CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 22 november 2017 [1]

Zaak C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai" UAB, voorheen „Specializuotas transportas" UAB
in tegenwoordigheid van:
„VSA Vilnius" UAB,
„Švarinta" UAB,
„Specialus autotransportas" UAB,
„Ecoservice" UAB

[verzoek van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter, Litouwen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2004/18/EG – Procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – Gelijke behandeling – Transparantie – Daadwerkelijke concurrentie tussen inschrijvers – Banden tussen inschrijvers die in dezelfde procedure ieder afzonderlijk een inschrijving indienen – Plicht tot het kenbaar maken van de banden tussen inschrijvers – Verplichtingen van de aanbestedende dienst en de nationale rechter"

1. Wanneer twee of meer inschrijvers die onderling bepaalde banden hebben, meedingen in openbare aanbestedingsprocedures, kan het vermoeden ontstaan dat zij in strijd met het transparantiebeginsel of andere beginselen of bepalingen van Unierecht die van toepassing zijn op dergelijke procedures, gecoördineerd optreden (of zelfs heimelijk samenwerken).

2. Dit is de achtergrond waartegen de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter, Litouwen) prejudiciële vragen heeft voorgelegd met betrekking tot twee dochterondernemingen van een derde onderneming die onder meer meedongen naar de opdracht voor het ophalen en transporteren van afval in een Litouwse gemeente.

3. Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of dergelijke inschrijvers de aanbesteder op de hoogte moeten stellen van de tussen hen bestaande banden, ook al ontbreekt dienaangaande een specifieke regeling, en hoe de aanbesteder dient te handelen wanneer hij wetenschap heeft van die banden.

4. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing biedt het Hof dus de gelegenheid tot aanvulling van zijn rechtspraak met betrekking tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in onder richtlijn 2004/18/EG [2] vallende procedures waarbij deelnemende ondernemingen tot hetzelfde concern behoren.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Richtlijn 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).

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2004/18

5. Overweging 46 van richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

„De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. […]”

6. Artikel 2 van richtlijn 2004/18 luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

7. Artikel 45, lid 2, van deze richtlijn bepaalt:

„Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surseance van betaling of een akkoord geldt of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen;

b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surseance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen, aanhangig is gemaakt;

c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;

d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;

f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;

g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

[…]”

2. Richtlijn 89/665

8. Artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665/EEG [3] luidt als volgt:

„De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn."

9. Artikel 2, lid 1, onder b), van die richtlijn luidt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

[…]

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure".

B. Nationaal recht

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas

10. Artikel 3, lid 1, van de Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (wet van de Republiek Litouwen betreffende openbare aanbestedingen) [4] luidt als volgt:

„De aanbestedende dienst neemt bij de aanbesteding en gunning van opdrachten de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie in acht."

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas

11. Artikel 3, lid 14, van de Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (wet van de Republiek Litouwen betreffende mededinging) [5] bepaalt:

„[Onder] ‚in een groep verbonden ondernemingen' [wordt verstaan] twee of meer ondernemingen die, doordat zij onder zeggenschap staan van elkaar of gelieerd zijn en in staat zijn tot wederzijdse afspraken te komen, voor de berekening van hun bruto-inkomsten en marktaandeel worden aangemerkt als één enkele onderneming. Behoudens tegenbewijs is sprake van in een groep verbonden ondernemingen bij een betreffende onderneming en

[…]

3 Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2007, L 335, blz. 31).

4 Wet van 13 augustus 1996 (Žin., 1996, nr. 84-2000).

5 Wet van 23 maart 1999 (Žin., 1999, nr. 30-856).

2) ondernemingen die gezamenlijk met die onderneming worden beheerd of met haar de administratieve dienstverlening delen en waarvan de raad van toezicht, de raad van bestuur of andere leidinggevende of toezichthoudende organen ten minste voor de helft bestaan uit dezelfde leden als die van de betreffende onderneming;

3) ondernemingen waarin de betreffende onderneming ten minste een derde van het kapitaal of een derde van de stemrechten heeft, of die verplicht zijn hun financiële beslissingen met haar af te stemmen, aan haar verantwoording moeten afleggen voor het nakomen van hun verplichtingen jegens derden, hun winst geheel of gedeeltelijk moeten overdragen aan haar of haar toestemming hebben gegeven om ten minste een derde van hun activa te gebruiken;

[…]"

12. Artikel 5, lid 1, van die wet bepaalt:

„1. Overeenkomsten die ertoe strekken, ten gevolge hebben of kunnen hebben dat de mededinging wordt beperkt, zijn verboden en nietig vanaf de sluiting ervan, waaronder met name:

1) overeenkomsten waarbij de prijs van bepaalde goederen of andere aan- of verkoopvoorwaarden rechtstreeks of zijdelings worden bepaald;

[…]"

II. Feiten

13. Op 9 juli 2015 schreef de Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (centrale voor afvalverwerking voor de regio Šiauliai, Litouwen; hierna: „afvalverwerkingscentrale") een openbare aanbesteding uit voor het verlenen van diensten in verband met het ophalen en transporteren van huishoudelijk afval in de gemeente Šiauliai.

14. Blijkens de verwijzingsbeslissing was in de aankondiging van de opdracht aangegeven dat het inschrijvers niet was toegestaan om meerdere inschrijvingen in te dienen. [6]

15. Er werden vier inschrijvingen ingediend:

A) Specialus autotransportas UAB (hierna: „inschrijver A"),

B) Specializuotas transportas UAB (hierna: „inschrijver B"),

C) Ekonovus UAB en

D) commerciële groep VSA Vilnius UAB (hierna: „VSA Vilnius") en Švarinta UAB.

16. Zowel inschrijver A als inschrijver B is een dochteronderneming van Ecoservice UAB (hierna: „Ecoservice"). [7]

6 In de schriftelijke opmerkingen van inschrijver B (punt 34) wordt bepaling 39 van het bestek met daarin het genoemde verbod weergegeven.

7 Blijkens de verwijzingsbeslissing (punt 10) houdt de moederonderneming 100 % onderscheidenlijk 98,12 % van de aandelen in inschrijvers A en B en bestaan de raden van bestuur van die inschrijvers uit dezelfde personen.

17. Gelijktijdig met zijn inschrijving [8] diende inschrijver B ook uit eigen beweging een verklaring op erewoord in waarin hij erop wees dat hij op zelfstandige basis en onafhankelijk van welke andere mogelijk met hem verbonden onderneming dan ook deelnam aan de aanbesteding, en verzocht hij de afvalverwerkingscentrale alle overige personen als concurrenten te behandelen. Voorts verklaarde hij zich bereid om desgewenst een lijst aan te leveren met daarop de met hem verbonden ondernemingen.

18. De afvalverwerkingscentrale wees de inschrijving van inschrijver A af omdat niet was voldaan aan een in het bestek gestelde eis. [9] Inschrijver A vocht die beslissing niet aan. [10]

19. De opdracht werd uiteindelijk aan inschrijver B gegund.

20. VSA Vilnius maakte hiertegen bezwaar, stellende dat de door inschrijvers A en B ingediende inschrijvingen niet juist waren beoordeeld en dat de beginselen van transparantie en gelijkheid voor de wet waren geschonden.

21. Nadat haar bezwaar ongegrond was verklaard, stelde VSA Vilnius een vordering [11] in, die grotendeels werd toegewezen door de Šiaulių apygardos teismas (rechter in eerste aanleg op regionaal niveau Šiauliai, Litouwen) bij uitspraak van 18 januari 2016, welke uitspraak door de Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg, Litouwen) werd bevestigd bij beschikking van 5 april 2016.

22. De afvalverwerkingscentrale en inschrijver B hebben daarop beroep in cassatie ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, die het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing voorlegt.

III. Prejudiciële vragen

23. De prejudiciële vragen luiden als volgt:

„1) Moeten het vrij verkeer van personen en diensten zoals vervat in onderscheidenlijk artikel 45 VWEU en artikel 56 VWEU, de beginselen van de gelijkheid van inschrijvers en van transparantie zoals vervat in artikel 2 van richtlijn 2004/18, en het uit voornoemde beginselen voortvloeiende beginsel van vrije en eerlijke mededinging tussen ondernemingen (gezamenlijk of afzonderlijk beschouwd, maar niet beperkt tot die bepalingen) aldus worden opgevat en uitgelegd dat:

indien verbonden inschrijvers, wier economische, bestuurlijke, financiële of andersoortige banden twijfels kunnen doen rijzen over hun onafhankelijkheid en de bescherming van vertrouwelijke gegevens en/of voor hen de voorwaarden (kunnen) scheppen om een voordeel te hebben op andere inschrijvers, hebben besloten om in dezelfde openbare aanbesteding afzonderlijke (onafhankelijke) inschrijvingen in te dienen, zij dan in ieder geval verplicht zijn om de banden

8 In zijn inschrijving verwees inschrijver B naar een onderaannemer. Het betrof een onderneming die ook een dochteronderneming is van Ecoservice en waarvan de raad van bestuur uit dezelfde natuurlijke personen bestaat als de raden van bestuur van inschrijvers A en B.

9 Met name was niet voldaan aan de eis om voor het verlenen van de diensten gebruik te maken van bijzondere vervoersmiddelen die zijn uitgerust met motoren die ten minste aan de Euro 5-normen voldoen.

10 Inschrijver A stelde echter nadien, nadat de rechter in eerste aanleg een vordering van een andere inschrijver had toegewezen, tegen die uitspraak hoger beroep in.

11 In die vordering werd betoogd dat inschrijvers A en B, als dochterondernemingen van Ecoservice, moesten worden aangemerkt als verbonden ondernemingen in de zin van artikel 3, lid 14, van de wet betreffende mededinging en dat de door hen ingediende inschrijvingen als alternatieven voor elkaar moesten worden beschouwd. Hieraan werd toegevoegd dat die ondernemingen aan de aanbesteding hadden deelgenomen zonder daadwerkelijk in concurrentie te zijn, en dat zij heimelijk hadden samengewerkt. Daar het volgens de aanbestedingsvoorwaarden verboden was om alternatieve inschrijvingen in te dienen, konden de inschrijvingen van A en B, aldus het betoog, niet in aanmerking komen voor gunning.

tussen hen aan de aanbestedende dienst kenbaar te maken, zelfs indien de aanbestedende dienst hen daarnaar niet afzonderlijk vraagt, ongeacht of een dergelijke plicht volgens de nationale regels inzake openbare aanbesteding al dan niet daadwerkelijk bestaat?

2) Indien het antwoord op de eerste vraag:

   a) bevestigend luidt (dat wil zeggen dat inschrijvers hun banden in ieder geval aan de aanbestedende dienst kenbaar moeten maken), is dan de omstandigheid dat in zodanig geval niet, althans niet naar behoren, aan die plicht is voldaan, voldoende voor de aanbestedende dienst om het standpunt in te nemen – of voor een beroepsinstantie (rechter) om te oordelen – dat verbonden inschrijvers die in dezelfde openbare aanbesteding afzonderlijke inschrijvingen hebben ingediend, deelnemen zonder daadwerkelijk te concurreren (en de schijn van concurrentie ophouden)?

   b) ontkennend luidt (dat wil zeggen dat inschrijvers geen andere plicht hebben om hun banden kenbaar te maken dan hetgeen is neergelegd in wetgeving of in de aanbestedingsvoorwaarden), moeten dan het risico ten gevolge van de deelname van verbonden ondernemingen en het risico van de hieruit voortvloeiende gevolgen worden gedragen door de aanbestedende dienst indien de aanbestedende dienst in de stukken van de openbare aanbesteding niet heeft aangegeven dat inschrijvers een dergelijke plicht tot kenbaarmaking hebben?

3) Moeten de rechtsvoorschriften als bedoeld in de eerste vraag en de derde alinea van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 en artikel 2, lid 1, onder b), van die richtlijn (gezamenlijk of afzonderlijk beschouwd, maar niet beperkt tot die bepalingen), ongeacht het antwoord op de eerste vraag en gelet op het arrest van het Hof van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), aldus worden opgevat en uitgelegd dat:

   a) indien het de aanbestedende dienst in de loop van een openbare aanbesteding op welke wijze dan ook duidelijk wordt dat er tussen bepaalde inschrijvers belangrijke banden (betrekkingen) bestaan, die aanbestedende dienst dan, ongeacht zijn eigen beoordeling daarvan en/of van andere omstandigheden (bijvoorbeeld de verschillen in vorm en inhoud tussen de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen, de openbare toezegging van een inschrijver om met de andere inschrijvers op eerlijke wijze in concurrentie te treden, enzovoorts), de verbonden inschrijvers specifiek moet benaderen en hun moet verzoeken om te verduidelijken of en hoe hun persoonlijke situatie verenigbaar is met een vrije en eerlijke mededinging tussen inschrijvers?

   b) indien de aanbestedende dienst een dergelijke plicht heeft maar deze niet nakomt, de rechter dan een toereikende grondslag heeft om het optreden van die aanbestedende dienst onrechtmatig te verklaren omdat hij niet heeft gezorgd voor procedurele transparantie en objectiviteit en omdat hij verzoeker niet heeft verzocht om bewijs, of omdat hij niet uit eigen beweging een beslissing heeft genomen over de mogelijke invloed van de persoonlijke situatie van verbonden personen op de uitkomst van de aanbesteding?

4) Moeten de rechtsvoorschriften als bedoeld in de derde vraag en artikel 101, lid 1, VWEU (gezamenlijk of afzonderlijk beschouwd, maar niet beperkt tot die bepalingen) in het licht van de arresten van het Hof van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166); 21 januari 2016, Eturas e.a. (C-74/14, EU:C:2016:42), en 21 juli 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578), aldus worden opgevat en uitgelegd dat:

   a) waar een inschrijver (verzoeker) op de hoogte is geraakt van de afwijzing van de inschrijving met de laagste prijs die in een openbare aanbesteding is ingediend door een van de twee verbonden inschrijvers (inschrijver A), en van het feit dat de andere inschrijver (inschrijver B) is gekozen, mede gelet op de overige omstandigheden in verband met die inschrijvers en hun

deelname aan de openbare aanbesteding (het feit dat de raden van bestuur van inschrijvers A en B dezelfde samenstelling hebben; het feit dat zij hetzelfde moederbedrijf hebben, dat niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding; het feit dat inschrijvers A en B hun banden niet kenbaar hebben gemaakt aan de aanbestedende dienst en niet afzonderlijk aanvullende inlichtingen hebben verstrekt wat betreft die banden, onder andere omdat hun daarnaar niet was gevraagd; het feit dat inschrijver A in zijn inschrijving inconsistente informatie heeft verstrekt over de verenigbaarheid van de voorgestelde vervoersmiddelen, namelijk vuilniswagens, met de in de oproep tot inschrijvingen genoemde Euro 5-norm; het feit dat die inschrijver, die de wegens tekortkomingen afgewezen inschrijving met de laagste prijs heeft ingediend, aanvankelijk niet is opgekomen tegen de beslissing van de aanbestedende dienst en vervolgens hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, in welk hoger beroep hij onder meer de rechtmatigheid van de afwijzing van zijn inschrijving [bestreed]; enzovoorts), en waar de aanbestedende dienst gelet op al die omstandigheden niet in actie is gekomen, dat gegeven op zichzelf dan voldoende is als basis voor een verzoek aan de beroepsinstantie om het optreden van de aanbestedende dienst als onrechtmatig aan te merken doordat hij niet heeft gezorgd voor procedurele transparantie en objectiviteit en voorts verzoeker niet heeft gevraagd om concreet bewijs te leveren dat inschrijvers A en B oneerlijk handelden?

b) inschrijvers A en B de aanbestedende dienst niet het bewijs hebben geleverd dat zij daadwerkelijk en op eerlijke wijze deelnamen aan de openbare aanbesteding op de enkele basis dat inschrijver B uit eigen beweging een verklaring van eerlijke deelname heeft ingediend, inschrijver B de managementkwaliteitsnormen voor de deelname aan openbare aanbestedingen heeft toegepast en voorts de door die inschrijvers ingediende inschrijvingen naar vorm en inhoud niet identiek waren?

5) Kunnen de handelingen van verbonden ondernemingen (die beide dochters zijn van hetzelfde bedrijf) die afzonderlijk deelnemen aan dezelfde aanbesteding waarvan de waarde het niveau van de waarde voor een internationale oproep tot mededinging bereikt, en waarbij de zetel van de aanbestedende dienst die de aanbesteding heeft aangekondigd en de plaats waar de diensten zullen moeten worden verleend, niet zeer ver liggen van een andere lidstaat (de Republiek Letland), in beginsel worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van artikel 101 VWEU en de rechtspraak van het Hof waarin die bepalingen worden uitgelegd, een en ander gelet op onder meer de vrijwillige toezegging van een van die ondernemingen dat zij eerlijk concurreert?”

IV. Procedure bij het Hof en standpunten van partijen

24. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ter griffie van het Hof binnengekomen op 18 oktober 2016.

25. De afvalverwerkingscentrale, VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (voorheen inschrijver B), de Litouwse regering, de Tsjechische regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Het houden van een terechtzitting werd niet noodzakelijk geacht.

26. De afvalverwerkingscentrale heeft zich niet specifiek uitgelaten over elk van de vijf vragen van de verwijzende rechter en alleen aangegeven dat zij op de hoogte was van de tussen de inschrijvers bestaande banden omdat deze algemeen bekend waren, en dat zij zich in het geheel niet misleid voelde bij het nemen van haar beslissingen.

27. De afvalverwerkingscentrale wijst erop dat als het bestaan van banden tussen de inschrijvers, hetgeen niet zonder meer impliceert dat er geen sprake is van concurrentie, buiten beschouwing wordt gelaten, in de onderhavige zaak een aantal objectieve factoren zijn waaruit haars inziens blijkt dat de inschrijvers met elkaar in concurrentie waren.

28. Wat de eerste vraag betreft, luidt het antwoord volgens alle partijen, met uitzondering van VSA Vilnius, ontkennend. Kort samengevat betogen zij dat noch het VWEU noch richtlijn 2004/18 een verbod behelst dat verbonden ondernemingen inschrijvingen indienen of uitsluit dat een inschrijver meerdere inschrijvingen indient. Van een procedure waarbij ondernemingen op de hoogte worden gesteld van de identiteit van andere inschrijvers, zodat zij kunnen nagaan of er banden bestaan tussen andere inschrijvers en in voorkomend geval de aanbesteder van die banden op de hoogte kunnen brengen, is in het Unierecht ook geen sprake. Voorts wordt gesteld dat het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel niet aldus kunnen worden uitgelegd dat inschrijvers uit eigen beweging hun onderlinge banden kenbaar moeten maken, maar dat inschrijvers wel de informatie moeten verstrekken die de aanbesteder van hen verlangt te ontvangen.

29. Volgens VSA Vilnius luidt het antwoord op de eerste vraag echter bevestigend. VSA Vilnius gaat dan ook in op het eerste geval dat in de tweede vraag wordt genoemd. Naar haar mening zou het te ver gaan als inschrijvers het op het niet kenbaar maken van hun banden gebaseerde vermoeden dat sprake is van onderlinge afstemming niet zouden kunnen weerleggen, maar kan hun passieve houding of gebrekkige informatieverstrekking in dit verband, in samenhang met andere aanwijzingen of nader bewijs, worden uitgelegd als bewijs van concurrentievervalsing.

30. Met betrekking tot het tweede geval dat in de tweede vraag wordt genoemd, stellen Ecoservice projektai en de Litouwse regering zich op het standpunt dat de vraag bevestigend moet worden beantwoord, en wijzen zij op de verplichting van de aanbesteder om ervoor te zorgen dat de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen niet strikt formeel, maar daadwerkelijk worden nageleefd.

31. VSA Vilnius voert aan dat de aanbesteder het risico dat besloten ligt in de deelname van verbonden ondernemingen slechts dient te dragen als hij op een andere manier op de hoogte raakt van het bestaan van die banden, maar geen maatregelen treft ter beoordeling van de omstandigheden waaronder de deelname van die inschrijvers plaatsvindt.

32. Volgens de Commissie kan een inschrijver alleen worden uitgesloten van deelname aan een aanbesteding indien de aanbesteder aantoont dat die inschrijver een ernstige beroepsfout heeft gemaakt.

33. Partijen hebben de derde, de vierde en de vijfde vraag gezamenlijk behandeld.

34. Ecoservice projektai betoogt dat als er redenen zijn om te twijfelen of inschrijvers als concurrenten deelnemen aan een aanbesteding, de aanbestedende dienst zich zonder meer tot die inschrijvers kan wenden om nadere informatie te vragen, en dat de in de vierde vraag genoemde omstandigheden niet voldoende zijn om te kunnen aannemen dat het optreden van de aanbesteder onrechtmatig is. Zij stelt dat artikel 101 VWEU niet kan dienen ter rechtvaardiging van het feit dat de handelingen van verbonden inschrijvers die ieder afzonderlijk aan de aanbesteding deelnemen, worden getoetst.

35. VSA Vilnius is het hier niet mee eens. Zij betoogt met name dat aanbesteders volgens het Hof een actieve rol moeten spelen bij de handhaving van de voor openbare aanbestedingen geldende beginselen. Deze plicht impliceert dat aan verbonden ondernemingen wordt gevraagd onder welke omstandigheden zij deelnemen aan de aanbestedingsprocedure, aangezien anders de overige inschrijvers ten onrechte de bewijslast dragen dat de verbonden ondernemingen onrechtmatig handelen, aldus VSA Vilnius. Zij stelt zich op het standpunt dat de verbonden ondernemingen moeten aantonen dat sprake is van daadwerkelijke concurrentie, en dat op de aanbesteder de verplichting rust om van hen te verlangen dat zij elke mogelijke twijfel omtrent de aard van hun betrokkenheid bij de procedure wegnemen.

36. Volgens de Litouwse regering moeten aanbesteders actief nagaan of procedures transparant verlopen. Gaat het om verbonden ondernemingen, dan moet worden nagegaan of de bestaande banden gevolgen hebben voor de door hen ingediende inschrijvingen. Zijn er objectieve factoren die twijfel kunnen doen ontstaan over de transparantie van de procedure, dan dient de aanbesteder alle relevante omstandigheden in aanmerking te nemen en, indien nodig, nadere informatie te vragen aan de betrokkenen.

37. De Litouwse regering meent ook dat, indien geen maatregelen worden getroffen om transparantie te waarborgen, de aanbesteder in twee gevallen onrechtmatig handelt: als hij weet of kan weten dat de kans bestaat dat twee verbonden inschrijvers meedingen, maar geen maatregelen treft om te garanderen dat de door hen ingediende inschrijvingen twee afzonderlijke inschrijvingen zijn, en als hij weliswaar maatregelen treft, maar later tot de constatering komt dat dit niet voldoende was.

38. Ten slotte betoogt de Litouwse regering dat blijkens de omstandigheden van de onderhavige zaak de verbonden inschrijvers een „economische eenheid" vormen, met als gevolg dat artikel 101 VWEU niet van toepassing is.

39. Volgens de Tsjechische regering is de enkele omstandigheid dat er banden bestaan tussen inschrijvers niet voldoende om die inschrijvers uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure. Gesteld wordt dat bepalend is of de banden gevolgen kunnen hebben voor de uitkomst van de procedure, en dat de aanbesteder moet kijken naar de specifieke situatie van de inschrijvers. Aangezien de mededinging met betrekking tot overheidsopdrachten wordt beschermd door het secundaire Unierecht, hoeft geen beroep te worden gedaan op artikel 101 VWEU.

40. De Commissie voert aan dat van een verklaring omtrent de banden met andere inschrijvers geen sprake is bij de informatie die een aanbesteder krachtens richtlijn 2004/18 van inschrijvers kan verlangen. Wel moet de aanbesteder nagaan of zich geen uitsluitingsgronden voordoen. Aangaande de door de verwijzende rechter in de derde en de vierde vraag aangehaalde rechtspraak van het Hof voert de Commissie aan dat die rechtspraak niet relevant is voor het beantwoorden van de gestelde vragen.

41. Met betrekking tot artikel 101 VWEU stelt de Commissie dat deze bepaling niet van toepassing is op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen een moederonderneming en haar dochteronderneming of tussen tot hetzelfde concern behorende dochterondernemingen, en ook niet op een moederonderneming die een beslissende invloed uitoefent over haar dochterondernemingen. In de omstandigheden van de onderhavige zaak vormen inschrijvers A en B, onder voorbehoud van de uitspraak van de verwijzende rechter, een economische eenheid, zodat artikel 101 VWEU niet kan worden toegepast, aldus de Commissie.

V. Beoordeling

42. De vragen van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas kunnen worden ingedeeld op de door mij in het begin van deze conclusie aangegeven manier:

– In de eerste plaats (de eerste en de tweede vraag) moet worden nagegaan of inschrijvers die onderling banden hebben en ieder afzonderlijk een inschrijving indienen, in alle gevallen verplicht zijn de tussen hen bestaande banden kenbaar te maken aan de aanbesteder, en zo ja wat de gevolgen zijn als zij verzuimen dit te doen.

– In de tweede plaats (de derde, de vierde en de vijfde vraag) moet worden bepaald welke actie door de aanbesteder, en eventueel de rechter die diens handelingen toetst, moet worden ondernomen als de aanbesteder op de hoogte raakt van het feit dat er belangrijke banden tussen bepaalde inschrijvers zijn.

A. Verplichting voor inschrijvers om hun banden met andere inschrijvers kenbaar te maken aan de aanbesteder (eerste en tweede vraag)

43. De verwijzende rechter wenst om te beginnen te vernemen of inschrijvers die onderling banden hebben en meedingen in een openbare aanbestedingsprocedure de tussen hen bestaande banden kenbaar moeten maken, „zelfs indien de aanbestedende dienst hen daarnaar niet afzonderlijk vraagt, ongeacht of een dergelijke plicht volgens de nationale regels inzake openbare aanbesteding al dan niet daadwerkelijk bestaat”. [12]

44. In de vraag – en ook algemeen in de opmerkingen van partijen – wordt er uiteraard impliciet van uitgegaan dat niet zonder meer kan worden verboden dat onderling verbonden inschrijvers in een dergelijke procedure elk hun eigen inschrijving indienen. Het Hof heeft dit onderschreven in het arrest Assitur [13], en dit aspect staat niet ter discussie.

45. Voorts is het zo dat in richtlijn 2004/18 (of de Litouwse wet betreffende openbare aanbestedingen) geen sprake is van een plicht tot het kenbaar maken van dergelijke banden. Hierover zijn partijen het ook eens.

46. Alleen VSA Vilnius betoogt dat die plicht indirect of impliciet is gebaseerd op de noodzaak tot het weerleggen van het vermoeden dat de tussen inschrijvers bestaande banden vanwege het hieruit voortvloeiende ontbreken van autonomie een bedreiging kunnen zijn voor de transparantie van aanbestedingsprocedures en de concurrentie kunnen vervalsen.

47. Het betoog van VSA Vilnius stuit meteen op aanzienlijke bezwaren, aangezien het Hof er specifiek op heeft gewezen dat „de beginselen van transparantie en gelijke behandeling die gelden voor alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, vereisen dat de materiële en formele voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald en bekendgemaakt, in het bijzonder de verplichtingen van de inschrijvers, zodat de betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden”. [14]

48. Een *eis* (de vermeende plicht om banden tussen ondernemingen kenbaar te maken) die niet in het bestek wordt gesteld, niet in het nationale recht wordt genoemd en niet in richtlijn 2004/18 is opgenomen, doorstaat de door het Hof voorgeschreven transparantietoets niet. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag moet dan ook luiden dat, bij gebreke van een expliciete regeling (van Unierecht of nationaal recht), verbonden inschrijvers de aanbesteder niet op de hoogte hoeven te stellen van de tussen hen bestaande banden.

49. Kan in lijn met de redenering van VSA Vilnius [15] worden gesteld dat de plicht tot kenbaarmaking weliswaar niet uitdrukkelijk is neergelegd, maar volgt uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot overheidsopdrachten?

12 Eerste vraag, in fine.

13 Arrest van 19 mei 2009 (C-538/07, EU:C:2009:317, punt 28): „[d]e systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen van het recht om aan eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deel te nemen, gaat […] in tegen een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht. Een dergelijke oplossing leidt immers tot een aanzienlijke vermindering van de mededinging op gemeenschapsniveau.”

14 Arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punt 37).

15 Punt 18 van haar schriftelijke opmerkingen.

50. Naar mijn mening is dit niet het geval, aangezien in die rechtspraak is erkend dat ondernemingen die deel uitmaken van een groep ondernemingen, kunnen beschikken over „een bepaalde autonomie […] om hun handelsbeleid en hun economische activiteiten, met name op het gebied van deelneming aan openbare aanbestedingen, te bepalen" en dat ten aanzien van dergelijke ondernemingen sprake kan zijn van „bijzondere bepalingen, bijvoorbeeld van contractuele aard, die zowel de onafhankelijkheid als de vertrouwelijkheid kunnen waarborgen bij de opstelling van offertes die […] tegelijk worden ingediend in het kader van eenzelfde aanbesteding". [16]

51. Hieruit volgt mijns inziens dat verbonden ondernemingen die van mening zijn dat hun inschrijvingen onafhankelijk zijn van elkaar, hun vennootschapsrechtelijke banden niet noodzakelijkerwijs kenbaar hoeven te maken aan de aanbesteder indien er geen uitdrukkelijke bepaling is die hen daartoe verplicht.

52. Verder zou, indien de redenering van VSA Vilnius gevolgd zou worden, de plicht niet voortvloeien uit de omstandigheid dat er in het bestek sprake is van een „*duidelijk* omschreven eis", zoals het Hof vereist. Het zou dan gaan om een plicht die min of meer kan worden afgeleid uit de uitlegging van het Unierecht, zodat het feit dat veel ondernemers er onbekend mee zijn, hen niet zou kunnen worden verweten. [17]

53. Het probleem kan wellicht anders worden benaderd, aangezien in het bestek waarop de onderhavige zaak betrekking heeft, het indienen van meerdere inschrijvingen of „varianten" per inschrijver [18] specifiek verboden was. [19]

54. Kan uit dat verbod worden afgeleid dat inschrijvers A en B de tussen hen bestaande banden kenbaar hadden moeten maken aan de aanbesteder? En hadden zij zelfs moeten aantonen dat de twee inschrijvingen, ondanks de tussen hen bestaande banden, losstonden van elkaar en niet als alternatieve inschrijvingen konden worden aangemerkt? [20]

55. De desbetreffende bepaling van het bestek strookt in feite met artikel 24, lid 2, van richtlijn 2004/18, dat op overheidsopdrachten voor diensten van toepassing is en bepaalt dat „[d]e aanbestedende diensten […] in de aankondiging van de opdracht [vermelden] of zij al dan niet varianten toestaan; wanneer dat niet is vermeld, zijn geen varianten toegestaan". [21] Aangenomen mag dus worden dat alternatieve inschrijvingen of varianten in beginsel [22] zijn uitgesloten, tenzij de aanbesteder voor bepaalde opdrachten toestaat dat alternatieve inschrijvingen of varianten worden ingediend.

56. Mijns inziens kan uit het verbod om varianten in te dienen, ongeacht of dit in het bestek is opgenomen (zoals in de onderhavige zaak) of niet, echter moeilijk worden afgeleid dat verbonden inschrijvers impliciet verplicht zijn hun vennootschapsrechtelijke banden kenbaar te maken aan de aanbestedende dienst.

16 Arrest van 19 mei 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punt 31).

17 Het Hof heeft onder meer in het arrest van 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, punt 57), verwezen naar het criterium van de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver.

18 Wat meerdere inschrijvingen of varianten betreft zie onder meer Arrowsmith, S., *The Law of Public Utilities Procurement*, deel 1, Sweet & Maxwell, Londen, 3e druk, 2014, 7-246 tot 7-251.

19 Zie punt 14 van deze conclusie. De verwijzende rechter heeft het over dit verbod in punt 18 van de verwijzingsbeslissing.

20 Volgens Sánchez Graells, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2e druk, 2015, blz. 341, is de basisregel dat niet is toegestaan dat dezelfde onderneming meerdere inschrijvingen indient. Uit deze regel vloeit voort dat dit verbod ook geldt voor ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren.

21 Blijkens artikel 24, lid 1, van richtlijn 2004/18 zijn varianten alleen toegestaan wanneer voor de gunning het criterium van de economisch voordeligste inschrijving wordt gehanteerd.

22 Zie Arrowsmith, S., *The Law of Public Utilities Procurement*, op. cit., 7-247.

57. Dat verbod kan verbonden inschrijvers hooguit verplichten tot het indienen van een verklaring dat hun inschrijving niet slechts een variant is op of een alternatief is voor die van een andere concurrent. Het gaat er dus niet om te voldoen aan een algemene verplichting tot het kenbaar maken van het feit dat zij verbonden ondernemingen zijn, daar er naar Unierecht geen dergelijke verplichting bestaat. Richtlijn 2004/18 staat er in beginsel niet aan in de weg dat verbonden ondernemingen meedingen in dezelfde aanbestedingsprocedure, tenzij „sprake is van een reëel gevaar dat zich praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging tussen de inschrijvers kunnen vervalsen”.[23]

58. Wordt die redenering gevolgd, dan impliceert de in het bestek opgenomen verbodsbepaling met betrekking tot varianten uitsluitend in dergelijke extreme gevallen dat inschrijvers de tussen hen bestaande betrekkingen aan de aanbesteder kenbaar moeten maken om dat gevaar te ondervangen.

59. Uit deze uitlegging van richtlijn 2004/18 kunnen echter om twee redenen slechts geringe praktische gevolgen voor de uitkomst van het geschil worden afgeleid.

60. In de eerste plaats heeft inschrijver B in zijn uit eigen beweging ingediende verklaring op erewoord aangegeven dat hij op zelfstandige basis en onafhankelijk van welke andere mogelijk met hem verbonden onderneming dan ook deelnam aan de aanbesteding, en de afvalverwerkingscentrale verzocht alle overige inschrijvers als concurrenten te behandelen. Dat hij in die verklaring niet specifiek heeft verwezen naar inschrijver A doet hier niet ter zake, aangezien de banden tussen beide ondernemingen algemeen bekend waren, zoals de afvalverwerkingscentrale opmerkt.[24] Van belang is volgens mij dat mag worden aangenomen dat inschrijver B, door te wijzen op het feit dat hij op zelfstandige basis deelnam, wilde voldoen aan de in het bestek opgenomen bepaling dat alternatieve inschrijvingen verboden waren.

61. In de tweede plaats was de aan de afvalverwerkingscentrale gedane verklaring waarschijnlijk bedoeld om ervoor te zorgen dat de afvalverwerkingscentrale zich bewust zou zijn van de vennootschapsrechtelijke banden tussen de inschrijvers, zodat de door hen ingediende inschrijvingen zorgvuldiger zouden worden bekeken en eventueel onderling afgestemd gedrag zou worden opgespoord. In dit geval erkent de afvalverwerkingscentrale, zoals reeds is aangegeven, dat zij op de hoogte was van die banden omdat deze algemeen bekend zijn, maar is zij zonder moeite tot de conclusie gekomen dat de twee ondernemingen met hun (inhoudelijk verschillende) inschrijvingen daadwerkelijk concurreerden[25], met als gevolg dat de ingediende verklaring overbodig was.

62. Afgezien van die specifieke omstandigheden, die nauw samenhangen met de feiten, ben ik van mening dat in casu de geschetste uitlegging van richtlijn 2004/18 dermate gekunsteld is dat sprake is van strijdigheid met de in de rechtspraak van het Hof neergelegde eis dat de materiële en formele voorwaarden inzake de deelneming aan een aanbestedingsprocedure duidelijk moeten zijn bepaald.[26]

63. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag dient mijns inziens dan ook te luiden dat de artikelen 45 en 56 VWEU en artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat inschrijvers die onderling banden hebben en elk afzonderlijk een inschrijving indienen, bij gebreke van een expliciete regeling of specifieke eis in de bepalingen die betrekking hebben op de procedure, hun banden niet kenbaar hoeven te maken aan de aanbesteder.

23 Arrest van 19 mei 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punt 30).

24 Punt 2 van haar schriftelijke opmerkingen.

25 Punt 4 van haar schriftelijke opmerkingen.

26 Ik verwijs wederom naar het arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punt 37).

64. Het antwoord op de tweede vraag kan worden afgeleid uit het antwoord op de eerste vraag. In de genoemde situatie (geen expliciete regeling of specifieke eis in de op de aanbestedingsprocedure betrekking hebbende bepalingen) moeten, zoals de verwijzende rechter aangeeft, „het risico ten gevolge van de deelname van verbonden ondernemingen en het risico van de hieruit voortvloeiende gevolgen worden gedragen door de aanbestedende dienst".

65. Mijns inziens gaat het echter niet om het *dragen van een risico* door de aanbesteder, maar om de op hem rustende verplichting om de gelijke behandeling van inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen. Bij de nakoming van die verplichting moet de aanbesteder voorkomen dat de deelname van verbonden inschrijvers andere inschrijvers schaadt doordat de concurrentie die er tussen alle inschrijvers hoort te zijn, wordt vervalst. Volgens de afvalverwerkingscentrale is dat in dit geval ook gebeurd.

B. Verplichtingen van de aanbesteder indien sprake is van banden tussen inschrijvers (derde, vierde en vijfde vraag)

66. Ik ben het met de Commissie eens dat de derde, de vierde en de vijfde vraag gezamenlijk kunnen worden beantwoord, ook al is de door mij voorgestelde herformulering van de vragen niet geheel identiek aan die van de Commissie. [27]

67. Volgens mij wenst de verwijzende rechter met die vragen te vernemen of de aanbesteder in omstandigheden als in het hoofdgeding van de verbonden inschrijvers dient te verlangen dat zij aantonen dat hun situatie zich verdraagt met het concurrentiebeginsel. Onduidelijk is of de omstandigheid dat de aanbesteder niet in actie komt, voldoende zou zijn om zijn handelwijze bij de aanbesteding onrechtmatig te verklaren.

68. Zoals ik reeds heb opgemerkt, staat niet alleen vast dat inschrijvers A en B verbonden ondernemingen zijn, maar ook dat volgens de afvalverwerkingscentrale de tussen hen bestaande banden algemeen bekend waren (om welke reden de afvalverwerkingscentrale het niet nodig achtte van hen een verklaring hieromtrent te verlangen).

69. Alles lijkt er zelfs op te wijzen dat de twee inschrijvers, A en B, een economische eenheid vormen, aangezien het om dochterondernemingen van dezelfde moederonderneming gaat en op basis van de omstandigheden kan worden aangenomen dat de moederonderneming beslissende invloed heeft op het gedrag van de dochterondernemingen. [28] Indien dit het geval is, kan hieruit worden afgeleid, zoals de meeste partijen betogen, dat artikel 101 VWEU niet van toepassing is op de onderhavige zaak.

70. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat artikel 101 VWEU niet van toepassing is als het bij de krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen gaat om overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die een economische eenheid vormen. [29]

27 De Commissie stelt voor om de drie vragen aldus te herformuleren dat de nationale rechter wenst te vernemen of artikel 101 VWEU van toepassing is op de onderhavige zaak, en of artikel 101 VWEU (indien van toepassing), de bepalingen van de richtlijnen 89/665 en 2004/18 en de rechtspraak, met name de arresten eVigilo, Eturas e.a. en VM Remonts e.a., aldus moeten worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst in de bij de nationale rechter in behandeling zijnde zaak de banden tussen twee inschrijvers verder moet onderzoeken (punt 42 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie).

28 Zie onder meer arrest van 16 juni 2016, Evonik Degussa en AlzChem/Commissie (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punt 28).

29 Zie in die zin arresten van 11 april 1989, Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, punt 35), en 4 mei 1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, punt 19).

71. Bij openbare aanbestedingen wordt niet zozeer beoogd de (algemene) concurrentie tussen onafhankelijke ondernemers op de interne markt te beschermen als wel de (meer specifieke) concurrentie die er bij procedures voor de gunning van overheidsopdrachten hoort te zijn.[30] Waar het werkelijk op aankomt, is dus de vraag of de ingediende inschrijvingen *daadwerkelijk* afzonderlijke inschrijvingen zijn die van elkaar verschillen (op basis daarvan kan de aanbesteder de inschrijving selecteren die het algemeen belang het beste dient), ongeacht of de deelnemende ondernemingen onafhankelijk van elkaar zijn of onderling banden hebben. Zoals de Tsjechische regering opmerkt[31], moet de bescherming van de mededinging bij aanbestedingsprocedures dan ook voornamelijk worden gezocht in het secundaire Unierecht en met name richtlijn 2004/18.[32]

72. De omstandigheid dat artikel 101 VWEU niet van toepassing is op de onderhavige zaak, betekent echter niet dat de door de verwijzende rechter in zijn derde en zijn vierde vraag aangehaalde rechtspraak niet relevant is.

73. De zaak eVigilo[33] had immers weliswaar betrekking op een belangenconflict tussen de gekozen inschrijver en de deskundigen die de inschrijvingen hadden beoordeeld, maar het Hof heeft toen een beginsel ontwikkeld dat kan worden toegepast op de onderhavige zaak. Het heeft geoordeeld dat indien objectieve gegevens worden verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige kan worden betwijfeld, „het […] aan [de] aanbestedende dienst [staat] om alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de vaststelling van het besluit tot gunning van de opdracht, teneinde de belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken”.[34]

74. Volgens het Hof vloeit die verplichting voort uit de „actieve rol” die de aanbestedende dienst bij de toepassing van de beginselen met betrekking tot het plaatsen van overheidsopdrachten heeft, juist vanwege de ingevolge artikel 2 van richtlijn 2004/18 geldende plicht om ondernemers op gelijke wijze te behandelen en transparantie te betrachten.[35] Het Hof heeft geoordeeld dat deze plicht „de kern [vormt] van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (zie arrest [van 16 december 2008,] Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 45)”.[36]

75. De arresten Eturas e.a.[37] en VM Remonts e.a.[38] hebben, zoals de Commissie terecht opmerkt[39], betrekking op prijsafspraken tussen ondernemingen die onderling geen banden hadden, en op de aansprakelijkheid van een inschrijver voor de handelingen van een dienstverrichter die voor hem op onafhankelijke wijze diensten verrichtte. Toch kan een aantal in die arresten gemaakte overwegingen met betrekking tot het aantonen van op elkaar afgestemde gedragingen ook nuttig zijn in de onderhavige zaak.

30 Uiteraard kan er sprake zijn van heimelijke afspraken tussen ondernemingen die onderling geen banden hebben, waarbij het juist de bedoeling is om in openbare aanbestedingen de concurrentie te vervalsen en afstemming plaatsvindt om geen inschrijving in te dienen of op onrechtmatige wijze afspraken omtrent deelname worden gemaakt.

31 Punt 10 van haar schriftelijke opmerkingen.

32 Richtlijn 2004/18 staat er, zoals ik reeds heb aangegeven, in beginsel niet aan in de weg dat verbonden ondernemingen meedingen.

33 Arrest van 12 maart 2015, C-538/13, EU:C:2015:166.

34 Arrest van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 44).

35 Ibidem, punt 42.

36 Ibidem, punt 43.

37 Arrest van 21 januari 2016, C-74/14, EU:C:2016:42.

38 Arrest van 21 juli 2016, C-542/14, EU:C:2016:578.

39 Punten 46 en 47 van haar schriftelijke opmerkingen.

76. Zo wordt bijvoorbeeld in het eerste arrest aangegeven dat „het doeltreffendheidsbeginsel [vereist] dat het bewijs van een schending van het mededingingsrecht van de Unie niet alleen door middel van rechtstreekse bewijzen kan worden geleverd, maar ook door middel van objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen”.[40] In het tweede arrest staat te lezen dat bij ontbreken van Unievoorschriften op het gebied van bewijs „de regels inzake de beoordeling van de bewijzen en de bewijsstandaard […] onder de procedurele autonomie van de lidstaten vallen”.[41]

77. Wordt deze rechtspraak toegepast op de omstandigheden die aan de orde zijn in het hoofdgeding, dan zal de „actieve rol” die de aanbesteder als hoeder van daadwerkelijke concurrentie tussen inschrijvers dient te spelen, normaal van de aanbesteder die constateert dat verbonden ondernemingen meedingen, vergen dat hij zich ervan vergewist of de door hen ingediende inschrijvingen afzonderlijke inschrijvingen zijn.[42]

78. Deze eis is dus niets anders dan een maatregel om „alle relevante omstandigheden te onderzoeken […] teneinde de belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken”.[43]

79. De aanbesteder kan echter in gevallen als het onderhavige ervan afzien zich tot de verbonden inschrijvers te wenden en hun conform de bewoordingen van de vraag van de verwijzende rechter te verzoeken „om te verduidelijken of en hoe hun persoonlijke situatie verenigbaar is met een vrije en eerlijke mededinging tussen inschrijvers”. Uiteraard kan het van belang zijn om „in voorkomend geval […] de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken” indien de aanbesteder op basis van de informatie en het bewijs waarover hij beschikt, niet in staat is zich een oordeel te vormen over het gevaar dat het geen afzonderlijke inschrijvingen betreft en dat de mededinging wordt vervalst.

80. Van belang is dus niet zozeer of de aanbesteder de verbonden inschrijvers benadert, verzoekt om informatie over hun banden en vraagt naar hun standpunt met betrekking tot het beschermen van het beginsel dat sprake is van concurrentie tussen inschrijvers. Bepalend is veeleer of de aanbesteder kan uitsluiten dat de omstandigheid dat die verbonden ondernemingen allebei meedingen, gevaar voor de mededinging oplevert. Uiteraard kan de aanbesteder tot deze conclusie komen door van de ondernemingen die informatie of dat standpunt te verlangen, maar ook door gebruik te maken van de in de procedure reeds ter beschikking staande gegevens, zodat de inschrijvers niet hoeven te worden benaderd.

81. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat „de vraag, of de betrokken afhankelijkheidsverhouding de respectieve inhoud van de door de betrokken ondernemingen in het kader van eenzelfde openbare aanbestedingsprocedure ingediende offertes heeft beïnvloed, een onderzoek en beoordeling van de feiten [vereist] die de aanbestedende diensten moeten verrichten”.[44]

40 Arrest van 21 januari 2016, Eturas e.a. (C-74/14, EU:C:2016:42, punt 37).

41 Arrest van 21 juli 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578, punt 21).

42 Verscheidenheid aan inschrijvingen versterkt de concurrentiedruk tussen inschrijvers, zodat alle inschrijvingen daadwerkelijk „betwistbaar” zijn (om een begrip uit het mededingingsrecht te gebruiken) en de opdracht wordt gegund aan de beste op de eigen merites beoordeelde inschrijver.

43 Arrest van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 44).

44 Arrest van 19 mei 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punt 32).

82. De afvalverwerkingscentrale heeft er in haar schriftelijke opmerkingen op gewezen dat zij op basis van haar onderzoek en beoordeling van de feiten heeft verklaard dat zij op de hoogte was van de banden tussen inschrijvers A en B omdat deze algemeen bekend waren, en kon uitsluiten dat bij de door hen ingediende inschrijvingen geen sprake was geweest van concurrentie. Hierbij heeft zij zich op een aantal objectieve factoren gebaseerd:

– De omstandigheid dat een van de verbonden inschrijvers uit eigen beweging aangaf dat hij op zelfstandige basis meedong, gaf blijk van „een eerlijke handelwijze die in overeenstemming was met de bepalingen" van de nationale regeling.

– De door de verbonden inschrijvers ingediende inschrijvingen waren naar vorm en inhoud niet identiek.

– De inschrijving van inschrijver A werd „volledig onafhankelijk van diens wil, namelijk op initiatief van de aanbestedende dienst" afgewezen. [45]

83. Aan de hand van de ter beschikking staande gegevens heeft de afvalverwerkingscentrale zich op het standpunt gesteld dat ten aanzien van inschrijvers A en B geen gevaar voor concurrentievervalsing bestond. De afvalverwerkingscentrale heeft hieraan toegevoegd dat mocht zij tot de conclusie zijn gekomen dat deze inschrijvers „zich op een manier gedroegen waaruit bleek dat zij niet wilden dat de opdracht aan hen zou worden gegund", dan die omstandigheid „een aanwijzing had kunnen zijn om over te gaan tot onderzoek naar de tussen hen bestaande banden en tot de vaststelling dat hun gedrag tijdens de aanbestedingsprocedure mogelijkerwijs is aan te merken als onderling afgestemd gedrag". [46]

84. Er kan worden gediscussieerd over de vraag of de informatie waarover de afvalverwerkingscentrale beschikte, voldoende was om het mogelijke gevaar voor de mededinging tussen de inschrijvers uit te sluiten. Dit moet echter hoe dan ook door de afvalverwerkingscentrale worden beoordeeld en kan vervolgens door de nationale rechter worden getoetst indien tegen de beslissingen van de afvalverwerkingscentrale wordt opgekomen bij de rechter.

85. Ik meen dat het Hof zich niet hoort te mengen in de discussie welke bewijskracht uitgaat van de door de verwijzende rechter in zijn vierde vraag, onder a) en b), genoemde aanwijzingen. Het betreft immers een beoordeling van feitelijke omstandigheden en van het in een procedure ter beschikking staande bewijs, welke beoordeling uitsluitend toekomt aan de verwijzende rechter. De verwijzende rechter hanteert hierbij de toets van de gezonde kritiek en de nationale bewijsregels. [47]

86. Om terug te komen op de vraag of de aanbesteder zich noodzakelijkerwijs op de reeds aangegeven manier moet wenden tot ondernemingen die onderling banden hebben, meen ik dus dat het antwoord ontkennend luidt, zowel in het algemeen als in dit specifieke geval. Alles hangt af van de vraag of het ter beschikking staande bewijs voldoende is of niet, en daarmee van de vraag of de beslissing van de aanbesteder om inschrijvers die onderling banden hebben te laten meedingen, objectief onderbouwd is. Het is uiteindelijk aan de rechter om hierover te oordelen.

45 Punt 4 van de schriftelijke opmerkingen van de afvalverwerkingscentrale.

46 Punt 6 van de schriftelijke opmerkingen van de aanbesteder. In dit punt wordt er ook op gewezen dat van onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet alleen sprake kan zijn bij ondernemingen die onderling banden hebben, maar ook bij ondernemingen die formeel gezien concurreren maar afspraken maken die krachtens het mededingingsrecht verboden zijn.

47 Ik verwijs naar het in punt 76 aangehaalde arrest van 21 juli 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578).

VI. Conclusie

87. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 45 en 56 VWEU en artikel 2 van 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 moeten aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als in het hoofdgeding:

1. inschrijvers die onderling banden hebben en in dezelfde procedure ieder afzonderlijk een inschrijving indienen, bij gebreke van een expliciete bepaling of specifieke eis in de aanbestedingsvoorwaarden voor het verrichten van diensten hun banden niet noodzakelijkerwijs kenbaar hoeven te maken aan de aanbesteder;

2. de aanbesteder verplicht is om van dergelijke inschrijvers de informatie te verlangen die hij nodig acht indien hij zich, gelet op de in die procedure ter beschikking staande gegevens, afvraagt of het gevaar bestaat dat door het tegelijkertijd meedingen van die inschrijvers de transparantie wordt bedreigd en de concurrentie tussen degenen die de diensten willen verrichten, wordt vervalst."