



Datum van inontvangstneming : 30/09/2014

Zaak C-410/14

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:

29 augustus 2014

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 augustus 2014

Verzoekende partij:

Dr. Falk Pharma GmbH

Verwerende partij:

DAK-Gesundheit

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroepsprocedure inzake het plaatsen van overheidsopdrachten

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

- 1) Is van een overheidsopdracht overeenkomstig artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG geen sprake meer wanneer aanbestedende diensten een toelatingsprocedure voeren waarbij zij de opdracht plaatsen zonder één of meer ondernemers te kiezen („openhousemodel”)?

- 2) Indien vraag 1 aldus moet worden beantwoord dat een keuze voor één of meer ondernemers kenmerkend is voor een overheidsopdracht, dan wordt het volgende gevraagd: moet het kenmerk van de keuze voor ondernemers in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG in het licht van artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat aanbestedende diensten enkel mogen afzien van een keuze voor één of meerdere ondernemers door middel van een toelatingsprocedure, wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:
- het voeren van een toelatingsprocedure wordt in heel Europa gepubliceerd,
 - er worden duidelijke regels vastgelegd over het sluiten van de overeenkomst en het toetreden ertoe,
 - de voorwaarden van de overeenkomst worden vooraf aldus vastgelegd dat geen ondernemer invloed kan uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst,
 - aan ondernemers wordt te allen tijde een recht om toe te treden verleend.
 - het sluiten van overeenkomsten wordt in heel Europa bekendgemaakt?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

VEU, met name artikel 3, lid 3

VWEU, met name artikel 114

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, met name artikel 1, lid 2, sub a

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, met name artikel 2 quinquies

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, met name artikel 1, lid 2, en artikel 2, lid 1, punt 5

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (Boek V van het Duitse Sociaal Wetboek; hierna „SGB V”), met name § 69, lid 5, en § 130a, lid 8

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”), met name § 99 en § 101b

Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (Besluit inzake het plaatsen van leveringen en leveringsovereenkomsten – Deel A; hierna: „VOL/A”), met name § 23 EG

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Verweerster, een wettelijk ziekenfonds, maakte op 28 augustus 2013 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie (PB 2013/S 166-288321) het voornemen bekend om een zogeheten toelatingsprocedure te voeren om een overeenkomst over kortingsafspraken overeenkomstig § 130a, lid 8, SGB V (raamovereenkomst) te sluiten voor de werkzame stof Mesalazin („openhousemodel”). Het doel bestond erin om indien mogelijk met alle belangstellende farmaceutische ondernemingen kortingsovereenkomsten met een kortingspercentage van 15 % op de verkoopprijs van de fabrikant te sluiten. Hierbij legde verweerster het volgende procedureverloop vast:
 - bekendmaking in heel Europa van het voornemen om aan te kopen in het kader van een toelatingsmodel, in het Supplement op het Publicatieblad van de EU, waarbij een voldoende termijn wordt vastgesteld voor de ondernemers om zich voor het zogeheten openhousemodel in te schrijven.
 - onbeperkte terbeschikkingstelling van de voorwaarden van de overeenkomst en de aanbesteding door verweerster aan elke belangstellende onderneming die het identificeringsteken via het gunningsportaal opvraagt.
 - onderzoek van de ingediende toetredingsverklaringen en van de vereiste geschiktheidscriteria (in het bijzonder vergunning voor het in de handel brengen van het geneesmiddel) en onvoorwaardelijke toelating, tegen dezelfde voorwaarden, van alle ondernemingen tot de overeenkomst waarover verweerster vooraf met geen enkele onderneming heeft onderhandeld, voor zover is voldaan aan de vereisten.
 - transparante en niet-discriminerende toetredingsvoorwaarden.
 - bindende en niet-onderhandelbare voorwaarden van de overeenkomst, die rechtmatig en billijk zijn, in het bijzonder geen nieuwe onderhandelingen of individueel voorbereidende gesprekken tijdens de fase van de uitvoering van de overeenkomst.

- toetredingsmogelijkheid nadien voor alle ook daarna belangstellende ondernemingen tijdens de volledige looptijd van de overeenkomst tegen dezelfde voorwaarden als bij het sluiten van de eerste overeenkomsten.
 - bekendmaking van de telkens gesloten overeenkomsten in het Publicatieblad van de EU overeenkomstig § 23 EG-VOL/A.
- 2 De uiterlijke termijn voor de ontvangst van inschrijvingen (toelatingsaanvragen) is 3 augustus 2015. De overeenkomst begon te lopen op 1 oktober 2013 en eindigt op 30 september 2015. Verzoekster heeft geen toelatingsaanvraag ingediend.
 - 3 Aangezien naast Kohlpharma GmbH geen andere ondernemingen aan de toelatingsprocedure hebben deelgenomen, sloot verweerster met haar op 5 december 2013 een kortingsovereenkomst over de geneesmiddelen „Mesalazin Kohlpharma 500 mg Tabletten” en „Mesalazin Kohlpharma 500 mg Zäpfchen”. Verzoekster stelde op 17 januari 2014 een beroep inzake het plaatsen van de opdracht in, waarbij zij vorderde dat zou worden vastgesteld dat deze kortingsovereenkomst onverbindend was (§ 101b GWB) en dat zou worden gelast een aanbesteding overeenkomstig het recht inzake overheidsopdrachten te voeren. De eerste federale Vergabekammer (kamer bevoegd voor overheidsopdrachten) heeft het beroep toegewezen voor zover verzoekster heeft gevorderd dat de opdracht zou worden geplaatst door middel van een aanbesteding overeenkomstig de GWB. De vordering tot vaststelling van de onverbindendheid van de met de in het geding geroepen partij gesloten kortingsovereenkomst heeft zij afgewezen. Als motivering heeft zij in wezen uiteengezet dat de gevoerde toelatingsprocedure strijdig was met het recht inzake overheidsopdrachten, omdat dwingend mededinging moet worden georganiseerd wanneer de aanbestedende dienst goederen aankoopt. De aanbestedende dienst beschikt daarover niet vrij. De tussen verweerster en de in het geding geroepen partij gesloten kortingsovereenkomst dient daarentegen niet overeenkomstig § 101b, lid 1, punt 2 GWB, en artikel 2 quinquies van richtlijn 2007/66/EG (richtlijn inzake beroepsprocedures) onverbindend te worden verklaard, omdat verweerster haar voornemen om kortingsovereenkomsten voor Mesalazin te sluiten vooraf in heel Europa heeft bekendgemaakt.
 - 4 Zowel verzoekster als verweerster hebben onmiddellijk beroep ingesteld tegen de bestreden beslissing, voor zover hun vorderingen daarbij zijn afgewezen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 Volgens verzoekster is sprake van een ontoelaatbare feitelijke plaatsing, die leidt tot onverbindendheid van de gegunde opdracht.
- 6 Volgens verweerster is het beroep inzake het plaatsen van de opdracht niet-ontvankelijk, omdat de gevoerde toelatingsprocedure niet valt onder het recht inzake overheidsopdrachten. Het valt onder de beslissingsvrijheid van de

aanbestedende dienst om de opdracht op grond van een keuze en dus in exclusiviteit te plaatsen, dan wel om met alle belangstellende ondernemingen zonder selectie te contracteren en daarbij een recht te verlenen om te allen tijde toe te treden. Geeft hij de voorkeur aan een plaatsing van de opdracht zonder een keuze te maken, dit wil zeggen zonder mededinging te voeren, dan is geen sprake van een overheidsopdracht. Het vereiste van een keuze is een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht. Toelatingsprocedures vallen niet onder het recht inzake overheidsopdrachten. Hiervoor is geen machtigingsgrondslag nodig, omdat aanbestedende diensten op grond van de beslissingsvrijheid die aan het recht inzake overheidsopdrachten ten grondslag ligt, de mogelijkheid hebben om voor aankopen ook andere modellen dan overheidsopdrachten te gebruiken.

- 7 Volgens Kohlpharma GmbH, die in het geding is betrokken, is het beroep inzake het plaatsen van de opdracht niet-ontvankelijk. De gevoerde toelatingsprocedure is in overeenstemming met het Unierecht. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in de rechtspraak inzake concessieovereenkomsten voor diensten verklaard dat het aanbestedende diensten vrijstaat om opdrachten ook in een andere vorm dan door overheidsopdrachten te plaatsen, wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren. Bijzonderheden van het recht inzake overheidsopdrachten in sociale zaken rechtvaardigen dat kortingsovereenkomsten voor geneesmiddelen via toelatingsprocedures worden geplaatst.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 8 De ontvankelijkheid van het beroep inzake het plaatsen van de opdracht hangt af van de vraag of het bij het sluiten van een kortingsovereenkomst voor geneesmiddelen met alle belangstellende ondernemers op grond van een toelatingsprocedure zonder keuze gaat om een overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is het voor de ontvankelijkheid van het beroep inzake het plaatsen van de opdracht bovendien van wezenlijk belang of wordt afgezien van een keuze in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG, wanneer de in vraag 2 vermelde voorwaarden in acht worden genomen.

Eerste vraag

- 9 Centraal in de discussie staat de vraag of bovenop de bewoordingen van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG en § 99, lid 1, GWB een keuze door de aanbestedende dienst, waardoor de gekozen onderneming exclusiviteit verkrijgt, kenmerkend is voor een overheidsopdracht. Men is het erover eens dat door middel van openbare aanbesteding geplaatste kortingsovereenkomsten voor geneesmiddelen overheidsopdrachten voor leveringen zijn in de vorm van raamovereenkomsten in de zin van § 99, lid 1, GWB, § 130a, lid 8, en § 69, lid 5 SGB V. Betwist is evenwel of een kwalificatie van kortingsovereenkomsten voor

geneesmiddelen als overheidsopdrachten voor leveringen vervalt wanneer het aanbestedende ziekenfonds besluit om af te zien van een keuze en streeft naar een kortingsafspraken met alle belangstellende ondernemers door middel van een toelatingsprocedure („openhousemodel”).

- 10 Volgens de federale Vergabekammern is een door de aanbestedende dienst te maken keuze geen voorwaarde voor, maar een noodzakelijk en Unierechtelijk dwingend gevolg van een overheidsopdracht. Het feit dat een aanbestedende dienst afziet van een keuze en kortingsovereenkomsten voor geneesmiddelen wil sluiten met alle belangstellenden die de vastgestelde voorwaarden aanvaarden, doet er niet aan af dat de overeenkomst een aanbestedingsplichtige openbare raamovereenkomst is. Een dergelijke keuze is veeleer het gevolg van een plaatsing in mededinging. Anders zou het begrip overheidsopdracht buiten de Unierechtelijke bepalingen op ontoelaatbare wijze worden beperkt. De aanbestedende dienst kan niet kiezen hoe hij bij de aankoop van goederen te werk gaat. Hij is veeleer zonder uitzondering verplicht om een mededingingsprocedure te voeren.
- 11 Volgens de Senat is het niet uitgesloten dat het plaatsen van opdrachten in zuivere toelatingsprocedures niet onder het recht inzake overheidsopdrachten valt. Uit het EU-recht kan niet worden afgeleid dat opdrachten enkel in de vorm van overheidsopdrachten mogen worden geplaatst. In zijn arrest van 10 september 2009 (C-206/08, Eurawasser, ECLI:EU:C:2009:540) heeft het Hof van Justitie over de verhouding tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten verklaard dat het EU-recht niet voorschrijft dat opdrachten dwingend moeten worden geplaatst in de vorm van overheidsopdrachten die zijn onderworpen aan het recht inzake overheidsopdrachten, wanneer een rechtmatig alternatief (in dat geval: concessieovereenkomst voor diensten) bestaat (ECLI:EU:C:2009:540, punten 41 e.v., 67, 74 e.v., 80). Indien iedere geschikte onderneming zonder problemen een overeenkomst met de opdrachtgever kan sluiten, is er geen sprake van een keuze door de opdrachtgever met de daarmee verbonden problemen van discriminatie onder de ondernemers, waartegen het recht inzake overheidsopdrachten volgens artikel 2 en punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG wil optreden. Indien het te allen tijde juridisch en feitelijk mogelijk is om een overeenkomst te sluiten, dan vervalt het concurrentievoordeel voor ondernemingen en vindt geen mededinging plaats.
- 12 De Senat ziet zijn opvatting dat zuivere toelatingsprocedures verenigbaar zijn met het Unierecht ook gesteund door artikel 1, lid 2, en artikel 2, lid 1, punt 5, van de op 17 april 2014 in werking getreden richtlijn 2014/24/EU juncto punt 4 van de considerans ervan.

Artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU luidt:

„**Aanbesteding** in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van [...] leveringen [...] door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten **gekozen** ondernemers [...]” (eigen benadrukking)

In punt 4 van de considerans van richtlijn 2014/24 heet het:

„[...] **Bovendien valt [...] doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels.** Tevens is in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, **zonder onderscheid** het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren zoals regelingen voor consumentenkeuze of dienstenvouchers, **geen** sprake van **aanbesteding**, maar van een gewone vergunningsregeling (bijvoorbeeld voor geneesmiddelen [...]).” (eigen benadrukking)

- 13 Een uitlegging van het begrip „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG dient evenwel te worden gebaseerd op het geldende Europese recht inzake overheidsopdrachten op het tijdstip waarop deze richtlijn van kracht was. Ongeacht het feit dat het begrip „aanbesteding” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU nog niet werd vermeld in de in casu toe te passen richtlijn 2004/18/EG, gaat het bij de aanbesteding waarnaar in artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU wordt verwezen om een kenmerk van mededinging om overheidsopdrachten, dat overeenkomstig artikel 3, lid 3, VEU juncto artikel 114 VWEU ook reeds vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2014/24/EU vorm gaf aan het afgeleide EU-recht. Ook vóór richtlijn 2014/24 in werking trad, kon noch uit het primaire noch uit het afgeleide Unierecht een regelgevende benadering worden afgeleid volgens welke aankopen uitsluitend in de vorm van overheidsopdrachten moesten gebeuren. In artikel 1, lid 2, sub a en d, en lid 4, en artikel 17 van richtlijn 2004/18/EG werden concessieovereenkomsten voor diensten veeleer van overheidsopdrachten voor diensten onderscheiden en aan de werkingssfeer van de richtlijn onttrokken (zie in dit verband ECLI:EU:C:2009:540). Hoewel dit onderscheid werd gemaakt aan de hand van het kenmerk dat overheidsopdrachten onder bezwarende titel worden uitgevoerd, is het volgens de Senat rekening houdend met artikel 2, lid 1, punt 5, en artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU juncto punt 4, tweede alinea, van de considerans van richtlijn 2014/24/EU mogelijk dat het kenmerk van een keuze tussen ondernemers ook een kenmerk is van een overheidsopdracht die valt onder het Europese recht inzake overheidsopdrachten, zonder welk kenmerk toelatingsprocedures die niet aan het recht inzake overheidsopdrachten zijn onderworpen, mogelijk worden. Reeds in zijn arrest van 15 juli 2010 (C-271/08, bedrijfspensioenvoorziening voor werknemers in gemeentelijke overheidsdienst, ECLI:EU:C:2010:426, punten 50, 54, 55, 59, 70 e.v.) heeft het Hof van Justitie verklaard dat ook sprake is van een overheidsopdracht wanneer een aanbestedende dienst zich ertoe beperkt, een in een collectieve overeenkomst gemaakte keuze op het gebied van bedrijfspensioenverzekering ten uitvoer te leggen, aangezien artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18/EG geen onderscheid maakt tussen

overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak. Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van richtlijn 2004/18/EG, namelijk het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden (ECLI:EU:C:2010:426, punten 55, 71, 73). In dit arrest heeft het Hof van Justitie het kenmerk van een keuze indirect erkend als kenmerkend voor een overheidsopdracht, aangezien een aanbestedende dienst, die ook is vereist voor een overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG, deze hoedanigheid niet verliest doordat hij bij het plaatsen van overheidsopdrachten de te maken keuze niet zelf maakt, maar aan een derde overlaat.

Tweede vraag

- 14 Indien de keuze voor één of meer ondernemers kenmerkend is voor een overheidsopdracht, dan rijst de verdere, onder punt 2 vermelde vraag of artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18/EG in het licht van artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG aldus moet worden uitgelegd dat aanbestedende diensten enkel mogen afzien van een keuze voor één of meerdere ondernemers door middel van een toelatingsprocedure, wanneer aan de in vraag 2 gestelde voorwaarden is voldaan.
- 15 De Senat acht het voor de inachtneming van de met het Unierecht nagestreefde doelstellingen noodzakelijk om een toelatingsprocedure die niet onder het recht inzake overheidsopdrachten valt enkel toelaatbaar te achten wanneer de in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG vermelde beginselen van niet-discriminatie, transparantie en gelijke behandeling in aanmerking zijn genomen, omdat het gemeenschapsrecht bovenop het Europese recht inzake overheidsopdrachten deze beginselen verplicht heeft gesteld (artikel 3, lid 3, VEU en artikel 114 VWEU). Uit het feit dat aanbestedende diensten aan het discriminatieverbod zijn gebonden, volgen procedurele en materiële eisen aan de keuze bij in mededinging geplaatste overheidsopdrachten. De keuzeprocedure moet aldus worden georganiseerd dat belangstellende ondernemingen kunnen inzien waarvan de keuze van de aanbestedende dienst afhangt. Daarbij dient rekening te worden gehouden met transparantievereisten, die volgen uit het verbod op discriminatie. Aan deze beginselen is een aanbestedende dienst ook a fortiori gehouden wanneer hij wil afzien van een keuze en een opdracht wil plaatsen in een procedure die niet onder de verplichtingen van het Europese recht inzake overheidsopdrachten valt. Uit de verplichtingen van het Gemeenschapsrecht, die worden gehandhaafd, volgen in een dergelijk geval ook procedurele en materiële vereisten, die verzekeren dat de verboden en vereisten van het Gemeenschapsrecht worden nageleefd. Een toelatingsprocedure die niet onder het recht inzake overheidsopdrachten valt, voldoet slechts aan deze vereisten wanneer deze elk onderscheid op dergelijke wijze uitsluit dat aan geen enkele ondernemer een concurrentievoordeel van enige

aard wordt verleend. Een dergelijk voordeel is daarbij niet beperkt tot economische voordelen. Een discriminatie en ongelijke behandeling kunnen veeleer reeds door de vorm van de procedure worden veroorzaakt en moeten worden uitgesloten. Er is reeds sprake van een concurrentievoordeel voor ondernemers, dat discriminatie mogelijk maakt, wanneer niet voldoende wordt bekendgemaakt dat een toelatingsprocedure wordt gevoerd, geen ondubbelzinnige en duidelijke regels over het sluiten van de overeenkomst en het toetreden ertoe worden vastgelegd, slechts één van de ondernemers de inhoud van de overeenkomst kan beïnvloeden en derden enkel nog de keuze hebben tussen toetreden tot de overeenkomst tegen een door een ander reeds onderhandelde voorwaarden of afzien van deelname, en gesloten overeenkomsten niet overeenkomstig de in § 23 VOL/A-EG tot uitdrukking gebrachte rechtsopvattingen naderhand in heel Europa worden bekendgemaakt.

- 16 Om discriminatie van ondernemers tegen te gaan, is het volgens de Senat ook nodig dat ondernemers het recht wordt verleend om te allen tijde toe te treden. Artikel 1, lid 2, sub a, en artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG moeten daarom mogelijk niet in het licht van artikel 32, lid 2, tweede alinea, [tweede] volzin, van richtlijn 2004/18/EG worden begrepen, maar wel aldus worden uitgelegd dat de vereisten van niet-discriminatie en gelijke behandeling bij een toelatingsprocedure verlangen dat aan alle ondernemers te allen tijde een recht om toe te treden wordt verleend. De beperking van het partij zijn bij een raamovereenkomst in artikel 32, lid 2, tweede alinea, [tweede] volzin, van richtlijn 2004/18/EG, volgens hetwelk een raamovereenkomst enkel toelaatbaar is tussen een aanbestedende dienst en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren, wordt verantwoord op basis van het mededingingsbeginsel dat aan artikel 32, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG ten grondslag ligt en bij het plaatsen van overheidsopdrachten tot een keuze leidt. Om te garanderen dat enkel de bij de plaatsing van de opdracht gekozen ondernemers contractpartij bij de latere individuele opdrachten worden, dient men oorspronkelijk partij te zijn geweest. Aangezien bij toelatingen juist geen keuze wordt gemaakt, zou het vereiste dat de ondernemingen oorspronkelijk partij zijn bij de raamovereenkomst, anders dan in het geval van mededinging om een overheidsopdracht, discriminerend werken, omdat een beperking in de tijd van het recht om toe te treden ondernemers zou uitsluiten. Dat het toetredingsrecht in het onderhavige geval een aantal weken voor het einde van de looptijd van de overeenkomst eindigt, kan geen kwaad, omdat de aanbestedende dienst een zekere tijd moet krijgen voor een geschiktheidsonderzoek en een toetreding aan het einde van de overeenkomst zinloos is.
- 17 Indien gelet op het voorgaande de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord en een keuze kenmerkend is voor een overheidsopdracht, en indien de tweede vraag aldus moet worden beantwoord dat van een keuze enkel geen sprake is wanneer discriminatie en ongelijke behandeling van ondernemers in materieel en procedureel opzicht zijn uitgesloten doordat de gestelde eisen zijn nageleefd, dan is verzoeksters beroep inzake het plaatsen van de opdracht niet-ontvankelijk,

omdat verweerster in het onderhavige geval zonder te discrimineren heeft afgezien van een keuze.