



Datum van inontvangstneming : 28/11/2016

**Zaak C-531/16**

**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 ontvangst:**

18 oktober 2016

**Verwijzende rechter:**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litouwen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 oktober 2016

**Verzoekende partijen in cassatie:**

Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (verweerder in de procedure in eerste aanleg)

„Specializuotas transportas” UAB (derde partij in de procedure in eerste aanleg)

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

De in het hoofdgeding te beantwoorden vraag betreft de uitlegging en toepassing van de materieelrechtelijke voorschriften inzake de deelname aan dezelfde openbare aanbesteding door twee verbonden ondernemingen die afzonderlijke inschrijvingen hebben ingediend, en de uitlegging en toepassing van de materieelrechtelijke voorschriften inzake de beoordeling van hun inschrijvingen.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Uitlegging van Unierechtelijke bepalingen betreffende openbare aanbesteding en mededinging; derde alinea van artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

1. Moeten het vrij verkeer van personen en diensten zoals vervat in onderscheidenlijk artikel 45 VWEU en artikel 56 VWEU, de beginselen van de gelijkheid van inschrijvers en van transparantie zoals vervat in artikel 2 van richtlijn 2004/18, en het uit voornoemde beginselen voortvloeiende beginsel van vrije en eerlijke mededinging tussen ondernemingen (gezamenlijk of afzonderlijk beschouwd, maar niet beperkt tot die bepalingen) aldus worden opgevat en uitgelegd dat:

indien verbonden inschrijvers, wier economische, bestuurlijke, financiële of andersoortige banden twijfels kunnen doen rijzen over hun onafhankelijkheid en de bescherming van vertrouwelijke gegevens en/of voor hen de voorwaarden (kunnen) scheppen om een voordeel te hebben op andere inschrijvers, hebben besloten om in dezelfde openbare aanbesteding afzonderlijke (onafhankelijke) inschrijvingen in te dienen, zij dan in ieder geval verplicht zijn om de banden tussen hen aan de aanbestedende dienst kenbaar te maken, zelfs indien de aanbestedende dienst hen daarnaar niet afzonderlijk vraagt, ongeacht of een dergelijke plicht volgens de nationale regels inzake openbare aanbesteding al dan niet daadwerkelijk bestaat?

2. Indien het antwoord op de eerste vraag:

- a) bevestigend luidt (dat wil zeggen dat inschrijvers hun banden in ieder geval aan de aanbestedende dienst kenbaar moeten maken), is dan de omstandigheid dat in zodanig geval niet, althans niet naar behoren, aan die plicht is voldaan, voldoende voor de aanbestedende dienst om het standpunt in te nemen – of voor een beroepsinstantie (rechter) om te oordelen – dat verbonden inschrijvers die in dezelfde openbare aanbesteding afzonderlijke inschrijvingen hebben ingediend, deelnemen zonder daadwerkelijk te concurreren (en de schijn van concurrentie ophouden)?
- b) ontkennend luidt (dat wil zeggen dat inschrijvers geen andere plicht hebben om hun banden kenbaar te maken dan hetgeen is neergelegd in wetgeving of in de aanbestedingsvoorwaarden), moeten dan het risico ten gevolge van de deelname van verbonden ondernemingen en het risico van de hieruit voortvloeiende gevolgen, worden gedragen door de aanbestedende dienst indien de aanbestedende dienst in de stukken van de openbare aanbesteding niet heeft aangegeven dat inschrijvers een dergelijke plicht tot kenbaarmaking hebben?

3. Moeten de rechtsvoorschriften als bedoeld in de eerste vraag en de derde alinea van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 en artikel 2, lid 1, onder b), van die richtlijn (gezamenlijk of afzonderlijk beschouwd, maar niet beperkt tot die bepalingen), ongeacht het antwoord op de eerste vraag en gelet op het arrest van

het Hof van Justitie in zaak C-538/13, eVigilo, aldus worden opgevat en uitgelegd dat:

- a) indien het de aanbestedende dienst in de loop van een openbare aanbesteding op welke wijze dan ook duidelijk wordt dat er tussen bepaalde inschrijvers belangrijke banden (betrekkingen) bestaan, die aanbestedende dienst dan, ongeacht zijn eigen beoordeling daarvan en (of) van andere omstandigheden (bijvoorbeeld de verschillen in vorm en inhoud tussen de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen, de openbare toezegging van een inschrijver om met de andere inschrijvers op eerlijke wijze in concurrentie te treden, enzovoorts), de verbonden inschrijvers specifiek moet benaderen en hun moet verzoeken om te verduidelijken of en hoe hun persoonlijke situatie verenigbaar is met een vrije en eerlijke mededinging tussen inschrijvers?
- b) indien de aanbestedende dienst een dergelijke plicht heeft maar deze niet nakomt, de rechter dan een toereikende grondslag heeft om het optreden van die aanbestedende dienst onrechtmatig te verklaren omdat hij niet heeft gezorgd voor procedurele transparantie en objectiviteit en omdat hij verzoeker niet heeft verzocht om bewijs, of omdat hij niet uit eigen beweging een beslissing heeft genomen over de mogelijke invloed van de persoonlijke situatie van verbonden personen op de uitkomst van de aanbesteding?

4. Moeten de rechtsvoorschriften als bedoeld in de derde vraag en artikel 101, lid 1, VWEU (gezamenlijk of afzonderlijk beschouwd, maar niet beperkt tot die bepalingen) in het licht van de arresten van het Hof van Justitie in zaak C-538/13, eVigilo, zaak C-74/14, Eturas e.a., en zaak C-542/14, VM Remonts, aldus worden opgevat en uitgelegd dat:

- a) waar een inschrijver (verzoeker) op de hoogte is geraakt van de afwijzing van de inschrijving met de laagste prijs die in een openbare aanbesteding is ingediend door een van de twee verbonden inschrijvers (inschrijver A), en van het feit dat de andere inschrijver (inschrijver B) is gekozen, mede gelet op de overige omstandigheden in verband met die inschrijvers en hun deelname aan de openbare aanbesteding (*het feit dat de raden van bestuur van inschrijvers A en B dezelfde samenstelling hebben; het feit dat zij hetzelfde moederbedrijf hebben, dat niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding; het feit dat inschrijvers A en B hun banden niet kenbaar hebben gemaakt aan de aanbestedende dienst en niet afzonderlijk aanvullende inlichtingen hebben verstrekt wat betreft die banden, onder andere omdat hun daarnaar niet was gevraagd; het feit dat inschrijver A in zijn inschrijving inconsistente informatie heeft verstrekt over de verenigbaarheid van de voorgestelde vervoermiddelen (vuilniswagens) met de in de oproep tot inschrijvingen genoemde EURO-V-norm; het feit dat die inschrijver, die de wegens tekortkomingen afgewezen inschrijving met de*

*laagste prijs heeft ingediend, aanvankelijk niet is opgekomen tegen de beslissing van de aanbestedende dienst en vervolgens hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, in welk hoger beroep hij onder meer de rechtmatigheid van de afwijzing van zijn inschrijving [bestreed]; enz.), en waar de aanbestedende dienst gelet op al die omstandigheden niet in actie is gekomen, dat gegeven op zichzelf dan voldoende is als basis voor een verzoek aan de beroepsinstantie om het optreden van de aanbestedende dienst als onrechtmatig aan te merken doordat hij niet heeft gezorgd voor procedurele transparantie en objectiviteit en voorts verzoeker niet heeft gevraagd om concreet bewijs te leveren dat inschrijvers A en B oneerlijk handelden?*

- b) inschrijvers A en B de aanbestedende dienst niet het bewijs hebben geleverd dat zij daadwerkelijk en op eerlijke wijze deelnamen aan de openbare aanbesteding op de enkele basis dat inschrijver B uit eigen beweging een verklaring van eerlijke deelname heeft ingediend, inschrijver B de managementkwaliteitsnormen voor de deelname aan openbare aanbestedingen heeft toegepast en voorts de door die inschrijvers ingediende inschrijvingen naar vorm en inhoud niet identiek waren?

5. Kunnen de handelingen van verbonden ondernemingen (die beide dochters zijn van hetzelfde bedrijf) die afzonderlijk deelnemen aan dezelfde aanbesteding waarvan de waarde het niveau van de waarde voor een internationale oproep tot mededinging bereikt, en waarbij de zetel van de aanbestedende dienst die de aanbesteding heeft aangekondigd en de plaats waar de diensten zullen moeten worden verleend, niet zeer ver af liggen van een andere lidstaat (de Republiek Letland), in beginsel worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van artikel 101 VWEU en de rechtspraak van het Hof van Justitie dat die bepalingen uitlegt, een en ander gelet op onder meer de vrijwillige toezegging van een van die ondernemingen dat zij eerlijk concurreert?

### **Aangevoerde bepalingen van het Unierecht**

Artikelen 45 VWEU, 54 VWEU, 56 VWEU en 101, lid 1, VWEU

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) (hierna: „richtlijn 2004/18”), artikel 2.

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33) (hierna: „richtlijn 89/665”), artikel 1, lid 1, derde alinea, en artikel 2, lid 1, onder b).

## **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (wet van de Republiek Litouwen betreffende openbare aanbestedingen; hierna: „WOA”), artikel 3, lid 1.

Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (wet van de Republiek Litouwen betreffende mededinging; hierna: „wet inzake mededinging”), artikel 3, lid 14, en artikel 5, lid 1.

## **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 De feiten in deze zaak houden in dat verweerder [in eerste aanleg], de Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (centrale voor afvalverwerking voor de regio Šiauliai, een openbaar lichaam) (hierna: „verweerder” en „de aanbestedende dienst”), op 9 juli 2015 een openbare aanbesteding heeft uitgeschreven voor „het verlenen van diensten in verband met het ophalen van gemeentelijk afval van de gemeentelijke autoriteit van Šiauliai, en het vervoer ervan naar de plaats van verwerking (de afvalverwerkingsfaciliteit)” (hierna: „de aanbesteding”).
- 2 Hierop zijn vier inschrijvingen ingediend.

„Specializuotas transportas” UAB (hierna: „inschrijver B”); in de inschrijving voorgestelde prijs: 791 908,66 EUR, exclusief btw;

„Ekonovus” UAB; in de inschrijving voorgestelde prijs: 1 223 819,80 EUR, exclusief btw;

„Specialus autotransportas” UAB (hierna: „inschrijver A”); in de inschrijving voorgestelde prijs: 730 209,74 EUR, exclusief btw;

commerciële groep „VSA Vilnius” UAB en „Švarinta” UAB: in de inschrijving voorgestelde prijs: 1 016 654,44 EUR, exclusief btw.
- 3 Inschrijvers A en B zijn dochterondernemingen van het bedrijf „Ecoservice” UAB. Ecoservice houdt 100 % onderscheidenlijk 98,12 % van de aandelen in die inschrijvers. Inschrijver B verwees in zijn inschrijving naar een onderaannemer, „Komunalinių įmonių kombinatas” UAB, die ook een dochteronderneming is van „Ecoservice” UAB (die 99,71 % van haar aandelen houdt). Verder bestaan de raden van bestuur van inschrijvers A en B uit dezelfde natuurlijke personen.
- 4 Gelijktijdig met zijn inschrijving heeft inschrijver B ook uit eigen beweging een verklaring op erewoord ingediend, inhoudend dat hij op zelfstandige basis en onafhankelijk van welke andere mogelijk met hem verbonden onderneming dan ook deelneemt aan de aanbesteding, en heeft hij de aanbestedende dienst verzocht alle overige personen als concurrenten te behandelen; hij heeft zich voorts bereid

verklaard om op verzoek van de aanbestedende dienst een lijst aan te leveren met daarop de met hem verbonden ondernemingen.

- 5 In punt 8.3 („Technische specificaties”) van bijlage 2 bij de aanbestedingsvoorwaarden is vermeld dat *de dienstverlener de dienst zal leveren met behulp van bijzondere geautomatiseerde vervoersmiddelen die voldoen aan de in de Republiek Litouwen geldende technische vereisten en die zijn uitgerust met motoren die ten minste aan de EURO-V-normen voldoen (hierna: „de EURO-V-eis van de aanbesteding”)*.
- 6 Inschrijver A en de overige deelnemende inschrijvers hebben bij verweerder gelijktijdig met hun onderscheiden inschrijvingen een verklaring van overeenstemming met de technische vereisten ingediend, waarin zij aangaven zeven vuilniswagens te zullen gebruiken van drie verschillende modellen (MAN, Scania en Mercedes Benz). De informatie over de overeenstemming van die vrachtwagens met de EURO-V-eis van de aanbesteding was tegenstrijdig.
- 7 In vervolg op correspondentie tussen verweerder en „Specialus autotransportas” UAB over de overeenstemming met de EURO-V-eis van de aanbesteding, heeft verweerder op 24 september 2015 de inschrijving van inschrijver A afgewezen op grond dat de motoren van twee van de door hem voorgestelde vuilniswagens aan een lagere norm voldeden (EURO IV). Inschrijver A heeft geen procedure tot toetsing van deze beslissing van de aanbestedende dienst ingeleid. Inschrijver A heeft echter nadien, toen de rechter in eerste aanleg een vordering van een andere inschrijver had toegewezen, tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld.
- 8 Op 22 oktober 2015 heeft de aanbestedende dienst de inschrijvers schriftelijk op de hoogte gesteld van de uitkomst van de aanbesteding, waarbij hij de vastgestelde volgorde van de inschrijvers heeft vermeld (op de eerste plaats „Specializuotas transportas” UAB; op de tweede plaats de commerciële groep „VSA Vilnius” UAB en „Švarinta”; op de derde plaats „Ekonovus”), en heeft hij verklaard dat de opdracht zou worden gegund aan inschrijver B.
- 9 Verzoekende partij „VSA Vilnius” UAB (hierna: „verzoeker”) heeft op 5 oktober 2015 bezwaar gemaakt bij de aanbestedende dienst waarin hij betoogde dat de door inschrijvers A en B ingediende inschrijvingen niet juist waren beoordeeld en dat de beginselen van transparantie en gelijkheid voor de wet waren geschonden. Nadat verweerder op 10 november 2015 het bezwaar van verzoeker had verworpen, heeft verzoeker beroep ingesteld.
- 10 In het beroepschrift is vermeld dat inschrijvers A en B (dochterondernemingen van „Ecoservice” UAB) moesten worden beschouwd als verbonden ondernemingen in de zin van artikel 3, lid 14, van de wet inzake mededinging, en dat de door hen ingediende inschrijvingen als alternatief moesten worden aangemerkt; betoogd werd dat die bedrijven aan de aanbesteding hadden deelgenomen zonder daadwerkelijk in concurrentie te zijn en dat zij heimelijk

hadden samengewerkt; gelet op het feit dat het volgens de aanbestedingsvoorwaarden verboden was om alternatieve inschrijvingen in te dienen, moesten die inschrijvingen, aldus het betoog, worden afgewezen; hoewel de aanbestedende dienst verplicht was om proactief mogelijk misbruik door verbonden ondernemingen en gevallen van oneerlijke mededinging te onderzoeken, heeft hij dit niet gedaan.

- 11 Bij uitspraak van de Šiaulių apygardos teismas (regionale rechtbank van Šiauliai) van 18 januari 2016 en bij beschikking van de Lietuvos apeliacinis teismas (Litouwse hogerberoepsrechter) van 5 april 2016 is verzoekers hoofdvordering, ertoe strekkend dat de beslissingen van verweerder om de volgorde van de inschrijvingen vast te stellen en de opdracht te gunnen aan inschrijver B onrechtmatig worden verklaard, gegrond bevonden, zodat die beslissingen nietig zijn verklaard. Verweerder en inschrijver B hebben beroep in cassatie ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasiam Teismas (Litouwse hooggerechtshof) (hierna: „hooggerechtshof”).

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

*Plicht van verbonden inschrijvers om economische banden kenbaar te maken aan de aanbestedende dienst*

- 12 De rechters in eerste aanleg en hoger beroep hebben onder meer geoordeeld dat inschrijvers A en B de plicht hadden om de tussen hen over en weer bestaande banden aan verweerder kenbaar te maken, en dat hun tegengesteld handelen een grondslag biedt voor de aanname dat zij niet met elkaar concurreerden. Het hooggerechtshof wijst erop dat een plicht voor de inschrijvers om tussen hen bestaande banden kenbaar te maken niet alleen niet is vervat in de thans van kracht zijnde bepalingen van de WOA, maar ook een ruimere strekking heeft dan de plicht die was neergelegd in de voorgaande bepalingen, aangezien inschrijvers volgens de nu niet meer van kracht zijnde bepalingen van de WOA enkel verplicht waren om banden met andere inschrijvers kenbaar te maken indien de aanbestedende dienst hun hierom individueel had verzocht. Een dergelijke verplichting voor inschrijvers was evenmin vervat in de aanbestedingsvoorwaarden.
- 13 Naar de opvatting van het hooggerechtshof bevat ook richtlijn 2004/18 geen duidelijke bepalingen over de plichten van dergelijke inschrijvers. Wat betreft de mogelijkheid om verbonden personen uit te sluiten van openbare aanbestedingen, heeft het Hof van Justitie in essentie een beoordeling verricht aan de hand van de in de richtlijnen over het plaatsen van overheidsopdrachten opgenomen bepalingen over de persoonlijke situatie van een inschrijver (zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van Justitie van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317).



- 14 Anderzijds moet worden opgemerkt dat de uitleggingen die het Hof van Justitie in zijn rechtspraak in dit verband heeft gegeven aan de bepalingen van richtlijn 2004/18, het VWEU en de algemene beginselen van de Europese Unie, in wezen het resultaat waren van de twijfels van rechters van de lidstaten over de rechtmatigheid van handelingen van aanbestedende diensten bij de toepassing van de desbetreffende nationaalrechtelijke bepalingen (zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, *Impresa Edilux*, C-425/14, EU:C:2015:721).
- 15 Bijgevolg betreft de vraag die in deze zaak moet worden gezien niet de negatieve plicht voor lidstaten om de afwijzingsgronden in verband met de persoonlijke situatie van de inschrijver niet zonder grondslag uit te breiden of om die gronden vast te stellen en toe te passen zonder in strijd te handelen met het evenredigheidsbeginsel, maar veeleer de positieve plicht die rust op die inschrijvers om hun banden met andere ondernemingen kenbaar te maken aan de aanbestedende diensten, zelfs indien deze daar niet specifiek om vragen. Wat betreft deze vraag heeft het hoogerechtshof twijfels over conclusies waartoe de rechters in eerste aanleg en hoger beroep zijn gekomen, temeer nu die conclusies onder meer berusten op eerdere rechtspraak van het hoogerechtshof die is ontwikkeld in het kader van een ander regelgevend kader.
- 16 Gelet op het feit dat de WOA geen specifieke bepalingen bevat over de plicht voor inschrijvers om hun banden met andere inschrijvers kenbaar te maken aan de aanbestedende dienst, kan een dergelijke plicht naar het oordeel van het hoogerechtshof enkel voortvloeien uit de beginselen voor openbare aanbesteding, met name de beginselen van transparantie en gelijkheid voor de wet (gelijke beoordeling) (artikel 3, lid 1, van de WOA, artikel 2 van richtlijn 2004/18), en de uiteindelijke doelstelling om te zorgen voor eerlijke mededinging tussen inschrijvers.
- 17 Verder zijn de Unierechtelijke regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten vastgesteld in het kader van de verwezenlijking van de interne markt, zoals het Hof van Justitie heeft opgemerkt (bovengenoemd arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Assitur*, C-538/07). Bijgevolg zou met betrekking tot voornoemde plichten van verbonden inschrijvers in wezen ook tot een beslissing kunnen worden gekomen op grond van de bepalingen van het VWEU over het vrij verkeer van personen en goederen binnen de interne markt (artikelen 45 VWEU, 54 VWEU en 56 VWEU).
- 18 Niettemin blijkt uit artikel 3, lid 1, van de WOA en artikel 2 van richtlijn 2004/18 dat het juist de aanbestedende diensten zijn waarop de plicht rust om ervoor te zorgen dat procedures voor openbare aanbesteding transparant zijn en dat er tussen de inschrijvers daadwerkelijke mededinging bestaat (zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166). In het licht hiervan twijfelt het hoogerechtshof of artikel 3 van de WOA en artikel 2 van richtlijn 2004/18 plichten voor inschrijvers kunnen doen ontstaan,

onder meer de verplichting om banden kenbaar te maken, en of schending van die verplichtingen voor hen negatieve gevolgen kan hebben.

- 19 Het hooggerechtshof twijfelt verder of aanbestedende diensten die niet hebben bepaald dat inschrijvers de plicht hebben om economische of andersoortige banden met andere inschrijvers aan hen kenbaar te maken, zelf verplicht zijn om bij wijze van preventieve maatregel na te gaan of dergelijke banden desondanks bestaan.

*In de praktijk brengen van de actieve rol van de aanbestedende dienst bij het constateren van mogelijke gevallen van oneerlijke mededinging en de gevolgen van lijdzaamheid zijnerzijds*

- 20 Hoewel verweerder ervan op de hoogte was dat inschrijvers A en B economische banden hadden, heeft hij geen nadere actie ondernomen om na te gaan of het bestaan van een dergelijke band die inschrijvers mogelijk belette om met elkaar op een eerlijke wijze in concurrentie te treden.
- 21 Het hooggerechtshof twijfelt of het optreden van verweerder strookt met de actieve rol die aanbestedende diensten moeten spelen bij de toepassing van de beginselen voor openbare aanbesteding.
- 22 In bovengenoemd arrest in de zaak eVigilo heeft het Hof van Justitie onder meer geoordeeld dat de aanbestedende dienst in ieder geval moet *nagaan of er eventueel sprake is van belangenconflicten en passende maatregelen moet nemen om dergelijke conflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen*.
- 23 Gelet hierop was verweerder naar het oordeel van het hooggerechtshof verplicht om vanwege de commerciële banden tussen inschrijvers A en B meer individuele aandacht aan hen te besteden en hun te verzoeken om gedetailleerd in te gaan op de vraag of de band tussen hen, die in deze zaak vaststaat, een negatieve invloed zou kunnen hebben op de mate van mededinging tussen hen en andere inschrijvers, ongeacht of verweerder van mening was dat er tussen inschrijvers A en B sprake was van eerlijke en daadwerkelijke mededinging.
- 24 In het kader van de beoordeling van de evenredigheid van voorschriften die in andere lidstaten waren vastgesteld en die zagen op de automatische afwijzing van inschrijvingen die waren ingediend door verbonden ondernemingen, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat aanbestedende diensten de plicht hebben om een dergelijk afzonderlijk onderzoek (opheldering) te verrichten. Het hooggerechtshof is niettemin van opvatting dat, ook bij afwezigheid van zodanige voorschriften in de lidstaat, de aanbestedende dienst toch de verplichting heeft – zoals deze voortvloeit uit de verduidelijking die het Hof van Justitie in het arrest eVigilo heeft gegeven – om een grondig onderzoek uit te voeren naar de banden tussen inschrijvers, zelfs indien hij dienaangaande zelf geen twijfels koestert.

- 25 Anderzijds is niet duidelijk of het oordeel van het Hof van Justitie in punt 46 van het arrest eVigilo dat het nationale recht moet voorzien in de regels inzake de rechtsgevolgen van mogelijke partijdigheid (belangenconflicten), naar analogie moet worden toegepast op de thans ter beoordeling staande situatie.
- 26 Aangezien de WOA op dit gebied geen specifiekere bepalingen bevat, is tot dusverre onduidelijk of moet worden geoordeeld dat het passieve gedrag van verweerder een schending oplevert van het beginsel van transparantie, gelet op het feit dat het verbonden inschrijvers in beginsel niet verboden is om deel te nemen aan dezelfde aanbesteding.
- 27 Voorts moet in dit verband worden bedacht dat de situatie van een mogelijk *verticaal* belangenconflict tussen een inschrijver en de aanbestedende dienst, dat ten grondslag lag aan het arrest van het Hof van Justitie in de zaak eVigilo, mogelijk niet kan worden gelijkgesteld aan de deelname van twee verbonden inschrijvers aan een en dezelfde aanbesteding, aangezien dit *op zichzelf* niet verboden is, zoals reeds opgemerkt.
- 28 Om die reden rijst de vraag of de omstandigheid dat via bepaalde banden gelieerde inschrijvers *de iure* concurreren, *op zichzelf* kan worden beschouwd als een objectief gegeven van zodanige aard – zoals het Hof van Justitie heeft geoordeeld in het arrest eVigilo – dat dit *ten eerste* aanleiding had moeten zijn voor twijfels over de transparantie van de aanbestedingsprocedure, aangezien dat gegeven volstond om aan te tonen dat de beoordeling van de inschrijvingen onrechtmatig was, en *ten tweede*, dat die informatie van dien aard was dat dit voor de aanbestedende dienst de plicht met zich bracht om de inhoud van die informatie te onderzoeken.
- 29 Ook is onduidelijk of de lijdzaamheid van de aanbestedende dienst in geval van een *verticaal* belangenconflict (de verhouding tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver), leidt tot (zou moeten leiden tot) gevolgen die vergelijkbaar zijn met die welke zouden optreden in geval van een *horizontaal* belangenconflict (de verhouding tussen twee inschrijvers).

*Bewijs dat tussen verbonden dienstverleners sprake is van oneerlijke mededinging en toedeling van de bewijslast*

- 30 De rechters in eerste aanleg en hoger beroep hebben geoordeeld dat in de aanbestedingsprocedure tussen inschrijvers A en B sprake was van geveinsde mededinging, welk oordeel in wezen stoelt op een waardering van een geheel aan indirect bewijs: *het feit dat de raden van bestuur inschrijvers A en B dezelfde samenstelling hadden en dat hun moederbedrijf de voorwaarden bepaalde waaronder informatie eventueel mocht worden gedeeld; het feit dat die inschrijvers hun banden duidelijk niet kenbaar hebben gemaakt; het feit dat inschrijver A in zijn inschrijving inconsistente informatie heeft verstrekt over de overeenstemming van de voorgestelde transportmiddelen (vuilniswagens) met de*

*EURO-V-eis van de aanbesteding; het feit dat die inschrijver niet is opgekomen tegen de afwijzing van zijn inschrijving maar vervolgens hoger beroep heeft ingesteld (waarmee grotendeels de tekortkomingen in zijn inschrijving [werden betwist] en de rechtmatigheid van de afwijzing van de inschrijving [werd bestreden]).*

- 31 Er is geen direct bewijs dat inschrijvers A en B hebben afgesproken om in de aanbestedingsprocedure heimelijk samen te werken, dat wil onder meer zeggen, *ten eerste*, om bewust een onduidelijke inschrijving in te dienen voor inschrijver A, en, *ten tweede*, om met laatstgenoemde af te spreken dat die inschrijving niet in overeenstemming zou zijn met de EURO-V-eis van de aanbesteding en vervolgens niet op te komen tegen de beslissing van verweerder om die inschrijving af te wijzen. Niettemin kan er geen twijfel over bestaan dat niet alleen met direct bewijs, maar ook met indirect bewijs kan worden aangetoond dat sprake is van gedragingen van verbonden ondernemingen die onverenigbaar waren met een eerlijke en daadwerkelijke mededinging in aanbestedingsprocedures.
- 32 In dit verband moet rekening worden gehouden met de uitleggingen in de rechtspraak van het hooggerechtshof inhoudend dat een afspraak in de zin van het mededingingsrecht zeer ruim moet worden opgevat, reden waarom het volstaat aan te tonen dat er tussen partijen een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsovereenstemming is dat zij zich op de markt op een bepaalde wijze zullen gedragen; tenzij deze op een andere manier wordt aangetoond, moet een heimelijke samenwerking zich normaal gesproken manifesteren op de betrokken markt. Het is met andere woorden nodig om een causaal verband aan te tonen tussen de coördinatie van handelingen en de manifestatie van dergelijke coördinatie op de markt; de ondernemingen die van mededingingsversturende handelingen worden beschuldigd, moeten zelf dat causale verband weerleggen.
- 33 Het hooggerechtshof verwijst in zijn vraag tevens naar de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie arrest van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, punten 36, 37 en 40-42).
- 34 Gelet op die rechtspraak is er geen basis voor het betoog van inschrijver B dat er sprake was van daadwerkelijke mededinging met inschrijver A alleen al omdat de inschrijvingen A en B inhoudelijk verschilden, zoals inschrijver B erop heeft gewezen.
- 35 Voorts moet *ten eerste* worden geoordeeld dat een rechter in beginsel kan vaststellen of er sprake is van oneerlijke mededinging aan de hand van voornoemd indirect bewijs, waaronder omstandigheden die afwijken van de gebruikelijke praktijk in de betrokken handel; dat bewijs moet echter objectief en samenhangend zijn, zodanig dat het, *ten tweede*, mogelijk is om te oordelen dat er een vermoeden van heimelijke samenwerking bij de deelname is, en het is, *ten*

*derde*, zaak van diegenen die worden verdacht van ongeoorloofde handelingen om daartegen op te komen en het tegendeel te bewijzen.

- 36 De vraag rijst voor het hooggerechtshof of de door de rechters in eerste aanleg en in hoger beroep vermelde omstandigheden moeten worden aangemerkt als zodanig indirect bewijs – objectieve en samenhangende informatie – op basis waarvan de rechters hebben geoordeeld dat inschrijvers A en B in de aanbestedingsprocedure oneerlijk hebben gehandeld.
- 37 Het criterium van wetenschap van ongeoorloofde handelingen als basis voor het oordeel dat sprake is van onderling afgestemd of heimelijk optreden, is benadrukt in punt 29 van het arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016 in de zaak VM Remonts e.a., C-542/14, EU:C:2016:578 (zie ook bovengenoemd arrest in de zaak Eturas e.a.).
- 38 In deze zaak rijst de vraag of de in dit geval vastgestelde omstandigheden, ook indien deze als objectief en samenhangend kunnen worden beschouwd, als basis kunnen dienen voor het oordeel dat inschrijvers A en B wisten of vermoedden hoe zij beiden zouden handelen, dat zij wisten van de doelstellingen van de deelname aan de aanbestedingsprocedure en dat zij zodoende tot een verboden wederzijdse afspraak kwamen of anderszins heimelijk samenwerkten.
- 39 Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt tot op heden ook niet welk bewijs als ondersteunend dient te worden aangemerkt en moet worden beschouwd als bevestiging dat ondernemingen die ervan worden verdacht in een aanbesteding heimelijk samen te werken, in feite onafhankelijk handelden zonder heimelijk samen te werken. In dit verband heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld geoordeeld dat contractuele toezeggingen van verbonden bedrijven dat zij de onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid bij de voorbereiding van de inschrijvingen in acht zullen nemen, zodanig bewijs zouden kunnen vormen (zie bovengenoemd arrest van het Hof van Justitie in de zaak Assitur, C-538/07).
- 40 Bedacht dient te worden dat de hogerberoepsrechter heeft geoordeeld dat de door inschrijver B toegepaste managementnormen SO 140001:2004 en BS OHSAS 18001:2007, volgens welke die onderneming voldeed aan de vereisten voor deelname aan openbare aanbestedingen, onvoldoende waren, in die zin dat deze enkel de plichten van de betrokken werknemers beschrijven voor gevallen waarin een onderneming heeft besloten deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, en deze geen garantie bieden voor onafhankelijke deelname en de vertrouwelijkheid van informatie.
- 41 Gelet hierop rijst de vraag hoe inschrijvers A en B hadden kunnen bewijzen dat zij onafhankelijk deelnamen aan de aanbestedingsprocedure indien de uit eigen beweging door inschrijver B afgelegde verklaring van eerlijke deelname en de managementnormen voor deelname aan openbare aanbestedingen die op de

locatie van die inschrijver werden toegepast, ontoereikend zijn als basis voor daadwerkelijke mededinging van de kant van die inschrijvers.

*Recht dat moet worden toegepast op het geschil tussen partijen betreffende mogelijke oneerlijke mededinging van de kant van de verbonden inschrijvers*

- 42 Uit de in de rechterlijke beslissingen gekozen formulering, artikel 5 van de wet inzake mededinging en artikel 101 VWEU kan in wezen worden afgeleid dat de rechters in deze zaak de handelingen van inschrijvers A en B hebben beschouwd als een schending van het in die wetgevende maatregelen vervatte verbod op *overeenkomsten tussen ondernemingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*
- 43 In het licht van de bovengenoemde rechtspraak van het Hof van Justitie werpt het hooggerechtshof ambtshalve de vraag op welk recht van toepassing is op de partijen in het geding, dat wil zeggen of de geldige handelingen van inschrijvers A en B en andere in deze zaak vastgestelde belangrijke omstandigheden kunnen worden beoordeeld in het licht van artikel 5 van de wet inzake mededinging en artikel 101 VWEU.
- 44 Gelet op de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en het standpunt van de Europese Commissie dienen bedrijven die deel uitmaken van één onderneming in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU niet als met elkaar in concurrentie te worden beschouwd, en is die bepaling enkel van toepassing op door onafhankelijke ondernemingen gesloten overeenkomsten; wanneer het ene bedrijf een beslissende invloed heeft op het andere bedrijf, dient laatstgenoemd bedrijf te worden aangemerkt als afhankelijk van het andere bedrijf en dus als dochterbedrijf daarvan (zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 1996 in de zaak *Viho*, C-73/95 P, EU:C:1995:405); hetzelfde geldt in geval van bedrijven die tot dezelfde groep behoren, dat wil zeggen bedrijven waarop een beslissende invloed wordt uitgeoefend door het moederbedrijf; artikel 101 VWEU is van toepassing in gevallen waarin de onderneming werkelijk zelfstandig haar optreden op de markt kan bepalen (arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 1998 in de zaak *Bodson*, 30/87, EU:C:1988:225).
- 45 Om aan te tonen dat artikel 5 van de wet inzake mededinging en artikel 101 VWEU zijn geschonden (wat betreft laatstgenoemde bepaling dient voorts te worden aangetoond dat de handel tussen lidstaten is beïnvloed), dient te worden aangetoond dat sprake is van heimelijke samenwerking tussen twee afzonderlijke (onafhankelijke) marktdeelnemers. Een marktdeelnemer (onderneming) wordt ook dan begrepen als een „economische eenheid” indien die economische eenheid vanuit juridisch oogpunt bestaat uit verscheidene natuurlijke of rechtspersonen (bovengenoemd arrest in de zaak *Viho*, C-73/95 P).

- 46 In deze zaak zijn partijen het erover eens dat inschrijvers A en B via dezelfde zeggenschap uitoefenende onderneming verbonden zijn. Er moet van worden uitgegaan dat inschrijvers A en B en het bedrijf dat over hen zeggenschap uitoefent, één *economische eenheid* vormen. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat er in geval van een moedermaatschappij die 100 % van het kapitaal van een dochtermaatschappij in handen heeft, een weerlegbaar vermoeden van beslissende invloed is (arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009 in de zaak Akzo Nobel e.a., C-97/08 P, EU:C:2009:536). Ondanks het feit dat enkel dochterondernemingen hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure (dat wil zeggen: de moedermaatschappij deed niet mee), zijn zij evengoed onderdeel van één *economische eenheid*.
- 47 De vaste rechtspraak van het Hof van Justitie leidt in wezen tot de conclusie dat artikel 5 van de wet inzake mededinging en artikel 101 VWEU in deze zaak niet van toepassing zijn omdat de mogelijk onrechtmatige overeenkomsten die tot een economische eenheid behorende ondernemingen aangaan, in het algemeen geen overeenkomsten in de zin van die bepalingen zijn, maar veeleer een herverdeling van interne functies. Bedacht moet worden dat de raad voor de mededinging van de Republiek Litouwen in essentie hetzelfde standpunt inneemt.
- 48 Anderzijds is het hooggerechtshof van opvatting dat, wanneer verbonden bedrijven afzonderlijk als concurrenten aan een openbare aanbesteding deelnemen, ervan dient te worden uitgegaan dat zij *de iure* (afhankelijk van de nationale regelgeving of eerdere verklaringen van eerlijkheid) en *de facto* afstand doen van mogelijke voordelen die zij vanwege hun banden genieten, zichzelf beschouwen als van elkaar onafhankelijk (als concurrenten) en ook aan de aanbestedende dienst en overige inschrijvers verklaren dat zij niet op oneerlijke wijze voordeel zullen trekken uit de economische banden die tussen hen bestaan. Met het oog op die doelstelling dienen zij twee afzonderlijke, onafhankelijke maar niet alternatieve inschrijvingen in, waarbij zij met elkaar en met de overige inschrijvers in concurrentie treden wat betreft de kwaliteit en de prijs van hun inschrijvingen.
- 49 Uit de rechtspraak van zowel het Litouwse hooggerechtshof als het Hof van Justitie kan worden opgemaakt dat de deelname van verbonden personen is toegestaan indien zij aan dezelfde aanbestedingsprocedure deelnemen in de hoedanigheid van *concurrenten*. Ook moet in dit verband kennis worden genomen van het besluit van de Europese Commissie van 15 mei 1991 in de zaak Gosme/Martell, waarvan punt 30 in de rechtspraak aldus is uitgelegd dat de mate van verbondenheid of afstand tussen bedrijven onder meer moet worden bepaald aan de hand van de standpunten en intenties waarvan diezelfde bedrijven blijken geven.
- 50 Er moet van worden uitgegaan dat de conclusie wat betreft de toepassing van artikel 101 VWEU in wezen indirect kan worden afgeleid uit punt 30 van het arrest van het Hof van Justitie van 23 december 2009 in de zaak Serrantoni,

C-376/08, EU:C:2009:808, waarin werd gesteld dat het voorheen geldende artikel 81 EG niet van toepassing was omdat verbonden ondernemingen automatisch waren uitgesloten van aanbestedingsprocedures overeenkomstig het nationale recht en niet vanwege een mogelijke heimelijke samenwerking tussen hen.

- 51 Verder werd het oordeel over het criterium van onafhankelijkheid van ondernemingen in het bovengenoemd arrest van het Hof van Justitie in de zaak VM Remonts gegeven in het kader van de vaststelling door het Hof of de handelingen van de ene onderneming konden worden toegerekend aan een andere onderneming.
- 52 Indien evenwel het standpunt zou worden ingenomen dat de handelingen van dochterondernemingen die deelnemen aan dezelfde aanbestedingsprocedure principieel niet kunnen worden beoordeeld in het licht van artikel 101 VWEU omdat die bedrijven deel uitmaken van één *economische eenheid*, dan zou onduidelijk zijn hoe dat (standpunt) kan worden verenigd met de aan hen verleende toestemming om afzonderlijke, niet als alternatieve inschrijvingen te beoordelen inschrijvingen in te dienen.
- 53 Verder zou om die reden de vraag rijzen hoe, en op grond van welke regels, verdacht gedrag (uitsluitend verdacht op basis van indirect bewijs) van de kant van ondernemingen in openbare aanbestedingen moet worden beoordeeld.