CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 13 december 2017 [1]

Zaak C-9/17

Maria Tirkkonen
in tegenwoordigheid van:
Maaseutuvirasto

[verzoek van de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële vraag – Richtlijn 2004/18/EG – Procedure voor de gunning van overheidsopdrachten voor landbouwadviesdiensten – Bestaan van een overheidsopdracht – Systeem voor de aankoop van diensten door middel van opdrachten op grond van een raamovereenkomst dat openstaat voor elke ondernemer die voldoet aan vooraf vastgestelde voorwaarden – Systeem dat achteraf niet openstaat voor andere ondernemers”

1. De steun voor plattelandsontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (Elfpo) omvat onder meer de steun voor het verrichten van adviesdiensten voor landbouwers. De nationale autoriteiten selecteren de adviseurs die hun professioneel advies aan die landbouwers moeten aanbieden door middel van procedures die in beginsel openstaan voor personen die voldoen aan de eisen om die taak uit te voeren.

2. In het kader van een van die selectieprocedures heeft Maria Tirkkonen verzocht om te worden opgenomen in de lijst van plattelandsadviseurs, door het voorgeschreven formulier in te vullen. Zij heeft evenwel niet het punt ingevuld waarin zij moest vermelden of zij „de in het ontwerpraamcontract opgenomen voorwaarden” aanvaardde. Dit heeft ertoe geleid dat haar inschrijving is afgewezen door de aanbestedende dienst.

3. Blijkens de verwijzingsbeslissing zou dat verzuim kunnen worden hersteld indien de nationale wet tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de burgers werd toegepast. Aangezien die tekortkoming onder de nationale wet inzake overheidsopdrachten valt, lijkt zij echter onomkeerbaar te zijn. Dat is althans wat zowel de Finse overheid als de rechter in eerste aanleg – die haar besluit heeft bevestigd – heeft verklaard.

4. In deze context wenst de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland) kortom te vernemen of het litigieuze mechanisme voor de selectie van plattelandsadviseurs een „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18/EG [2] betreft.

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).

5. Bij de beantwoording van zijn vraag moet rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof over dat begrip in de zaak Falk Pharma[3], die volgens mij voldoende aanwijzingen bevat voor de beslechting van het geding.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2004/18

6. Artikel 1, met als opschrift „Definities", bepaalt:

„[…]

2.

a) ‚Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

[…]

5. Een ‚raamovereenkomst' is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.

[…]"

7. Artikel 32, met als opschrift „Raamovereenkomsten", bepaalt:

„[…]

2. Met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst volgen de aanbestedende diensten de in deze richtlijn bedoelde procedureregels in alle fasen tot de gunning van de opdrachten die op deze raamovereenkomst zijn gebaseerd. De partijen bij de raamovereenkomst worden gekozen met toepassing van de overeenkomstig artikel 53 opgestelde gunningscriteria.

Opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst, worden gegund volgens de in de leden 3 en 4 vermelde procedures. Die procedures zijn slechts van toepassing tussen de aanbestedende diensten en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren.

Bij de gunning van opdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd, mogen de partijen in geen geval substantiële wijzigingen aanbrengen in de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden, met name in het in lid 3 bedoelde geval.[…]

3 Arrest van 2 juni 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399; hierna: „arrest Falk Pharma").

4. Als er een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers, dienen dat er minimaal drie te zijn, voor zover het aantal ondernemers dat aan de selectiecriteria voldoet, en/of het aantal inschrijvingen dat aan de gunningscriteria voldoet, voldoende groot is.Opdrachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers kunnen worden gegund:

– hetzij door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen;

– hetzij, wanneer niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, door de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen onder dezelfde voorwaarden, die indien nodig worden gepreciseerd, en, in voorkomend geval, onder andere, in het bestek van de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, volgens de onderstaande procedure:

  a) voor elke te plaatsen opdracht raadplegen de aanbestedende diensten schriftelijk de ondernemers die in staat zijn de opdracht uit te voeren;

  b) de aanbestedende diensten stellen een voldoende lange termijn vast voor de indiening van inschrijvingen voor elke specifieke opdracht, rekening houdend met elementen zoals de complexiteit van het voorwerp van de opdracht en de benodigde tijd voor de toezending van de inschrijvingen;

  c) de inschrijvingen worden schriftelijk ingediend en de inhoud ervan moet vertrouwelijk blijven totdat de vastgestelde indieningstermijn is verstreken;

  d) de aanbestedende diensten gunnen elke opdracht aan de inschrijver die op grond van de in het bestek van de raamovereenkomst vastgestelde gunningscriteria de beste inschrijving heeft ingediend."

8. Artikel 53, met als opschrift „Gunningscriteria", luidt:

„1. Onverminderd de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten, zijn de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een overheidsopdracht gunnen:

  a) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving plaatsvindt, verschillende criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering;

  b) hetzij alleen de laagste prijs.

2. Onverminderd de bepalingen van de derde alinea van dit lid, specificeert in het in lid 1, onder a), bedoelde geval de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek of, bij de concurrentiegerichte dialoog, in het beschrijvende document, het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk van de door hem gekozen criteria voor de bepaling van de economisch voordeligste inschrijving.

Dit gewicht kan worden uitgedrukt in een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

Wanneer volgens de aanbestedende dienst om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek of, bij de concurrentiegerichte dialoog, in het beschrijvende document, de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid."

2. Verordening (EU) nr. 1305/2013

9. Artikel 15, lid 3, van verordening (EU) nr. 1305/2013[4] bepaalt:

„De autoriteiten of de organisaties die worden geselecteerd om advies te verstrekken, beschikken over hiertoe gekwalificeerd en geregeld opgeleid personeel, en over ervaring en betrouwbaarheid op de gebieden waarover advies wordt verstrekt. De begunstigden van deze maatregel worden geselecteerd door middel van aanbestedingen. De selectieprocedure valt onder de wetgeving inzake overheidsopdrachten en staat open voor zowel publieke als private organisaties. De selectieprocedure is objectief en sluit kandidaten met belangenconflicten uit.

[…]"

3. Uitvoeringsverordening (EU) nr. 808/2014

10. Artikel 7 van uitvoeringsverordening (EU) nr. 808/2014[5] luidt:

„De in artikel 15, lid 3, van verordening (EU) nr. 1305/2013 bedoelde aanbestedingen volgen de toepasselijke voorschriften van de Unie en de lidstaten voor openbare aanbestedingen. Zij houden terdege rekening met de mate waarin de aanvragers over de in dat artikel bedoelde kwalificaties beschikken."

B. Nationaal recht

11. Richtlijn 2004/18 is in Fins recht omgezet bij de wet inzake overheidsopdrachten (wet 348/2007).

12. § 45, eerste alinea, van de wet inzake de uitvoering van landbouwsubsidies (wet 192/2003, zoals gewijzigd bij wet 501/2014) bepaalt dat de adviseurs met inachtneming van de voorschriften van de wet inzake overheidsopdrachten worden geselecteerd voor een periode die duurt tot de afloop van het plattelandsontwikkelingsprogramma voor het Finse vasteland 2014-2020.

13. Volgens § 45, tweede alinea, van de wet inzake de uitvoering van landbouwsubsidies kan een adviseur slechts worden geselecteerd en toegelaten, indien hij beschikt over voldoende technische kennis met betrekking tot de inhoud en de omvang van het door hem te verstrekken advies. Voorts moet hij aan de geschiktheidseisen voldoen.

4 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 inzake steun voor plattelandsontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (Elfpo) en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1698/2005 van de Raad (PB 2013, L 347, blz. 487).

5 Verordening van de Commissie van 17 juli 2014 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen voor verordening (EU) nr. 1305/2013 van het Europees Parlement en de Raad inzake steun voor plattelandsontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (Elfpo) (PB 2014, L 227, blz. 18).

II. Feiten

14. Op 16 september 2014 heeft het Maaseutuvirasto (Fins agentschap voor het platteland) een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven teneinde een raamovereenkomst te sluiten voor adviesdiensten voor landbouwers voor de periode van 2015 tot en met 2020.

15. In de aankondiging werd vermeld dat de procedure voor publieke en private adviseurs openstond en tot doel had dienstverrichters te vinden die voldeden aan de eisen van artikel 15, lid 3, van verordening nr. 1305/2013 en artikel 13, lid 1, van verordening (EU) nr. 1306/2013 [6] en over ervaring op het gebied van adviesverstrekking beschikten.

16. Het selectiesysteem was gebaseerd op een raamovereenkomst overeenkomstig de wet inzake overheidsopdrachten, zodat de dienstverrichters via de openbare procedure van § 65 van die wet in die raamovereenkomst zouden worden opgenomen.

17. In de raamovereenkomst waren de belangrijkste voorwaarden van de dienstverrichting vastgelegd. De latere opdrachten zouden zonder afzonderlijke aanbestedingsprocedure zodanig worden gegund dat een landbouwer/grondbeheerder die om advies verzocht, dat advies ontving van de persoon die volgens hem het best aan zijn behoeften voldeed. In beginsel zou worden gebruikgemaakt van diensten in de naaste omgeving, maar in gemotiveerde gevallen zou ook op andere adviseurs een beroep kunnen worden gedaan.

18. De adviseurs zouden een vergoeding op uurbasis ontvangen die voor rekening van het Maaseutuvirasto zou komen (met uitzondering van de btw, die zou moeten worden betaald door de landbouwer aan wie het advies werd verstrekt).

19. Rekening houdend met de vraag naar adviesdiensten werden alle adviseurs toegelaten die voldeden aan de in de bijlagen bij de raamovereenkomst gestelde geschiktheidseisen en minimumeisen. Bovendien moesten de gegadigden slagen voor een specifiek examen dat deel uitmaakte van de selectieprocedure.

20. Bij besluit van 18 december 2014 heeft het Maaseutuvirasto de inschrijving van Tirkkonen uitgesloten, omdat Tirkkonen punt 7, „Inachtneming van de vormvereisten voor de inschrijving en de voorwaarden van de aanbesteding", van het formulier (bijlage 2 bij de oproep tot inschrijving), niet had ingevuld. In dat punt had Tirkkonen, door „ja" of „neen" aan te kruisen, moeten vermelden of zij „de voorwaarden van het aan de oproep tot inschrijving gehechte ontwerpraamcontract" aanvaardde.

21. Tirkkonen heeft het besluit van het Maaseutuvirasto bij de Markkinaoikeus (handelsrechter, Finland) aangevochten op grond dat het niet ging om het plaatsen van een overheidsopdracht. Bijgevolg was niet de wet inzake overheidsopdrachten van toepassing, maar wel de wet bestuursrecht, zodat het Maaseutuvirasto verplicht was haar te verzoeken haar inschrijvingsdossier aan te vullen.

22. Nadat de Markkinaoikeus haar vordering op 7 september 2015 had afgewezen, heeft Tirkkonen hoger beroep ingesteld bij de Korkein hallinto-oikeus, die de prejudiciële vraag stelt.

6 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 inzake de financiering, het beheer en de monitoring van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en tot intrekking van verordeningen (EEG) nr. 352/78, (EG) nr. 165/94, (EG) nr. 2799/98, (EG) nr. 814/2000, (EG) nr. 1290/2005 en (EG) nr. 485/2008 van de Raad (PB 2013, L 347, blz. 549).

23. Volgens de verwijzingsbeslissing moet worden uitgemaakt of „het bij het systeem van het Maaseutuvirasto betreffende een adviesdienst gaat om een overheidsopdracht die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 en derhalve ook van de nationale wet inzake overheidsopdrachten valt”. [7]

III. Prejudiciële vraag

24. De prejudiciële vraag luidt als volgt:

„Moet artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat de definitie van ‚overheidsopdrachten’ in de zin van die richtlijn een gunningssysteem omvat

– waarmee een openbare instelling beoogt voor een van tevoren beperkte looptijd diensten op de markt te verkrijgen, door onder de voorwaarden van een aan de oproep tot inschrijving gehecht ontwerpraamcontract overeenkomsten te sluiten met alle ondernemers die voldoen aan de in het aanbestedingsdossier vastgestelde afzonderlijk genoemde eisen inzake de geschiktheid van de inschrijver en de aangeboden dienst en die slagen voor een in de oproep tot inschrijving nader beschreven examen, en

– waartoe gedurende de looptijd van het contract niet meer kan worden toegetreden?”

IV. Procedure bij het Hof en standpunten van partijen

25. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij de griffie van het Hof ingekomen op 9 januari 2017. Tirkkonen, de Finse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Het houden van een terechtzitting werd niet noodzakelijk geacht.

26. Tirkkonen betoogt dat van de drie fasen waaruit elke aanbestedingsprocedure bestaat (beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers, beoordeling van de overeenstemming van de inschrijvingen met de oproep tot mededinging en selectie van een inschrijving aan de hand van het criterium van de laagste prijs of de kosteneffectiviteit), in de onderhavige procedure de derde fase niet is doorlopen, aangezien de inschrijvingen niet met elkaar zijn vergeleken en de selectie van de dienstverrichter door de landbouwer diende te gebeuren. Zij onderstreept in het bijzonder dat de 140 aanvankelijk geselecteerde adviseurs het examen hebben afgelegd en dat 138 van die adviseurs voor dat examen zijn geslaagd, maar dat die adviseurs op grond van dit examen niet echt kunnen worden gerangschikt naar verdienste. Aangezien er geen selectie tussen de ontvangen inschrijvingen heeft plaatsgevonden, is het bestaan van een overheidsopdracht uitgesloten.

27. De Finse regering benadrukt het belang van de in het arrest Falk Pharma ontwikkelde rechtspraak, maar wijst erop dat in casu nieuwe inschrijvers niet te allen tijde tot het systeem kunnen toetreden. Volgens haar komt dat systeem in de buurt van het begrip overheidsopdracht, doordat de aanbestedende dienst „aan de dienstverrichters talrijke precieze eisen oplegt die niet op de wetgeving zijn gebaseerd” [8]. De toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten wordt gerechtvaardigd door de noodzaak ervoor te zorgen dat de selectiecriteria op niet-discriminerende wijze worden vastgesteld.

7 De verwijzende rechter benadrukt dat nagaan of het Maaseutuvirasto „heeft gehandeld overeenkomstig de regels inzake openbare aanbesteding”, niet het voorwerp van de prejudiciële verwijzing vormt (punt 8 van de verwijzingsbeslissing). In ieder geval kan het van belang zijn erop te wijzen dat, indien richtlijn 2004/18 van toepassing was, daaruit kan worden afgeleid dat de aanbestedende dienst op het gebied van overheidsopdrachten de correctie van formele onregelmatigheden kan toestaan die niet de indiening van een nieuwe inschrijving impliceert of de voorwaarden van de oorspronkelijke inschrijving aanzienlijk wijzigt. Op dit punt verwijs ik naar mijn conclusie in de zaak MA.T.I. SUD en DUEMMESGR (C-523/16 en C-536/16, EU:C:2017:868).

8 Punt 22 van de schriftelijke opmerkingen.

28. Voorts voert de Finse regering aan dat van de 163 ontvangen inschrijvingen er slechts 140 voorwaardelijk werden toegelaten, waarvan er 138 definitief zijn toegelaten. Hieruit blijkt het selectieve karakter van de procedure en de wens van de aanbestedende dienst om alleen de beste inschrijvingen te aanvaarden, alsook het afschrikkende karakter van de aan de inschrijvers opgelegde voorwaarden.

29. Ten slotte impliceert de looptijd van zes jaar van het systeem volgens de Finse regering dat in deze periode geen nieuwe adviseurs kunnen worden toegelaten. Hierdoor onderscheidt de litigieuze procedure zich van een gewoon vergunningstelsel.

30. De Commissie is van mening dat de in de oproep tot mededinging gestelde specifieke eisen inzake de geschiktheid van de inschrijver en inzake de dienst, zoals uiteengezet door de verwijzende rechter, geen gunningscriterium maar slechts een selectiecriterium vormen.

31. Volgens de Commissie bevatte de procedure geen gunningscriteria en kon het Maaseutuvirasto een door een landbouwer gekozen bekwame adviseur niet uitsluiten of weigeren. Kortom, in de procedure zijn alleen selectiecriteria gebruikt.

32. Bijgevolg stelt de Commissie dat de zaak vergelijkbaar is met de zaak die heeft geleid tot het arrest Falk Pharma, dat steun vindt in richtlijn 2014/24/EU[9]. Volgens haar maakt het weinig uit dat geïnteresseerde partijen niet te allen tijde tot het systeem kunnen toetreden, aangezien het ontbreken van een selectie voldoende reden is om de kwalificatie als overheidsopdracht uit te sluiten.

V. Beoordeling

33. Volgens de verwijzende rechter heeft de Finse overheid een programma opgestart dat is gebaseerd op verordening nr. 1305/2013, waarvan artikel 15, lid 3, bepaalt dat de procedure voor de selectie van de verrichters van adviesdiensten onder de wetgeving inzake overheidsopdrachten valt. Derhalve moet de prejudiciële vraag worden beantwoord op basis van die wetgeving.

34. Ik ben van mening dat die verwijzing naar de wetgeving inzake overheidsopdrachten aldus moet worden uitgelegd dat de procedure voor de selectie van de plattelandsadviseurs moet voldoen aan de beginselen (van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie) die in dat deel van de rechtsorde gelden. Volgens mij gaat het niet om een eis die inhoudt dat alle bepalingen van de Unierichtlijnen inzake overheidsopdrachten moeten worden toegepast.

35. In concreto wenst de verwijzende rechter te vernemen of een systeem als in casu aan de orde is, „binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18” valt. Ik herinner eraan dat dit systeem ertoe strekt een onbeperkt aantal personen te vinden om landbouwadvies te verstrekken aan landbouwers, waarbij die personen worden geselecteerd volgens een procedure die voldoet aan de in een raamovereenkomst gestelde voorwaarden en waaraan alle personen mogen deelnemen die voldoen aan de in het bestek bepaalde voorwaarden en die slagen voor een examen. Het systeem heeft een beperkte looptijd gedurende welke geen nieuwe adviseurs ertoe kunnen toetreden.

36. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens kan worden opgemaakt, zoals de Commissie benadrukt[10], dat op het eerste gezicht de kenmerken van de in artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 omschreven opdrachten voorhanden lijken te zijn. Het gaat immers om een in het kader van een raamovereenkomst tussen een ondernemer (de adviseur) en een aanbestedende dienst (het Maaseutuvirasto) gesloten schriftelijke overeenkomst die betrekking heeft op het verrichten van

9 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

10 Punten 27 en 28 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

diensten onder bezwarende titel. Dit laatste blijkt in het bijzonder uit het feit dat – volgens de verwijzende rechter [11] – de adviesdiensten, natuurlijk, ten goede komen aan de landbouwer die ze ontvangt, maar ook aan het Maaseutuvirasto dat ervoor betaalt en in naam waarvan ze worden verricht in het kader van zijn administratieve bevoegdheden.

37. Evenwel zij eraan herinnerd dat volgens het Hof „[d]e keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, […] een element [is] dat intrinsiek verbonden is met de bij […] richtlijn [2004/18] ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip ‚overheidsopdracht' in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan". [12]

38. Ik denk niet dat die in het arrest Falk Pharma gevolgde benadering buitensporig restrictief is. Zij komt erop neer dat in het geval van de overheidsopdrachten waarop richtlijn 2004/18 van toepassing is, er uiteindelijk sprake moet zijn van een eindbegunstigde die boven de overige mededingers wordt verkozen op basis van de kwaliteit van zijn inschrijving. Dit is een essentieel aspect van „elke opdracht, elke raamovereenkomst en elke instelling van een dynamisch aankoopsysteem", waarover „de aanbestedende diensten een proces-verbaal opstellen, dat *de naam van de begunstigde en de motivering voor de keuze van zijn inschrijving* bevat" [artikel 43, eerste alinea, onder e), van richtlijn 2004/18, cursivering van mij]. [13]

39. Volgens mij bevat het systeem in kwestie geen *criteria voor de gunning* van opdrachten voor adviesdiensten, maar alleen *criteria voor de selectie* van ondernemers die deze diensten kunnen aanbieden.

40. Zoals advocaat-generaal Wathelet in zijn conclusie in de zaak Ambisig [14] in herinnering heeft gebracht, moet het Hof een onderscheid maken tussen twee soorten criteria. „Het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers om de te gunnen opdrachten uit te voeren" enerzijds en „de gunning van deze opdrachten zelf" als zodanig anderzijds zijn onderscheiden handelingen. „Terwijl de selectie van een inschrijver betrekking heeft op zijn persoonlijke situatie en zijn geschiktheid om de betrokken beroepsactiviteit uit te oefenen, wordt de opdracht gegund aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch voordeligste inschrijving [artikel 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18] of die de laagste prijs aanbiedt [lid 1, onder b), van dat artikel]."

41. Met andere woorden, terwijl met de *selectiecriteria* wordt beoogd de *inschrijvers* te beoordelen op basis van hun geschiktheid, wordt met de *gunningscriteria* beoogd te bepalen welke van de door de verschillende inschrijvers ingediende inschrijvingen de voordeligste *inschrijving* is en deze te selecteren. Aangezien het doel is om „daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen" [15], moeten de ondernemers als rivalen met elkaar concurreren om de opdracht voor de dienst binnen te halen.

42. De verklaring van de verwijzende rechter dat „[i]n de oproep tot inschrijving […] geen gunningscriteria [zijn] opgenomen aan de hand waarvan de inschrijvingen onderling zouden zijn vergeleken en het Maaseutuvirasto […] de inschrijvingen niet op basis van punten [heeft] beoordeeld of vergeleken", maar dat „[a]lle inschrijvers die voldeden aan de in de aanbesteding gestelde eisen inzake onder andere opleiding en beroepservaring, […] tot de raamovereenkomst [zijn] toegelaten, mits zij waren geslaagd voor het in de oproep tot inschrijving nader beschreven examen" [16], is volgens mij in dit verband van essentieel belang.

11 Punt 56 van de verwijzingsbeslissing: „[er kan van] worden uitgegaan dat de prestatie die betrekking heeft op het verrichten van de betrokken diensten, in het rechtstreekse economische belang van het Maaseutuvirasto wordt verricht".

12 Arrest Falk Pharma, punt 38.

13 Ibidem, punt 39.

14 Zaak C-601/13, EU:C:2014:2474, punten 17 en 19.

15 Overweging 2 van richtlijn 2004/18.

16 Punt 59 van de verwijzingsbeslissing.

43. De Finse regering betoogt dat de toelatingscriteria de procedure een echt selectief karakter verleenden. Het feit dat zij vooraf waren bekendgemaakt kon tot gevolg hebben dat geïnteresseerde partijen die van mening waren dat zij niet aan die criteria voldeden, zich ervan onthielden een inschrijving in te dienen. Voorts waren de voorwaarden zo strikt dat niet alle geïnteresseerde partijen eraan konden voldoen, zodat de procedure in feite slechts voor een „beperkte groep" openstond.[17] Derhalve is het, volgens de Finse regering, door het selectieve karakter van de procedure onontbeerlijk dat de criteria die de procedure dat karakter verlenen, niet op discriminerende wijze worden vastgesteld, hetgeen tot de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten leidt.

44. De toegang tot het betwiste systeem afhankelijk stellen van een aantal eisen inzake kwalificatie en merites, houdt ongetwijfeld de instelling van een bepaald selectiemechanisme in. Met betrekking tot de onder richtlijn 2004/18 vallende opdrachten is echter niet de vaststelling van het vermogen van de inschrijvers om de adviesdienst te verrichten (selectiecriterium), maar wel de vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen van de inschrijvers waarvan is vastgesteld dat zij die dienst kunnen verrichten doorslaggevend bij de definitieve selectie van de persoon of personen waaraan de opdracht voor die dienst wordt gegund (gunningscriterium).

45. De voor de toegang tot het bedrijfsadviseringssysteem gestelde eisen inzake technische bekwaamheid (waaronder slagen voor een examen) maken het natuurlijk mogelijk om de gegadigden te selecteren onder verwijzing naar een vooraf vastgestelde drempel. In verband met overheidsopdrachten in de zin van richtlijn 2004/18 is echter de selectie op basis van een vergelijking van de kwaliteit en de merites van de inschrijvingen van de verschillende gegadigden relevant. Dat wil zeggen dat de uiteindelijke *gunning*, op basis van een vergelijkende beoordeling, aan de inschrijver met beste inschrijving cruciaal is, en niet de eerste *selectie* aan de hand van een drempel waarvan de overschrijding geen concurrentie tussen de gegadigden impliceert.

46. De verwijzende rechter verwijst naar de zaak Ambisig[18], waarin is geoordeeld dat de bekwaamheden en de ervaring van de leden van een team dat een opdracht wil uitvoeren die betrekking heeft op het verrichten van opleidings- en adviesdiensten, „doorslaggevend [zijn] bij de beoordeling van de professionele kwaliteit van dat team" en dat „[d]ie kwaliteit […] een intrinsiek kenmerk van de inschrijving [kan] zijn en […] verband [kan] houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18"[19], zodat „die kwaliteit als gunningscriterium [kan] worden opgenomen in de aankondiging van opdracht of in het bestek".[20]

47. Het Hof heeft dit echter geoordeeld in een context waarin de aanbestedende dienst precies op basis van de kwaliteit van de betrokken teams een van de concurrerende inschrijvers had geselecteerd en een andere inschrijver had uitgesloten.

48. In de onderhavige zaak daarentegen heeft het Maaseutuvirasto volgens de verwijzende rechter noch van meet af aan het aantal potentiële dienstverrichters beperkt[21], noch de inschrijvingen met elkaar vergeleken, noch een of meer van die inschrijvingen definitief geselecteerd op basis van een vergelijkende beoordeling van hun respectieve inhoud en de overige inschrijvingen afgewezen[22].

17 Punt 38 van de schriftelijke opmerkingen van de Finse regering. Daarin wordt benadrukt dat, op een totaal van 163 inschrijvingen, 140 inschrijvingen voorlopig werden toegelaten, waarvan er 138 definitief zijn toegelaten. Dat wil zeggen dat ongeveer 85 % van de inschrijvingen definitief is toegelaten.

18 Arrest van 26 maart 2015 (C-601/13, EU:C:2015:204).

19 Ibidem, punt 33.

20 Ibidem, punt 34.

21 Volgens de verwijzende rechter stelde het Maaseutuvirasto dat „een zo groot mogelijke groep dienstverrichters nodig [was] om te garanderen dat de afnemers van de dienst de door hen benodigde dienst [ontvingen]" (punt 50 van de verwijzingsbeslissing).

22 Bovendien komt de *definitieve* keuze van de personen die de dienst moeten verrichten, in elk geval toe aan de landbouwers die gebruikmaken van het bedrijfsadviseringssysteem, en niet aan het Maaseutuvirasto. Die landbouwers kunnen de adviseur kiezen die het best inspeelt op hun behoeften, ook al gaat de voorkeur uit naar adviseurs die in de naaste omgeving advies verstrekken, aangezien het steeds mogelijk is zich in gerechtvaardigde gevallen op andere adviseurs te beroepen. Zie in die zin punt 14 van de verwijzingsbeslissing.

49. In casu gaat het derhalve om een geval waarin de in het arrest Falk Pharma geformuleerde rechtspraak van toepassing is, volgens welke, „[w]anneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, […] doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, [er] geen noodzaak [bestaat] om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt”. [23]

50. De Finse regering [24] en de verwijzende rechter zijn het erover eens dat de rechtspraak waarnaar ik zojuist heb verwezen, relevant is voor de onderhavige zaak. Hun enige twijfel, die de Korkein hallinto-oikeus ertoe lijkt te hebben gebracht de prejudiciële vraag te stellen [25], vloeit voort uit het feit dat, anders dan in het arrest Falk Pharma, niet alle geïnteresseerde ondernemers gedurende de gehele looptijd van het door het Maaseutuvirasto ontworpen systeem te allen tijde tot dat systeem kunnen toetreden.

51. Het is juist dat, strikt genomen, door de toegang tot het aanbestedingssysteem gedurende de looptijd ervan te beperken tot de oorspronkelijk door het Maaseutuvirasto toegelaten ondernemers (hetgeen de latere toegang van nieuwe adviseurs belet), een zekere kwantitatieve beperking wordt ingesteld. Dit is echter alleen het gevolg van de strikte looptijd van de steunregeling voor adviesdiensten zelf, die overeenstemt met de looptijd van het plattelandsontwikkelingsprogramma voor het Finse vasteland 2014-2020.

52. Voorts was de verwijzing door het Hof in het arrest Falk Pharma naar het feit dat nieuwe inschrijvers te allen tijde tot het aanbestedingssysteem konden toetreden, volgens mij niet de ratio decidendi van dat arrest, maar wel een verklaring ten overvloede. In die zaak was doorslaggevend dat de aanbestedende dienst de opdracht niet exclusief aan een van de inschrijvers had gegund. [26]

53. In deze zaak, net als in de zaak Falk Pharma, was er geen sprake van echte concurrentie tussen gegadigden om te bepalen welke van hun inschrijvingen de beste was en tegelijkertijd de overige inschrijvingen af te wijzen.

54. Overigens wordt dit essentiële aspect, zoals het Hof in datzelfde arrest in herinnering heeft gebracht [27], thans expliciet vermeld in de definitie van het begrip „aanbesteding” in richtlijn 2014/24, waarvan de niet-toepasselijkheid ratione temporis in de onderhavige zaak de vermelding ervan niet zinloos maakt, al was het maar omdat daaruit de wil van de wetgever blijkt om een kenmerk van overheidsopdrachten dat volgens het Hof inherent is aan de aard ervan, expliciet te vermelden. [28]

23 Zoals het Hof in punt 35 van datzelfde arrest in herinnering heeft gebracht, „heeft richtlijn 2004/18 tot doel, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden”. Zoals het Hof vervolgens (punt 36) heeft geoordeeld, houdt dat risico „nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers in geval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht”.

24 De Finse regering is van mening dat die procedure zich door dat aspect onderscheidt van een gewoon vergunningstelsel en in de buurt komt van een „overheidsopdracht” in de zin van richtlijn 2004/18.

25 Volgens de verwijzende rechter betreft de twijfel de vraag „of uit het […] kenmerk van dat systeem, namelijk dat andere ondernemers niet ertoe kunnen toetreden, volgt dat het om een overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 kan gaan” (punt 63 van de verwijzingsbeslissing).

26 Arrest Falk Pharma, punt 38.

27 Ibidem, punt 40.

28 Volgens artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24 is aanbesteding „de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten *gekozen* ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet”. Cursivering van mij.

55. Het positieve en negatieve belang van dat aspect blijkt duidelijk uit het feit dat in overweging 4 van richtlijn 2014/24 staat te lezen dat in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren, „geen sprake [is] van aanbesteding".

VI. Conclusie

56. Gezien het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging de vraag van de Korkein hallinto-oikeus te beantwoorden als volgt:

„Artikel 1, lid 2, onder a), 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 moet aldus worden uitgelegd dat het begrip ‚overheidsopdracht' in de zin van die richtlijn niet ziet op een systeem voor de selectie van verrichters van landbouwadviesdiensten als dat in het hoofdgeding, waarbij een openbare instelling alle ondernemers toelaat die voldoen aan de geschiktheidseisen en die slagen voor een examen, zonder de opdracht voor de dienst door middel van een vergelijkende beoordeling exclusief aan een of meer van die adviseurs te gunnen. In dit verband is niet van belang dat het systeem een beperkte looptijd heeft gedurende welke geen nieuwe ondernemers ertoe kunnen toetreden."