



Datum van inontvangstneming : 21/07/2015

Zaak C-292/15

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 indiening:

10 juni 2015

Verwijzende rechter:

Vergabekammer Südbayern (Deutschland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 juni 2015

Verzoekende partij:

Hörmann Reisen GmbH

Verwerende partijen:

Stadt Augsburg

Landkreis Augsburg

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Uitvoering van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet ter bestrijding van mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”), de verordening über die Vergabe öffentlicher Aufträge (verordening inzake de plaatsing van overheidsopdrachten; hierna: „VgV”) en de Bayerische Nachprüfungsverordnung (Beierse verordening inzake de toetsing; hierna: „BayNpV”); Toetsingsprocedure

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

- a. Zijn op een gunningsprocedure op grond van artikel 5, lid 1, van verordening (EG) nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18/EG dan wel richtlijn 2014/24/EU in beginsel alleen de voorschriften van deze richtlijnen toepasselijk, zodat van genoemde richtlijnen afwijkende voorschriften in verordening (EG) nr. 1370/2007 buiten toepassing moeten blijven?
- b. Moet de toelaatbaarheid van onderaanneming in het kader van een gunningsprocedure op grond van artikel 5, lid 1, van verordening (EG) nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18/EG dan wel richtlijn 2014/24/EU bijgevolg uitsluitend worden beoordeeld aan de hand van de door Hof ten aanzien van richtlijn 2004/18/EG ontwikkelde regels en aan de hand van artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU of kan een gunnende dienst bij een dergelijke gunning daarvan afwijkend ook een percentage zelf te verrichten diensten overeenkomstig artikel 4, lid 7, van verordening (EG) nr. 1370/2007 (gemeten in kilometers van de dienstregeling) voor de bidders vastleggen?
- c. Voor het geval dat artikel 4, lid 7, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing is op een gunningsprocedure op grond van artikel 5, lid 1, van verordening (EG) nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18/EG dan wel richtlijn 2014/24/EU, heeft de gunnende dienst dan, gezien overweging 19 van verordening (EG) nr. 1370/2007, bij de vastlegging van het deel zelf te verrichten diensten de vrije keuze, zodat het vereiste van een aandeel zelf te verrichten diensten van 70 %, gemeten in kilometers van de dienstregeling, dat door de opdrachtgever wordt vastgesteld, gerechtvaardigd kan zijn?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

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, met name de artikelen 4 en 5

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

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

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (hierna: „GWB”)

Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (Besluit inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten en het sluiten van dienstenovereenkomsten) – Deel A (VOL/A)

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdeding

- 1 Verweerders zijn voornemens om overeenkomstig artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18 een opdracht voor diensten op het gebied van personenvervoer met bussen [„Linienbündel Lech-Nord” (routebundel Lech-Nord)] uit te schrijven.
- 2 Op 7 maart 2015 is een Europese aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie* 2015/S 047-081632 verschenen. Onder punt III.1.4, sub 2, is het volgende opgenomen:

„De inschrijvers kunnen tot 30 % van de diensten (gemeten in gereden kilometers) in onderaanneming geven. [...]”
- 3 Verzoekster, die voor een succesvolle deelname aan de gunningsprocedure volgens eigen opgave moet rekenen met het in onderaanneming geven van een omvangrijk deel van de opdracht, heeft bij de Vergabekammer Südbayern (kamer voor overheidsopdrachten Südbayern) verzocht om de gunningsprocedure aan de GWB de toetsen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdeding

- 4 Verweerders baseren de beperking ten aanzien van onderaanneming op artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007, volgens hetwelk in openbaardienstcontracten op transparante wijze moet worden aangeduid of en in welke mate onderaanneming mag worden overwogen. Het staat de bevoegde instantie vrij om de omvang daarvan binnen de grenzen van artikel 4, lid 7, tweede volzin (verplichting van de exploitant om „een aanzienlijk deel” van de diensten op het gebied van openbaar personenvervoer zelf uit te voeren), vast te leggen.
- 5 Volgens verzoekster is de beperking ten aanzien van onderaanneming van 30 % ontoelaatbaar, aangezien verordening nr. 1370/2007 in het geheel niet van toepassing is. Zij bevat sectorspecifiek aanbestedingsrecht, dat volgens artikel 5, lid 1, ervan subsidiair is ten opzichte van het algemene aanbestedingsrecht in richtlijn 2004/18. Voor het overige is een aandeel zelf te verrichten diensten van 70 % geen „aanzienlijk deel”, maar reeds een „overgroot deel”. Van een „aanzienlijk deel” kan reeds worden uitgegaan bij 5 % zelf te verrichten diensten.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 6 Verzoeksters rechtsopvatting komt erop neer dat verordening nr. 1370/2007 volgens artikel 5, lid 1, ervan in het geheel niet van toepassing is in de onderhavige zaak. Deze bepaling regelt de toepasselijkheid van de verordening in haar geheel. De verwijzing in artikel 5, lid 1, heeft betrekking op alle voorschriften van richtlijn 2004/18 dan wel richtlijn 2014/24.
- 7 Voor deze opvatting pleiten met name systematische en teleologische overwegingen. Zij maakt het mogelijk om de toepasselijke gunningsvoorschriften van richtlijn 2004/18 dan wel richtlijn 2014/24 eenvoudig en duidelijk te scheiden van die van verordening nr. 1370/2007.
- 8 Verweerders zijn daarentegen van mening dat artikel 5, lid 1, laatste volzin, van verordening nr. 1370/2007 alleen regelt dat de leden 2 tot en met 6 van artikel 5 niet toepasselijk zijn. Voor het overige geldt de verordening onverkort en direct. Dit betekent dat ook de overige bepalingen van de verordening, met uitzondering van de leden 2 tot en met 6 van artikel 5, rechtstreeks van toepassing zijn op een overheidsopdracht voor diensten die volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt geplaatst. Dienovereenkomstig is ook de regeling in artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007, als direct geldend recht, in geval van de plaatsing van een overheidsopdracht voor diensten die geen dienstenconcessie is, van toepassing.
- 9 Voor deze opvatting pleit met name de tekst van artikel 4, lid 7, eerste volzin, en artikel 5, lid 1, laatste volzin, van verordening nr. 1370/2007 alsook de definitie van het begrip „openbardienstcontract”. Volgens de definitie in artikel 2, onder i), van verordening nr. 1370/2007 betekent dit begrip een of meer juridisch bindende overeenkomsten tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten waarbij de exploitant van openbare diensten in het kader van de openbardienstverplichtingen wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten; naargelang de wetgeving van de lidstaten kan het contract ook bestaan in een door een bevoegde instantie genomen besluit: in de vorm van een specifiek wettelijk of bestuursrechtelijk besluit, of waarin de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de bevoegde instantie de diensten zelf mag verzekeren of toevertrouwen aan een interne exploitant. Deze definitie omvat – volgens de bewoordingen ervan tenminste – zowel het openbardienstcontract zoals in de Europese aanbestedingsrichtlijnen gedefinieerd als een concessie voor diensten of andere juridisch bindende overeenkomsten waarin de in de definitie omschreven overeenstemming is neergelegd.
- 10 De Vergabekammer Südbayern neigt ondanks de gewichtige argumenten van verweerders ten aanzien van de bewoordingen en de definitie van het begrip „openbardienstcontract” in artikel 2, onder i), van verordening nr. 1370/2007 eerder naar de opvatting van verzoekster. In verordening nr. 1370/2007 wordt het begrip „openbardienstcontract” immers niet eenduidig gebruikt. Reeds in

artikel 5, lid 1, ervan wordt een onderscheid gemaakt tussen openbare dienstcontracten en overheidsopdrachten gegund volgens richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18 voor openbaar personenvervoer per bus of tram. Een vergelijkbare differentiatie is ook te vinden in artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 1370/2007. Meer bepaald worden met deze opvatting afbakeningsproblemen vermeden doordat de toepasselijke gunningsvoorschriften van richtlijn 2004/18 dan wel 2014/24 duidelijk worden gescheiden van die van verordening nr. 1370/2007. Anders zouden zich, juist gelet op artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24, dergelijke afbakeningsproblemen voordoen. Deze bepaling luidt:

„In het geval van opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor diensten kunnen aanbestedende diensten eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de inschrijving door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.”

- 11 Uiterlijk bij afloop van de omzettingstermijn van richtlijn 2014/24, op 18 april 2016, zal de verwijzing in artikel 5, lid 1, verordening nr. 1370/2007 betrekking hebben op deze richtlijn (Onderdeel 2.1.1 van de mededeling van de Commissie inzake interpretatieve richtsnoeren bij verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg – 2014/C 92/01).
- 12 Indien artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 – zoals verweerders en de hen ondersteunende opvattingen in de literatuur aangeven – zou worden toegepast op gunningen op grond van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2014/24, zou dit zorgen voor een nog niet opgeloste collisie met de regel in artikel 63, lid 2, van deze richtlijn. Daar waar artikel 4, lid 7, tweede volzin, van verordening nr. 1370/2007 voorschrijft dat de exploitant die overeenkomstig deze verordening belast is met het beheer en de verrichting van diensten op het gebied van openbaar personenvervoer, in geval van onderaanneming verplicht is een aanzienlijk deel van deze diensten zelf uit te voeren, staat artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 slechts bij „bepaalde kritieke taken” een beperking ten aanzien van onderaanneming toe.
- 13 Een verplichting om 70 % van de aan te besteden diensten zelf te verrichten, gemeten in kilometers van de dienstregeling, – zoals in de onderhavige zaak – zou volgens de bewoordingen van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 (indien dit toepasselijk zou worden geacht) gedekt zijn en een bepaald aandeel zelf te verrichten diensten zou volgens artikel 4, lid 7, tweede volzin, zelfs bevorderlijk zijn. Daarentegen zou een dergelijke volgens artikel 4, lid 7, tweede volzin, geboden verplichting om een deel van de dienst zelf te verrichten volgens artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 in het geheel niet toelaatbaar zijn, aangezien

een procentueel deel van een vergelijkbare dienst geen „bepaalde kritieke taken” in de zin van die bepaling kan zijn.

- 14 Ook indien de doelstelling van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 in aanmerking wordt genomen, namelijk ervoor te zorgen dat, in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs, kan volgens de Vergabekammer Südbayern niet de conclusie worden getrokken dat de eerder niet-specifieke, oudere regel in artikel 4, lid 7, bij gunningen op grond van artikel 5, lid 1, verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2014/24 de nieuwere, gedifferentieerde regel in artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 zou moeten verdringen. Het lijkt er eerder op dat bij gunningen op grond van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2014/24 de toepassing van artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 doelmatiger is. Bij een aanbesteding volgens de regels van richtlijn 2014/24 is er geen gevaar dat aanbestedingsregels worden omzeild, wat met name bij directe gunningen op grond artikel 5, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 reden is om verplichtingen om zelf diensten te verrichten op te nemen. Er moet, overeenkomstig overweging 19 van verordening nr. 1370/2007, eerder van worden uitgegaan dat onderaanneming kan bijdragen tot een efficiënter openbaar personenvervoer en de mogelijkheid biedt tot deelname van andere ondernemingen dan de exploitanten van openbare diensten aan wie het openbaredienstcontract was gegund.
- 15 Met betrekking tot de prejudiciële vraag onder c) wijst de Vergabekammer Südbayern er alleen op dat indien artikel 4, lid 7, toepasselijk is op gunningen op grond van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18 dan wel richtlijn 2014/24, de bewoordingen van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 er geen aanknopingspunt voor bieden dat een verplichting om een bepaald deel van de aan te besteden diensten zelf te verrichten aan beperkingen is gebonden. In plaats daarvan vereist artikel 4, lid 7, tweede volzin, van verordening nr. 1370/2007 alleen – zoals hierboven reeds uiteengezet – dat de exploitant verplicht wordt om „een aanzienlijk deel” van de diensten zelf te verrichten. Uit deze bepaling kan echter geen beperking ten aanzien van het zelf te verrichten deel van de diensten naar boven worden afgeleid, alleen één naar beneden. Indien er dus van wordt uitgegaan dat artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 van toepassing is op gunningen op grond van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18 dan wel richtlijn 2014/24, dan zou de rechtsopvatting van verweerders juist zijn, namelijk dat het de aanbestedende dienst vrij staat zowel om de omvang van het zelf te verrichten deel van de diensten te bepalen als om onderaanneming eventueel volledig uit te sluiten. Deze vrijheid hoeft de aanbestedende dienst alleen conform zijn verplichtingen uit te oefenen en naar behoren te documenteren.