Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. TANCHEV
van 29 april 2021 [1]

Zaak C-598/19

Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE)
tegen
Diputación Foral de Guipúzcoa,
Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem)

[verzoek van de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (hoogste bestuursrechter Baskenland, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Openbare aanbesteding – Richtlijn 2014/24/EU – Artikelen 18 en 20 – Nationale wetgeving waarbij het recht tot deelname aan aanbestedingsprocedures wordt voorbehouden aan bijzondere arbeidscentra die maatschappelijke initiatieven ontplooien – Bijkomende voorwaarden die niet in de richtlijn zijn gesteld”

1. In deze prejudiciële verwijzing van de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (hoogste bestuursrechter Baskenland, Spanje; hierna ook: „verwijzende rechter”) wordt het Hof voor de eerste maal gevraagd om uitlegging van artikel 20 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten [2].

2. Met de gestelde vraag wordt het Hof in wezen verzocht om op te helderen of de lidstaten, wanneer zij gebruikmaken van de in artikel 20 van richtlijn 2014/24 geboden mogelijkheid om het recht tot deelname aan aanbestedingsprocedures voor te behouden aan bepaalde ondernemers, alle ondernemers die voldoen aan de in die bepaling gestelde criteria moeten toelaten tot die aanbestedingsprocedures, dan wel de kring van ondernemers die aan de procedures in kwestie mogen deelnemen en offerten mogen uitbrengen, verder kunnen beperken.

3. Mijn conclusie luidt dat de lidstaten bij de omschrijving van de kring van ondernemers die tot deelname worden toegelaten, inderdaad criteria mogen opleggen die verder gaan dan de bij artikel 20 van richtlijn 2014/24 gestelde voorwaarden, die naar mijn mening minimumvereisten zijn. Wanneer een lidstaat hiertoe overgaat, moet hij evenwel nog altijd de bepalingen van de richtlijn in acht nemen, waaronder artikel 18, „Aanbestedingsbeginselen”, alsmede de algemene vereisten die gelden uit hoofde van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Overweging 1 van richtlijn 2014/24 luidt:

„Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het [VWEU] worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging."

5. In overweging 2 van richtlijn 2014/24 heet het:

„Overheidsopdrachten spelen in de Europa 2020-strategie, zoals uiteengezet in de mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 met als titel ‚Europa 2020 – Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei' (‚Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei'), een belangrijke rol en zijn een van de marktinstrumenten die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Met het oog daarop moeten de bestaande aanbestedingsregels, die zijn vastgesteld krachtens richtlijn 2004/17/EG[3] en richtlijn 2004/18/EG[4], worden herzien en gemoderniseerd met het oog op een doelmatiger besteding van overheidsmiddelen, in het bijzonder door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf (mkb) aan overheidsopdrachten te bevorderen, en om aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen. […]"

6. Overweging 36 van richtlijn 2014/24 is als volgt geformuleerd:

„Beroep en werk zijn bevorderlijk voor maatschappelijke integratie en zijn van fundamenteel belang voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen. Sociale werkplaatsen kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen. Hetzelfde geldt voor andere sociale ondernemingen waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen. Het is echter mogelijk dat dergelijke werkplaatsen of ondernemingen er bij normale mededingingsvoorwaarden niet in slagen om opdrachten te verwerven. Daarom is het wenselijk te bepalen dat de lidstaten het recht om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten of bepaalde percelen daarvan moeten kunnen voorbehouden [aan] dergelijke werkplaatsen of ondernemingen of de uitvoering van opdrachten moeten kunnen beperken tot programma's voor beschermde arbeid."

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1).

4 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).

7. Artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 definieert „overheidsopdrachten” voor de toepassing van de richtlijn als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten”.

8. Artikel 2, lid 1, punt 10, van richtlijn 2014/24 definieert „ondernemer” als „elke natuurlijke of rechtspersoon of [elk] 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”.

9. In artikel 18 van richtlijn 2014/24, dat het opschrift „Aanbestedingsbeginselen” heeft, wordt bepaald:

„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.

[...]”

10. Artikel 20 van richtlijn 2014/24, „Voorbehouden opdrachten”, luidt:

„1. De lidstaten kunnen het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste 30 % van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

[...]”

B. Spaans recht

11. Artikel 20 van richtlijn 2014/24 is in de Spaanse rechtsorde omgezet bij de vierde aanvullende bepaling van Ley 9/2017 de contratos del sector público (wet 9/2017 betreffende overheidsopdrachten; hierna: „wet 9/2017”) van 8 november 2017, die bepaalt:

„1. Bij besluit van de ministerraad of de instantie die bevoegd is op het niveau van de autonome regio's en plaatselijke besturen worden minimumpercentages vastgesteld voor het voorbehouden van het recht om deel te nemen aan procedures voor de gunning van bepaalde opdrachten of van bepaalde percelen daarvan aan bijzondere arbeidscentra die maatschappelijke initiatieven ontplooien en re-integratiebedrijven [...] die voldoen aan de in [de betreffende] wetgeving vastgestelde voorwaarden om als zodanig te worden aangemerkt, of wordt een minimumpercentage vastgesteld voor het voorbehouden van de uitvoering van die opdrachten in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits het percentage gehandicapte of kansarme werknemers van bijzondere arbeidscentra, re-integratiebedrijven of programma's gelijk

is aan het in de relevante wetgeving vastgestelde percentage en in ieder geval ten minste 30 % bedraagt.

In het voornoemde besluit van de ministerraad of de instantie die bevoegd is op het niveau van de autonome regio's en plaatselijke besturen, worden de minimumvoorwaarden ter waarborging van de naleving van het bepaalde in de vorige alinea vastgesteld.

[…]

2. In de aankondiging van de opdracht moet naar deze bepaling worden verwezen.

[…]"

12. De veertiende slotbepaling van wet 9/2017 bepaalt:

„[…]

4. Als bijzondere arbeidscentra die maatschappelijke initiatieven ontplooien, worden arbeidscentra aangemerkt die voldoen aan de in de leden 1 en 2 van dit [artikel 43 van de geconsolideerde tekst van de algemene wet inzake de rechten van personen met een handicap en hun sociale inclusie, goedgekeurd bij koninklijk wetgevend besluit 1/2013 van 29 november 2013] gestelde voorwaarden en die steun krijgen en direct of indirect voor meer dan 50 % in handen zijn van één of meer publieke of private non-profitorganisaties of organisaties waarvan het sociale karakter is erkend in hun statuten, ongeacht of het gaat om verenigingen, stichtingen, publiekrechtelijke instellingen, sociale coöperaties of andere sociale organisaties, alsook de arbeidscentra die direct of indirect in handen zijn van de eerder genoemde vennootschappen […], mits zij zich er in ieder geval in hun statuten of bij besluit van de aandeelhouders toe verplichten om hun winst volledig te herinvesteren in het scheppen van werkgelegenheid voor personen met een handicap en in het voortdurend verbeteren van hun concurrentievermogen en hun sociale activiteiten, waarbij het steeds mogelijk is om deze winst te herinvesteren in het bijzondere arbeidscentrum zelf of in andere bijzondere arbeidscentra met maatschappelijke initiatieven."

II. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

13. Het geschil in het hoofdgeding komt voort uit het besluit van 15 mei 2018 (hierna: „besluit van 15 mei 2018") waarbij de Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa (provinciebestuur van Gipuzkoa, Spanje) richtsnoeren voor de aanbestedende diensten van de provincie heeft goedgekeurd. Die richtsnoeren betreffen het voorbehouden van het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures, zoals dat is geregeld bij de Spaanse wetgeving tot uitvoering van richtlijn 2014/24.

14. De vordering in het hoofdgeding is ingesteld door de Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (nationaal verbond van bijzondere arbeidscentra; hierna: „CONACEE"), een vereniging die bijzondere arbeidscentra in Spanje vertegenwoordigt. Tot haar leden behoren onder meer „zakelijke" bijzondere arbeidscentra.

15. Zoals uit de stukken voor het Hof blijkt, mochten bijzondere arbeidscentra in Spanje voorheen onder de Spaanse wetgeving wel aan aanbestedingsprocedures voor „voorbehouden contracten" deelnemen, ongeacht of zij wel of niet een winstoogmerk hadden.[5] In die situatie heeft wet 9/2017 verandering gebracht.

16. Wet 9/2017 voerde een nieuwe categorie in, „bijzondere arbeidscentra die maatschappelijke initiatieven ontplooien" (hierna: „bacmi's") en behield deelname aan de uit hoofde van artikel 20 voorbehouden aanbestedingsprocedures[6] aan die centra voor.

17. Naast de voorwaarden waaraan bijzondere arbeidscentra onder de vorige wet moesten voldoen om als zodanig te worden aangemerkt, moeten bacmi's non-profitorganisaties zijn of aan bepaalde eigendomsvereisten voldoen, en hun winst herinvesteren in hetzij hun eigen activiteiten of in soortgelijke bacmi's.

18. Volgens CONACEE sluiten deze aanvullende vereisten een groot deel van de Spaanse bijzondere arbeidscentra uit van deelname aan Spaanse voorbehouden aanbestedingsprocedures, zelfs als deze voldoen aan de vereisten van artikel 20 van richtlijn 2014/24.

19. Gezien het bovenstaande heeft CONACEE tegen het besluit van 15 mei 2018 beroep ingesteld bij de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en verzoekt zij om nietigverklaring van het besluit van 15 mei 2018, in wezen op de grond dat de nieuwe Spaanse regeling in strijd is met het Unierecht.

20. De verwijzende rechter twijfelt of de nieuwe regeling verenigbaar is met het Unierecht, in het bijzonder met artikel 20 van richtlijn 2014/24.

21. De Tribunal Superior de Justicia del País Vasco heeft derhalve de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 20 van [richtlijn 2014/24] aldus worden uitgelegd dat de personele reikwijdte van het voorbehoud als bedoeld in dat artikel niet zodanig kan worden beperkt dat, door aanvullende vereisten te stellen aan hun oprichting, aard en doelen, activiteiten en investeringen, of andere aspecten, van de werkingssfeer van die bepaling ondernemingen of ondernemers worden uitgesloten die kunnen aantonen dat zij voldoen aan de voorwaarde dat ten minste 30 % van hun werknemers personen met een handicap zijn en dat zij de maatschappelijke en professionele integratie van die personen tot doel hebben?"

22. CONACEE, de Diputación Foral de Guipúzcoa, het Koninkrijk Spanje en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

23. Hoewel om een hoorzitting werd verzocht, heeft er geen plaatsgevonden. Het Hof heeft twee vragen gesteld aan de betrokken partijen als bedoeld in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, voor schriftelijke beantwoording. CONACEE, de Diputación Foral de Guipúzcoa, het Koninkrijk Spanje en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

[5] CONACEE verwijst naar Ley estatal 31/2015 *por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social* (nationale wet 31/2015 tot wijziging en bijwerking van de regels voor ondernemerschap en tot vaststelling van maatregelen ter bevordering en aanmoediging van zelfstandig werk en de sociale economie) van 9 september 2015.

[6] Gemakshalve zal ik procedures voor de gunning van overheidsopdrachten die zijn voorbehouden uit hoofde van artikel 20 van richtlijn 2014/24 in het vervolg aanduiden als „voorbehouden procedures".

III. Analyse

24. Met zijn vraag verzoekt de verwijzende rechter in wezen om opheldering of de bepalingen van de genoemde richtlijn of andere voor overheidsopdrachten geldende Unierechtelijke regels de lidstaten beletten om aan de ondernemingen of ondernemers die kunnen deelnemen aan voorbehouden procedures, aanvullende voorwaarden of vereisten op te leggen dan die welke voortvloeien uit dat artikel. De verwijzende rechter denkt met name, maar niet uitsluitend, aan „aanvullende vereisten [betreffende] hun oprichting, aard en doelen, activiteiten en investeringen".

25. Mijn conclusie luidt dat ervan moet worden uitgegaan dat artikel 20 van richtlijn 2014/24 de lidstaten de verplichting oplegt ervoor te zorgen dat de toegelaten deelnemers aan zekere minimumvereisten voldoen[7], mochten de lidstaten besluiten gebruik te maken van de mogelijkheid om opdrachten uit hoofde van dat artikel voor te behouden, maar dat die bepaling de lidstaten op zichzelf niet belet om aan de toegelaten deelnemers meer voorwaarden of beperkingen op te leggen, hetzij in algemene zin hetzij voor specifieke aanbestedingsprocedures of afzonderlijke percelen daarvan. Wanneer een lidstaat gebruikmaakt van de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden als bedoeld in artikel 20, moet hij evenwel nog altijd de regels van richtlijn 2014/24 alsmede de algemene voor overheidsopdrachten geldende Unierechtelijke regels in acht nemen; het gaat hier met name artikel 18 van de richtlijn en de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid.

A. Opmerkingen vooraf

26. Volgens artikel 4 van richtlijn 2014/24 is deze richtlijn van toepassing op opdrachten met een geraamde waarde van of groter dan de in dat artikel bepaalde drempelbedragen.[8] Bij gunning van opdrachten met een lagere waarde gelden de bepalingen van de richtlijn weliswaar niet, maar moeten niettemin de beginselen van het VWEU worden geëerbiedigd, met name de regels betreffende het vrije verkeer alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.[9]

27. De onderhavige zaak heeft alleen betrekking op overheidsopdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 vallen. Ik dien hieraan toe te voegen dat de feiten van de zaak in het hoofdgeding uitsluitend Spaanse actoren betreffen en dat de feiten waarover de verwijzende rechter moet oordelen geen grensoverschrijdende aspecten lijken te bevatten.

28. Volgens artikel 20 van richtlijn 2014/24 kunnen de lidstaten „het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures" voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die bepaalde specifieke „hoofddoelen" hebben, of bepalen dat deze opdrachten moeten worden

7 Ik zal de ondernemingen en ondernemers die een lidstaat toelaat tot deelname aan diens volgens artikel 20 voorbehouden procedures aanduiden als „toegelaten deelnemers".

8 Elke twee jaar worden de drempelbedragen overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2014/24 herzien. Opdrachten die door aanbestedende diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten worden geplaatst en activiteiten in die sectoren betreffen, vallen onder 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) en over het algemeen niet onder richtlijn 2014/24. Artikel 4, onder d), van richtlijn 2014/24 stelt een aanzienlijk hogere drempel vast voor overheidsopdrachten voor in de bijlage vermelde „sociale en andere specifieke diensten". Voor de aanbesteding van die opdrachten legt titel III, hoofdstuk I, van richtlijn 2014/24 een bijzondere regeling neer.

9 Zie in die zin overweging 1 van richtlijn 2014/24.

uitgevoerd „in het kader van programma's voor beschermde arbeid". Hiervoor geldt wel de voorwaarde dat „ten minste 30 %" van de werknemers van die werkplaatsen, ondernemingen of programma's „gehandicapte of kansarme werknemers" zijn.

29. Het Koninkrijk Spanje heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt en wetgeving voor zijn bijzondere arbeidscentra vastgesteld. Daarbij werden bijkomende beperkingen opgelegd aan ondernemers die wensen deel te nemen aan de door het Koninkrijk Spanje volgens artikel 20 voorbehouden aanbestedingsprocedures, welke beperkingen door CONACEE in het hoofdgeding worden bestreden. Deze wetgeving schrijft in wezen voor dat de betrokken organisaties of personen geen winstoogmerk mogen hebben en dat ze eventueel gemaakte winst moeten herinvesteren in hetzelfde of een ander, soortgelijk bijzonder arbeidscentrum.

30. Het Koninkrijk Spanje heeft ook een minimumpercentage vastgesteld betreffende het aantal bij de bijzondere arbeidscentra werkzame kansarme personen, dat aanzienlijk hoger ligt (namelijk op 70 %) dan het bij artikel 20 van richtlijn 2014/24 voorgeschreven minimum (30 %). Deze limiet lijkt niet te worden bestreden in het hoofdgeding, mogelijk omdat de leden van CONACEE al aan dit criterium voldoen.

31. Ook andere lidstaten hebben wetgeving vastgesteld waarin de tot voorbehouden procedures toegelaten deelnemers strengere beperkingen in acht moeten nemen dan die welke voortvloeien uit de tekst van richtlijn 2014/24. [10]

B. Beoordelingsmarge van de lidstaten

32. Artikel 20 van richtlijn 2014/24 bevat een aantal criteria waaraan „toegelaten deelnemers" moeten voldoen wanneer een lidstaat besluit om in zijn aanbestedingsprocedures gebruik te maken van de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden. [11] Artikel 20, lid 1, verlangt dat ofwel i) de tot die voorbehouden procedures toegelaten deelnemers behoren tot een van twee verschillende categorieën deelnemers, namelijk „sociale werkplaatsen" of „ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben", ofwel ii) „deze opdrachten [worden uitgevoerd] in het kader van programma's voor beschermde arbeid". De onderhavige zaak betreft alleen de categorie „ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben" en de mogelijkheid om extra voorwaarden te verbinden aan de deelname door die groep ondernemers, bovenop de uitdrukkelijk in de richtlijn vastgelegde vereisten.

33. Artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24 stelt voorts de voorwaarde dat ten minste 30 % van de werknemers van de toegelaten deelnemers gehandicapte of kansarme personen zijn.

34. Ten slotte verplicht artikel 20, lid 2, van richtlijn 2014/24 de lidstaten om, wanneer zij gebruikmaken van de door artikel 20 geboden mogelijkheid, in de oproep tot mededinging uitdrukkelijk naar dit artikel te verwijzen. Dat vereiste is in de onderhavige zaak niet aan de orde.

[10] De Commissie noemt, in punt 16 van haar opmerkingen, als voorbeelden de Franse Republiek, de Tsjechische Republiek en de Republiek Kroatië, die allemaal strengere eisen stellen aan het percentage gehandicapte of kansarme werknemers, waarbij de Tsjechische Republiek alleen gehandicapte personen meetelt en geen andere kansarme personen.

[11] Gemakshalve zal ik opdrachten die worden gegund aan inschrijvers in het kader van voorbehouden procedures overeenkomstig dat artikel 20 aanduiden als „voorbehouden opdrachten".

35. CONACEE betoogt in wezen dat de formulering van artikel 20 van richtlijn 2014/24 een uitputtende beschrijving omvat van de vereisten waaraan ondernemers moeten voldoen om te kunnen deelnemen aan volgens die bepaling voorbehouden procedures, en dat ondernemers die aan deze criteria voldoen derhalve niet van deelname kunnen worden uitgesloten op grond van aanvullende vereisten als opgelegd bij de betrokken Spaanse wetgeving, zoals het ontbreken van een winstoogmerk en de herinvesteringsverplichting.

36. De Commissie betoogt in wezen dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij de omschrijving in hun nationale wetgeving van wat moet worden verstaan onder de uitdrukking „ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben”. [12]

37. Ik kan de analyse van de Commissie niet delen. Volgens vaste rechtspraak volgt uit de noodzaak van een eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd. Die uitlegging moet niet alleen rekening houden met de bewoordingen van de bepaling, maar ook met de context ervan en het doel van de betrokken regeling. [13]

38. Derhalve genieten de lidstaten naar mijn mening geen ruime beoordelingsvrijheid om de betekenis van de bewoordingen van artikel 20 van richtlijn 2014/24 te bepalen, en moeten deze uniform worden uitgelegd. Een eventuele beoordelingsvrijheid voor de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van artikel 20 van richtlijn 2014/24 vloeit dan ook niet voort uit de vrijheid om ieder hun eigen betekenis toe te kennen aan de bewoordingen van de richtlijn.

39. De in artikel 20 van richtlijn 2014/24 gestelde vereisten kunnen veeleer worden opgevat hetzij als *minimumvereisten* die de lidstaat aan de toegelaten deelnemers moet opleggen om op wettige wijze gebruik te kunnen maken van de voorbehouden aanbestedingsprocedures van artikel 20, hetzij, zoals CONACEE betoogt, als een *uitputtende omschrijving* van de criteria op grond waarvan ondernemers door de lidstaten als toegelaten deelnemers moeten worden aangemerkt wanneer de lidstaten besluiten gebruik te maken van voorbehouden procedures.

40. Zoals ik nog zal toelichten, kunnen de vereisten van artikel 20 van richtlijn 2014/24 mijns inziens het beste worden opgevat als minimumvereisten, die de lidstaten de vrijheid laten om bijkomende beperkingen op te leggen en de kring van deelnemers die worden toegelaten tot hun voorbehouden aanbestedingsprocedures te verkleinen, met inachtneming van de grenzen die zijn gesteld door andere bepalingen van richtlijn 2014/24 en andere Unierechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten. Niet artikel 20 van richtlijn 2014/24 beperkt dus de bevoegdheid van de lidstaten om de toegelaten deelnemers aan aanvullende vereisten te onderwerpen, maar artikel 18 van die richtlijn en de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid, alsmede het verbod op kunstmatige beperking van de mededinging.

[12] Punt 14 van de opmerkingen van de Commissie: „[...] [L]es États membres sont en droit de préciser dans leur législation ce qu'il convient d'entendre par ‚*opérateurs économiques dont l'**objet principal** est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées*'"(„[...] [D]e lidstaten hebben het recht om in hun wetgeving te bepalen wat moet worden verstaan onder de uitdrukking ‚ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot ***hoofddoel*** hebben'").

[13] Arrest van 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punt 24).

41. Ten eerste verlangt de tekst van artikel 20 van richtlijn 2014/24 nergens dat een lidstaat alle ondernemers die aan de vereisten van dat artikel voldoen toelaat tot een door hem georganiseerde concrete aanbestedingsprocedure voor voorbehouden opdrachten.

42. Integendeel, artikel 20 van richtlijn 2014/24 biedt de lidstaten een mogelijkheid – die zij al of niet kunnen benutten – en zet uiteen welke voorwaarden de lidstaten in acht moeten nemen wanneer zij besluiten om van die mogelijkheid gebruik te maken. Die voorwaarden omschrijven in brede en niet-specifieke bewoordingen aan welke ondernemingen of ondernemers de lidstaten procedures mogen voorbehouden, en bepalen het minimumpercentage gehandicapten of kansarmen dat werkzaam moet zijn bij die ondernemingen of ondernemers.

43. Ten tweede moet de in overweging 36 van richtlijn 2014/24 en overweging 28 van richtlijn 2004/18 omschreven ratio achter het opnemen van artikel 20 van richtlijn 2014/24 en de voorganger ervan, artikel 19 van richtlijn 2004/18, voor beide worden gezien in de context van „het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen", waarbij beroep en werk van „fundamenteel belang" zijn voor dat doel. Artikel 20 van richtlijn 2014/24 (zoals ook de voorganger ervan, artikel 19 van richtlijn 2004/18) stelt de lidstaten dus in staat om overheidsopdrachten te gebruiken voor het voeren van sociaal en werkgelegenheidsbeleid.

44. In dat verband zij eraan herinnerd dat de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken om niet enkel te kiezen welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven [14], maar ook om te bepalen met welke maatregelen deze doelstelling kan worden verwezenlijkt [15]. Gezien de ratio van artikel 20 van richtlijn 2014/24 is de omschrijving van de toegelaten deelnemers mijns inziens in de eerste plaats een kwestie van sociaal en werkgelegenheidsbeleid, waarvoor de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken.

45. Ik moet er tevens op wijzen dat artikel 20, als uitzondering op de algemene regeling voor aanbestedingsprocedures van richtlijn 2014/24, weliswaar beperkt moet worden uitgelegd, maar dat dit uitleggingsbeginsel mijns inziens logischerwijs betrekking heeft op de *omvang van het gedeelte dat is uitgezonderd* van de normale aanbestedingsprocedures in termen van de bestreken markt (wat in de onderhavige zaak niet aan de orde is en evenmin door richtlijn 2014/24 is onderworpen aan uitdrukkelijke beperkingen die aanleiding zouden kunnen geven tot een strikte of enge uitlegging van het uitgezonderde gedeelte), en op de *diepgang* van de uitzondering in termen van de werkingssfeer van de regels waarvan de uitgezonderde aanbestedingsprocedures zijn vrijgesteld. Het beginsel moet er niet toe leiden dat de grootst mogelijke kring van deelnemers wordt toegelaten tot een voorbehouden aanbestedingsprocedure. Wanneer een segment van de markt voor overheidsopdrachten eenmaal is losgemaakt van de reguliere markt en opzij is gezet voor ondernemers die als niet-concurrerend worden gezien, omdat de maatschappij daarbij sterk gebaat is, zie ik niet in wat de beginselen van de markteconomie, mededinging of gelijke behandeling erbij zouden winnen om de kring van toegelaten deelnemers (die verondersteld worden niet-concurrerend te zijn) zo breed mogelijk te definiëren. Vanuit een markteconomisch perspectief is – naar mijn mening – de omvang van het uitgezonderde segment van belang, terwijl de afbakening van de kring van begunstigden gezien moet worden als een kwestie – en een instrument – van sociaal en werkgelegenheidsbeleid, waarvoor de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken.

[14] Dit stemt overeen met de keuze van de Uniewetgever om het aan de lidstaten over te laten of zij gebruik willen maken van artikel 20 voor het voorbehouden van aanbestedingsprocedures.

[15] Arrest van 19 september 2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46. Naar mijn mening ondersteunt een letterlijke en teleologische uitlegging van artikel 20 van richtlijn 2014/24 derhalve de conclusie dat dit artikel *niet* van de lidstaten verlangt dat iedere ondernemer die voldoet aan de door dat artikel gestelde criteria, wordt toegelaten tot de volgens dat artikel voorbehouden procedures. Eventuele bijkomende beperkingen moeten echter wel voldoen aan de vereisten van artikel 18 van richtlijn 2014/24 en de andere toepasselijke bepalingen of beginselen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.

47. Voor deze conclusie is tevens steun te vinden in de ontstaansgeschiedenis van artikel 20 van richtlijn 2014/24 en zijn voorganger, artikel 19 van richtlijn 2004/18, dat het concept van „voorbehouden opdrachten" in de aanbestedingsrichtlijnen heeft geïntroduceerd. [16]

48. Artikel 20 van richtlijn 2014/24 en zijn voorganger staan en stonden de lidstaten toe om het recht van deelname aan procedures tot gunning van overheidsopdrachten of bepaalde percelen ervan voor te behouden, omdat de betrokken werkplaatsen of sociale ondernemingen er onder normale mededingingsvoorwaarden niet in zouden slagen om opdrachten te verwerven. De onderliggende gedachte hiervan was dat de tewerkstelling van de personen aan wie de voorbehouden procedures uiteindelijk ten goede moeten komen, namelijk gehandicapte of kansarme personen wier maatschappelijke en professionele integratie het hoofddoel behoort te zijn van de ondernemers die de lidstaat in kwestie toelaat tot deelname, voor die ondernemers economisch nadelig is of kan zijn voor zover zij niet geacht worden onder normale marktvoorwaarden te kunnen concurreren. Daarom mogen de lidstaten, met inachtneming van bepaalde waarborgen en beperkingen, een soort beschermde ruimte creëren voor de gunning van overheidsopdrachten waar zulke marktdeelnemers alleen concurreren met marktdeelnemers die in vergelijkbare omstandigheden verkeren.

49. Bij een beschouwing van artikel 20 van richtlijn 2014/24 op zichzelf, wordt duidelijk dat een eerlijk, of zelfs maar bij benadering eerlijk, speelveld tussen zulke marktdeelnemers alleen bereikt kan worden door de ruwe schets van die bepaling nader in te vullen. Wanneer wordt aanvaard dat die ondernemers wegens hun belangrijke maatschappelijke bijdrage niet op normale voet kunnen concurreren, dan moet eveneens worden erkend dat de termen „gehandicapt of kansarm" zeer diverse groepen personen omvatten en dat de personen binnen de subgroepen daarvan over zeer uiteenlopende vaardigheden en productiepotentieel beschikken. Een ondernemer die de integratie van (bijvoorbeeld) een langdurig werkloze wil bevorderen zal dan ook voor heel andere uitdagingen gesteld worden dan een ondernemer die de integratie wil bevorderen van een persoon met een permanente handicap als (bijvoorbeeld) blindheid. Met dit en de in overweging 36 van richtlijn 2014/24 genoemde doelstelling van „het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen" in gedachten, ben ik van oordeel dat het doel van artikel 20 van richtlijn 2014/24 het best ermee gediend is dat de lidstaten de deelname aan voorbehouden procedures aan nadere vereisten mogen binden.

50. Dit wordt des te duidelijker bij een analyse van artikel 20 van richtlijn 2014/24 in de context van zijn voorganger, artikel 19 van richtlijn 2004/18. Artikel 19 van richtlijn 2004/18 stelde aanmerkelijk strengere eisen met betrekking tot de werknemers van de toegelaten deelnemers in voorbehouden procedures, en verlangde dat de meerderheid van de werknemers „personen met een handicap [waren] die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in

[16] Richtlijn 2014/24 werd gelijktijdig vastgesteld met richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1) en richtlijn 2014/25, waarvan respectievelijk artikel 24 en artikel 38 vrijwel woordelijk gelijkluidend zijn aan artikel 20 van richtlijn 2014/24. Richtlijn 2004/18 werd gelijktijdig vastgesteld met richtlijn 2004/17, waarvan artikel 28 vrijwel woordelijk gelijkluidend is aan artikel 19 van richtlijn 2004/18.

normale omstandigheden [konden] uitoefenen", hetgeen de lat aanzienlijk hoger legde, zowel met betrekking tot het minimumpercentage kansarme werknemers als met betrekking tot de ernst en aard van hun achtergesteldheid.

51. Toen de personele werkingssfeer voor voorbehouden opdrachten werd uitgebreid bij richtlijn 2014/24, had de Uniewetgever duidelijk niet een „race to the bottom" voor ogen waarin sociale ondernemingen met een lager percentage minder achtergestelde personen (in overeenstemming met de nieuwe versoepelde vereisten) een sterkere mededingingspositie zouden hebben dan sociale ondernemingen die voldoen aan de strengere vereisten van de oude wetgeving inzake voorbehouden procedures. Gelet op de vooronderstelling van overweging 36 van richtlijn 2014/24 en overweging 28 van richtlijn 2004/18, die de ratio achter het voorbehouden van opdrachten uitleggen (namelijk dat de marktdeelnemers in kwestie mogelijk niet onder normale marktvoorwaarden kunnen concurreren), is dat echter wel de uitkomst die te verwachten valt wanneer een ondernemer die slechts 30 % minder achtergestelde personen in dienst heeft op gelijke voet mag concurreren met marktdeelnemers die voldoen aan de oudere, veel strengere vereisten: laatstgenoemde ondernemers zouden het aandeel minder productieve en waarschijnlijk meest behoeftige werknemers moeten terugbrengen tot 30 %, of moeten toezien hoe de opdrachten die ten behoeve van hen waren voorbehouden, worden gegund aan ondernemers met een veel lichtere sociale last.

52. Benadrukt moet worden dat de lidstaten volgens deze analyse niet naar willekeur ondernemers mogen uitsluiten van hun voorbehouden procedures, en dat dit niet de vraag beantwoordt of de uitsluiting *en bloc* van „zakelijke" bijzondere arbeidscentra van de door het Koninkrijk Spanje voorbehouden procedures wettig is. Dit antwoord dient voornamelijk te worden gevonden aan de hand van de normen en beginselen die zijn vervat in artikel 18 van richtlijn 2014/24.

C. Beperkingen aan de beoordelingsmarge van de lidstaten

1. Toepasselijkheid van artikel 18 van richtlijn 2014/24

53. Het staat de lidstaten niet vrij om naar believen vereisten te stellen aan de deelnemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedures die zij volgens artikel 20 voorbehouden. Op zulke voorbehouden procedures blijven integendeel de bepalingen van richtlijn 2014/24, waaronder artikel 18, van toepassing. Alle opgelegde aanvullende vereisten moeten derhalve artikel 18 en de daarin genoemde beginselen in acht nemen.

54. Deze conclusie vindt steun in de tekst van artikel 20 van richtlijn 2014/24, die geen enkele aanwijzing bevat dat de voorbehouden opdrachten vrijgesteld zouden zijn van de overige bepalingen van de richtlijn, alsmede in de opname van dat artikel in hoofdstuk II, „Algemene regels", van titel I, en niet in afdeling 3, „Uitsluitingen", van hoofdstuk I van titel I, wat de logische plaats zou zijn voor een bepaling die de toepassing van de richtlijn uitsluit.

55. Verder blijkt duidelijk uit de wetsgeschiedenis van de voorganger van artikel 20 van richtlijn 2014/24, te weten artikel 19 van richtlijn 2004/18, dat het niet de bedoeling was de voorbehouden procedures uit te sluiten van de toepassing van de overige bepalingen van die richtlijn.

56. Artikel 19 van richtlijn 2004/18, dat samen met artikel 28 van richtlijn 2004/17 het begrip „voorbehouden opdrachten" heeft geïntroduceerd in het Unierecht inzake overheidsopdrachten, was niet opgenomen in het oorspronkelijke Commissievoorstel voor die richtlijn. Het had zijn oorsprong in amendement 9 van het advies van de Commissie industrie, externe handel, onderzoek en energie van het Europees Parlement van 29 juni 2001 over de voorgestelde richtlijn, dat in zijn oorspronkelijke formulering „opdrachten inzake toelevering, diensten of werkzaamheden" die gegund worden ten behoeve van „sociale werkgelegenheidsregelingen" helemaal van de toepassing van richtlijn 2004/18 zou hebben uitgesloten. [17]

57. Het voorgestelde amendement werd verscheidene malen gewijzigd en voor de verschillende voorgestelde versies van de bepaling werden diverse motiveringen aangedragen, alvorens het zijn definitieve vorm kreeg als artikel 19 van richtlijn 2004/18. In de toelichting op de versie in het „gewijzigde voorstel" dat zij op 6 mei 2002 indiende [18] merkte de Commissie op dat het „voorbehoud geen ontheffing van de toepassing van alle andere voor overheidsopdrachten geldende bepalingen van de richtlijn inhoudt". Dit is ook terug te vinden in de definitieve tekst van richtlijn 2004/18, die de opdrachten in kwestie niet uitzonderde van de toepassing van die richtlijn (wat het oorspronkelijk voorgestelde amendement wel deed), maar enkel bepaalde dat deelname aan de aanbestedingsprocedures voor die opdrachten kon worden voorbehouden aan de bewuste werkplaatsen. De verschillende fasen van het wetgevingsproces die hebben geleid tot de definitieve versie van artikel 19 van richtlijn 2004/18, laten voorts de duidelijke bedoeling van de wetgever zien dat de „voorbehouden opdrachten" onderworpen moesten blijven aan Uniewijde mededinging, in overeenstemming met de overige bepalingen van richtlijn 2004/18 en de „toepasselijke regels van het Verdrag". [19]

58. De diverse argumenten die in de verschillende fasen van het wetgevingsproces werden aangevoerd om de invoeging van deze nieuwe bepaling te rechtvaardigen, alsmede overweging 28 van de uiteindelijke richtlijn, tonen aan dat de bestaansreden voor artikel 19 van richtlijn 2004/18 de vrees was dat de werkplaatsen en werkgelegenheidsprogramma's in kwestie er niet in zouden slagen om „bij normale mededingingsvoorwaarden opdrachten te verwerven". Die werkplaatsen en werkgelegenheidsprogramma's, zo vervolgt de overweging, dragen „op doeltreffende wijze bij tot de integratie of herintegratie van gehandicapten op de arbeidsmarkt". In dat verband vermeldt de overweging ook dat „[b]eroep en werk [...] van fundamenteel belang [zijn] voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen".

59. De wetsgeschiedenis van artikel 19 en overweging 28 van richtlijn 2004/18 maken dus duidelijk dat het doel van de bepaling erin bestond dat de lidstaten aanbestedingsprocedures voor voorbehouden opdrachten mochten gebruiken om bepaalde toegelaten deelnemers opdrachten te gunnen die zij onder normale marktvoorwaarden niet zouden kunnen krijgen, en dat deze voorkeursbehandeling werd gerechtvaardigd door het leveren van een doeltreffende bijdrage tot de integratie of herintegratie van de uiteindelijk beoogde doelgroep van de regeling, namelijk (voor artikel 19 van richtlijn 2004/18) „personen met een handicap [...] die wegens de

[17] Advies van de Commissie juridische zaken en interne markt inzake het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken [COM(2000) 275 – C5-0367/2000 – 2000/0115 (COD)], te raadplegen op https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0378+0+DOC+XML+V0//NL (voor het laatst geraadpleegd op 23 maart 2021).

[18] Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken [COM(2002) 236 def. – 2000/0115 (COD), PB 2002, C 203 E, blz. 210], amendement 36.

[19] Zie bijvoorbeeld het oorspronkelijke amendement 9 en de latere motivering bij compromisamendement 29 van A. P. Vallelersundi, hieronder aangehaald in voetnoot 20. Een compilatie van de wetsgeschiedenis van artikel 19 van richtlijn 2004/18 is te vinden in Hebly, Jan M., *European Public Procurement – Legislative History of the „Classic" Directive 2004/18/EC*, blz. 603 e.v.

aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen". Deze doelstelling maakte deel uit van het hogere doel van „het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen". Het gebruik van voorbehouden opdrachten moest plaatsvinden met inachtneming van alle andere bepalingen van richtlijn 2004/18, waarbij grensoverschrijdende mededinging voor de voorbehouden opdrachten uitdrukkelijk werd overwogen. [20]

60. Richtlijn 2014/24 bracht een aantal wijzigingen aan in de regeling voor „voorbehouden opdrachten". [21] Zo behelst artikel 20 van richtlijn 2014/24 een herformulering en uitbreiding van de aanvankelijk bij artikel 19 van richtlijn 2004/18 aan de lidstaten geboden mogelijkheid om de deelname aan procedures tot gunning van overheidsopdrachten voor te behouden aan bepaalde marktdeelnemers. Vergeleken met artikel 19 van richtlijn 2004/18 behelst artikel 20 van richtlijn 2014/24 een aanzienlijke verruiming van de kring van marktdeelnemers die kunnen worden toegelaten tot procedures voor voorbehouden opdrachten. Die wijzigingen bevatten echter geen enkele aanwijzing dat de Uniewetgever de intentie had om de volgens artikel 20 voorbehouden aanbestedingsprocedures uit te zonderen van de toepassing van de rest van richtlijn 2014/24, of om de sociale verantwoordelijkheid van de afzonderlijke toegelaten deelnemers te verminderen. De personele werkingssfeer van de bepaling is juist uitgebreid doordat meer marktdeelnemers kunnen worden aangemerkt als toegelaten deelnemers, vermoedelijk om het gebruik van dit instrument van sociaal en werkgelegenheidsbeleid te bevorderen en een bredere, ruimer omschreven en talrijkere groep van uiteindelijk begunstigde personen (gehandicapte of kansarme werknemers) te bereiken.

61. De wetsgeschiedenis van richtlijn 2014/24 zelf biedt relatief weinig aanwijzingen voor de uitlegging van artikel 20. Het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) had in zijn advies over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten [COM(2011) 896 definitief] een aantal wijzigingen voorgesteld die evenwel niet zijn overgenomen, waaronder een vereiste dat de „beschutte werkplaatsen en marktdeelnemers die zich hoofdzakelijk richten op integratie in de maatschappij en op de arbeidsmarkt van werknemers met een handicap of kansarme werknemers ‚gesteund moeten worden en hoofdzakelijk uit instellingen zonder winstoogmerk dienen te bestaan'", wat volgens het EESC de preferentiële, geprivilegieerde toegang tot overheidssteun nog meer zou rechtvaardigen. [22]

[20] Zie de motivering bij compromisamendement 29 van A. P. Vallelersundi, waardoor de voorgestelde tekst de gunning van opdrachten aan sociale werkplaatsen en regelingen niet langer uitsluit, maar het concept introduceert om deze voor te behouden: „Ook moet ervoor worden gezorgd dat [dergelijke] opdrachten […] openstaan voor sociale werkplaatsen overal in de [Unie], en niet in de praktijk neerkomen op regionale of plaatselijke preferenties." Deze zienswijze is impliciet overgenomen in de toelichting van de Commissie bij amendement 36 in haar gewijzigde voorstel voor een richtlijn: „Dit amendement kan worden aanvaard na wijziging om nog duidelijker te maken dat [het] voorbehoud geen ontheffing van de toepassing van alle andere voor overheidsopdrachten geldende bepalingen van de richtlijn inhoudt."

[21] Naast de wijzigingen in artikel 20 introduceerde richtlijn 2014/24 in hoofdstuk I, „Sociale diensten en andere specifieke diensten" (artikelen 74-77), van titel III, „Bijzondere aanbestedingsregelingen", een ander soort voorbehouden opdrachten voor bepaalde diensten voor gezondheidszorg en sociale en culturele diensten. Die regeling moet worden onderscheiden van de bepalingen waar het in de onderhavige zaak om gaat en staat daar los van, maar het is mogelijk dat de Spaanse wetgever als model voor het vereiste van „herinvestering van winst" in de Spaanse wet heeft gekeken naar artikel 77, lid 2, onder b).

[22] Punten 4.10 en 4.11 van het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten [COM(2011) 895 definitief – 2011/0439 (COD)], het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten [COM(2011) 896 definitief – 2011/0438 (COD)] en het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten [COM(2011) 897 definitief – 2011/0437 (COD)] (PB 2012, C 191, blz. 84).

2. Algemene opmerkingen over artikel 18 van richtlijn 2014/24

62. Artikel 18 van richtlijn 2014/24, met het opschrift „Aanbestedingsbeginselen", bepaalt in de eerste alinea van lid 1 dat de aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en dat ze moeten handelen op „proportionele wijze". Dit is, in wezen, een herhaling van de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid, die ook zonder de aangehaalde bepaling van toepassing zouden zijn. [23] De tweede alinea van artikel 18, lid 1, bepaalt: „Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel 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." Hoewel de feiten van het hoofdgeding uitsluitend Spaanse actoren lijken te betreffen, moet in gedachten worden gehouden dat richtlijn 2014/24 de beginselen van gelijke behandeling van inschrijvers en evenredigheid alsook het verbod van vervalsing van de mededinging uitbreidt tot interne situaties. [24]

63. In de onderhavige zaak heeft het Koninkrijk Spanje wetgeving vastgesteld die een groot deel van een specifieke sector, namelijk de zakelijke bijzondere arbeidscentra, *en bloc* lijkt uit te sluiten van de door die lidstaat voorbehouden aanbestedingsprocedures. Die wetgeving behoudt die opdrachten voorts exclusief voor aan een andere subcategorie van bijzondere arbeidscentra, namelijk de „bacmi's", en zet een ogenschijnlijk aanzienlijk deel van de overheidsopdrachten opzij voor voorbehouden procedures.

64. Dit doet tamelijk voor de hand liggende vragen rijzen betreffende de verenigbaarheid met de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid en het verbod om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

3. Artikel 18 van richtlijn 2014/24 en het beginsel van gelijke behandeling

65. Het beginsel van gelijke behandeling is volgens vaste rechtspraak een van de grondbeginselen van het Unierecht [25], die de lidstaten bij de uitvoering van het Unierecht binden. Dit beginsel, dat een van de fundamentele rechten is waarvan het Hof de eerbiediging verzekert [26], vereist dat gelijksoortige of vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. [27] Het beginsel van gelijke behandeling moet, als algemeen Unierechtelijk beginsel, door de lidstaten in acht worden genomen wanneer zij Unierechtelijke regels ten uitvoer leggen. De lidstaten zijn bijgevolg gehouden deze regelingen zo veel mogelijk toe te passen in overeenstemming met de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de fundamentele rechten in de rechtsorde van de Unie. [28]

[23] Deze bepaling is een uitbreiding ten opzichte van de voorganger ervan, artikel 2 van richtlijn 2004/18, dat alleen een gelijke en niet-discriminerende behandeling van de ondernemers en transparantie voorschreef, maar evenredigheid niet noemde.

[24] Zie dienaangaande de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Grupo Hospitalario Quirón (C-552/13, EU:C:2015:394, punten 40 e.v.) over artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18 betreffende gelijke toegang voor inschrijvers en de afwezigheid van ongerechtvaardigde belemmeringen van de mededinging in de context van technische specificaties.

[25] Arresten van 19 oktober 1977, Ruckdeschel e.a. (117/76 en 16/77, EU:C:1977:160, punt 7); 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punt 23), en 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punt 85).

[26] Arresten van 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punt 32), en 17 januari 2008, Velasco Navarro (C-246/06, EU:C:2008:19, punt 32).

[27] Arresten van 25 november 1986, Klensch e.a. (201/85 en 202/85, EU:C:1986:439, punt 9); 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punt 85).

[28] Arrest van 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punt 30). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Wall (C-91/08, EU:C:2009/659, punten 35 en 36).

66. Op het gebied van het Unierecht inzake overheidsopdrachten heeft het beginsel van gelijke behandeling specifiek uitdrukking gevonden in het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers, dat vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. [29] Zoals advocaat-generaal Bot opmerkte in zijn conclusie in de zaak Wall [30] beoogt het beginsel van gelijke behandeling de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen. De eerbiediging van dit beginsel moet een objectieve vergelijking van de offerten garanderen en dit beginsel moet in alle fasen van de procedure in acht worden genomen. Met andere woorden, alle potentiële inschrijvers moeten de regels van het spel kennen en deze regels moeten gelijkelijk gelden voor elk van hen.

67. Uitsluiting van een groep potentiële inschrijvers van door een lidstaat voorbehouden procedures ten gunste van een andere groep inschrijvers, zoals de Spaanse uitsluiting van de zakelijke bijzondere arbeidscentra ten gunste van de bacmi's, is derhalve alleen toelaatbaar wanneer de twee groepen potentiële inschrijvers niet in gelijksoortige of vergelijkbare situaties verkeren, of wanneer het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is.

68. Het is aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om uitspraak te doen over de feiten in het hoofdgeding, om na te gaan of de „zakelijke" bijzondere arbeidscentra en de bacmi's in gelijksoortige of vergelijkbare situaties verkeren en of het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. De „zakelijke" bijzondere arbeidscentra lijken voorheen dezelfde maatschappelijke taken te hebben vervuld, en nu nog steeds te vervullen, als die welke worden verlangd van de bacmi's. Het komt dus op het eerste gezicht niet onredelijk voor om te concluderen dat deze beide groepen bijzondere arbeidscentra in een gelijksoortige of vergelijkbare situatie verkeren wat betreft hun capaciteit om de taak van het bevorderen van de sociale en beroepsmatige integratie van gehandicapte of kansarme personen te vervullen. Tegelijkertijd zijn er verschillen in de organisatie van de „zakelijke" bijzondere arbeidscentra en de bacmi's, met name op het vlak van het non-profitkarakter van de laatste en het herinvesteringsvereiste, die steun bieden aan de conclusie dat de twee soorten entiteiten niet in gelijksoortige of vergelijkbare situaties verkeren of dat een eventueel verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. Uiteindelijk is dit een vaststelling die de uitlegging van de toepasselijke Spaanse wet vereist, hetgeen is voorbehouden aan de verwijzende rechter.

4. Artikel 18 van richtlijn 2014/24 en het evenredigheidsbeginsel

69. Zoals het Hof in zijn rechtspraak heeft geoordeeld, heeft nationale wetgeving inzake aanbestedingsprocedures in het algemeen tot doel de gelijke behandeling van inschrijvers te waarborgen. Volgens het evenredigheidsbeginsel mag zulke wetgeving dan ook niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van die doelstelling. [31]

70. Wanneer een lidstaat nationale wetgeving vaststelt tot uitvoering van artikel 20 van richtlijn 2014/24 en daarbij aanbestedingsprocedures voor „voorbehouden opdrachten" opzijzet ten behoeve van aanbieders van beschermde arbeid, heeft die wetgeving een minstens tweeledig doel:

[29] Arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36).

[30] C-91/08, EU:C:2009/659, punt 38.

[31] Zie in die zin arresten van 8 februari 2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78, punt 32); 2 mei 2019, Lavorgna (C-309/18, EU:C:2019:350, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punt 45), en 14 mei 2020, T-Systems Magyarország (C-263/19, EU:C:2020:373, punt 71).

de in het vorige punt genoemde gelijke behandeling van inschrijvers en het sociaal en werkgelegenheidsbeleid om opdrachten beschikbaar te stellen voor aanbieders van beschermde arbeid.

71. Evenals bij het beginsel van gelijke behandeling is het aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om uitspraak te doen over de feiten in het hoofdgeding, om na te gaan of het opleggen van aanvullende vereisten inderdaad een gepast middel is ter verwezenlijking van de door de lidstaat nagestreefde legitieme sociale doelstellingen, te weten een zo groot mogelijke integratie of herintegratie van gehandicapte of kansarme personen te bewerkstelligen, en zo ja, of die vereisten niet verder gaan dan noodzakelijk is om die doelstelling te bereiken.

72. Mijns inziens kan een vereiste dat de deelnemers in voorbehouden aanbestedingsprocedure georganiseerd moeten zijn als, of in handen moeten zijn van, een entiteit zonder winstoogmerk of dat zij de uit voorbehouden opdrachten gemaakte winst moeten herinvesteren, heel goed worden beschouwd als passend middel om het legitieme doel van sociale en beroepsmatige integratie van gehandicapte of kansarme personen te bereiken. Geen van die vereisten staat los van het beding in artikel 20, lid 1, dat de toegelaten ondernemers (anders dan de „sociale werkplaatsen") „de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel" moeten hebben. Een entiteit met een winstoogmerk heeft in het algemeen onder meer tot „doel" om winst te maken voor de eigenaars ervan. Het is niet per se onredelijk om te menen dat dit afdoet aan de focus op het sociale doel. Het vereiste dat een toegelaten deelnemer geen winstoogmerk heeft of in handen is van een entiteit zonder winstoogmerk, lijkt dan ook een legitiem doel te dienen. Voor het vereiste dat winst opnieuw wordt geïnvesteerd in dezelfde of soortgelijke sociale ondernemingen die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben, geldt dit nog duidelijker, en met het oog op de te voorziene overdracht van overheidsgelden die inherent is aan het gebruik van voorbehouden procedures (die hun bestaansrecht immers ontlenen aan het feit dat de toegelaten deelnemers bij normale prijs-kwaliteitverhoudingen niet concurrerend zijn, wat impliceert dat de aanbestedende diensten waarschijnlijk te veel betalen voor de opdrachten die worden geplaatst via zulke procedures), lijkt een vereiste dat de gemaakte winst opnieuw wordt geïnvesteerd ten behoeve van de sociale doelstellingen in kwestie, bij uitstek geschikt.

73. Het 70 %-vereiste in de Spaanse wetgeving betreffende het aantal werkzame personen draagt vanzelfsprekend eveneens bij tot verwezenlijking van het uiteindelijke doel van het voorbehouden van aanbestedingsprocedures, namelijk „de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen". [32]

74. Ik acht deze vereisten derhalve geschikt om de gewenste uitkomst te bereiken. Het vereiste dat de bijzondere arbeidscentra een bepaalde rechtsvorm als organisatie zonder winstoogmerk hebben, of dat er sprake is van een bepaalde eigendomsstructuur, lijkt mij echter verder te gaan dan noodzakelijk is om die doelstellingen te bereiken. Het is moeilijk in te zien hoe de uitsluiting van een grote subgroep van ondernemers die zich voorheen inzetten, zich nog steeds inzetten, en voornemens zijn zich te blijven inzetten voor exact die sociale doelen en die bevolkingsgroep, louter vanwege de rechtsvorm van die ondernemers of hun uiteindelijke eigenaars, niet verder zou gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de legitieme doelstelling van sociale en professionele integratie of herintegratie van gehandicapten of kansarmen. Dit geldt a fortiori wanneer het vereiste van herinvestering van de winst in stand blijft.

[32] Overweging 36 van richtlijn 2014/24.

75. Onder het voorbehoud van de bevindingen van de verwijzende rechter, ben ik derhalve van mening dat vereisten met betrekking tot de rechtsvorm of eigendomsstructuur van de ondernemers die door een lidstaat worden toegelaten als deelnemers in voorbehouden aanbestedingsprocedures, zoals de onderhavige Spaanse vereisten in het hoofdgeding, niet in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.

5. Artikel 18 van richtlijn 2014/24 en het verbod op het kunstmatig beperken van de mededinging

76. Volgens artikel 18, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 worden overheidsopdrachten niet opgesteld met het doel om de mededinging kunstmatig te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is opgezet met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

77. Het is duidelijk dat bacmi's door de onderhavige Spaanse wetgeving worden bevoordeeld en de zakelijke bijzondere arbeidscentra benadeeld. Dit is kennelijk ook doelbewust zo. De tweede alinea van artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 verbiedt het doelbewust bevoordelen of benadelen echter niet zonder meer. Het verbod geldt alleen voor wanneer het doel erin bestaat om bepaalde ondernemers „ten onrechte" te bevoordelen of te benadelen.

78. Het Hof heeft de betekenis van „ten onrechte" (of „kunstmatig") in de context van artikel 18 van richtlijn 2014/24 nog niet verduidelijkt. Enige aanwijzingen voor de uitlegging van die begrippen kunnen echter worden ontleend aan de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid. Hoewel de begrippen van gelijke behandeling en „niet-kunstmatige beperking van de mededinging" duidelijk verschillend zijn, impliceert een „bevoordelen" of „benadelen" van één of meer ondernemer(s) ten opzichte van één of meer ander(e) een verschil in behandeling. Een vorm van „bevoordelen" of „benadelen" die „ten onrechte" plaatsvindt en tegelijkertijd „objectief gerechtvaardigd" is, of andersom, is moeilijk voor te stellen; die twee onderscheiden begrippen lijken elkaar dus enigszins te overlappen. Ook wat betreft de verhouding tussen kunstmatige beperking van de mededinging en evenredigheid is het moeilijk voor te stellen hoe een „terecht" bevoordelen of benadelen van één of meer ondernemer(s) ten opzichte van één of meer ander(e) verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde legitieme doelstellingen te bereiken. Kunstmatige beperking van de mededinging en schending van het evenredigheidsbeginsel lijken dus ook onderling enigszins te overlappen.

79. Het lijkt misschien verleidelijk om „kunstmatige beperking van de mededinging" louter te definiëren aan de hand van de twee in het vorige punt genoemde beginselen. Het verbod op het kunstmatig beperken van de mededinging in de tweede alinea van artikel 18, lid 1, zou echter overbodig zijn indien het alleen betrekking had op gedrag dat reeds wordt verboden door de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid. Het verbod op het kunstmatig beperken van de mededinging moet daarom naar mijn mening ruimer worden opgevat.

80. Zoals reeds besproken in de context van het evenredigheidsbeginsel in punt 74 hierboven, lijkt de beperking van de mededinging ten gevolge van de uitsluiting van de zakelijke bijzondere arbeidscentra uit de door het Koninkrijk Spanje voorbehouden procedures niet evenredig te zijn aan een legitiem doel, voor zover het gaat om het vereiste dat de ondernemers in kwestie de vorm van een entiteit zonder winstoogmerk hebben of uiteindelijk in handen zijn van entiteiten zonder winstoogmerk. Ongeacht de precieze reikwijdte van het verbod op het kunstmatig beperken van de mededinging, lijkt dit vereiste me daar een inbreuk op. Het is uiteindelijk echter een taak voor de verwijzende rechter om te oordelen of er in de onderhavige zaak sprake is van een doelbewuste en onterechte bevoordeling en/of benadeling.

81. Wat het herinvesteringsvereiste betreft: dit zou naar mijn mening beschouwd kunnen worden als een kunstmatige beperking van de mededinging, zelfs bij aanvaarding van mijn analyse dat het voldoet aan de maatstaven van gelijke behandeling en evenredigheid. Indien het vereiste namelijk niet alleen is opgelegd ter bevordering van het legitieme doel van de sociale en professionele integratie van gehandicapte of kansarme personen, maar tegelijkertijd ook doelbewust is opgesteld om één groep van potentiële inschrijvers te bevoordelen ten koste van een andere groep, om redenen die geen verband houden met het nagestreefde legitieme doel[33], dan zou dit mijns inziens beschouwd moeten worden als een onterechte bevoordeling en benadeling van de respectieve groepen en als een kunstmatige beperking van de mededinging. Het is aan de verwijzende rechter om uit te maken of dit het geval is.

IV. Conclusie

82. Ik geef het Hof derhalve in overweging om de verwijzende rechter als volgt te antwoorden:

„Artikel 20 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten verzet zich niet tegen nationale wetgeving waarbij voor het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten die uit hoofde van dat artikel zijn voorbehouden, nog andere voorwaarden worden gesteld dan die welke in dat artikel zijn omschreven.

Dergelijke aanvullende voorwaarden moeten evenwel voldoen aan alle toepasselijke Unierechtelijke vereisten, waaronder artikel 18 van richtlijn 2014/24 en de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid, en mogen de mededinging niet kunstmatig beperken.

In dat verband lijkt de voorwaarde dat alleen ondernemers die entiteiten zonder winstoogmerk zijn, of geheel of gedeeltelijk in handen zijn van entiteiten zonder winstoogmerk, kunnen deelnemen aan aanbestedingsprocedures voor voorbehouden opdrachten, op het eerste gezicht verder te gaan dan noodzakelijk is om de legitieme doelstelling van bevordering van de sociale en professionele integratie van gehandicapten en kansarmen te verwezenlijken.

De doelbewuste uitsluiting van een grote groep ondernemers om redenen die geen verband houden met de legitieme doelstelling van bevordering van de sociale en professionele integratie van gehandicapten en kansarmen lijkt, op het eerste gezicht, een kunstmatige beperking van de mededinging te vormen."

[33] Zulke redenen zouden kunnen voortkomen uit, puur als voorbeeld, een ideologisch of politiek gemotiveerde wens om één groep of één vorm van ondernemingen te bevoordelen ten koste van een andere.