336/12, EU:C:2013:647, en 11 mei 2017, ██████ C-131/16, EU:C:2017:358), of om informatie te verzoeken die in de ingediende inschrijving ontbreekt of onnauwkeurig is (zie arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 Bovendien blijkt het Hof de draagwijdte van het onderhandelingsverbod te hebben onderzocht met betrekking tot de vervanging van ondernemingen op de draagkracht waarvan de inschrijver een beroep wil doen (zie onder meer arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 De zaken uit de eerdere praktijk lijken gemeen te hebben dat de draagwijdte van het onderhandelingsverbod wordt uitgelegd met betrekking tot de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst om het feit te ondervangen dat de gegadigde/inschrijver niet voldoet aan de in de aanbestedingsstukken gestelde vereisten en dat deze draagwijdte dus betrekking heeft op situaties waarin een gegadigde/inschrijver potentieel een rechtspositie verwerft waarop hij volgens de aanbestedingsstukken geen recht had en die bijgevolg in strijd is met de grondbeginselen van het Unierecht (zie arresten van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, EU:C:1993:257; 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, EU:C:1996:161, en 7 april 2016, Partner ██████ ██████ C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Het Hof lijkt echter niet in de gelegenheid te zijn geweest te onderzoeken in hoeverre het onderhandelingsverbod in het kader van de oproep tot mededinging voor percelen in het kader van een „openbare procedure” voor het plaatsen van overheidsopdrachten zich ertegen verzet dat een inschrijver die niet de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend, na het verstrijken van de termijn voor indiening van de inschrijvingen en overeenkomstig de vooraf bepaalde voorwaarden van het bestek, de mogelijkheid wordt geboden om in te stemmen met de levering van de aangeboden diensten voor één perceel tegen

dezelfde prijs als die van een inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend en aan wie daarom een ander perceel wordt gegund.

- 38 De Østre Landsret, die in casu de rechter in eerste aanleg is, oordeelt in dit verband dat het Hof de volgende prejudiciële vraag dient te worden gesteld.

#### DE ØSTRE LANDSRET

- 39 STELT HET HOF DE VOLGENDE VRAAG:

„Staan het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling in artikel 18 van de richtlijn overheidsopdrachten en het daaruit voortvloeiende onderhandelingsverbod eraan in de weg dat aan een inschrijver die in het kader van een openbare procedure voor afzonderlijke percelen (zie de artikelen 27 en 46 van de richtlijn overheidsopdrachten) de op een na economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend, de mogelijkheid wordt geboden om na het verstrijken van de termijn voor indiening van de inschrijving en overeenkomstig de vooraf bepaalde voorwaarden van het bestek, de aangeboden diensten binnen een perceel te leveren onder dezelfde voorwaarden als die van een inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend en aan wie daarom een ander perceel wordt gegund waarvoor tegelijkertijd een aanbesteding is uitgeschreven?”

[OMISSIS]