



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

15 september 2022*

„Prejudiciële verwijzing – Procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d) – Facultatieve uitsluitingsgronden – Overeenkomsten met andere ondernemers om de mededinging te vervalsen – Richtlijn 2014/25/EU – Artikel 36, lid 1 – Beginselen van evenredigheid en van gelijke behandeling van inschrijvers – Artikel 80, lid 1 – Gebruik van de uitsluitingsgronden en selectiecriteria van richtlijn 2014/24/EU – Inschrijvers die een economische eenheid vormen en aparte maar niet-zelfstandige, niet-onafhankelijke inschrijvingen hebben ingediend – Voldoende plausibele aanwijzingen nodig om schending van artikel 101 VWEU vast te stellen”

In zaak C-416/21,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Bayerische Oberste Landesgericht (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Beieren, Duitsland) bij beslissing van 24 juni 2021, ingekomen bij het Hof op 7 juli 2021, in de procedure

Landkreis Aichach-Friedberg,

tegen

J. Sch. Omnibusunternehmen,

K. Reisen GmbH,

in tegenwoordigheid van:

E. GmbH & Co. KG,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: C. Lycourgos (rapporteur), kamerpresident, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L. S. Rossi en O. Spineanu-Matei, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

* Procestaal: Duits.

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- het Landkreis Aichach-Friedberg, vertegenwoordigd door R. Wiemann, Rechtsanwalt,
- J. Sch. Omnibusunternehmen en K. Reisen GmbH, vertegenwoordigd door J. R. Eydner en A. Kafedžić, Rechtsanwälte,
- E. GmbH & Co. KG, vertegenwoordigd door H. Holz, S. Janka en U.-D. Pape, Rechtsanwälte,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en J. Vlácil als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door G. Santini, avvocato dello Stato,
- de Litouwse regering, vertegenwoordigd door K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė en E. Kurelaitytė als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. Ondrůšek en G. Wils als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, 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 (PB 2014, L 94, blz. 65), zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2017/2365 van de Commissie van 18 december 2017 (PB 2017, L 337, blz. 19) (hierna: „richtlijn 2014/24”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen het Landkreis Aichach-Friedberg (district Aichach-Friedberg, Duitsland) enerzijds en J. Sch. Omnibusunternehmen (hierna: „J”) en K. Reisen GmbH anderzijds over de gunning door dit district van een overheidsopdracht voor openbare busvervoersdiensten.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 93/37

- 3 Artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54) bevatte in de eerste alinea een lijst van facultatieve gronden om een ondernemer uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure.

Richtlijn 2014/24

- 4 Overweging 101, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 luidt:

„De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. [...]”

- 5 Volgens artikel 2, lid 1, punt 10, wordt voor de toepassing van deze richtlijn onder „ondernemer” begrepen „elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en/of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt”.
- 6 Artikel 4, onder c), bepaalt dat deze richtlijn van toepassing is op opdrachten waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter is dan 221 000 EUR voor onder meer overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die worden gegund door niet-centrale aanbestedende diensten en voor door deze diensten georganiseerde prijsvragen.
- 7 Artikel 18 van deze richtlijn heeft als opschrift „Aanbestedingsbeginselen” en 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.”
- 8 Artikel 57 van richtlijn 2014/24 heeft als opschrift „Uitsluitingsgronden” en luidt als volgt:

„[...]”

4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan een van de volgende voorwaarden:

[...]

- c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;
- d) wanneer de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging;
- e) wanneer een belangenconflict in de zin van artikel 24 niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;
- f) wanneer zich wegens de eerdere betrokkenheid van de onderneming bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 41 heeft voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen;

[...]

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die [hij] heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

[...]

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. [...]"

Richtlijn 2014/25

- 9 Artikel 11 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243), zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2017/2364 van de Commissie van 18 december 2017 (PB 2017, L 337, blz. 17) (hierna: „richtlijn 2014/25”), bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus, autobus of kabelbaan beogen.

Ten aanzien van vervoersdiensten wordt een net geacht te bestaan wanneer de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde exploitatievoorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.”

10 Artikel 15, onder a), van richtlijn 2014/25 luidt:

„Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten die niet zijn uitgesloten krachtens de in de artikelen 18 tot en met 23 en in artikel 34 bedoelde uitsluitingsgronden met betrekking tot de uitoefening van de betrokken activiteit, en waarvan de geraamde waarde exclusief [btw] gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen:

a) 443 000 EUR voor opdrachten voor leveringen en diensten alsmede voor prijsvragen”.

11 Artikel 36 van deze richtlijn bepaalt in lid 1:

„Aanbestedende instanties behandelen ondernemers gelijk, zonder te discrimineren en handelen op transparante en proportionele wijze.

[...]”

12 Artikel 80 van richtlijn 2014/25, met als opschrift „Gebruik van uitsluitingsgronden en selectiecriteria als bedoeld in [richtlijn 2014/24]”, bepaalt in lid 1:

„De objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van ondernemers die erkenning in een erkenningsregeling aanvragen, en de objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van gegadigden en inschrijvers in openbare of niet-openbare procedures, onderhandelingsprocedures, concurrentiegerichte dialogen of innovatiepartnerschappen kunnen de in artikel 57 van [richtlijn 2014/24] bedoelde uitsluitingsgronden inhouden volgens de daarin bepaalde voorwaarden.

[...]

Op verzoek van de lidstaten, omvatten deze regels en criteria de in artikel 57, lid 4, van [richtlijn 2014/24] bedoelde uitsluitingsgronden volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden.”

Duits recht

13 § 1 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen mededingingsbeperkingen) van 26 juni 2013 (BGBl. 2013 I, blz. 1750) (hierna: „GWB”) bepaalt in de op het hoofddeding toepasselijke versie:

„Overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of verstoord, zijn verboden.”

14 § 124, lid 1, GWB, waarbij artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 in Duits recht is omgezet, bepaalt in punt 4:

„Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen de aanbestedende diensten een onderneming te allen tijde van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, indien:

[...]

4. de aanbestedende dienst over voldoende aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de onderneming met andere ondernemingen overeenkomsten heeft gesloten of feitelijke gedragingen heeft afgestemd die tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of verstoord;

[...]

Hoofdinging en prejudiciële vragen

- 15 Op 19 december 2019 heeft het district Aichach-Friedberg in het kader van een openbare procedure een aankondiging van opdracht gepubliceerd met het oog op de gunning van een overheidsopdracht voor openbare busvervoersdiensten, waarvan de geraamde waarde de drempel van artikel 4, onder c), van richtlijn 2014/24 overschrijdt.
- 16 J is een handelaar die actief is onder zijn eigen naam. K. Reisen is een busvervoersmaatschappij met beperkte aansprakelijkheid waarvan J de directeur en enige aandeelhouder is.
- 17 Op 27 februari 2020 hebben J en K. Reisen allebei inschrijvingen ingediend voor de opdracht via dezelfde persoon – te weten J. Op 1 november 2019 was een insolventieprocedure geopend ten aanzien van de activa van J, en bij besluit van 1 december 2019 had de curator de zelfstandige activiteit van J uit de procedure gehaald. J heeft in zijn inschrijving verklaard dat er ten aanzien van zijn onderneming geen insolventieprocedure was aangevraagd of geopend.
- 18 Op 2 april 2020 zijn J en K. Reisen ervan in kennis gesteld dat hun inschrijvingen waren uitgesloten wegens schending van de mededingingsregels omdat deze waren opgesteld door dezelfde persoon, en dat de betrokken opdracht zou worden gegund aan E. GmbH & Co. KG.
- 19 Nadat hun klacht was verworpen, hebben J en K. Reisen beroep ingesteld bij de Vergabekammer Südbayern (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken Zuid-Beieren, Duitsland). Bij beslissing van 12 januari 2021 heeft deze het beroep toegewezen en het district Aichach-Friedberg gelast hun inschrijvingen opnieuw op te nemen in de betrokken aanbestedingsprocedure. Die rechter was met name van oordeel dat hun gedraging, gelet op het arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), niet onder artikel 101 VWEU valt, aangezien zij een economische eenheid vormen.
- 20 Het district Aichach-Friedberg heeft tegen die beslissing hoger beroep ingesteld bij het Bayerische Oberste Landesgericht (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Beieren, Duitsland). Wanneer twee inschrijvers die een economische eenheid vormen mogen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, wordt volgens het district voorbijgegaan aan de belangen van de overige inschrijvers en inbreuk gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling en de mededingingsregels, in het bijzonder omdat die inschrijvers dan hun respectieve inschrijvingen op elkaar kunnen afstemmen.
- 21 Volgens J en K. Reisen kan een inschrijver, gelet op het arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), alleen dan wegens schending van de mededingingsregels worden uitgesloten indien de betrokken situatie onder artikel 101 VWEU valt. Bovendien kan wegens het exhaustieve karakter van de uitsluitingsgronden waarin richtlijn 2014/24 voorziet geen beroep worden gedaan op het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers.

- 22 De verwijzende rechter merkt in dit verband op dat J en K. Reisen een economische eenheid vormen in de zin van de rechtspraak van het Hof over artikel 101 VWEU. Hij vraagt zich af of artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 in die zin moet worden begrepen dat de aanbestedende dienst, om de daarin opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond te kunnen toepassen, over voldoende plausibele aanwijzingen moet beschikken dat inbreuk is gemaakt op artikel 101 VWEU. Hij meent dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, aangezien voor een uitsluiting op grond van deze bepaling van richtlijn 2014/24 een regel van kartelrecht moet zijn geschonden. Dit kan niet het geval zijn wanneer de betrokken ondernemingen een economische eenheid vormen en zich dus kunnen beroepen op het „concernprivilege”.
- 23 Daarnaast vraagt de verwijzende rechter zich af of het feit dat de facultatieve uitsluitingsgronden staan opgesomd in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 verhindert dat het beginsel van gelijke behandeling kan worden ingeroepen om te rechtvaardigen dat de inschrijvingen van twee inschrijvers die een economische eenheid vormen, niet in aanmerking worden genomen.
- 24 Concreet moet worden verduidelijkt of de rechtspraak die is ontwikkeld in het arrest van 16 december 2008, *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punten 44 e.v.), van toepassing is op artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24. De verwijzende rechter is in dit verband van mening dat, ondanks de verschillen tussen de lijst van facultatieve uitsluitingsgronden in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 en de lijsten in de vorige overheidsopdrachtenrichtlijnen, het beginsel van gelijke behandeling zich er nog steeds tegen verzet dat rekening wordt gehouden met niet-zelfstandige, niet-onafhankelijke inschrijvingen van verbonden ondernemingen.
- 25 Tot slot moet worden uitgemaakt of de rechtspraak van het Hof over niet-zelfstandige, niet-onafhankelijke inschrijvingen van verbonden inschrijvers (arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324) geldt voor inschrijvingen van inschrijvers die een economische eenheid vormen. De verwijzende rechter is in dit verband van oordeel dat, gelet op dat arrest, het beginsel van gelijke behandeling zich er a fortiori tegen verzet dat een opdracht kan worden gegund aan inschrijvers die een economische eenheid vormen en geen zelfstandige of onafhankelijke inschrijvingen kunnen indienen.
- 26 Derhalve heeft het Bayerische Oberste Landesgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Moet artikel 57, lid 4, [eerste alinea,] onder d), van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen moet beschikken om te concluderen dat de betrokken ondernemers inbreuk hebben gemaakt op artikel 101 VWEU?
- [Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord:]
- 2) Moet artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 inzake de facultatieve uitsluitingsgronden aldus worden uitgelegd dat het daarbij om een uitputtende regeling gaat, zodat het beginsel van gelijke behandeling (artikel 18, lid 1, van die richtlijn) niet in de weg kan staan aan de gunning van de opdracht wanneer geen sprake is van inschrijvingen die op zelfstandige basis of onafhankelijk van elkaar zijn ingediend?
- 3) Moet artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de gunning van de opdracht aan ondernemingen die een economische eenheid vormen en die elk een inschrijving hebben ingediend?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

- 27 Met zijn vragen verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 in de context van een aanbestedingsprocedure voor openbare busvervoersdiensten.
- 28 In dit verband zij eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak, in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, de taak is van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe dient het Hof de voorgelegde vragen in voorkomend geval te herformuleren. Ook kan het Hof bepalingen van het Unierecht in aanmerking nemen waarnaar in de vraag van de nationale rechter niet wordt verwezen (zie in die zin arrest van 14 mei 2020, T-Systems Magyarország, C-263/19, EU:C:2020:373, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 In casu moet worden geconstateerd dat artikel 11 van richtlijn 2014/25 het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per autobus uitdrukkelijk vermeldt als een van de domeinen waarop deze richtlijn van toepassing is. Voor zover de aanbestedende dienst met de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht een dergelijke terbeschikkingstelling of exploitatie van netten beoogt en deze opdracht de drempel van artikel 15, onder a), van deze richtlijn overschrijdt – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – moet dus worden aangenomen dat deze opdracht, gezien het voorwerp ervan, binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.
- 30 Gelet op de bepalingen die de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft aangehaald, moet in dit verband ten eerste worden opgemerkt dat uitlegging dient te worden gegeven aan artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25 – dat in wezen overeenstemt met artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 –, dat bepaalt dat aanbestedende instanties ondernemers gelijk moeten behandelen, zonder te discrimineren, en op transparante en proportionele wijze moeten handelen.
- 31 Ten tweede moet in verband met de facultatieve uitsluitingsgronden worden opgemerkt dat richtlijn 2014/25 zelf geen bepalingen dienaangaande bevat, maar hiervoor verwijst naar richtlijn 2014/24.
- 32 Artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25 bepaalt met name dat de objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van gegadigden en inschrijvers in onder meer openbare of niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures, op verzoek van de lidstaten de in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluitingsgronden omvatten „volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden”.
- 33 Opgemerkt zij dat de uitdrukking „volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden” verwijst naar de voorwaarden die zijn vermeld in dat artikel 57, lid 4 (zie naar analogie arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punt 33).
- 34 Indien na verificatie door de verwijzende rechter blijkt dat richtlijn 2014/25 van toepassing is op de aanbestedingsprocedure in het hoofdgeding, is het voor een nuttig antwoord op de gestelde vragen dus van belang dat het Hof uitlegging geeft aan artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 en

met name de eerste alinea, onder d), van deze bepaling – waarop het verzoek om een prejudiciële beslissing specifiek betrekking heeft. Artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25 biedt de lidstaten immers de mogelijkheid om die bepaling van richtlijn 2014/24 toe te passen op dergelijke procedures.

Eerste vraag

- 35 Derhalve moet worden aangenomen dat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25, aldus moet worden uitgelegd dat de facultatieve uitsluitingsgrond die in dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), wordt genoemd, enkel ziet op gevallen waarin er voldoende plausible aanwijzingen zijn dat ondernemers inbreuk hebben gemaakt op artikel 101 VWEU.
- 36 Blijkens het verzoek om een prejudiciële beslissing komt de twijfel van de verwijzende rechter over de draagwijdte van de facultatieve uitsluitingsgrond in artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), voort uit het feit dat § 124, lid 1, punt 4, GWB, waarbij dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), is omgezet in Duits recht, de formulering overneemt van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten dat is opgenomen in § 1 GWB, die in wezen het Duitse equivalent is van artikel 101 VWEU. Hij herinnert er evenwel aan dat laatstgenoemd artikel volgens de rechtspraak van het Hof (arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak) niet van toepassing is wanneer de daarbij verboden overeenkomsten worden toegepast door ondernemingen die, zoals in casu, een economische eenheid vormen.
- 37 Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 bepaalt dat de aanbestedende diensten elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure kunnen uitsluiten of daartoe door de lidstaten kunnen worden verplicht indien de aanbestedende dienst over voldoende plausible aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging.
- 38 Vastgesteld zij dat deze bepaling in algemene zin ziet op „met andere ondernemers [gesloten overeenkomsten] die gericht zijn op vervalsing van de mededinging”. Er wordt niet verwezen naar artikel 101 VWEU en in het bijzonder is, anders dan daarin het geval is, niet vereist dat die overeenkomsten „tussen ondernemingen” zijn gesloten en „de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden”.
- 39 Hieruit volgt dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 verwijst naar gevallen waarin ondernemers om het even welke mededingingsversturende overeenkomst sluiten, en dus niet kan worden beperkt tot de overeenkomsten tussen ondernemingen die worden bedoeld in artikel 101 VWEU.
- 40 Deze uitlegging wordt bevestigd door de doelstelling van artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24.
- 41 Het Hof heeft geoordeeld dat de mogelijkheid, of zelfs de verplichting, voor de aanbestedende dienst om een ondernemer uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, er meer in het bijzonder toe strekt om hem in staat te stellen de integriteit en de betrouwbaarheid van elk van de ondernemers te beoordelen. Meer specifiek is de in artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d),

van richtlijn 2014/24 vermelde facultatieve uitsluitingsgrond, gelezen in samenhang met overweging 101 van die richtlijn, gebaseerd op een wezenlijk element van de relatie tussen de ondernemer aan wie de betrokken overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van eerstgenoemde, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 41).

- 42 Aldus wil artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 aanbestedende diensten de mogelijkheid bieden de integriteit en de betrouwbaarheid van elk van de ondernemers te beoordelen en in aanmerking te nemen, zodat zij onbetrouwbare inschrijvers waarvan zij er niet op kunnen vertrouwen dat zij de diensten in kwestie naar behoren zullen uitvoeren, kunnen uitsluiten van aanbestedingsprocedures.
- 43 Deze doelstelling lijkt te verschillen van die van artikel 101 VWEU. Dit artikel beoogt namelijk mededingingsversturende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden (arrest van 6 oktober 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, punt 37).
- 44 Gelet op de doelstelling van artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 dient aan deze bepaling dus de ruime uitlegging te worden gegeven dat aanbestedende diensten bij de daarin genoemde facultatieve uitsluitingsgrond ook rekening moeten houden met overeenkomsten tussen ondernemers die de handel tussen lidstaten niet ongunstig beïnvloeden.
- 45 Wat tot slot de context van die bepaling betreft, zij erop gewezen dat bij de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2014/24 het begrip „[fout in de uitoefening van zijn beroep]”, dat elke onrechtmatige gedraging omvat die de professionele geloofwaardigheid, integriteit of betrouwbaarheid van de betrokken ondernemer aantast, ruim moet worden uitgelegd (zie in die zin beschikking van 4 juni 2019, Consorzio Nazionale Servizi, C-425/18, EU:C:2019:476, punten 29 en 30).
- 46 Aangezien, zoals uit overweging 101 van richtlijn 2014/24 blijkt, schending van de mededingingsregels – gelet op de in punt 39 van dit arrest genoemde doelstelling van artikel 57, lid 4, van deze richtlijn – kan worden beschouwd als een ernstige beroepsfout, zou het dus incoherent zijn om het begrip „overeenkomsten” in de eerste alinea, onder d), van deze bepaling strikt uit te leggen alsof het enkel zou gaan om overeenkomsten tussen ondernemingen als bedoeld in artikel 101 VWEU.
- 47 Dit geldt te meer daar bij de definitie van het begrip „ondernemer” in artikel 2, lid 1, punt 10, van richtlijn 2014/24 niet wordt verwezen naar „ondernemer” in de zin van artikel 101 VWEU.
- 48 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat een overeenkomst in de zin van artikel 101 VWEU weliswaar moet worden geacht onder de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 te vallen, maar dat dit niet wegneemt dat laatstgenoemde bepaling qua draagwijdte ruimer is en tevens doelt op mededingingsversturende overeenkomsten tussen ondernemers die niet onder artikel 101 VWEU vallen. Het enkele feit dat een dergelijke overeenkomst tussen twee ondernemers niet onder dit artikel valt, verhindert dus niet dat die facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing kan zijn.

- 49 Om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te kunnen geven moet evenwel worden benadrukt dat voormelde bepaling van richtlijn 2014/24 de situatie beoogt waarin een aanbestedende dienst voldoende elementen heeft om te oordelen dat twee of meer ondernemers een overeenkomst hebben gesloten met de bedoeling de mededinging te vervalsen, wat noodzakelijkerwijs veronderstelt dat minstens twee verschillende ondernemers dezelfde intentie hebben.
- 50 In casu moet samen met de Europese Commissie worden opgemerkt dat in een geval zoals dat in het hoofdgeding niet kan worden aangenomen dat twee ondernemers die voor hun beslissingen voornamelijk afhangen van een en dezelfde natuurlijke persoon, „overeenkomsten” met elkaar kunnen sluiten, aangezien er geen sprake lijkt te zijn van twee onderscheiden wilsintenties die kunnen samenvallen. Het staat echter aan de verwijzende rechter om na te gaan of het, gezien de band tussen J en K. Reisen, mogelijk is dat zij dergelijke overeenkomsten sluiten om de mededinging te vervalsen. Indien dat niet zo is, kan de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 niet worden toegepast op hun situatie.
- 51 Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25, aldus moet worden uitgelegd dat de facultatieve uitsluitingsgrond die in dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), wordt genoemd, ziet op gevallen waarin er voldoende plausibele aanwijzingen zijn dat ondernemers een door artikel 101 VWEU verboden overeenkomst hebben gesloten, maar niet tot de in laatstgenoemd artikel bedoelde overeenkomsten beperkt is.

Tweede en derde vraag

- 52 Met zijn tweede en zijn derde vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25, aldus moet worden uitgelegd dat het de facultatieve uitsluitingsgronden op uitputtende wijze regelt, zodat het beginsel van gelijke behandeling, dat is neergelegd in artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25, er niet aan in de weg kan staan dat de betrokken opdracht wordt gegund aan ondernemers die een economische eenheid vormen en die hun inschrijvingen weliswaar apart maar niet op zelfstandige basis noch onafhankelijk van elkaar hebben ingediend.
- 53 In de vergelijkbare context van richtlijn 93/37 heeft het Hof geoordeeld dat artikel 24, eerste alinea, van deze richtlijn, waarin net als in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 een lijst met facultatieve uitsluitingsgronden was opgenomen, aldus moet worden opgevat dat daarin limitatief de gronden werden opgesomd waarmee de uitsluiting van een ondernemer van deelneming aan een aanbesteding kon worden gerechtvaardigd om op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband hielden met zijn professionele kwaliteiten, en dat dit artikel er derhalve aan in de weg stond dat de lidstaten of de aanbestedende diensten de daarin opgenomen lijst aanvulden met verdere uitsluitingsgronden die waren gebaseerd op criteria inzake de professionele bekwaamheid (arrest van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 43).

- 54 Evenzo bevat artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 een limitatieve opsomming van de facultatieve uitsluitingsgronden waarmee de uitsluiting van een ondernemer van een aanbestedingsprocedure kan worden gerechtvaardigd om op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband houden met bijvoorbeeld zijn professionele kwaliteiten, een belangenconflict of een vervalsing van de mededinging wegens zijn betrokkenheid bij de voorbereiding van die procedure.
- 55 De door de verwijzende rechter genoemde omstandigheid dat die bepaling een groter aantal facultatieve uitsluitingsgronden bevat dan de vorige Unierichtlijnen inzake overheidsopdrachten, verandert niets aan het feit dat de lijst in die bepaling uitputtend is.
- 56 Gezien de aard van de uitsluitingsgronden in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 moet immers worden aangenomen dat de Uniewetgever in de opeenvolgende Unierichtlijnen inzake overheidsopdrachten dezelfde aanpak heeft gevolgd voor de verschillende uitsluitingsgronden, die er, zoals het Hof heeft geoordeeld in punt 42 van het arrest van 16 december 2008, *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731), in bestaat enkel uitsluitingsgronden op te nemen die zijn gebaseerd op de objectieve vaststelling van feiten of specifieke gedragingen van de betrokken ondernemer, waardoor hetzij zijn professionele rechtschapenheid in opspraak raakt of twijfel rijst over zijn economische of financiële vermogen om de werkzaamheden uit hoofde van de overheidsopdracht waarop hij heeft ingeschreven tot een goed einde te brengen, hetzij, wat de onder richtlijn 2014/24 vallende overheidsopdrachten betreft, een situatie ontstaat die in de betrokken aanbestedingsprocedure een belangenconflict creëert of de mededinging verstoort als bedoeld in artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder e), respectievelijk artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder f), van deze richtlijn.
- 57 Toch verhindert het feit dat de facultatieve uitsluitingsgronden in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 – waarnaar artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25 verwijst – limitatief zijn opgesomd niet dat het beginsel van gelijke behandeling, dat is neergelegd in artikel 36, lid 1, van laatstgenoemde richtlijn, eraan in de weg kan staan dat de betrokken opdracht wordt gegund aan ondernemers die een economische eenheid vormen en hun inschrijvingen weliswaar apart maar niet op zelfstandige basis noch onafhankelijk van elkaar hebben ingediend.
- 58 Die limitatieve opsomming sluit immers niet de bevoegdheid van de lidstaten uit om materieelrechtelijke voorschriften te handhaven of uit te vaardigen waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat ter zake van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling en het daarmee samenhangende beginsel van transparantie in acht worden genomen, die de aanbestedende diensten in al dit soort aanbestedingsprocedures moeten volgen en die de grondslag van de Unierichtlijnen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vormen, mits evenwel het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen (zie naar analogie arresten van 19 mei 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 21, en 8 februari 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punt 30).
- 59 Met name in het geval van verbonden inschrijvers zou het in artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25 neergelegde beginsel van gelijke behandeling worden geschonden indien werd aanvaard dat deze inschrijvers gecoördineerde of onderling afgestemde inschrijvingen, dat wil zeggen niet-zelfstandige en niet-onafhankelijke inschrijvingen, kunnen indienen, waardoor zij ongerechtvaardigd kunnen worden bevoordeeld ten opzichte van de overige inschrijvers (zie naar analogie arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punt 29).

- 60 Het evenredigheidsbeginsel vereist daarbij dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de verhouding tussen twee entiteiten de respectieve inhoud van de inschrijvingen die in het kader van een en dezelfde openbare aanbestedingsprocedure zijn ingediend, concreet heeft beïnvloed. De vaststelling van een dergelijke invloed in welke vorm ook volstaat om die ondernemingen van de procedure uit te sluiten (zie in die zin arresten van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 32, en 8 februari 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punt 38).
- 61 De vaststelling dat de banden tussen de inschrijvers de inhoud van hun in dezelfde procedure ingediende inschrijvingen hebben beïnvloed, volstaat voor de aanbestedende dienst immers om deze niet in aanmerking te nemen, aangezien inschrijvingen in volledige autonomie en onafhankelijkheid moeten worden ingediend wanneer zij afkomstig zijn van verbonden inschrijvers (zie in die zin arrest van 17 mei 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punt 38).
- 62 Deze overwegingen gelden a fortiori voor de situatie waarin de inschrijvers niet alleen verbonden zijn maar ook een economische eenheid vormen.
- 63 Indien de verwijzende rechter na de nodige verificaties en beoordelingen tot de conclusie zou komen dat de inschrijvingen in het hoofdgeding niet zelfstandig en onafhankelijk zijn ingediend, staat artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25 er dus aan in de weg dat de opdracht in kwestie wordt gegund aan de betrokken inschrijvers.
- 64 Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25, aldus moet worden uitgelegd dat het een limitatieve opsomming bevat van de facultatieve uitsluitingsgronden waarmee de uitsluiting van een ondernemer van een aanbestedingsprocedure kan worden gerechtvaardigd om op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband houden met zijn professionele kwaliteiten of met een belangenconflict of verstoring van de mededinging als gevolg van zijn deelname aan die procedure. Dit artikel 57, lid 4, verhindert evenwel niet dat het beginsel van gelijke behandeling, dat is neergelegd in artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25, eraan in de weg kan staan dat de betrokken opdracht wordt gegund aan ondernemers die een economische eenheid vormen en die hun inschrijvingen weliswaar apart maar niet op zelfstandige basis noch onafhankelijk van elkaar hebben ingediend.

Kosten

- 65 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:

- 1) Artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), 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) 2017/2365 van de Commissie van 18 december 2017,**

gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2017/2364 van de Commissie van 18 december 2017,

moet aldus worden uitgelegd dat:

de facultatieve uitsluitingsgrond die in dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), wordt genoemd, ziet op gevallen waarin er voldoende plausibele aanwijzingen zijn dat ondernemers een door artikel 101 VWEU verboden overeenkomst hebben gesloten, maar niet tot de in laatstgenoemd artikel bedoelde overeenkomsten beperkt is.

- 2) Artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2017/2365, gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2014/25, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2017/2364,**

moet aldus worden uitgelegd dat:

dit artikel 57, lid 4, een limitatieve opsomming bevat van de facultatieve uitsluitingsgronden waarmee de uitsluiting van een ondernemer van een aanbestedingsprocedure kan worden gerechtvaardigd om op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband houden met zijn professionele kwaliteiten of met een belangenconflict of verstoring van de mededinging als gevolg van zijn deelname aan die procedure. Dit artikel 57, lid 4, verhindert evenwel niet dat het beginsel van gelijke behandeling, dat is neergelegd in artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2017/2364, eraan in de weg kan staan dat de betrokken opdracht wordt gegund aan ondernemers die een economische eenheid vormen en die hun inschrijvingen weliswaar apart maar niet op zelfstandige basis noch onafhankelijk van elkaar hebben ingediend.

ondertekeningen