



Datum van
inontvangstneming

:

03/02/2022

Zaak C-769/21

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

13 december 2021

Verwijzende rechter:

Administratīvā rajona tiesa (bestuursrechter in eerste aanleg, Letland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 december 2021

Verzoekende partij:

AAS BTA Baltic Insurance Company

Verwerende partijen:

Iepirkumu uzraudzības birojs (Lets Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten)

Tieslietu ministrija (Lets ministerie van Justitie)

Administratīvā rajona tiesa (bestuursrechter in eerste aanleg, Letland)

[omissis]

BESLISSING

Riga, 13 december 2021

De administratīvā rajona tiesa [omissis]

[omissis]

[omissis] [samenstelling van de rechtbank en vertegenwoordigers van partijen]

is in openbare zitting begonnen met de behandeling van het beroep dat AAS BTA Baltic Insurance Company heeft ingesteld tot onwettigverklaring van het besluit [omissis] van het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten van 21 januari 2021.

Voorwerp en relevante feiten van het hoofdgeding

- 1 Het ministerie van Justitie (hierna: „aanbestedende dienst”) heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de „intekening op ziektekostenverzekeringen ten behoeve van ambtenaren en personeelsleden van het ministerie van Justitie, de Rijksdienst voor Onroerende Zaken, het Agentschap voor gegevensbescherming, de Dienst Insolventiecontrole en het Octrooibureau” (hierna: „aanbestedingsprocedure”).¹

Vershillende inschrijvers hebben offertes ingediend, waaronder verzoekster [*omissis*] en een onderneming van dezelfde groep, Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle.

Bij besluit van de aanbestedingscommissie van 19 november 2020 werd de offerte van Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle erkend als de economisch meest voordelige offerte, maar de onderneming weigerde de overheidsopdracht.

Op 1 december 2020 heeft de aanbestedingscommissie verzoekster aangewezen als de volgende in aanmerking komende inschrijver voor de gunning van de opdracht, en heeft zij tegelijkertijd overeenkomstig artikel 24 van Ministru kabineta 2017. gada 28. februāra noteikumi Nr. 107 „Iepirkuma procedūru un metu konkursu norises kārtība” (besluit nr. 107 van de ministerraad van 28 februari 2017 betreffende het verloop van aanbestedingsprocedures en prijsvragen; hierna: „besluit inzake aanbestedingsprocedures”) besloten om verzoekster te verzoeken een bevestiging en bewijsstukken over te leggen waaruit blijkt dat zij niet als dezelfde marktdeelnemer kan worden beschouwd als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle.

Verzoekster heeft de aanbestedingscommissie geantwoord dat beide ondernemingen als één enkele marktdeelnemer moeten worden beschouwd, maar dat zij haar offerte onafhankelijk had opgesteld en niet had afgestemd op die van Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle.

Aangezien verzoekster en Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle als één marktdeelnemer moesten worden beschouwd, heeft de aanbestedingscommissie op 9 december 2020 de inschrijver opnieuw beoordeeld en besloten de aanbestedingsprocedure overeenkomstig artikel 23 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures te beëindigen.

¹ Informatie over de aanbesteding is beschikbaar op: <https://www.eis.gov.lv/EKEIS/Supplier/Procurement/44904>.

Op 16 december 2020 heeft de aanbestedende dienst een nieuwe aanbestedingsprocedure [*omissis*] opgestart.²

- 2 Na het administratieve beroep van verzoekster te hebben onderzocht, heeft het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten bij besluit [*omissis*] van 21 januari 2021 het besluit van de aanbestedende dienst bevestigd.

In zijn besluit merkt dat bureau op dat artikel 24 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures de aanbestedende dienst de verplichting oplegt de aanbestedingsprocedure te beëindigen indien hij vaststelt dat de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, die heeft geweigerd de overheidsopdracht van de aanbestedende dienst te aanvaarden, en de volgende inschrijver als één enkele marktdeelnemer moeten worden beschouwd. Deze regels hebben ten doel te voorkomen dat ondernemingen van een en dezelfde groep hun gedragingen in het kader van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten onderling afstemmen nadat de inschrijvingen zijn ingediend. Bovendien heeft de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 23 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures in ieder geval het recht de aanbestedingsprocedure te beëindigen indien de inschrijver aan wie de overheidsopdracht is gegund, weigert de desbetreffende overeenkomst te sluiten, en heeft geen enkele andere inschrijver het subjectieve recht te eisen dat hij als winnaar wordt erkend.

- 3 Verzoekster is in beroep gegaan bij de bestuursrechter.

Volgens verzoekster was de aanbestedende dienst verplicht haar uitleg over de aard van de betrekkingen tussen de twee vennootschappen en de voorbereiding van de inschrijvingen te beoordelen, om aldus een juist evenwicht te vinden met betrekking tot de gelijktijdige eerbiediging van alle in artikel 2 van de Publisko iepirkumu likums (Letse wet inzake overheidsopdrachten) neergelegde beginselen. Het vermoeden dat is opgenomen in artikel 24 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures, dat ondernemingen van dezelfde groep hun inschrijvingen onderling afstemmen met het oogmerk de mededinging op ongeoorloofde wijze te beïnvloeden, is onevenredig en in strijd met de beginselen 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, alsook met de rechtspraak die is vervat in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 19 mei 2009 in zaak C-538/07. Verzoekster beklemtoont dat zij haar offerte niet heeft gecoördineerd met die van de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, hetgeen onder meer wordt bevestigd door het feit dat de offerte van de aanvankelijk geselecteerde inschrijver die met de hoogste prijs was, zodat de intrekking ervan de vennootschappen van de groep geen voordeel kon opleveren.

² Informatie over de aanbesteding is beschikbaar op: <https://www.eis.gov.lv/EKEIS/Supplier/Procurement/49337>.

- 4 In zijn schriftelijke opmerkingen voor de bestuursrechter verwerpt het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten de vorderingen van verzoekster en stelt het voorts dat de rechtspraak die is vervat in het arrest van het Hof van 19 mei 2009 in zaak C-538/07, waarnaar verzoekster verwijst, betrekking heeft op het recht van verbonden ondernemingen om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure en om offertes in te dienen, dat in casu niet is beperkt. Deze situatie onderscheidt zich van die waarin de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure moet beëindigen indien de gekozen inschrijver weigert de overheidsopdracht te aanvaarden. In het eerste geval kiest de aanbestedende dienst, na afwijzing van de inschrijvingen van de verbonden ondernemingen, een andere inschrijving, en wordt de aanbesteding afgesloten met de gunning van een overheidsopdracht. In het tweede geval daarentegen beëindigt de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure zonder een inschrijving te selecteren, zodat de mededinging wordt hersteld en alle inschrijvers de mogelijkheid krijgen aan een nieuwe aanbestedingsprocedure deel te nemen.

De aanbestedende dienst is van zijn kant van mening dat artikel 23 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures hem in ieder geval een beoordelingsmarge laat om te kiezen of hij de aanbestedingsprocedure voortzet ingeval de winnende inschrijver weigert de overheidsopdracht te aanvaarden.

- 5 In het kader van de onderhavige procedure bij de bestuursrechter zijn partijen het erover eens dat verzoekster en de aanvankelijk als winnaar uit de bus gekomen inschrijver, Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle, als één marktdeelnemer moeten worden beschouwd.

In casu betreft het geschil de vraag of en hoe dat feit van invloed is op het recht van de aanbestedende dienst om te besluiten de aanbestedingsprocedure te beëindigen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 6 Overweging 1 van richtlijn 2014/24:

„(1) Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. [...]”

In artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 worden de beginselen voor het plaatsen van opdrachten omschreven:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.”

Artikel 55 van richtlijn 2014/24, getiteld „Informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers”, bepaalt in lid 1:

„Aanbestedende diensten stellen elke gegadigde en inschrijver zo spoedig mogelijk in kennis van besluiten inzake de [...] gunning van een opdracht [...], met inbegrip van de redenen waarom zij hebben besloten geen raamovereenkomst te sluiten, een opdracht na oproep tot mededinging niet te gunnen of de procedure te heropenen [...].”

Lets recht

7 In Letland worden overheidsopdrachten geregeld door de wet inzake overheidsopdrachten en het ter uitvoering van deze wet vastgestelde besluit inzake aanbestedingsprocedures³, die ook bepalingen bevatten die zijn afgeleid van richtlijn 2014/24.

8 Artikel 2 van de wet inzake overheidsopdrachten:

„Het doel van deze wet is te zorgen voor: 1) transparantie bij aanbestedingen; 2) vrije mededinging tussen leveranciers en gelijke en billijke behandeling van leveranciers; 3) efficiënt gebruik van de middelen van de aanbestedende dienst, waarbij de risico's voor deze dienst zoveel mogelijk worden beperkt.”

De wet inzake overheidsopdrachten regelt niet het besluit om een aanbestedingsprocedure te beëindigen; [omissis] deze aangelegenheid is overeenkomstig artikel 8 ervan aan de ministerraad gedelegeerd:

„3. De ministerraad stelt de volgende bepalingen vast met betrekking tot de afhandeling van aanbestedingsprocedures en prijsvragen, voor zover die niet in deze wet is geregeld:

[...]

5) bepalingen betreffende de wijze van inleiding, beëindiging en afwikkeling van procedures voor het plaatsen van opdrachten en prijsvragen”.

9 Het besluit inzake aanbestedingsprocedures voorziet in de volgende maatregelen van de aanbestedende dienst indien de inschrijver aan wie de overheidsopdracht is gegund, weigert de desbetreffende overeenkomst met de aanbestedende dienst te sluiten:

„23. Indien de inschrijver aan wie de overheidsopdracht is gegund, weigert het desbetreffende contract met de aanbestedende dienst te sluiten, kan de aanbestedingscommissie besluiten de overheidsopdracht te gunnen aan de volgende inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend, dan wel de aanbestedingsprocedure te beëindigen zonder een inschrijving te

³ [omissis]

selecteren. Indien is besloten de overheidsopdracht te gunnen aan de volgende inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend, maar deze inschrijver weigert de overeenkomst te sluiten, neemt de aanbestedingscommissie een besluit tot beëindiging van de aanbestedingsprocedure zonder een inschrijving te selecteren.

24. Alvorens te besluiten de overheidsopdracht te gunnen aan de volgende inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving heeft ingediend, beoordeelt de aanbestedingscommissie of die inschrijver moet worden beschouwd als dezelfde marktdeelnemer als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, die weigerde de desbetreffende overeenkomst met de aanbestedende dienst te sluiten. Zo nodig kan de aanbestedingscommissie de volgende inschrijver om bevestiging te vragen en, indien noodzakelijk, bewijs dat hij niet als dezelfde marktdeelnemer kan worden beschouwd als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver. Indien de volgende inschrijver geacht moet worden dezelfde marktdeelnemer te zijn als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, besluit de aanbestedingscommissie de aanbestedingsprocedure te beëindigen zonder een inschrijving te selecteren.”

- 10 In artikel 1 van de Konkurences likums (mededingingswet) wordt omschreven wat moet worden verstaan onder „één enkele marktdeelnemer”:

„2) beslissende invloed: de mogelijkheid om, direct of indirect:

- a) de besluitvorming in de bestuursorganen van de marktdeelnemer (op regelmatige of incidentele basis) te controleren, al dan niet met een deelneming,
- b) een aantal leden van het toezichthoudend of leidinggevend orgaan van de marktdeelnemer aan te wijzen dat garandeert dat de persoon die een beslissende invloed uitoefent, over een meerderheid van de stemmen beschikt in het toezichthoudend of leidinggevend orgaan van de marktdeelnemer;

[...]

9) marktdeelnemer - [...] indien één marktdeelnemer, of verscheidene marktdeelnemers samen, beslissende invloed uitoefenen op een of meer andere marktdeelnemers, kunnen al deze marktdeelnemers als één marktdeelnemer worden beschouwd.”

Redenen voor de twijfels van de verwijzende rechter over de toepassing en de uitlegging van het Unierecht

- 11 Algemeen gesproken betwist de verwijzende rechter niet dat een lidstaat over een ruime beoordelingsmarge beschikt om te bepalen in welke gevallen de aanbestedingsprocedure moet worden beëindigd of de aanbesteding moet worden ingetrokken.

Een dergelijk recht van de lidstaten om een besluit tot intrekking van de aanbesteding te nemen, wordt ook erkend in de rechtspraak van het Hof, dat er

tegelijkertijd op wijst dat de gronden voor intrekking met name verband kunnen houden met de beoordeling of het vanuit het oogpunt van het algemeen belang wenselijk is om een aanbestedingsprocedure te beëindigen, onder meer rekening houdend met de eventuele wijziging van de economische context of van de feitelijke omstandigheden, dan wel van de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst (arrest van 11 december 2014, *Croce Amica One Italia* [*omissis*], C-440/13, EU:C:2014:243[5], punten 33-35).

- 12 Uit de omstandigheden van het onderhavige geval blijkt dat de aanbestedende dienst, ondanks het feit dat de inschrijver aan wie de overheidsopdracht was gegund, weigerde om de desbetreffende overeenkomst met hem te sluiten, de aanbestedingsprocedure wilde voortzetten en deze overeenkomst wilde sluiten met de volgende inschrijver die de economisch voordeligste inschrijving had ingediend. Met andere woorden, de behoeften van de aanbestedende dienst waren niet veranderd (wat ook wordt bevestigd door het feit dat een nieuwe aanbestedingsprocedure is uitgeschreven) en de volgende inschrijving beantwoordde aan de behoeften en eisen van de aanbestedende dienst.

Tegelijkertijd heeft de aanbestedende dienst, ongeacht de toegepaste wettelijke bepaling, de aanbestedingsprocedure beëindigd op grond dat verzoekster en de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, *Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle*, als één enkele marktdeelnemer moeten worden beschouwd.

Een dergelijke grond voor verplichte beëindiging van de aanbestedingsprocedure is uitdrukkelijk opgenomen in artikel 24 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures. De verwijzende rechter betwijfelt of de in die bepaling vervatte regeling verenigbaar is met de beginselen van de Unie inzake aanbestedingsprocedures.

- 13 Het Letse recht verbiedt ondernemingen waartussen een zeggenschapsband bestaat of verbonden ondernemingen niet om deel te nemen aan dezelfde aanbestedingsprocedure.

Deze regeling is verenigbaar met de rechtspraak van het Hof, volgens welke het Unierecht zich verzet tegen een nationale regeling die voorziet in een absoluut verbod van gelijktijdige en concurrerende deelname aan dezelfde aanbestedingsprocedure door ondernemingen waartussen een zeggenschapsband bestaat of die met elkaar zijn verbonden, zonder dat deze ondernemingen de mogelijkheid wordt geboden om de onafhankelijkheid van hun offertes aan te tonen. Een dergelijk verbod is in strijd met het belang dat de Unie erbij heeft een zo ruim mogelijke deelneming van inschrijvers aan de aanbestedingsprocedure te verzekeren (zie in die zin de arresten van 19 mei 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punten 29 en 30; 23 december 2009, *██████████* en *Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 39 en 40; 22 oktober 2015, *Impresa Edilux en SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 36, en 8 februari 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punten 34-36).

- 14 Indien ondernemingen waartussen een zeggenschapsverhouding bestaat of die met elkaar verbonden zijn, het recht hebben aan een aanbesteding deel te nemen, hebben zij vanzelfsprekend ook het recht de opdracht gegund te krijgen.

Tegelijkertijd voorziet artikel 24 van het besluit inzake aanbestedingsprocedures in een dwingend verbod voor de aanbestedende dienst om de opdracht aan de eerstvolgende inschrijver te gunnen, indien deze moet worden beschouwd als dezelfde marktdeelnemer als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, die zijn inschrijving heeft ingetrokken. Deze regeling is in wezen gebaseerd op het onweerlegbare vermoeden dat beide inschrijvers hun handelingen hebben gecoördineerd en dat de gekozen inschrijver zijn inschrijving om die reden heeft ingetrokken. Het Finánu ministrija (ministerie van Financiën), dat verantwoordelijk is voor de sector, heeft aangegeven dat de regeling tot doel heeft te voorkomen dat ondernemingen van een en dezelfde groep hun gedragingen in het kader van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten onderling afstemmen nadat de inschrijvingen zijn ingediend.

Volgens de verwijzende rechter is deze nationale regeling, ondanks de ruime beoordelingsbevoegdheid van de lidstaat om de gevallen te bepalen waarin de aanbestedingsprocedure moet worden beëindigd, in omstandigheden waarin de behoeften van de aanbestedende dienst niet zijn gewijzigd en de volgende inschrijving beantwoordt aan de behoeften en de eisen van de aanbestedende dienst, ook onverenigbaar met de aanbestedingsbeginselen zoals omschreven in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24, en in het bijzonder met de verplichting van de lidstaten om ondernemers op voet van gelijkheid en zonder discriminatie te behandelen, alsook met het evenredigheidsbeginsel.

Anders dan de aanbestedende dienst en het Bureau [voor toezicht op overheidsopdrachten], is de verwijzende rechter van oordeel dat het stadium van de aanbestedingsprocedure irrelevant is en dat de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof evenzeer van toepassing is op het besluit om deze procedure te beëindigen. Met andere woorden, ook in een dergelijke situatie moet de inschrijver de mogelijkheid hebben om de onafhankelijkheid van zijn inschrijving aan te tonen.

- 15 Aangezien de uitlegging en de toepassing van het Unierecht tot de bevoegdheid van het Hof behoren en het Hof zich tot op heden niet heeft uitgesproken over de in het geding zijnde vraag in het kader van het recht van de aanbestedende dienst om te besluiten de aanbestedingsprocedure te beëindigen, acht de verwijzende rechter het noodzakelijk om de in deze zaak opgeworpen litigieuze rechtskwesties aan het Hof voor te leggen.

[*omissis*] [procedurele verwijzingen].

Dictum

Overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie [*omissis*] [verwijzing naar nationale procedureregels], heeft de Administratīvā rajona tiesa

besloten

het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag te stellen:

Is een nationale regeling die de aanbestedende dienst verplicht de aanbestedingsprocedure te beëindigen wanneer hij vaststelt dat de aanvankelijk gekozen inschrijver, die heeft geweigerd de overheidsopdracht te aanvaarden, moet worden beschouwd als dezelfde marktdeelnemer als de volgende inschrijver, die een offerte heeft ingediend die beantwoordt aan de behoeften en de eisen van de aanbestedende dienst, verenigbaar met de aanbestedingsbeginselen die zijn omschreven 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, in het bijzonder met de verplichting van de lidstaten om ondernemers gelijk en zonder discriminatie te behandelen en met het evenredigheidsbeginsel?

De behandeling van de zaak wordt geschorst in afwachting van de beslissing van het Hof.

[*omissis*]

[*omissis*] [procedurele verwijzingen, handtekeningen van de rechters en waarmerking van het proces-verbaal].