

62. Uit een en ander volgt dat richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de uitvoering van een overheidsopdracht, die oorspronkelijk zonder oproep tot indiening van offertes is gegund aan een in-house-entiteit en waarop de aanbestedende dienst gezamenlijk met andere diensten toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten, automatisch wordt voortgezet door de marktdeelnemer die deze entiteit heeft verworven aan het einde van een aanbestedingsprocedure, wanneer die aanbestedende dienst geen dergelijk toezicht uitoefent op die marktdeelnemer en niet deelneemt aan het kapitaal ervan.

5. Kosten

63. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

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 moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de uitvoering van een overheidsopdracht, die oorspronkelijk zonder oproep tot indiening van offertes is gegund aan een in-house-entiteit en waarop de aanbestedende dienst gezamenlijk met andere diensten toezicht uitoefende zoals op zijn eigen diensten, automatisch wordt voortgezet door de marktdeelnemer die deze entiteit heeft verworven aan het einde van een aanbestedingsprocedure, wanneer die aanbestedende dienst geen dergelijk toezicht uitoefent op die marktdeelnemer en niet deelneemt aan het kapitaal ervan.

110

Geen geschikte inschrijving? Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking onder voorwaarden toegestaan

Hof van Justitie EU
16 juni 2022, nr. C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472
(N. Jääskinen, kamerpresident, M. Safjan, M. Gavalec)
Noot mr. D.R. Versteeg

Aanbestedende dienst. Beginselen van aanbestedingsrecht. Drempelbedrag. Nationale procedureregels. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Wezenlijke wijziging.

[Richtlijn 2014/24 art. 4, art. 18, art. 32;
Verordening 966/2012 art. 102, art. 104;
Financieel Reglement art. 160, art. 164]

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van art. 102 en 104 Verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa 'Regioni v rastezh' 2014-2020 (viceminister van Regionale Ontwikkeling en Infrastructuur, in zijn hoedanigheid van hoofd van de managementautoriteit van het operationele programma 'Regio's in groei' 2014-2020; hierna: minister) en de Obshtina Razlog (gemeente Razlog, Bulgarije) inzake het besluit waarbij de minister deze gemeente een financiële correctie heeft opgelegd wegens schending van de regels inzake, ten eerste, het plaatsen van overheidsopdrachten en, ten tweede, het gebruik van de aan die gemeente toegekende Europese middelen. Vanwege de omvang van het arrest komen de prejudiciële vragen en antwoorden hierna slechts summier aan bod.

Eerste vraag

Op de eerste vraag moet worden geantwoord dat art. 160 lid 1 en 2 Financieel Reglement en art. 102 lid 1 en 2 verordening nr. 966/2012 aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn

op de procedures voor het plaatsen van opdrachten die door aanbestedende diensten van de lidstaten worden georganiseerd, zelfs wanneer die opdrachten met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen worden gefinancierd.

Tweede vraag

Deze luidt: indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moeten dan de in art. 160 lid 1 verordening 2018/1046 en art. 102 lid 1 verordening nr. 966/2012 verankerde beginselen van transparantie, evenredigheid, gelijke behandeling en non-discriminatie aldus worden uitgelegd dat deze bij de gunning van een overheidsopdracht door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking niet in de weg staan aan een volledige beperking van de mededinging, wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht geen specifieke kenmerken heeft die objectief gezien ertoe nopen dat deze uitsluitend door de uitgenodigde ondernemer wordt uitgevoerd? Moeten met name art. 160 lid 1 en 2 jo. art. 164 lid 1 onder d) verordening 2018/1046 en art. 102 lid 1 en 2 jo. art. 104 lid 1 onder d) verordening nr. 966/2012 aldus worden uitgelegd dat deze niet in de weg staan aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke de aanbestedende dienst na de afronding van een aanbestedingsprocedure wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, de mogelijkheid heeft om slechts één ondernemer uit te nodigen om deel te nemen aan een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht geen specifieke kenmerken heeft die objectief gezien ertoe nopen dat deze uitsluitend door de uitgenodigde ondernemer wordt uitgevoerd?

In zijn tweede vraag refereert de verwijzende rechter respectievelijk aan art. 160 en 164 Financieel Reglement en art. 102 en 104 verordening nr. 966/2012. Uit het antwoord op de eerste vraag volgt evenwel dat deze bepalingen in de onderhavige zaak niet van toepassing zijn. Deze bepalingen, waarin de aanbestedingsbeginselen zijn neergelegd, hebben echter hetzelfde voorwerp als art. 18 lid 1 RI. 2014/24, waaruit eveneens een verplichting voortvloeit om de fundamentele aanbestedingsbeginselen in acht te nemen.

Art. 32 lid 2 onder a) RI. 2014/24, gelezen in samenhang met art. 18 lid 1 van die richtlijn, moet

aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de mogelijkheid heeft om zich te wenden tot slechts één ondernemer wanneer in die procedure de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht die waren vermeld in een eerdere openbare procedure die werd beëindigd wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, zonder wezenlijke wijzigingen worden overgenomen, ook al vertoont het voorwerp van de betrokken opdracht objectief gezien geen specifieke kenmerken die rechtvaardigen dat de uitvoering ervan uitsluitend aan die ondernemer wordt toevertrouwd.

Volgens art. 32 lid 2 onder a) eerste alinea RI. 2014/24 kan deze procedure met name worden gevolgd voor overheidsopdrachten voor leveringen, indien in het kader van een openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en de Commissie op haar verzoek een verslag wordt overgelegd.

Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dus duidelijk dat een aanbestedende dienst gebruik kan maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet hij aantonen dat hij geen (geschikte) inschrijving heeft ontvangen in het kader van een eerdere openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure die hij om die reden heeft beëindigd. Ten tweede mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, zoals die waren opgenomen in de aankondiging van opdracht die in het kader van de eerdere openbare of niet-openbare procedure is gepubliceerd, niet wezenlijk worden gewijzigd in de daaropvolgende onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Ten derde moet de aanbestedende dienst de Commissie desgevraagd een verslag betreffende de stand van zaken kunnen overleggen.

Op de tweede vraag moet worden geantwoord dat art. 32 lid 2 onder a) RI. 2014/24, gelezen in samenhang met art. 18 lid 1 van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de mogelijkheid heeft om zich te wenden tot slechts één ondernemer wanneer in die procedure de oorspronkelijke voorwaarden van de op-

dracht die waren vermeld in een eerdere openbare procedure die werd beëindigd wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, zonder wezenlijke wijzigingen worden overgenomen, ook al vertoont het voorwerp van de betrokken opdracht objectief gezien geen specifieke kenmerken die rechtvaardigen dat de uitvoering ervan uitsluitend aan die ondernemer wordt toevertrouwd.

In zaak C 376/21, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije) bij beslissing van 28 mei 2021, ingekomen bij het Hof op 17 juni 2021, in de procedure *Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashitia organ na Operativna programa "Regioni v rastezh" 2014 2020* tegen *Obshtina Razlog*,

wijst HET HOF (Achtste kamer), samengesteld als volgt: N. Jääskinen, kamerpresident, M. Safjan en M. Gavalec (rapporteur), rechters, advocaat-generaal: L. Medina, griffier: A. Calot Escobar, gezien de stukken, gelet op de opmerkingen van: – de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Drambozova, P. Ondrůšek, P. Rossi, en G. Wils als gemachtigden, gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten, het navolgende

1. Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 102 en 104 van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 (PB 2012, L 298, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU, Euratom) 2015/1929 van het Europees Parlement en de Raad van 28 oktober 2015 (PB 2015, L 286, blz. 1) (hierna:

“verordening nr. 966/2012”) en de artikelen 160 en 164 van verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening nr. 966/2012 (PB 2018, L 93, blz. 1; hierna: “Financieel Reglement”).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashitia organ na Operativna programa “Regioni v rastezh” 2014 2020 (viceminister van Regionale Ontwikkeling en Infrastructuur, in zijn hoedanigheid van hoofd van de managementautoriteit van het operationele programma “Regio’s in groei” 2014 2020; hierna: “minister”) en de Obshtina Razlog (gemeente Razlog, Bulgarije) inzake het besluit waarbij de minister deze gemeente een financiële correctie heeft opgelegd wegens schending van de regels inzake, ten eerste, het plaatsen van overheidsopdrachten en, ten tweede, het gebruik van de aan die gemeente toegekende Europese middelen.

2. Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Verordening nr. 966/2012

3. Artikel 102 (“Op overheidsopdrachten toepasselijke beginselen”) van verordening nr. 966/2012 bepaalde:

“1. Bij alle geheel of gedeeltelijk uit de begroting [van de Europese Unie] gefinancierde overheidsopdrachten worden het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht genomen.

2. Bij de totstandkoming van alle overeenkomsten wordt gezorgd voor een zo ruim mogelijke mededinging, behalve wanneer de in artikel 104, lid 1, onder d), bedoelde procedure wordt toegepast. [...]”

4. Artikel 104 (“Aanbestedingsprocedures”) bepaalde in lid 1:

“Voor de gunning van concessieovereenkomsten of overheidsopdrachten, waaronder raamover-

eenkomsten, kan een van de volgende aanbestedingsprocedures worden gevolgd:

[...]

d) onderhandelingsprocedure, ook zonder voorafgaande bekendmaking;

[...]

5. Artikel 117 (“De aanbestedende dienst”) van die verordening bepaalde in lid 1:

“De instellingen in de zin van artikel 2, uitvoerende agentschappen en organen in de zin van de artikelen 208 en 209 worden als aanbestedende diensten beschouwd wanneer zij voor eigen rekening overeenkomsten plaatsen, behalve ingeval zij aankopen doen bij een aankoopcentrale. [...] Deze instellingen delegeren overeenkomstig artikel 65 de nodige bevoegdheden voor de uitoefening van de functie van aanbestedende dienst.”

Financieel Reglement

6. Artikel 2 (“Definities”) van het Financieel Reglement bepaalt:

“Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

51. ‘overeenkomst tot uitvoering van een overheidsopdracht’: een overeenkomst onder bezwarende titel die schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten in de zin van de artikelen 174 en 178 worden gesloten om tegen een geheel of gedeeltelijk ten laste van de begroting komende prijs de levering van roerende of onroerende zaken, de uitvoering van werken of de verrichting van diensten te verkrijgen, bestaande uit:

[...]

b) overeenkomsten voor leveringen;

[...]

7. Artikel 63 (“Gedeeld beheer met de lidstaten”) van dit reglement bepaalt in lid 1:

“Wanneer de [Europese] Commissie de begroting in gedeeld beheer uitvoert, worden taken met betrekking tot de uitvoering van de begroting aan de lidstaten gedelegeerd. De Commissie en de lidstaten nemen de beginselen van goed financieel beheer, transparantie en non-discriminatie in acht en geven zichtbaarheid aan het optreden van de Unie wanneer zij middelen van de Unie beheren. Daartoe komen de Commissie en de lidstaten hun respectieve controle- en auditverplichtingen na en nemen zij de daaruit voortvloeiende verantwoordelijkheden op zich die in deze verordening

zijn vastgesteld. Aanvullende voorschriften worden vastgesteld in sectorspecifieke regelgeving.”

8. Artikel 160 (“Op overeenkomsten toepasselijke beginselen en toepassingsgebied”) luidt:

“1. Bij alle geheel of gedeeltelijk uit de begroting gefinancierde overeenkomsten worden het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht genomen.

2. Bij de totstandkoming van alle overeenkomsten wordt gezorgd voor een zo ruim mogelijke mededinging, behalve wanneer de in artikel 164, lid 1, onder d), bedoelde procedure wordt toegepast. [...]

9. Artikel 164 (“Aanbestedingsprocedures”) van dit reglement bepaalt het volgende:

“1. Voor de gunning van concessieovereenkomsten of overeenkomsten tot uitvoering van overheidsopdrachten, waaronder raamovereenkomsten, kan een van de volgende aanbestedingsprocedures worden gevolgd:

[...]

d) onderhandelingsprocedure, ook zonder voorafgaande bekendmaking;

[...]

4. In alle procedures met onderhandeling onderhandelt de aanbestedende dienst met de inschrijvers over de oorspronkelijke en eventuele daaropvolgende inschrijvingen of delen daarvan, uitgezonderd hun definitieve inschrijvingen, ten einde de inhoud ervan te verbeteren. Over de in de aanbestedingstukken gespecificeerde minimumvereisten en criteria kan niet worden onderhandeld.

[...]

10. Artikel 174 (“De aanbestedende dienst”) van het Financieel Reglement bepaalt in lid 1, eerste alinea:

“Instellingen van de Unie, uitvoerende agentschappen en organen van de Unie als bedoeld in de artikelen 70 en 71 worden als aanbestedende diensten beschouwd met betrekking tot voor eigen rekening gegunde overeenkomsten, behalve ingeval zij aankopen doen bij een aankoopcentrale. Ingeval diensten van instellingen van de Unie onderling overeenkomsten op dienstniveau sluiten, worden zij niet als aanbestedende diensten aangemerkt.”

Richtlijn 2014/24

11. De overwegingen 2 en 50 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaat-

sen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65), zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015 (PB 2015, L 307, blz. 5) (hierna: “richtlijn 2014/24”), luiden:

“(2) Overheidsopdrachten [...] zijn een van de marktinstrumenten die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Met het oog daarop moeten de bestaande aanbestedingsregels, die zijn vastgesteld krachtens richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad [van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1)] en 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)], worden herzien en gemoderniseerd met het oog op een doelmatiger besteding van overheidsmiddelen [...].

[...]

(50) Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt. Deze uitzondering moet worden beperkt tot gevallen waarin bekendmaking niet mogelijk is wegens dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die de aanbestedende dienst niet kon voorzien en die hem niet toegerekend kunnen worden, of van meet af aan duidelijk is dat bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere aanbestedingsresultaten zal leiden, niet het minst omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. Dit is het geval met kunstwerken, waarbij het unieke karakter en de waarde van het kunstvoorwerp inherent zijn aan de identiteit van de kunstenaar. De exclusiviteit kan ook uit een andere reden voortkomen, maar het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is alleen in geval van objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen, als de exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd.

Aanbestedende diensten die zich op deze uitzondering beroepen moeten aangeven waarom er

geen goede alternatieven of vervangmiddelen beschikbaar zijn, zoals het gebruik van alternatieve distributiekanaalen, ook buiten de lidstaat van de aanbestedende dienst, of het in overweging nemen van functioneel vergelijkbare werken, leveringen en diensten.

Indien technische redenen het exclusieve karakter bepalen, moeten deze nauwkeurig worden omschreven en per geval gemotiveerd worden. Deze redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat het voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar is de vereiste prestaties te leveren, of dat specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig zijn die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft. Technische redenen kunnen ook verband houden met specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten.

Ten slotte is een aanbestedingsprocedure niet zinvol voor leveringen die rechtstreeks op een grondstoffenmarkt worden aangekocht, inclusief handelsplatforms voor producten zoals landbouwproducten en grondstoffen alsmede energiebeurzen, indien de gereguleerde en onder toezicht staande multilaterale handelsstructuur automatisch marktprijzen garandeert.”

12. Artikel 4 (“Drempelbedragen”) van deze richtlijn bepaalt:

“Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen:

[...]

c) 209 000 EUR voor overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten gegund door niet-centrale aanbestedende diensten en voor door deze diensten georganiseerde prijsvragen;

[...]

[...]”

13. Artikel 5 (“Methoden voor de berekening van de geraamde waarde van een opdracht”) van deze richtlijn bepaalt:

“1. De berekening van de geraamde waarde van een opdracht is gebaseerd op het totale bedrag, exclusief btw, zoals geraamd door de aanbestedende dienst, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van de opdrachten zoals uitdrukkelijk vermeld in de aanbestedingsstukken.

[...]

3. De keuze van de methode voor de berekening van de geraamde waarde van een aanbesteding mag niet bedoeld zijn om de opdracht buiten het toepassingsgebied van de richtlijn te houden. Eén aanbesteding mag derhalve niet worden gesplitst om deze buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn te laten, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen.

4. Deze geraamde waarde is geldig op het tijdstip waarop de oproep tot mededinging wordt verzonden of, in gevallen waarin niet in een dergelijke oproep tot mededinging is voorzien, op het tijdstip waarop de aanbestedingsprocedure voor de aanbestedende dienst aanvangt, bijvoorbeeld, in voorkomend geval, wanneer contact wordt gezocht met ondernemers in verband met de aanbesteding.

[...]

14. Artikel 18 (“Aanbestedingsbeginselen”) bepaalt in lid 1:

“Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

15. Artikel 26 (“Keuze van de procedure”) van richtlijn 2014/24 bepaalt in de leden 4 en 6:

“4. De lidstaten bepalen dat de aanbestedende diensten in de volgende gevallen gebruik kunnen maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling of een concurrentiegerichte dialoog:

[...]

b) met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure alleen onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen worden ingediend. In dergelijke gevallen hoeven de aanbestedende diensten geen aankondiging van een opdracht te publiceren, indien zij tot de procedure uitsluitend alle inschrijvers toelaten die aan de criteria van artikel 57 tot en met 64 voldoen en die gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure inschrijvingen hebben

ingediend die aan de formele eisen van de aanbestedingsprocedure voldeden.

Met name inschrijvingen die niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken, die te laat zijn binnengekomen, waarbij aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie, of die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag zijn beoordeeld, worden onregelmatig geacht. Met name inschrijvingen van inschrijvers die niet over de vereiste kwalificaties beschikken, en inschrijvingen waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijdt, worden als onaanvaardbaar beschouwd.

[...]

6. De lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten in de in artikel 32 uitdrukkelijk vermelde bijzondere gevallen en omstandigheden een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging mogen volgen. De lidstaten staan het gebruik van deze procedure niet toe in andere dan de in artikel 32 bedoelde gevallen.”

16. Artikel 32 (“Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking”) van deze richtlijn bepaalt in lid 2:

“De onderhandelingsprocedure voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten kan worden gevolgd in elk van de volgende gevallen:

a) indien in het kader van een openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen of geen of geen geschikte verzoeken tot deelname zijn ingediend, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en de Commissie op haar verzoek een verslag wordt overgelegd.

De inschrijving wordt ongeschikt bevonden als zij niet relevant is voor de opdracht, omdat zij, zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. Een verzoek tot deelname wordt niet geschikt geacht wanneer de betrokken onderneming overeenkomstig artikel 57 moet of kan worden uitgesloten, of niet aan de overeenkomstig artikel 58 door de aanbestedende dienst bepaalde selectiecriteria voldoet;

[...]

Bulgaars recht

Wet inzake overheidsopdrachten

17. Artikel 2 van de zakon za obshtestvenite porachki (wet inzake overheidsopdrachten, DV nr. 13 van 16 februari 2016), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: “wet inzake overheidsopdrachten”), bepaalt:

“(1) Overheidsopdrachten worden gegund overeenkomstig de beginselen van het [VWEU], met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging, het vrij verrichten van diensten, de wederzijdse erkenning en de daaruit voortvloeiende beginselen:

1. gelijkheid en verbod van discriminatie;
2. vrije mededinging;
3. evenredigheid;
4. bekendmaking en transparantie.

(2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten is het de aanbestedende diensten niet toegestaan de mededinging te beperken door het opleggen van voorwaarden of eisen die een ongerechtvaardigd voordeel opleveren of de toegang van marktdeelnemers tot overheidsopdrachten op ongerechtvaardigde wijze beperken en die niet evenredig zijn aan het voorwerp, de waarde, de moeilijkheidsgraad, de hoeveelheid of de omvang van de overheidsopdracht.”

18. Artikel 18, leden 1, 2 en 7, van deze wet luidt als volgt:

“(1) Procedures in de zin van deze wet zijn:

[...]

8. onderhandeling zonder voorafgaande bekendmaking;
9. onderhandeling zonder voorafgaande uitnodiging tot deelname;
10. onderhandeling zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht;

[...]

13. rechtstreekse onderhandeling.

(2) De openbare procedure en de openbare oproep tot mededinging zijn procedures in het kader waarvan elke belanghebbende een inschrijving kan indienen.

[...]

(7) In het kader van onderhandelingsprocedures in de zin van lid 1, punten 8 tot en met 10, en punt 13, onderhandelt de aanbestedende dienst met een of meer specifieke personen over de contractuele bedingen.”

19. In artikel 79, lid 1, van deze wet wordt het volgende bepaald:

“De aanbestedende diensten kunnen slechts in de volgende gevallen gebruikmaken van een onder-

handelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking:

1. wanneer in het kader van een openbare of niet-openbare procedure geen inschrijving of verzoek tot deelname werd ingediend of wanneer de inschrijvingen of verzoeken tot deelname niet geschikt waren, en de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd;

[...]

20. Artikel 110, lid 1, van die wet bepaalt:

“De aanbestedende dienst beëindigt de procedure bij met redenen omkleed besluit, wanneer:

1. er geen inschrijving, verzoek tot deelname of concurrentieel project is ingediend, of wanneer geen enkele deelnemer zich heeft aangeboden voor de onderhandelingen;

2. geen enkele inschrijving of geen enkel verzoek tot deelname voldeed aan de inschrijvingsvoorwaarden – met inbegrip van vormvereisten, modaliteiten en termijnen – of geschikt was;

[...]

21. Artikel 182 van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalt:

“(1) De aanbestedende dienst kan rechtstreeks met bepaalde personen onderhandelen op een van de in artikel 79, lid 1, punten 3 en 5 tot en met 9, genoemde gronden, of wanneer:

[...]

2. de aanbestedingsprocedure door middel van een openbare oproep tot mededinging is beëindigd op grond dat er geen inschrijvingen zijn ingediend of dat de ingediende inschrijvingen ongeschikt waren, en de oorspronkelijke voorwaarden niet wezenlijk zijn gewijzigd;

[...]

Wet inzake de Europese structuur- en investeringsfondsen

22. Artikel 49, lid 2, van de zakon za upravlenie na sredstvata ot evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (wet inzake het beheer van middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen, DV nr. 101 van 22 december 2015), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: “wet inzake de Europese structuur- en investeringsfondsen”), bepaalt:

“Voor de aanwijzing van een contractant voor werkzaamheden in verband met werken, diensten en/of leveringen van goederen die het voorwerp vormen van een overheidsopdracht in de zin van de wet inzake overheidsopdrachten, zijn de regels van toepassing die zijn vastgesteld in:

1. de wet inzake overheidsopdrachten, wanneer de begunstigde een aanbestedende dienst in de zin van die wet is; [...]"

Uitvoeringsverordening van de wet inzake overheidsopdrachten

23. Artikel 64 van de pravilnik za prilagane na zakona za obshtestvenite porachki (verordening betreffende de uitvoering van de wet inzake overheidsopdrachten, DV nr. 28 van 8 april 2016), in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding, bepaalt in lid 1:

"In het besluit tot beëindiging van de procedure als bedoeld in artikel 18, lid 1, punten 8 tot en met 10 en 13, van de wet inzake overheidsopdrachten vermelden de aanbestedende diensten ook de personen die zullen worden uitgenodigd om aan de onderhandelingen deel te nemen, behalve in de gevallen bedoeld in artikel 79, lid 1, punten 7 en 8, artikel 138, lid 1, punt 2, artikel 164, lid 1, punten 9 en 10, van [deze] wet [...], alsmede in de gevallen bedoeld in artikel 182, lid 1, punt 3, van [die] wet [...]"

3. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

24. De gemeente Razlog heeft steun uit Europese fondsen ontvangen voor de verbetering van de schoolinfrastructuur en van het onderwijs van het op haar grondgebied gelegen beroepslyceum voor landbouwmechanisatie. In dit verband heeft zij, als aanbestedende dienst, een aanbestedingsprocedure met openbare oproep tot mededinging georganiseerd voor de levering van technische middelen, uitrusting en meubilair ten behoeve van dat lyceum.

25. Deze opdracht bestond uit vier percelen. De enige ingediende inschrijving betrof perceel nr. 2, met als opschrift "Uitrusting voor de bewerking van metalen". De aanbestedende dienst achtte deze inschrijving niet in overeenstemming met de voorwaarden van de opdracht, omdat de prijs meer dan het dubbele van de geraamde waarde bedroeg. De aanbestedende dienst heeft vervolgens vastgesteld dat deze procedure zonder resultaat was en heeft deze bij besluit van 1 november 2017 beëindigd op grond van artikel 110, lid 1, punten 1 en 2, van de wet inzake overheidsopdrachten.

26. Bij besluit van 1 december 2017 heeft de aanbestedende dienst krachtens artikel 79, lid 1, punt 1, van deze wet een onderhandelingsprocedure

zonder voorafgaande bekendmaking geopend, die betrekking had op de "[l]evering van uitrusting voor de bewerking van metalen ten behoeve van het beroepslyceum voor landbouwmechanisatie van de stad Razlog". De geraamde waarde van deze opdracht, waarin de oorspronkelijk voor dit perceel aangekondigde voorwaarden van de opdracht ongewijzigd waren overgenomen, bedroeg 33 917,82 Bulgaarse lev (BGN) exclusief btw (ongeveer 17 370 EUR). De keuze voor deze wijze van aanbesteding was ingegeven door het ontbreken van een geschikte inschrijving voor dit perceel in het kader van de eerdere openbare procedure.

27. In het kader van deze onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft de aanbestedende dienst slechts één ondernemer, te weten Dikar Konsult OOD, uitgenodigd om deel te nemen en hem bij een op 29 december 2017 gesloten overeenkomst een opdracht ter waarde van 33 907 BGN exclusief btw (ongeveer 17 365 EUR) gegund.

28. Deze onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking vormde het voorwerp van een melding bij de minister. In deze melding werd de aanbestedende dienst verweten dat hij zonder enige rechtvaardiging de geselecteerde ondernemer had bevoordeeld en aldus de vrije mededinging had uitgeschakeld, in strijd met de beginselen van met name artikel 160 van het Financieel Reglement.

29. Bij brief van 20 maart 2020 heeft de minister de aanbestedende dienst, in zijn hoedanigheid van begunstigde van Europese fondsen, in kennis gesteld van de ontvangen melding en van de inleiding van een procedure tot vaststelling van een financiële correctie.

30. De aanbestedende dienst betoogde dat hij overeenkomstig artikel 18, lid 7, van de wet inzake overheidsopdrachten met een of meer specifieke personen kon onderhandelen. Bovendien is de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking onlosmakelijk verbonden met de daaraan voorafgaande openbare aanbestedingsprocedure, waaraan alle belanghebbenden hebben kunnen deelnemen. De indiening van één enkele inschrijving, waarvan het bedrag het dubbele van de geraamde waarde van de opdracht overschreed, toont aan dat er wegens de geringe waarde van de opdracht geen belangstelling was om aan deze procedure deel te nemen. De vruchteloze afronding van de openbare aanbestedings-

procedure rechtvaardigt aldus het besluit van de aanbestedende dienst om in de daaropvolgende onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking één enkele ondernemer uit te nodigen.

31. Bij besluit van 15 april 2020 (hierna: “besluit van 15 april 2020”) heeft de minister jegens de aanbestedende dienst een financiële correctie vastgesteld ten belope van 10 % van de uitgaven die in aanmerking kwamen voor financiering uit Europese fondsen en die betrekking hadden op de met Dikar Konsult gesloten overeenkomst. In dat besluit betwistte de minister de modaliteiten van tenuitvoerlegging van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Uit met name artikel 160 van het Financieel Reglement volgt dat eerbiediging van het beginsel van vrije mededinging in een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten dwingend is. Bijgevolg kan artikel 79, lid 1, punt 1, van de wet inzake overheidsopdrachten de gunning van een opdracht zonder enige mededinging niet rechtvaardigen, aangezien artikel 64, leden 1 en 3, van de verordening betreffende de uitvoering van deze wet, dat ziet op “personen” in het meervoud, uitdrukkelijk voorschrijft dat meerdere personen worden uitgenodigd om aan de onderhandelingen deel te nemen. Door alleen Dikar Konsult uit te nodigen, zonder dit besluit te motiveren, heeft de aanbestedende dienst aan deze laatste een ongerechtvaardigd voordeel verschaft en de deelname beperkt van een onbepaalde kring van ondernemers die belangstelling hebben voor de opdracht.

32. Op beroep van de aanbestedende dienst heeft de Administrativen sad Blagoevgrad (bestuursrechter in eerste aanleg Blagoevgrad, Bulgarije) het besluit van 15 april 2020 nietig verklaard. Volgens deze rechter maken de omstandigheden waarin de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft plaatsgevonden, de toepassing van het beginsel om te zorgen voor een zo ruim mogelijke mededinging feitelijk onmogelijk hetzij wegens het specifieke voorwerp van de opdracht, hetzij omdat er geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend. Bovendien biedt artikel 18, lid 7, van de wet inzake overheidsopdrachten de aanbestedende dienst uitdrukkelijk de mogelijkheid om met een of meer specifieke personen over de bedingen van de overeenkomst te onderhandelen.

33. De Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije), waarbij de minister cassatieberoep heeft ingesteld, vraagt zich af of een aanbestedende dienst de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en vrije mededinging schendt wanneer hij een uitnodiging tot sluiting van een overheidsopdracht richt tot één enkele ondernemer in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking die, ten eerste, is opgestart na de vruchteloze afronding van een openbare procedure en waarin, ten tweede, de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht ongewijzigd zijn overgenomen, terwijl het voorwerp van de opdracht geen specifieke kenmerken vertoont die rechtvaardigen dat de uitvoering ervan aan de uitgenodigde ondernemer wordt toevertrouwd.

34. In dit verband wijst deze rechter op het bestaan van uiteenlopende opvattingen van de Bulgaarse rechterlijke instanties – ook binnen de verwijzende rechterlijke instantie – met betrekking tot de uitlegging van artikel 79, lid 1, punt 1, van de wet inzake overheidsopdrachten, gelezen in samenhang met artikel 160, lid 2, en artikel 164, lid 1, onder d), van het Financieel Reglement. Hij merkt om te beginnen op dat artikel 160, lid 2, van het Financieel Reglement weliswaar bij wijze van uitzondering toestaat dat wordt afgeweken van het beginsel om bij het plaatsen van overheidsopdrachten te zorgen voor een zo ruim mogelijke mededinging, maar dat deze bepaling niet tot gevolg heeft dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie terzijde worden geschoven. Artikel 164, lid 4, eerste volzin, van het Financieel Reglement verwijst overigens naar “inschrijvers” in het meervoud.

35. Verder is de verwijzende rechter van oordeel dat het Financieel Reglement weliswaar in de regel niet van toepassing is op nationale aanbestedende diensten, maar het in casu dient te worden toegepast, aangezien de waarde van de betrokken overheidsopdracht de in richtlijn 2014/24 vastgestelde drempel niet bereikt. De toepassing van artikel 160, leden 1 en 2, van het Financieel Reglement kan worden gerechtvaardigd door het gebruik van middelen uit de begroting van de Unie.

36. Ten slotte merkt de verwijzende rechter op dat de relevante feiten in de onderhavige zaak zich hebben voorgedaan toen verordening nr. 966/2012 nog van kracht was, terwijl het besluit van 15 april 2020 is vastgesteld na de intrekking van die verordening en de inwerkingtreding van

het Financieel Reglement. Hoe dan ook is de inhoud van artikel 160 van het Financieel Reglement identiek aan die van artikel 102, leden 1 en 2, van verordening nr. 966/2012, die op het hoofdgeding van toepassing is.

37. Tegen deze achtergrond heeft de Varhoven administrativen sad de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1) Moeten artikel 160, leden 1 en 2, van verordening 2018/1046 alsmede artikel 102, leden 1 en 2, van verordening nr. 966/2012 aldus worden uitgelegd dat zij ook gelden voor aanbestedende diensten van de lidstaten van de Europese Unie, wanneer de door hen aanbestede overheidsopdrachten met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen worden gefinancierd?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Moeten de in artikel 160, lid 1, van verordening 2018/1046 en in artikel 102, lid 1, van verordening nr. 966/2012 verankerde beginselen van transparantie, evenredigheid, gelijke behandeling en non-discriminatie aldus worden uitgelegd dat deze bij de gunning van een overheidsopdracht door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking niet in de weg staan aan een volledige beperking van de mededinging, wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht geen specifieke kenmerken heeft die objectief gezien ertoe nopen dat deze uitsluitend door de uitgenodigde ondernemer wordt uitgevoerd? Moeten met name artikel 160, leden 1 en 2, juncto artikel 164, lid 1, onder d), van verordening 2018/1046 en artikel 102, leden 1 en 2, juncto artikel 104, lid 1, onder d), van verordening nr. 966/2012 aldus worden uitgelegd dat deze niet in de weg staan aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke de aanbestedende dienst na de afronding van een aanbestedingsprocedure wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, de mogelijkheid heeft om slechts één ondernemer uit te nodigen om deel te nemen aan een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wanneer het voorwerp van de overheidsopdracht geen specifieke kenmerken heeft die objectief gezien ertoe nopen dat deze uitsluitend door de uitgenodigde ondernemer wordt uitgevoerd?”

4. Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

38. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 160, leden 1 en 2, van het Financieel Reglement en artikel 102, leden 1 en 2, van verordening nr. 966/2012 aldus moeten worden uitgelegd dat zij van toepassing zijn op de procedures voor het plaatsen van opdrachten die door aanbestedende diensten van de lidstaten worden georganiseerd, wanneer die opdrachten met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen worden gefinancierd.

39. Artikel 160, met als opschrift “Op overeenkomsten toepasselijke beginselen en toepassingsgebied”, van het Financieel Reglement bepaalt in lid 1 dat “[b]ij alle geheel of gedeeltelijk uit de begroting gefinancierde overeenkomsten [...] het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht [worden] genomen”. Lid 2 van deze bepaling preciseert dat “[b]ij de totstandkoming van alle overeenkomsten wordt gezorgd voor een zo ruim mogelijke mededinging, behalve wanneer de in artikel 164, lid 1, onder d), bedoelde procedure wordt toegepast”, dat wil zeggen de onderhandelingsprocedure, ook zonder voorafgaande bekendmaking.

40. Zoals blijkt uit punt 35 van het onderhavige arrest berust deze eerste vraag op de premisse dat, hoewel het Financieel Reglement niet van toepassing is op de nationale aanbestedende diensten, de niet-toepasselijkheid van richtlijn 2014/24 op een overheidsopdracht waarvan de waarde het in deze richtlijn vastgestelde drempelbedrag niet bereikt, hierdoor kan worden verholpen.

41. De verwijzende rechter merkt terecht op dat het Financieel Reglement niet van toepassing is op de procedures voor het plaatsen van opdrachten die door aanbestedende diensten van de lidstaten worden georganiseerd.

42. Uit artikel 2, punt 51 van het Financieel Reglement blijkt immers dat onder “overeenkomst tot uitvoering van een overheidsopdracht” in de zin van deze verordening wordt verstaan “een overeenkomst onder bezwarende titel die schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten in de zin van de artikelen 174 en 178 worden gesloten om tegen een geheel of gedeeltelijk ten laste van de begroting komende prijs de levering van roerende of onroerende za-

ken, de uitvoering van werken of de verrichting van diensten te verkrijgen [...]”.

43. Artikel 174 van deze verordening, met als opschrift “De aanbestedende dienst”, bepaalt in lid 1, eerste alinea, eerste volzin, dat “[i]nstellingen van de Unie, uitvoerende agentschappen en organen van de Unie als bedoeld in de artikelen 70 en 71 [...] als aanbestedende diensten [worden] beschouwd met betrekking tot voor eigen rekening gegunde overeenkomsten, behalve ingeval zij aankopen doen bij een aankoopcentrale”.

44. Zoals is aangegeven in bijlage II bij het Financieel Reglement komen de bewoordingen van artikel 174 van dit reglement overeen met die van artikel 117, lid 1, van verordening nr. 966/2012, dat met ingang van 2 augustus 2018 is ingetrokken door het Financieel Reglement.

45. Het begrip “aangebestede dienst” als bedoeld in verordening nr. 966/2012 is dus na de inwerkingtreding van het Financieel Reglement in wezen ongewijzigd gebleven, zodat dit begrip in het kader van die verordening en het Financieel Reglement op dezelfde wijze moet worden uitgelegd.

46. Uit artikel 174 van het Financieel Reglement blijkt aldus duidelijk dat het begrip “aangebestede dienst”, waarnaar artikel 2, punt 51, van dit reglement verwijst – net als artikel 117 van verordening nr. 966/2012 – slechts de instellingen van de Unie, de uitvoerende agentschappen en de organen van de Unie als bedoeld in de artikelen 70 en 71 van het Financieel Reglement omvat.

47. Hieruit volgt dat noch het Financieel Reglement noch die verordening van toepassing is op procedures voor overheidsopdrachten die worden geplaatst door de aanbestedende diensten van de lidstaten.

48. Bovendien volgt uit artikel 63, lid 1, van het Financieel Reglement dat wanneer de Commissie de begroting in gedeeld beheer uitvoert, taken met betrekking tot de uitvoering van de begroting aan de lidstaten worden gedelegeerd. De lidstaten moeten met name de aanvullende voorschriften die zijn vastgesteld in sectorspecifieke regelgeving in acht nemen. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft benadrukt, zijn de lidstaten derhalve op grond van artikel 63, lid 1, van dit reglement verplicht om – zelfs wanneer zij taken tot uitvoering van de begroting uitvoeren door middel van overheidsopdrachten die met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen worden gefinancierd – niet het Financieel Reglement toe te passen, maar hun

nationale wetgeving, met inbegrip van de bepalingen tot omzetting van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

49. Zelfs wanneer een overheidsopdracht wordt gefinancierd met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen, kan de verplichting voor de aanbestedende diensten van de lidstaten om de fundamentele aanbestedingsbeginselen, namelijk het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel, te eerbiedigen, dus niet voortvloeien uit artikel 160 van het Financieel Reglement.

50. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 160, leden 1 en 2, van het Financieel Reglement en artikel 102, leden 1 en 2, van verordening nr. 966/2012 aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op de procedures voor het plaatsen van opdrachten die door aanbestedende diensten van de lidstaten worden georganiseerd, zelfs wanneer die opdrachten met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen worden gefinancierd.

Tweede vraag

51. Vooraf zij eraan herinnerd dat een prejudiciële vraag moet worden onderzocht in het licht van alle bepalingen van de verdragen en van het afgeleide recht die relevant kunnen zijn voor het aan de orde gestelde probleem (zie in die zin arrest van 11 juli 1985, Mutsch, 137/84, ECLI:EU:C:1985:335, punt 10). De omstandigheid dat een verwijzende rechterlijke instantie bij de formulering van haar vraag heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van het Unierecht, staat er niet aan in de weg dat het Hof die instantie alle uitleggingsgegevens verschafte die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de aldaar aanhangige zaak, ongeacht of die al dan niet in haar vragen worden genoemd (zie in die zin arresten van 12 december 1990, SARPP, C 241/89, ECLI:EU:C:1990:459, punt 8, en 8 juni 2017, Medisanus, C 296/15, ECLI:EU:C:2017:431, punt 55).

52. In zijn tweede vraag refereert de verwijzende rechter respectievelijk aan de artikelen 160 en 164 van het Financieel Reglement en aan de artikelen 102 en 104 van verordening nr. 966/2012. Uit het antwoord op de eerste vraag volgt evenwel dat deze bepalingen in de onderhavige zaak niet van toepassing zijn.

53. Deze bepalingen, waarin de aanbestedingsbeginselen zijn neergelegd, hebben echter hetzelfde voorwerp als artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24, waaruit eveneens een verplichting voortvloeit om de fundamentele aanbestedingsbeginselen in acht te nemen.

54. Hoewel de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht niet het drempelbedrag voor toepassing van richtlijn 2014/24 bereikt dat in artikel 4, onder c), ervan is vastgesteld op 209 000 EUR voor overheidsopdrachten voor leveringen gegund door niet-centrale aanbestedende diensten, zoals de gemeente Razlog, zijn de bepalingen van richtlijn 2014/24 door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk verklaard op situaties die – zoals het geval is bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht – normaal gezien buiten de werkingsfeer van die richtlijn vallen. Uit artikel 49, lid 2, van de wet inzake de Europese structuur- en investeringsfondsen volgt immers dat de wet inzake overheidsopdrachten, waarbij richtlijn 2014/24 getrouw in de Bulgaarse rechtsorde is omgezet, van toepassing is op alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die door Europese structuur- en investeringsfondsen worden gesubsidieerd, ongeacht de waarde van de opdrachten.

55. Wanneer een nationale regeling zich voor haar oplossingen voor situaties waarop een Uniehandeling niet van toepassing is, rechtstreeks en onvoorwaardelijk conformeert aan de in die handeling gekozen oplossingen, heeft de Unie er stellig belang bij dat de overgenomen bepalingen van die handeling op eenvormige wijze worden uitgelegd. Daardoor kunnen immers uiteenlopende uitleggingen in de toekomst worden vermeden en kunnen deze situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die wel binnen de werkingsfeer van die bepalingen vallen (zie in die zin arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi, C 297/88 en C 197/89, ECLI:EU:C:1990:360, punten 36 en 37; 5 april 2017, Borta, C 298/15, ECLI:EU:C:2017:266, punten 33 en 34, en 31 maart 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C 195/21, ECLI:EU:C:2022:239, punt 43).

56. Aangezien de tweede vraag betrekking heeft op een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, moet bovendien worden opgemerkt dat artikel 32, lid 2, van richtlijn 2014/24, dat in de punten a) tot en

met c) “elk van de [...] gevallen” opsomt waarin een dergelijke procedure kan worden gevolgd, relevant is voor het antwoord op deze tweede vraag. Deze opsomming is overigens limitatief, aangezien artikel 26, lid 6, van deze richtlijn preciseert dat de lidstaten de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging niet toestaan in andere dan de in artikel 32 van die richtlijn bedoelde gevallen (zie naar analogie arresten van 8 april 2008, Commissie/Italië, C 337/05, ECLI:EU:C:2008:203, punten 56 en 57, en 15 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C 275/08, niet gepubliceerd, ECLI:EU:C:2009:632, punt 54). 57. In die omstandigheden moet artikel 32, lid 2, onder a), van deze richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 18, lid 1, van die richtlijn, aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de mogelijkheid heeft om zich te wenden tot slechts één ondernemer wanneer in die procedure de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht die waren vermeld in een eerdere openbare procedure die werd beëindigd wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, zonder wezenlijke wijzigingen worden overgenomen, ook al vertoont het voorwerp van de betrokken opdracht objectief gezien geen specifieke kenmerken die rechtvaardigen dat de uitvoering ervan uitsluitend aan die ondernemer wordt toevertrouwd.

58. Volgens artikel 32, lid 2, onder a), eerste alinea, van richtlijn 2014/24 kan deze procedure met name worden gevolgd voor overheidsopdrachten voor leveringen indien in het kader van een openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en de Commissie op haar verzoek een verslag wordt overgelegd.

59. Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dus duidelijk dat een aanbestedende dienst gebruik kan maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet hij aantonen dat hij geen of althans geen geschikte inschrijving heeft ontvangen in het kader van een eerdere openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure die hij om die reden heeft beëindigd. Ten tweede mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, zoals die waren opgenomen in de aankondiging

van opdracht die in het kader van de eerdere openbare of niet-openbare procedure is gepubliceerd, niet wezenlijk worden gewijzigd in de daaropvolgende onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Ten derde moet de aanbestedende dienst de Commissie desgevraagd een verslag betreffende de stand van zaken kunnen overleggen.

60. Aangezien deze laatste voorwaarde in de onderhavige zaak niet aan de orde is, moet de inhoud van de eerste twee toepassingsvoorwaarden van artikel 32, lid 2, onder a), eerste alinea, van richtlijn 2014/24 worden gepreciseerd.

61. Wat de eerste voorwaarde betreft, volgt uit artikel 32, lid 2, onder a), tweede alinea, van deze richtlijn dat een inschrijving ongeschikt wordt bevonden als zij niet relevant is voor de opdracht omdat zij, zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst.

62. Een inschrijving moet immers als ongeschikt worden beschouwd wanneer zij “onaanvaardbaar” is in de zin van artikel 26, lid 4, onder b), tweede alinea, van die richtlijn, dat onder meer ziet op de mededingingsprocedures met onderhandeling. Volgens laatstgenoemde bepaling worden met name inschrijvingen waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijdt, als onaanvaardbaar beschouwd.

63. Dit is duidelijk het geval bij een inschrijving – zoals die bedoeld in punt 25 van het onderhavige arrest – waarbij een bedrag was voorgesteld dat meer dan twee keer hoger was dan de door de aanbestedende dienst geraamde waarde van de opdracht.

64. Wat de tweede toepassingsvoorwaarde van deze bepaling betreft, lijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing te volgen dat de aanbestedende dienst in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde onderhandelingsprocedure de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk heeft gewijzigd. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

65. Bovendien kan noch overweging 50, noch artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 afdoen aan deze letterlijke uitlegging van artikel 32, lid 2, onder a), van deze richtlijn.

66. Zoals blijkt uit de algemene opzet ervan, heeft overweging 50 van richtlijn 2014/24 immers betrekking op het gebruik van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in situaties die niet overeenstemmen met de situatie die wordt vermeld in artikel 32, lid 2, onder a), van deze richtlijn.

67. Wanneer een aanbestedende dienst besluit om zich slechts tot één ondernemer te wenden in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking die wordt georganiseerd na het mislukken van een openbare of niet-openbare procedure en waarin de voorwaarden die aanvankelijk waren opgenomen in de aankondiging van opdracht die in het kader van de eerdere openbare of niet-openbare procedure was gepubliceerd, zonder wezenlijke wijzigingen worden overgenomen, blijft een dergelijke handelwijze bovendien verenigbaar met de in artikel 18, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 neergelegde aanbestedingsbeginselen, ook al vereist het voorwerp van de betrokken opdracht objectief gezien niet dat juist die ondernemer wordt aangesproken. In een dergelijke situatie vormen de eerdere openbare of niet-openbare procedure, enerzijds, en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, anderzijds, immers een onlosmakelijk geheel, zodat geen abstractie kan worden gemaakt van de omstandigheid dat de ondernemers die mogelijks belangstelling hadden voor deze opdracht, de gelegenheid hebben gehad zich kenbaar te maken en mee te dingen.

68. In die omstandigheden kunnen ondernemers die onzorgvuldig zijn geweest door tijdens een openbare of niet-openbare procedure geen geschikte inschrijving in te dienen, in het kader van de daaropvolgende onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de aanbestedende dienst niet dwingen om met hen onderhandelingen aan te gaan. In het kader van de eerdere openbare of niet-openbare procedure konden zij immers een inschrijving indienen en ten volle de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid genieten.

69. Teneinde aan te tonen dat de betrokken opdracht niet is opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken, zoals artikel 18, lid 1, tweede alinea, vereist, moet de aanbestedende dienst niettemin kunnen bewijzen dat de met de in-

schrijver overeengekomen prijs overeenkomt met de marktprijs en niet hoger is dan de geraamde waarde van de opdracht, berekend overeenkomstig de voorschriften van artikel 5 van deze richtlijn. Zodoende handelt de aanbestedende dienst in overeenstemming met het beginsel dat degene die zich wil beroepen op een in artikel 32 van deze richtlijn bedoelde afwijking, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie in die zin arresten van 10 maart 1987, Commissie/Italië, 199/85, ECLI:EU:C:1987:115, punt 14, en 8 april 2008, Commissie/Italië, C 337/05, ECLI:EU:C:2008:203, punt 58).

70. Door het bewijs te leveren dat de prijs van de overeenkomst tot uitvoering van een opdracht die is gesloten na afloop van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking overeenkomt met de marktprijs, toont de aanbestedende dienst bovendien aan dat hij de overheidsmiddelen optimaal heeft besteed zoals overweging 2 van die richtlijn vooropstelt, en bijgevolg dat geen enkele onregelmatigheid in de zin van de Unieregeling inzake Europese structuren en investeringsfondsen is begaan (zie naar analogie arresten van 26 mei 2016, Județul Neamț en Județul Bacău, C 260/14 en C 261/14, ECLI:EU:C:2016:360, punt 46, en 1 oktober 2020, Elme Messer Metalurgs, C 743/18, ECLI:EU:C:2020:767, punt 51).

71. Gelet op een en ander moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 32, lid 2, onder a), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 18, lid 1, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de mogelijkheid heeft om zich te wenden tot slechts één ondernemer wanneer in die procedure de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht die waren vermeld in een eerdere openbare procedure die werd beëindigd wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, zonder wezenlijke wijzigingen worden overgenomen, ook al vertoont het voorwerp van de betrokken opdracht objectief gezien geen specifieke kenmerken die rechtvaardigen dat de uitvoering ervan uitsluitend aan die ondernemer wordt toevertrouwd.

5. Kosten

72. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gezeten inci-

dent te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 160, leden 1 en 2, van verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012, en artikel 102, leden 1 en 2, van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002, zoals gewijzigd bij verordening (EU, Euratom) 2015/1929 van het Europees Parlement en de Raad van 28 oktober 2015, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op de procedures voor het plaatsen van opdrachten die door aanbestedende diensten van de lidstaten worden georganiseerd, zelfs wanneer die opdrachten met middelen uit de Europese structuur- en investeringsfondsen worden gefinancierd.

2) Artikel 32, lid 2, onder a), 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, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015, gelezen in samenhang met artikel 18, lid 1, van deze richtlijn, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2015/2170, moet aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de mogelijkheid heeft om zich te wenden tot slechts één ondernemer wanneer in die procedure de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht die waren vermeld in een eerdere openbare procedure die werd beëindigd wegens de ongeschiktheid van de enige ingediende inschrijving, zonder wezenlijke wijzigingen worden overgenomen, ook al vertoont het voorwerp van de betrokken

opdracht objectief gezien geen specifieke kenmerken die rechtvaardigen dat de uitvoering ervan uitsluitend aan die ondernemer wordt toevertrouwd.

NOOT

Deelname aan een mislukte procedure is geen garantie voor een plek aan de onderhandelings-tafel

Er zijn ruwweg twee wegen naar de onderhandelingsprocedures. De eerste is het bestaan van uitzonderingsgevallen.¹ Voor het daarmee verkrijgen van toegang tot de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, zijn dat uitzonderlijke gevallen. Voorbeelden zijn het ontbreken van mededinging om technische redenen, dwingende spoed en koopjes uit faillissementsboedels. Deze uitzonderingsgronden dienen restrictief uitgelegd te worden, waarbij de aanbesteder moet kunnen aantonen dat de uitzonderlijke omstandigheden daadwerkelijk bestaan. Die terughoudendheid is te billijken omdat een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging praktisch neerkomt op gunning uit de hand.

De uitzonderingssituaties die toegang verlenen tot het doorlopen van de mededingingsprocedure met onderhandeling, bieden meer mogelijkheden tot toepassing. Voorbeelden zijn situaties waarbij er niet kan worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen, als er sprake is van ontwerp- of innovatieve oplossingen en in het geval dat de opdracht wegens specifieke omstandigheden (zoals de juridische en financiële voorwaarden) niet kan worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen.² Ook dat valt te verklaren omdat de mededingingsprocedure voorziet in een bekendmaking en dus meer marktpartijen de kans biedt om deel te nemen.

De tweede weg naar de onderhandelingsprocedures opent zich als een 'normale aanbestedingsprocedure' is mislukt.³ De oorzaak voor het

mislukken van een aanbestedingsprocedure is maatgevend voor het antwoord op de vragen of de aanbesteder daarmee een grondslag heeft voor het volgen van een onderhandelingsprocedure, welke onderhandelingsprocedure gevolgd kan worden en welke partijen daarvoor kunnen of moeten worden uitgenodigd.

Ten aanzien van de mededingingsprocedure met onderhandeling, dient er sprake van te zijn dat er uitsluitend 'onregelmatige inschrijvingen' of 'onaanvaardbare inschrijvingen' zijn ingediend.⁴ Van een onregelmatige inschrijving is in ieder geval sprake bij inschrijvingen: die niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken; die te laat zijn binnengekomen; waarbij aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie; of die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag zijn beoordeeld.⁵ Van onaanvaardbare inschrijvingen is in ieder geval sprake bij inschrijvingen: van inschrijvers die niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen; of waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijft.⁶

Als deze situatie zich voordoet, kan de aanbesteder de mededingingsprocedure met onderhandeling starten, zonder de daarbij horende publieke aankondiging van de opdracht te doen. In dat geval mogen de oorspronkelijke voorwaarden voor de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en moet de aanbesteder 'uitsluitend alle inschrijvers uit de mislukte aanbesteding toelaten'.⁷ Uitgezonderd van deelname aan de mededingingsprocedure zijn evenwel inschrijvers die in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure: zijn uitgesloten; niet voldeden aan de geschiktheidseisen;⁸ of een inschrijving hadden gedaan die niet voldeed aan de formele eisen van de oorspronkelijk aanbestedingsprocedure.⁹ Bij formele eisen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het tijdig indienen van de inschrijving. Een dergelijke inschrijving is – gelet op art. 2.29 Aw 2012 lid 3 sub b – dus ook een onregelmatig

4 Art. 2.30 jo art. 2.28 lid 1 sub b Aw 2012.

5 Art. 2.28 lid 3 Aw 2012.

6 Art. 2.28 lid 4 Aw 2012.

7 Art. 2.28 lid 2 Aw 2012.

8 Art. 2.28 lid 2 sub a Aw 2012.

9 Art. 2.28 lid 2 sub b Aw 2012.

1 Zie art. 2.30 jo 2.28 Aw 2012 en art. 2.32 e.v. Aw 2012.

2 Art. 2.28 lid 1 sub a Aw 2012.

3 Een aanbesteding volgens de openbare of niet-openbare procedure.

inschrijving. Daartegenover geeft niet elke onregelmatige inschrijving blijk van formele gebreken die in de weg staan aan deelname aan de opvolgende mededingingsprocedure.¹⁰ Met de formulering 'uitsluitend alle inschrijvers toelaat' is duidelijk dat 'uitsluitend' de oorspronkelijk inschrijvers mogen deelnemen aan de mededingingsprocedure en nieuwe deelnemers dus niet toegelaten kunnen worden, alsmede dat in beginsel 'alle' oorspronkelijke deelnemers uitgenodigd zijn en de aanbestedder zelf dus geen nadere selectie tussen hen mag maken.

Om na een mislukte aanbestedingsprocedure toegang te kunnen krijgen tot de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, geldt dat de aanbestedder geen of geen geschikte inschrijvingen/aanmeldingen mag hebben ontvangen. Van een 'niet geschikte' aanmelding is sprake is als de betreffende marktpartij moet worden uitgesloten of niet aan geschiktheidseisen voldoet.¹¹ Van een niet geschikte inschrijving is sprake als deze niet relevant is voor de overheidsopdracht, omdat die inschrijving zonder 'ingrijpende wijzigingen' kennelijk niet voorziet in de behoeften en eisen van de aanbestedder, zoals omschreven in de aanbestedingsstukken. Wat ingrijpende wijzigingen zijn, is in de Europese en/of nationale wetgeving niet nader gedefinieerd.¹² In onderhavig arrest van het HvJ EU wordt daar wel een nadere invulling aangegeven waarbij wordt aange-

sloten bij het zojuist besproken begrip 'onaanvaardbare inschrijving' in het kader van de toegang tot de mededingingsprocedure. Het HvJ EU oordeelt namelijk dat een inschrijving ook als ongeschikt moet worden beschouwd wanneer zij „onaanvaardbaar” is in zin van art. 2.28 lid 4 Aw 2012.¹³ Specifiek wijst het HvJ EU erop dat volgens die bepaling met name inschrijvingen waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijdt, en daarmee onaanvaardbaar zijn, ook als niet geschikt moeten worden beschouwd. Dat is volgens het HvJ EU duidelijk het geval bij een inschrijving waarbij een bedrag was voorgesteld dat meer dan twee keer hoger was dan de door de aanbestedende dienst geraamde waarde van de opdracht, zoals het geval was in de casus waarover met onderhavig arrest is geoordeeld.

Op het eerste gezicht komt het wellicht logisch voor om voor de invulling van het begrip 'ongeschikte inschrijving' gebruik te maken van het begrip 'onaanvaardbare inschrijving'.¹⁴ Echter, er zijn ook verschillen tussen een ongeschikte inschrijving en een – vanwege overschrijding van de geraamde waarde – onaanvaardbare inschrijving. Een kenmerkend verschil is dat er bij een ongeschikte inschrijving wordt verwezen naar de behoeften en eisen van de aanbestedende dienst, zoals 'omschreven in de aanbestedingsstukken'. Die voorwaarde is geen element van een onaanvaardbare inschrijving. Dat impliceert dat bij een overschrijding van het budget, de geraamde waarde in ieder geval in de aanbestedingsstukken moet zijn vermeld, wellicht zelfs als plafondbedrag. Uit onderhavig arrest volgt niet duidelijk of de geraamde waarde in dit geval vóór inschrijving bekend was. Als dat niet het geval was, maakt dat de verstrekkende gevolgen

10 Met name het niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken (ex art. 2.28 lid 3 Aw 2012), kan zowel blijk geven van formele gebreken (zoals bijvoorbeeld een ondertekeningsgebrek) als van materiele gebreken, zoals een inschrijving die niet voldoet aan de in de aanbestedingsstukken voorgeschreven technische specificaties.

11 Zie art. 2.32 lid 2 sub a Aw 2012.

12 Aansluiting zou gezocht kunnen worden bij het leerstuk van herstel van gebreken. Een inschrijving die ingrijpend gewijzigd moet worden leent zich niet bepaald voor herstel. Ook kan worden aangesloten bij het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Een ingrijpende wijziging komt (ten minste) ook wezenlijk voor. Daarbij is het niet wezenlijk wijzigen van een opdracht een voorwaarde voor het mogen volgen van de onderhandelingsprocedure en het wijzigen van de opdracht is het spiegelbeeld van het wijzigen van de inschrijving. Voorts wordt het begrip 'ingrijpend gewijzigd' gehanteerd in art. 73 Rl2014/24/EU en aldaar expliciet gelijkgesteld aan een wezenlijke wijziging.

13 In het arrest verwijst het HvJ EU vanzelfsprekend niet naar art. 2.28 lid 4 van de Nederlandse Aw 2012, maar naar art. 26 lid 4, onder b), tweede alinea Rl2014/24/EU, welke bepaling in art. 2.28 lid 4 Aw 2012 is gecodificeerd.

14 Daarbij kan ook gewezen worden op andere overeenkomst tussen beide artikelleden, namelijk dat ook het niet voldoen aan de geschiktheidseisen en het van toepassing van uitsluitingsgronden, voorbeelden zijn van zowel 'ongeschikt' als 'onaanvaardbaar'.

die hierna aan de orde komen mijns inziens onredelijk.

Ook bij het vervolg van de aanbesteding met een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.¹⁵ De Aw 2012 bevat verder geen bepalingen ten aanzien van de vraag of de afgewezen marktpartij moet worden uitgenodigd en in hoeverre (daarnaast) andere partijen uitgenodigd mogen worden. Het uitgangspunt van een procedure zonder aankondiging is dat een aanbesteder bepaalt welke partij(en) hij direct uitnodigt. De vraag is of het feit dat die procedure wordt geëitimeerd door de eerdere mislukte aanbesteding, maakt dat dan wel rekening moet worden gehouden met de oorspronkelijke deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. Onderhavig arrest van het HvJ EU voorziet in een antwoord op die vraag en dat is 'nee'. Het HvJ EU oordeelt dat de aard van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging met zich brengt dat een aanbesteder zelf mag bepalen wie hij daarvoor uitnodigt. De oorspronkelijke deelnemer heeft zijn kans gehad om mee te doen en verspilt die door een niet geschikte aanbieding te doen. De aanbesteder kan hem vervolgens uitnodigen mee te doen aan de opvolgende onderhandelingsprocedure, maar hij heeft géén afdwingbaar recht op deelname. Tegen dit oordeel valt wel wat in te brengen, met name omdat volgens het HvJ EU de overschrijding van de begroting (en daarmee een onaanvaardbare inschrijving) de reden is om tot het oordeel te komen dat de inschrijving niet geschikt is. Zoals hiervoor toegelicht, geldt dat een budgetoverschrijding normaal gesproken leidt tot een mededingingsprocedure met onderhandeling. In dat geval moeten de oorspronkelijke deelnemer(s) juist wél worden uitgenodigd. Mocht het zo zijn dat het budget (in de vorm van de geraamde waarde) in dit geval niet op voorhand is bekendgemaakt, dan gaat de stelling dat de oorspronkelijke inschrijver zelf de mogelijkheid tot het doen van een geschikte inschrijving verspilde ook niet volledig op. Los daarvan heeft de partij die de aanbesteder nu koos om onderhandelingen mee te voeren kennelijk ook de kans laten liggen om een (geldige) inschrijving te doen.

15 Zie art. 2.32 lid 1 sub a Aw 2012.

De aanbesteder is volgens het HvJ EU ook niet verplicht om meer dan één partij uit te nodigen en zo marktwerking te creëren, ook al zou dat wel mogelijk zijn. Dat is volgens het HvJ EU nu eenmaal inherent aan het mogen volgen van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.¹⁶ Wel dient de aanbesteder, gelet op het feit dat overschrijding van het budget de aanleiding is voor het mislukken van de oorspronkelijke procedure, aan te kunnen tonen dat de met de inschrijver overeengekomen prijs overeenkomt met de marktprijs en niet hoger is dan de geraamde waarde van de opdracht. Met dat oordeel sluit het HvJ EU – terecht – aan bij het uitgangspunt dat aanbesteder die zich op een uitzondering van de richtlijn beroept, ook de bewijslast heeft om aan te tonen dat de uitzondering daadwerkelijk bestaat.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een aanbesteding die mislukt omdat de inschrijving(en) de geraamde waarde van een opdracht (ver) te boven gaat/gaan en dus onaanvaardbaar zijn, levert de mogelijkheid op om de procedure door te zetten aan de hand van de mededingingsprocedure met onderhandeling. In dat geval moeten in beginsel alle oorspronkelijke deelnemers voor de mededingingsprocedure worden uitgenodigd en is het uitnodigen van nieuwe deelnemers niet toegestaan.

Volgens het HvJ EU is er in zo'n geval tevens sprake van dat de ontvangen inschrijving(en) niet geschikt is/zijn. Daardoor heeft de aanbesteder ook de keuze om een of meer – door hemzelf te selecteren – partij(en) uit te nodigen voor het doorlopen van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Daarbij is er geen verplichting om een of meer oorspronkelijke deelnemers uit te nodigen voor deelname aan de onderhandeling. Wel dient de aanbesteder aan te kunnen tonen dat de prijs die daarmee tot stand komt,

16 Ook de Nederlandse rechter oordeelde in tamelijk recente jurisprudentie dat ook al leiden alleen – restrictief uit te leggen – uitzonderingen tot de onderhandelingsprocedure, deze procedure wel degelijk gevolgd mag worden als het uitzonderlijke geval zich voordoet, zelfs als een andere procedure – die tot meer mededinging leidt – ook gevolgd zou kunnen worden. Zie: V.zr. Midden-Nederland 17 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2212, r.o. 4.2.

overeenkomt met de marktprijs en niet hoger is dan de geraamde waarde van de opdracht. Aanbesteders hebben daarmee de keuze welke vervolprocedure ze volgen als er sprake is van een budgetoverschrijding. Gelet op de vrijheden die de onderhandelingsprocedure biedt in de selectie van de partijen, is de kans groot dat veel aanbesteders voor die procedure kiezen. Zij dienen zich dan wel te beseffen dat ze moeten kunnen aantonen dat de alsdan overeen te komen prijs marktconform is en alsnog binnen de raming blijft. Inschrijvers die bewust een te hoge aanbieding doen, in de hoop zo aan tafel te komen bij een onderhandelingsprocedure, dienen zich te beseffen dat ze die plek niet kunnen afdwingen.

mr. D.R. Versteeg
advocaat bij Rozemond Advocaten

111

Werkingsfeer Rl. 2014/24: non-profitorganisaties en -verenigingen

Hof van Justitie EU
7 juli 2022, nr. C-213/21, ECLI:EU:C:2022:532
(mr(s). N. Jääskinen, M. Safjan, M. Gavalec)

Toepasselijkheid aanbestedingsrichtlijn. Uitleg. Voorbehouden opdracht.

[Richtlijn 2014/24 art. 10 onder h, art. 77]

Beoordeling

*In de gezamenlijk behandelde zaken C-213/21 C-214/21 wenst de verwijzende rechter te vernemen of art. 10 onder h) Rl. 2014/24 in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan diensten van medisch spoed en noodvervoer bij overeenkomst met voorrang uitsluitend kunnen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties en niet aan sociale coöperaties die aan hun leden *ristorno's* kunnen uitkeren die verband houden met hun activiteiten.*

Art. 10 onder h) Rl. 2014/24 sluit uit (van de werkingssfeer van de richtlijn) overheidsopdrachten voor diensten die betrekking hebben op diensten die onder de in die bepaling vermelde CPV codes

vallen en die worden verricht door 'non-profitorganisaties en verenigingen'.

In de eerste plaats wordt het begrip 'non-profitorganisaties en verenigingen' gedefinieerd als het tegenovergestelde van een samenwerkingsverband met winstoogmerk, opgericht om winst te maken. In die zin lijkt dit begrip ruim genoeg om zich uit te strekken tot organisaties die werknemers-aandeelhouderschap of actieve bestuursdeelname van werknemers kennen, zoals sociale coöperaties, voor zover zij geen winstoogmerk hebben. In de tweede plaats heeft de uitzondering van art. 10 onder h) Rl. 2014/24 tot doel het specifieke karakter van non profitorganisaties en verenigingen te beschermen door te voorkomen dat zij aan de in deze richtlijn omschreven procedures worden onderworpen. Deze uitzondering mag echter niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk. Die uitzondering dient dan ook strikt te worden uitgelegd (zie ook ECLI:EU:C:2018:194, punt 77). Het begrip 'non-profitorganisaties en verenigingen' moet dus strikt worden beperkt tot organisaties en verenigingen met een specifiek karakter: organisaties en verenigingen die geen winstoogmerk hebben en die hun leden geen (indirecte) winst mogen verschaffen. In de derde plaats strekt dit begrip zich uit tot organisaties en verenigingen met als doel het vervullen van sociale opdrachten, die geen commerciële werkzaamheden verrichten en die eventuele winst herinvesteren om het doel van de betrokken organisatie of vereniging te verwezenlijken (zie ECLI:EU:C:2019:234, punt 59).

Door te eisen dat eventuele winsten worden geherinvesteerd om het doel van de betrokken organisatie of vereniging te verwezenlijken, heeft het Hof ten eerste geoordeeld dat die winsten voor de uitvoering van de door de betrokken organisatie of vereniging te vervullen sociale opdrachten moeten worden aangewend, en heeft het ten tweede duidelijk uitgesloten dat die winsten kunnen worden uitgekeerd aan de aandeelhouders of leden van die organisatie of vereniging. Hieruit volgt dat organisaties en verenigingen die de mogelijkheid hebben om winsten uit te keren aan hun leden, niet binnen de werkingssfeer van art. 10, onder h) Rl. 2014/24 vallen.

Deze uitlegging wordt overigens bevestigd door art. 77 Rl. 2014/24 (jo. overweging 118) op grond waarvan het de lidstaten is toegestaan om te bepalen dat de aanbestedende diensten de deelname aan bijzondere procedures voor het plaatsen