



Datum van inontvangstneming : 06/12/2016

**Zaak C-546/16****Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

28 oktober 2016

**Verwijzende rechter:**

Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

21 oktober 2016

**Verzoekende partij:**

Montte SL

**Verwerende partij:**

Musikene

---

**Verzoek om een prejudiciële beslissing van de Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (bestuursorgaan van de autonome regio Euskadi, bevoegd voor zaken betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten) aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, in verband met een bijzonder beroep inzake de plaatsing van overheidsopdrachten dat de onderneming MONTTE, S.L. heeft ingesteld tegen het bestek van de opdracht voor de „levering van meubilair en grafische signalering, specifiek meubilair voor muziekinrichtingen, muziekinstrumenten, elektro-akoestische apparatuur, opnameapparatuur en audiovisuele apparatuur, computerapparatuur en reprografische apparatuur”, onder beheer van MUSIKENE.**

**Achtergrond**

- 1 Op 11 augustus 2016 heeft de onderneming MONTTE, S.L. een bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten ingesteld bij de Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (hierna: „OARC” [OMISSIS]) tegen het bestek van de opdracht voor de „levering van meubilair en

grafische signalering, specifiek meubilair voor muziekinrichtingen, muziekinstrumenten, elektro-akoestische apparatuur, opnameapparatuur en audiovisuele apparatuur, computerapparatuur en reprografische apparatuur”, onder beheer van MUSIKENE.

2 [OMISSIS]<sup>1</sup> [OMISSIS] **[Or. 2]**

3 Het litigieuze bestek betreft een opdracht voor leveringen die wordt aanbesteed via de open procedure. De geraamde waarde ervan bedraagt 1 157 430,59 EUR, dus meer dan de drempelwaarde van 209 000 EUR<sup>2</sup> die is vastgesteld in artikel 4, onder c), 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 (hierna: „richtlijn 2014/24”).

4 MUSIKENE is een overheidsstichting van de Comunidad Autónoma de Euskadi, die [OMISSIS] voldoet aan de kenmerken van een „niet-centrale aanbestedende dienst” in de zin van artikel 3, lid 3, onder b), van de TRLCSP [Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (gecodeerde tekst van de wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten)], dat inhoudelijk vrijwel identiek is aan de omschrijving van dit begrip in artikel 2, lid 1, punt 3, en artikel 2, lid 1, punt 4, van richtlijn 2014/24.

5 MUSIKENE heeft aangegeven dat het bestek – het document waarin het juridische kader van de aanbestedingsprocedure en de opdracht zijn vastgelegd – op 14 juli 2016 is goedgekeurd door de Patronato (het bestuur) van de stichting. De oproep tot inschrijving is op 26 juli 2016 gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.

6 Gelet op het voorgaande constateert de OARC dat de opdracht onder richtlijn 2014/24 valt en, wat de hierbij voorgelegde prejudiciële vragen betreft, in het bijzonder onder de bepalingen van hoofdstuk II van die richtlijn. **[Or. 3]**

### **Rechtskarakter van de OARC [OMISSIS].**

7 De OARC, opgericht bij de Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>3</sup> para el ejercicio 2011 (achtste aanvullende bepaling van wet 5/2010 van 23 december 2010 houdende goedkeuring van de algemene begroting van de autonome regio Euskadi voor het begrotingsjaar 2011) is een permanent orgaan dat bevoegd is voor de behandeling van klachten, bijzondere beroepen en vorderingen tot nietigverklaring op het gebied van

<sup>1</sup> De actuele tekst [van de Spaanse aanbestedingswet] is te vinden op <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-17887-consolidado.pdf>

<sup>2</sup> [OMISSIS]

<sup>3</sup> [OMISSIS]

overheidsopdrachten, overeenkomstig de bepalingen van artikel 40 en volgende van de TRLCSP, de Spaanse regeling tot omzetting van 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, zoals gewijzigd. Volgens de bovengenoemde bepalingen van de TRLCSP beslist de OARC [OMISSIS] op zuiver juridische gronden na een procedure op tegenspraak. De OARC [OMISSIS] is een onafhankelijk orgaan en voert zijn taken objectief, onpartijdig en volledig autonoom uit, los van hiërarchische beperkingen of instructies van buitenaf. Tot slot is de bevoegdheid van de OARC niet afhankelijk van een overeenkomst tussen de partijen en zijn de beslissingen van de OARC bindend voor de partijen.

8 [OMISSIS]<sup>4</sup>

9 Bijgevolg voldoet de OARC [OMISSIS] aan de kenmerken van een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”). Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft deze hoedanigheid al eerder toegekend aan vergelijkbare organen, in het bijzonder aan het Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (gerecht van de autonome regio Catalonië voor overheidsopdrachten), dat [Or. 4] een regeling kent die vergelijkbaar is met die van de OARC [OMISSIS] (zie arrest van 6 oktober 2015, C-203/14, Consorci Sanitari del Maresmè, ECLI:EU:C:2015:664, punten 16 tot en met 27, en de in punt 26 aangehaalde rechtspraak).

### **Inhoud van het litigieuze bestek**

10 Volgens bijlage VII – A bij het bestek voor de aanbesteding luiden de criteria voor gunning van de opdracht als volgt:

a) De „presentatie en beschrijving van het project” met een weging van 50 van de 100 punten, uitgesplitst in verschillende subcriteria of secundaire criteria voor elk van de vijf percelen waarin de opdracht is verdeeld. Voor alle percelen geldt bovendien het volgende:

*„Minimumaantal punten dat noodzakelijk is om deelname aan het selectieprocedure voort te zetten:*

*Inschrijvers die minder dan 35 punten behalen voor de technische offerte gaan niet verder naar de economische fase.”*

<sup>4</sup> [OMISSIS]

b) Voor alle percelen worden volgens de onderstaande criteria punten toegekend voor een lagere prijs ten opzichte van de aangegeven waarde van de opdracht, met een weging van 50 van de 100 punten:

*„Er worden maximaal 50 punten toegekend. Aan een offerte waarvan het bedrag gelijk is aan de waarde van de opdracht worden 0 punten toegekend.*

*Voor iedere 1 % verlaging ten opzichte van de waarde van de opdracht worden 5 punten toegekend, zodat:*

*5 punten worden toegekend voor elke verlaging van 1 % ten opzichte van de waarde van de opdracht;*

*25 punten worden toegekend voor een verlaging van 5 % ten opzichte van de waarde van de opdracht [Or. 5];*

*50 punten worden toegekend voor een verlaging van 10 % ten opzichte van de waarde van de opdracht.”*

### **Standpunten van partijen**

- 11 [OMISSIS] MONTTE stelt zich op het standpunt dat de voorwaarde van het minimumaantal punten dat nodig is om het selectieproces verder te doorlopen nietig moet worden verklaard omdat deze voorwaarde de toegang tot de waardering van de lagere prijs ten opzichte van de waarde van de opdracht beperkt en de gezamenlijke weging van de technische en economische criteria van het bestek (50 % voor elk van deze twee soorten criteria) feitelijk teniet doet. MONTTE stelt dat de technische criteria onderhevig zijn aan waardeoordelen, in tegenstelling tot de prijsfactor die automatisch wordt beoordeeld op basis van een formule. Volgens MONTTE betekent dit in de praktijk dat de technische criteria voor 100 % van het totale aantal punten meetellen, zodat inschrijvingen daarnaast niet kunnen worden beoordeeld op de aangeboden prijs. Dit belet MUSIKENE om na afweging van alle criteria te bepalen wat de meest voordelige inschrijving is.
- 12 MUSIKENE stelt dat, aangezien het gaat om uitrusting die in een gebouw moet worden geïntegreerd, de inschrijvingen moeten voldoen aan een aantal minimumeisen om door te kunnen gaan naar de fase waarin de economische offerte wordt beoordeeld, zodat de verplichte eisen moeten zijn vervuld, met een juiste planning die zorg draagt voor levering binnen de vastgestelde termijnen en een goede technische ondersteuning.

### **Nationaal recht**

- 13 Artikel 150, lid 4, van de TRLCSP bepaalt:

*„Wanneer de beoordeling wordt gebaseerd op meer dan één criterium, moet de relatieve weging van elk criterium worden gespecificeerd. Dit kan geschieden door de vaststelling van een voldoende ruime bandbreedte. Indien de aanbestedingsprocedure verschillende fasen omvat, wordt tevens aangegeven in welk van deze fasen de verschillende criteria worden toegepast, alsmede [Or. 6] het minimumaantal punten dat inschrijvers moeten behalen om hun deelname aan het selectieproces voort te zetten.”*

- 14 Artikel 150, lid 4, van de TRLCSP beperkt deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk tot een bepaalde procedure, en volgens de vaste praktijk van de aanbestedende diensten wordt ervan uitgegaan dat de zinsnede „[i]ndien de aanbestedingsprocedure in verschillende fasen verloopt” verwijst naar de gevallen waarin de aanbestedende dienst daartoe heeft besloten en dit heeft vastgelegd in het bestek, ongeacht of de toepasselijke aanbestedingsprocedure een openbare, niet-openbare, of een procedure met onderhandeling of een concurrentiegerichte dialoog is.<sup>5</sup>
- 15 Artikel 22 van Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (koninklijk besluit 817/2009 van 8 mei 2009), waarin Ley 30/2007, de 30 de octubre,<sup>6</sup> de Contratos del Sector Público (wet 30/2007 van 30 oktober 2007 inzake overheidsopdrachten) gedeeltelijk wordt uitgewerkt, regelt de taken van de Mesas de Contratación, aanbestedingscommissies die de aanbestedende diensten ondersteunen, en bepaalt onder meer het volgende:

*„1. Onverminderd de overige taken die aan de aanbestedingscommissie worden toegekend bij de Ley de Contratos del Sector Público [wet overheidsopdrachten] en de aanvullende bepalingen van deze wet, vervult de aanbestedingscommissie de volgende taken in openbare mededingingsprocedures:*

*[...]*

*• d) Wanneer de beoordelingsprocedure in verschillende fasen is verdeeld, bepaalt [de aanbestedingscommissie] welke inschrijvers moeten worden uitgesloten omdat zij niet [Or. 7] het minimumaantal punten hebben behaald dat vereist is om hun deelname aan het selectieproces voort te zetten.*

*• e) [De aanbestedingscommissie] waardeert de verschillende inschrijvingen [OMISSIS] en rangschikt deze in aflopende volgorde van de verkregen waardering [OMISSIS].*

*[...]*

<sup>5</sup> [OMISSIS]

<sup>6</sup> <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BO E-A-2009-8053-consolidado.pdf>.

2. *In de niet-openbare procedure onderzoekt de aanbestedingscommissie, de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze als beschreven in het vorige lid. De selectie van de inschrijvers is de bevoegdheid van de aanbestedende dienst die deze bevoegdheid echter kan delegeren aan de aanbestedingscommissie mits dit in het bestek is bepaald. Na de selectie van de inschrijvers en de indiening van de inschrijvingen, vervult de aanbestedingscommissie de onder c), d), e), f) en g) in het vorige lid vastgestelde taken.”*

- 16 Het lijkt erop dat [OMISSIS] het Real Decreto 817/2009 [OMISSIS] veronderstelt dat de gunningscriteria in openbare en niet-openbare procedures in opeenvolgende fasen kunnen worden toegepast om inschrijvers aldus trapsgewijs uit te sluiten.
- 17 Artikel 150, lid 4, van de TRLCSP is overigens de omzetting in nationaal recht van de ingetrokken richtlijn 2004/18, die alleen de procedure met onderhandeling en de concurrentiegerichte dialoog regelde en niet de [Or. 8] openbare en niet-openbare procedures. Het feit dat niet is voorzien in de mogelijkheid om gunningscriteria in opeenvolgende fasen zodanig toe te passen dat inschrijvingen trapsgewijs kunnen worden uitgesloten, betekent dus niet noodzakelijkerwijs dat die mogelijkheid is uitgesloten.<sup>7</sup>
- 18 De andere mogelijke uitlegging is, dat artikel 150, lid 4, van de TRLCSP alleen verwijst naar aanbestedingsprocedures waarvoor uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid dat de gunningscriteria in opeenvolgende, eliminerende fasen worden toegepast op basis van een minimumaantal punten, te weten, de procedure met onderhandeling (artikel 178, lid 2, van de TRLCSP) en de concurrentiegerichte dialoog (artikel 182, lid 3, van de TRLCSP), en niet naar de openbare en niet-openbare procedures die niet in deze mogelijkheid voorzien.

#### **Beoordeling door de OARC [OMISSIS]**

- 19 Naar de mening van de OARC is de uitlegging van het nationale rechtskader echter mogelijk gewijzigd sinds 19 april 2016, de uiterste datum voor de omzetting van het grootste deel van richtlijn 2014/24, [OMISSIS].

#### **Richtlijn 2014/24**

- 20 De artikelen 27 en 28 van richtlijn 2014/24 regelen respectievelijk de openbare en de niet-openbare aanbestedingsprocedure. Geen van beide artikelen noemt de mogelijkheid van trapsgewijze uitsluiting van inschrijvingen door de toepassing van gunningscriteria in opeenvolgende fasen van de procedure.
- 21 Artikel 29, lid 6 preciseert het volgende: [Or. 9]

<sup>7</sup> [OMISSIS]

*„6. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van de opdracht, de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of een ander aanbestedingsstuk [OMISSIS]”.*

22 Artikel 30, lid 4, bepaalt:

*„4. De concurrentiegerichte dialoog kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal in de dialoogfase te bespreken oplossingen wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document. [OMISSIS].”*

23 Artikel 31, lid 5, schrijft voor:

*„5. Er kunnen tijdens procedures voor innovatiepartnerschappen in opeenvolgende fasen onderhandelingen plaatsvinden om het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld te beperken door middel van het toepassen van de gunningscriteria die in de aankondiging van de opdracht, de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of de aanbestedingsstukken zijn vermeld. [OMISSIS]”*

24 Artikel 66 stelt het volgende vast:

*„Beperking van het aantal inschrijvingen en oplossingen*

*Wanneer de aanbestedende diensten gebruikmaken van de in artikel 29, lid 6, [Or. 10] bedoelde mogelijkheid tot beperking van het aantal tot onderhandelingen toegelaten inschrijvingen of van de in artikel 30, lid 4, bedoelde mogelijkheid tot beperking van het aantal te bespreken oplossingen, passen zij de in de aanbestedingsstukken vermelde gunningscriteria toe. In de slotfase moet het bereikte aantal een daadwerkelijke mededinging kunnen waarborgen voor zover er voldoende inschrijvers, oplossingen of gekwalificeerde gegadigden zijn.”*

### **Beoordeling door de OARC [OMISSIS]**

25 Uit het bovenstaande lijkt te kunnen worden afgeleid dat richtlijn 2014/24 alleen de mogelijkheid biedt gunningscriteria vast te stellen die van toepassing zijn in opeenvolgende eliminatiefasen, in procedure waarvoor uitdrukkelijk in deze mogelijkheid is voorzien, maar niet in openbare en niet-openbare procedures, die daar niet in voorzien en die, in tegenstelling tot het bepaalde in richtlijn 2004/18, tegenwoordig onderworpen zijn aan specifieke regels wat hun verloop betreft.

26 Een en ander kan ook worden afgeleid uit de functie die in de overwegingen 90, 92 en 104 van richtlijn 2024/14 wordt toegekend aan de gunningscriteria, te weten, een vergelijking van inschrijvingen mogelijk te maken om ze objectief te



kunnen waarderen, en niet de uitsluiting van inschrijvingen. Inschrijvingen kunnen alleen worden uitgesloten wegens een gebrek aan geschiktheid of draagkracht van de inschrijver of omdat niet is voldaan aan de technische minimumeisen van het bestek.

- 27 In zoverre is van belang dat de uitzondering op dit principe geldt voor procedures die de mogelijkheid bieden voor onderhandeling over de aanvankelijke inschrijvingen, en dat dit systeem tot doel heeft „het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld [te beperken]”. Een dergelijk systeem heeft dan ook geen plaats in procedures die geen mogelijkheid bieden voor onderhandeling, zoals de openbare en niet-openbare procedures.
- 28 Er moet echter ook rekening mee worden gehouden dat de richtlijn, ook in de gevallen waarin zij de toepassing van gunningscriteria in opeenvolgende eliminatiefasen toestaat, **[Or. 11]** uitdrukkelijk toestaat, uit voorzorg bepaalt dat er in de eindfase voldoende inschrijvingen moeten overblijven om een „daadwerkelijke mededinging” te waarborgen.
- 29 Het systeem van trapsgewijze uitsluiting van inschrijvingen op basis van gunningscriteria die in opeenvolgende fasen worden toegepast in openbare en niet-openbare procedures is mogelijk niet alleen tegenstrijdig met de richtlijn, maar kan ook de daadwerkelijke mededinging aantasten, wanneer er door toepassing van minimumdrempels een zeer klein aantal inschrijvers overblijft in de eindfase (bijvoorbeeld wanneer die drempels buitensporig hoog zijn). Dat geldt vooral wanneer men rekening houdt met het feit dat de inschrijvers hun offertes in dergelijke procedures niet kunnen aanpassen aan de eisen van de aanbestedende dienst omdat onderhandeling in die procedures verboden is.
- 30 Tot slot kan het in casu buitengewoon hoge aantal punten dat moet worden behaald om niet te worden uitgesloten, ertoe leiden dat de meest aantrekkelijk geprijsde inschrijvingen niet worden beoordeeld en gewaardeerd. Dit zou onverenigbaar zijn met de door richtlijn 2014/24 opgelegde verplichting om opdrachten in het bijzonder te gunnen op basis van de prijs-kwaliteitsverhouding, die altijd een prijs- of kostenelement moet bevatten (zie bijvoorbeeld artikel 67, lid 2, en de overwegingen 89 en 90 van de richtlijn).

### **Prejudiciële vragen**

- 31 [OMISSIS] De beslissing op de door MONTE aangevoerde beroepsgrond, die hierboven is toegelicht, is afhankelijk van de toepassing van een nationale regel en een uitlegging daarvan, die vanuit het oogpunt van de verenigbaarheid met richtlijn 2014/24 op zijn minst twijfelachtig zijn. Bijgevolg stelt de OARC [OMISSIS] krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 93 en volgende van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de volgende prejudiciële vragen aan het Hof:

1) Verzet richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG zich tegen een nationale wettelijke bepaling zoals artikel 150, lid 4, TRLCSP, of tegen een uitlegging en toepassing van een dergelijke bepaling, die aanbestedende diensten de mogelijkheid biedt om in het bestek van een openbare aanbestedingsprocedure gunningscriteria op te nemen die in opeenvolgende eliminatiefasen worden toegepast op inschrijvingen die niet voldoen aan een vooraf vastgesteld minimumaantal punten?

2) Indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, verzet de voornoemde richtlijn 2014/24 zich tegen een nationale wettelijke bepaling, of tegen een uitlegging of toepassing van een dergelijke bepaling, die in de openbare procedure verwijst naar het bovengenoemde systeem van in opeenvolgende eliminatiefasen toepasselijke gunningscriteria, wanneer dit ertoe leidt dat er in de laatste fase onvoldoende inschrijvingen overblijven om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen?

3) Indien het antwoord op de tweede vraag bevestigend luidt, verzet de voornoemde richtlijn 2014/24 zich tegen een clause als de onderhavige, waarin de factor prijs alleen wordt meegewogen voor inschrijvingen die ten minste 35 van de 50 punten hebben behaald voor de technische criteria, omdat zij geen waarborg biedt voor een daadwerkelijke mededinging of omdat zij strijdig is met de verplichting van de richtlijn om de opdracht te gunnen aan de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding?

[Ondertekening]