



Datum van
inontvangstneming

:

26/06/2017

Zaak C-267/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

17 mei 2017

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

3 mei 2017

Appellante:

Rhenus Veniro GmbH & Co. KG

Geïntimeerde:

Kreis Heinsberg

[OMISSIS] **OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

BESLISSING

In de beroepsprocedure inzake het plaatsen van opdrachten

RHENUS VENIRO GmbH & Co. KG, [OMISSIS] Moers,

verzoekster, appellante en geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,

[OMISSIS]

t e g e n

Kreis Heinsberg, [OMISSIS] Heinsberg,

verweerder, geïntimeerde en appellant in incidenteel hoger beroep,

[OMISSIS]

[Or. 2]

verder in tegenwoordigheid van:

WestVerkehr GmbH, [OMISSIS] Geilenkirchen,

in het geding geroepen partij,

heeft de Vergabesenat (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer) van het Oberlandesgericht (hoogste rechterlijke instantie; hierna: „OLG”) Düsseldorf [OMISSIS]

op 3 mei 2017

b e s l i s t a l s v o l g t :

[OMISSIS] Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden ter uitlegging 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 (PB 2007, L 315, blz. 1) – feitelijk deels overeenstemmend met de prejudiciële vragen in de bij de Senat aanhangige parallelle procedures VII-Verg 17/16 en 18/16 – de volgende prejudiciële vragen voorgelegd, waarbij de vragen 2 tot en met 4 alleen in het geval van een bevestigend antwoord op vraag 1 hoeven te worden beantwoord:

1. Is artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op onderhands te gunnen openbaardienstcontracten in de zin van artikel 2, onder i), van de verordening, die overeenkomstig artikel 5, lid 1, tweede zin, van de verordening niet de vorm aannemen van [**Or. 2**] contracten voor dienstenconcessies in de zin van de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG?
2. Wordt in artikel 2, onder b), en in artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 door het gebruik van het woord „of”, respectievelijk de woorden „dan wel” uitgegaan van een exclusieve bevoegdheid van ofwel een afzonderlijke overheid ofwel een groepering van overheden of kan op grond van deze bepalingen een afzonderlijke overheid ook lid zijn van een groepering van overheden en aan de groepering bepaalde taken delegeren, maar tegelijkertijd bevoegd blijven om op te treden overeenkomstig artikel 2, onder b), en de bevoegde plaatselijke overheid in de zin van artikel 5, lid 2, van de verordening zijn?
3. Sluit artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007 met de verplichting de openbare personenvervoersdienst grotendeels zelf uit te voeren, uit dat de interne exploitant dit deel van de diensten door een 100 %-dochteronderneming laat uitvoeren?
4. Wanneer moet zijn voldaan aan de voorwaarden voor een onderhandse gunning overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG)

nr. 1370/2007: al ten tijde van de publicatie van een beoogde onderhandse gunning overeenkomstig artikel 7 van verordening (EG) nr. 1370/2007 of pas op het moment van de onderhandse gunning zelf?

Motivering

I.

- 1 Verweerder, een regionaal publiekrechtelijk lichaam (Kreis) in de Duitse deelstaat Noordrijn-Westfalen, publiceerde op 15 maart 2016 in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie een vooraankondiging zonder oproep tot mededinging inzake de beoogde onderhandse gunning van openbare **[Or. 4]** personenvervoersdiensten met bussen en overige motorvoertuigen overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007. De interne exploitant, aan wie de personenvervoersdiensten zullen worden gegund, is de in het geding geroepen partij. De beoogde gunning heeft betrekking op het vervoersnetwerk van verweerder, inclusief uitgaande lijnen. De opdracht zal op 1 januari 2018 ingaan en voor 120 maanden worden gegund.
- 2 Verweerder is samen met de Stadt Aachen, de Städteregion Aachen en de Kreis Düren lid van het Zweckverband Aachener Verkehrsverbund (AVV), een samenwerkingsverband dat is opgericht voor de bevordering en ondersteuning van het lokale openbare personenvervoer [OMISSIS] van de leden. In de statuten van het Zweckverband is in § 10a, met als opschrift „oprichting van een groepering van overheden”, het volgende opgenomen:

„De leden van het Zweckverband vormen een groepering van overheden in de zin van artikel 5, lid 2, eerste zin, van verordening nr. 1370/2007. Zijn leden zijn bevoegd openbaredienstcontracten onderhands aan een interne exploitant te gunnen. Interne exploitanten mogen openbare personenvervoersdiensten verrichten op het grondgebied van alle leden van het Zweckverband, die verder gaan dan uitgaande lijnen. Hiervoor is in het concrete geval de toestemming vereist van het niet aan een interne exploitant deelnemende lid van het Zweckverband voor de op zijn grondgebied voorziene lokale openbare personenvervoersdiensten over de weg van het Verbund. Onderhandse gunningen zoals hierboven bedoeld worden geacht te zijn besloten door alle leden van het Zweckverband.

Gunningsprocedures in de hoedanigheid van aanbestedende dienst, overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 worden in de regel uitgevoerd door het lid dat zeggenschap uitoefent over de interne exploitant zoals bedoeld in artikel 5, lid 2, van de verordening.”

- 3 De in het geding geroepen partij liet haar personenvervoersdiensten in het verleden grotendeels uitvoeren door haar 100 %-dochteronderneming, **[Or. 5]** Kreisverkehrsgesellschaft Heinsberg mbH (KVH), en was dit in eerste instantie ook van plan voor de periode na de onderhandse gunning. In de loop van de

procedure in hoger beroep kondigde verweerder de fusie aan tussen KVH en de in het geding geroepen partij per 1 januari 2018.

- 4 Verzoekster kwam bij verweerder op tegen de beoogde onderhandse gunning. Aangezien dit niet slaagde, stelde zij beroep in bij de bevoegde Vergabekammer (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken) Rheinland en vorderde een verbod voor verweerder om een dienstcontract onderhands te gunnen aan de in het geding geroepen partij.
- 5 De Vergabekammer heeft het beroep van verzoekster bij beslissing van 11 november 2016 [OMISSIS] afgewezen, maar verweerder tegelijkertijd opgedragen bij de beoogde onderhandse gunning te waarborgen dat wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5, lid 2, eerste zin en tweede zin, onder e), van verordening (EG) nr. 1370/2007. Ter motivering heeft zij in wezen aangevoerd dat de onderhandse gunning valt onder artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Deze bepaling heeft volgens haar niet uitsluitend betrekking op contracten voor dienstenconcessies, maar ook op zogeheten inhousegunningen. Aangezien het niet gaat om opdrachten voor diensten overeenkomstig de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, zijn deze slechts toelaatbaar met inachtneming van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007, aldus de Vergabekammer. De door verweerder beoogde onderhandse gunning is op grond daarvan toelaatbaar, indien deze – zoals hem in het dictum van de beslissing is opgedragen – per 1 januari 2018 waarborgt dat rekening wordt gehouden met het aandeel zelf te verrichten diensten zoals bedoeld in artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e), van de verordening. Verweerder heeft zijn voor de onderhandse gunning vereiste bevoegdheid om op te treden niet overgedragen aan het AVV. Aan de vereisten van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 hoeft naar de opvatting van de Vergabekammer ook pas te zijn voldaan op het moment van de onderhandse gunning. Het is echter te verwachten dat hieraan zal worden voldaan, en alleen de in het dictum opgenomen verplichting hoeft te worden opgelegd, aangezien de in het geding geroepen partij haar vervoersdiensten thans nog laat verrichten door een 100 %-dochteronderneming, te weten KVH, hetgeen vanaf het begin van de beoogde onderhandse gunning onrechtmatig is, aldus de Vergabekammer.

[Or. 6]

- 6 Volgens verzoekster is de uitspraak waartegen zij hoger beroep heeft ingesteld bij de Vergabesenat, onjuist. Ter motivering voert zij aan dat artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 niet van toepassing is op het onderhavige geval, aangezien de bepaling uitsluitend ziet op de gunning van contracten voor dienstenconcessies. Op andere dienstcontracten is de bepaling volgens haar niet van toepassing. Bovendien voert verzoekster subsidiair aan dat ook niet is voldaan aan de vereisten van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Verweerder is als lid van het AVV niet bevoegd tot onderhandse gunning. Bevoegd is ofwel een afzonderlijke overheid ofwel een groepering van overheden, maar niet een overheid als lid van een groepering van overheden. Bovendien moet

reeds op het moment van de vooraankondiging betreffende de onderhandse gunning zijn voldaan aan voorwaarden voor een onderhandse gunning, en dit is hier niet het geval, aldus verzoekster.

- 7 Verweerder acht de uitspraak van de Vergabekammer juist en verdedigt deze, voor zover deze voor hem gunstig is. De inhousegunning is volgens hem geen gunning van een overheidsopdracht in de zin van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Om die reden moet ervan uit worden gegaan dat artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 een speciale regeling is voor inhousegunningen van openbare personenvervoersdiensten. Aan de volgens deze regeling voorgeschreven voorwaarden voor de onderhandse gunning moet naar zijn opvatting vóór 1 januari 2018 zijn voldaan, en dit zal ook het geval zijn. De in het geding geroepen partij zal inzonderheid vanaf 1 januari 2018 uitsluitend lijndiensten aanbieden die zijn beperkt tot het grondgebied van verweerder of als uitgaande lijnen de grondgebieden van naburige overheden binnenkomen.
- 8 Bovendien is verweerder van mening dat het, anders dan de Vergabekammer meent, toegerekend kan worden aan het aandeel zelf te verrichten diensten van de in het geding geroepen partij als interne exploitant, als haar 100 %-dochteronderneming KVH voor haar optreedt. Om die reden heeft verweerder incidenteel hoger beroep ingesteld, waarmee hij de [Or. 7] opheffing van de hem door de Vergabekammer ten aanzien van de zelf te verrichten diensten opgelegde beperking vordert.

II.

- 9 Of beide rechtsmiddelen slagen, hangt volgens de Senat af van de beantwoording van de prejudiciële vragen. Voorafgaand aan een beslissing in deze zaak dient derhalve de behandeling van de zaak te worden geschorst en het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, onder b), en tweede alinea, VWEU te worden verzocht om een prejudiciële beslissing. Voor de prejudiciële beslissing zijn de volgende rechtsoverwegingen van belang:
 - 1.
- 10 Op grond van § 3, lid 1, van het Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen (ÖPNVG NRW – Duitse wet inzake het lokale openbare personenvervoer in Noordrijn-Westfalen) van 7 maart 1995 ([OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij de wet van 15 december 2016 [OMISSIS]) vallen de planning, organisatie en vormgeving van het lokale openbare personenvervoer in beginsel onder de verantwoordelijkheid van verweerder als Kreis (district). Overeenkomstig § 3, lid 2, ÖPNVG NRW is verweerder als met een overheidstaak belaste instelling binnen zijn werkgebied een bevoegde overheid in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007 en bevoegd openbaredienstcontracten overeenkomstig artikel 5, lid 2, van de verordening onderhands te gunnen, voor zover dit niet in strijd is met federaal recht. Naar de opvatting van de Senat staat het federale recht hieraan niet in de weg. Volgens de in dit verband toepasselijke

§ 8a, lid 3, van het Personenbeförderungsgesetz (PBefG – Duitse wet betreffende het vervoer van personen), in de actuele versie van 8 augustus 1990 ([OMISSIS] laatstelijk gewijzigd bij de wet van 29 augustus 2016 [OMISSIS]) is de bevoegde overheid onder de in verordening (EG) nr. 1370/2007 genoemde voorwaarden bevoegd lokale vervoersdiensten op grond van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 zelf te verrichten of op grond van artikel 5, leden 2 en 4, van verordening (EG) nr. 1370/2007 onderhands te gunnen.

[Or. 8]

- 11 Tegen deze achtergrond kan het rechtsmiddel van verzoekster naar de opvatting van de Senat alleen slagen, als de door verweerder beoogde gunning weliswaar in beginsel valt onder artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007, maar op het relevante tijdstip niet is voldaan aan de in de bepaling opgenomen voorwaarden voor een onderhandse gunning. Ook het slagen van het rechtsmiddel van verweerder hangt ervan af hoe de voorwaarden voor een onderhandse gunning overeenkomstig artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 moeten worden opgevat.

2.

De concrete juridische achtergrond van de prejudiciële vragen is als volgt:

- 12 De eerste prejudiciële vraag laat zich aldus verklaren dat de vraag of artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing kan zijn op de door verweerder beoogde onderhandse gunning, niet slechts in geschil is tussen partijen bij deze procedure, maar ook door de Duitse rechterlijke instanties niet uniform wordt beantwoord. Zo gaat het Oberlandesgericht Frankfurt [am Main] ervan uit dat artikel 5, lid 1, tweede zin, van verordening (EG) nr. 1370/2007 de aldaar genoemde openbare personenvervoersdiensten van gunningsprocedures op grond van de verordening uitzondert, tenzij zij de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies (OLG Frankfurt [am Main], beslissing van 30 januari 2014 [OMISSIS]). Het door verweerder beoogde contract heeft naar de opvatting van de Senat echter niet de vorm van een contract voor dienstenconcessies, aangezien het operationeel risico niet zal overgaan op de in het geding geroepen partij. De Senat geeft het Hof in overweging de prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 juist ook in deze gevallen van een onderhandse gunning, die geen contracten voor dienstenconcessies betreffen, van toepassing is en prevaleert boven de algemene regels van de inhousegunning.
- 13 De prejudiciële vragen 2 tot en met 4, die moeten worden beantwoord ingeval de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, hebben betrekking op afzonderlijke vragen inzake de uitlegging van artikel 5, lid 2, van **[Or. 9]** verordening (EG) nr. 1370/2007. De tweede prejudiciële vraag betreft de vraag of uit de verordening kan worden afgeleid dat het in strijd is met de bevoegdheid tot onderhandse gunning van een afzonderlijke overheid, als zij tegelijkertijd lid is van een groepering van overheden, in het kader waarvan taken in verband met het

openbare personenvervoer, bijvoorbeeld de vaststelling van de tarieven, gemeenschappelijk worden vervuld. Verweerder is lid van een groepering van overheden, te weten het AVV. Volgens de statuten van het AVV blijft het recht tot onderhandse gunning naar de opvatting van de Senat echter rusten bij de afzonderlijke overheden die lid zijn van het AVV. De Senat geeft het Hof in overweging de prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat dit een volgens de verordening toelaatbare juridische regeling is.

- 14 De derde prejudiciële vraag heeft betrekking op de zelf te verrichten diensten zoals bedoeld in artikel 5, lid 2, tweede zin, onder e) van verordening (EG) nr. 1370/2007. Verweerder gaat ervan uit dat de prestatie door een 100 %-dochteronderneming van de in het geding geroepen partij als een prestatie van de in het geding geroepen partij zelf dient te worden beschouwd, waardoor een dergelijke prestatie niet in strijd is met de bepalingen van de verordening. Dit ziet verzoekster echter anders, en ook de Vergabekammer heeft dit anders beoordeeld. De Senat neigt ertoe dit anders te beoordelen dan de Vergabekammer, en geeft het Hof in overweging deze prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat de door een 100 %-dochteronderneming van de interne exploitant verrichte prestatie dient te worden beschouwd als een prestatie van de interne exploitant zelf.
- 15 De vierde prejudiciële vraag heeft ten slotte betrekking op het relevante tijdstip waarop moet zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Dit wordt niet alleen door partijen verschillend beoordeeld, maar ook door de Duitse Vergabekammern. De Senat geeft het Hof in overweging deze prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat pas op het tijdstip van de onderhandse gunning moet zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007.

[Or. 10]

3.

- 16 De prejudiciële vragen zijn van wezenlijk belang voor de beslissing. De Senat ziet op dit moment geen andere redenen voor het slagen van verzoeksters hoger beroep dan de redenen die de aanleiding voor de prejudiciële verwijzing vormen.
- 17 Bij bevestiging van de eerste prejudiciële vraag moet vanwege het incidenteel hoger beroep van verweerder ook de derde prejudiciële vraag worden beantwoord. Dit geldt ongeacht het feit dat KVH nog vóór 1 januari 2018 zal fuseren met de in het geding geroepen partij. Dit laat de behoefte aan rechtsbescherming voor het incidenteel hoger beroep onverlet. Verweerder heeft vanwege de lange looptijd van het te gunnen contract een rechtmatig belang bij de opheffing van het deel van de uitspraak van de Vergabekammer waardoor hij wordt benadeeld, aangezien deze toekomstige organisatiemogelijkheden beperkt.

[OMISSIS]