CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 28 mei 2020[1]

Zaak C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
tegen
Ministrstvo za notranje zadeve,
in tegenwoordigheid van
LEXPERA d.o.o.

[verzoek van de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (nationale commissie voor de toetsing van aanbestedingsprocedures voor de gunning van overheidsopdrachten, Slovenië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten voor diensten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 2, lid 1, punt 5 – Aanmerking als ‚overheidsopdracht' – Begrip ‚overeenkomst onder bezwarende titel' – Offerte van een inschrijver voor een bedrag van nul euro – Beoordeling van het bezwarend karakter van de handeling – Geen financiële tegenprestatie ten laste van de aanbestedende dienst – Afwijzing van de inschrijving – Rechtsgrondslag – Artikel 69 – Abnormaal lage inschrijving"

I. Inleiding

1. Is nul (een) abnormaal laag (getal)?

2. Los van de boeiende debatten die de vraag naar de aard van het getal nul in de wiskundige wereld heeft kunnen oproepen[2], is het waarschijnlijk dat wanneer een dergelijke vraag vanuit juridisch oogpunt aan een leek wordt gesteld, deze leek de juristen de verbaasde blik toewerpt waaraan laatstgenoemden zo gewend zijn wanneer zij proberen hun werk aan anderen uit te leggen. De leek zou hen er wellicht zelfs – niet zonder enig sarcasme – op wijzen dat alleen juristen in staat zijn om bladzijden lang over (letterlijk) niets te schrijven.

3. Feit blijft dat nul, zowel bij overheidsopdrachten als in de wiskunde, een bijzonder getal lijkt te zijn dat moeilijk in de bestaande analyseschema's te plaatsen is. Doet een inschrijver die goederen of diensten voor een nominaal bedrag van nul euro aanbiedt een abnormaal lage offerte? Of valt deze inschrijver, door het magische cijfer „0" in zijn offerte op te nemen in plaats van een ander nominaal bedrag dat veel lager is dan de werkelijke kosten van de opdracht (zoals bijvoorbeeld

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Zie voor een toegankelijke inleiding (met weinig berekeningen en veel culturele geschiedenis) bijvoorbeeld Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

1,5 of 101 EUR), automatisch buiten de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht, op grond van de redenering dat, anders dan alle andere natuurlijke getallen, „0” niet in een overeenkomst voor een overheidsopdracht kan voorkomen?

4. Dit is, kort gezegd, het probleem dat in de onderhavige zaak aan de orde is. In het kader van de door het Ministrstvo za notranje zadeve (ministerie van Binnenlandse Zaken, Slovenië) ingeleide procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor diensten heeft de onderneming Tax-Fin-Lex d.o.o. een offerte gedaan van nul euro voor het verrichten van een van de bedoelde diensten. Het ministerie van Binnenlandse Zaken heeft deze offerte afgewezen op grond dat zij niet de mogelijkheid bood om een „overeenkomst onder bezwarende titel” in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU[3] te sluiten en bijgevolg evenmin onder de voorschriften inzake de gunning van overheidsopdrachten viel. Tax-Fin-Lex d.o.o. stelt daarentegen dat de handeling waarbij zij zich ertoe verbindt de dienst voor een bedrag van nul euro te verlenen, in de zin van deze bepaling „onder bezwarende titel” zou worden verricht. Volgens haar zou de uitvoering van de opdracht haar immers in staat stellen een economisch voordeel te genieten wegens de referenties waarop zij zich nadien voor de gunning van nieuwe overheidsopdrachten zou kunnen beroepen.

II. Toepasselijke bepalingen

5. Richtlijn 2014/24 stelt regels vast die het mogelijk maken de nationale procedures voor de gunning van overheidsopdrachten die een bepaald bedrag overschrijden te coördineren, om ervoor te zorgen dat deze procedures in overeenstemming zijn met de beginselen van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, alsmede met de daaruit voortvloeiende beginselen, zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie. Zij streeft ook naar daadwerkelijke mededinging op het gebied van de gunning van overheidsopdrachten.

6. In de overwegingen 4 en 103 van richtlijn 2014/24 staat met name te lezen:

„(4) De toenemende diversiteit van het overheidsoptreden maakt het noodzakelijk het begrip overheidsopdracht zelf duidelijker te definiëren. Deze verduidelijking mag echter het toepassingsgebied van deze richtlijn niet uitbreiden ten opzichte van dat van richtlijn 2004/18/EG[4]. De aanbestedingsregels van de Unie zijn niet bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar hebben uitsluitend betrekking op die vormen welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht. Duidelijk moet worden dat deze verkrijging van werken, leveringen of diensten onder deze richtlijn moet vallen, ongeacht of deze verkrijging geschiedt door aankoop, leasing of een andere contractvorm.

Onder het begrip verkrijging moet in ruimere zin het verkrijgen van de baten van de betrokken werken, leveringen of diensten worden verstaan […].

[…]

[3] 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), zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2017/2365 van de Commissie van 18 december 2017 (PB 2017, L 337, blz. 19) (hierna: „richtlijn 2014/24”).

[4] Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44).

(103) Inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, kunnen gebaseerd zijn op technisch, economisch of wettelijk ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijving af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften."

7. Artikel 1, leden 1 en 2, van titel I van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Toepassingsgebied, definities en algemene beginselen", bepaalt:

„1. Bij deze richtlijn worden regels vastgesteld betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten en prijsvragen waarvan de geraamde waarde niet minder bedraagt dan de in artikel 4 vastgestelde drempels.

2. Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van […] diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de […] diensten een openbare bestemming hebben of niet."

8. Artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 definieert „overheidsopdrachten" 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".

9. Artikel 18 van deze richtlijn bepaalt de „aanbestedingsbeginselen". Het preciseert als volgt:

„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 deze buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn te doen vallen of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is opgesteld met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

2. De lidstaten nemen passende maatregelen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht."

10. Artikel 69 van richtlijn 2014/24 is gewijd aan „abnormaal lage inschrijvingen". Het is opgenomen in titel II, hoofdstuk III, onderafdeling 3, van deze richtlijn, met als opschrift „Gunning van de opdracht". Dit artikel bepaalt:

„1. De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.

2. De in lid 1 bedoelde toelichtingen kunnen met name betrekking hebben op:

a) de doelmatigheid van het fabricageproces, van de geleverde diensten of van de bouwmethode;

b) de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de levering van de producten, het verrichten van de diensten of de uitvoering van de werken gebruik kan maken;

c) de originaliteit van de door de inschrijver voorgestelde werken, leveringen of diensten;

d) het vervullen van de in artikel 18, lid 2, genoemde verplichtingen;

e) het vervullen van de in artikel 71 genoemde verplichtingen;

f) de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.

3. De aanbestedende dienst beoordeelt de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver. Hij kan de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in lid 2 bedoelde elementen.

De aanbestedende diensten wijzen de inschrijving af wanneer zij hebben vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen.

[…]”

III. Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

11. Op 7 juni 2018 heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken (de aanbestedende dienst) een procedure ingeleid voor de gunning van een overheidsopdracht voor diensten inzake de toegang tot een juridisch informatiesysteem voor een periode van 24 maanden. Deze opdracht bestond uit twee percelen. Het ministerie van Binnenlandse Zaken raamde de waarde van deze opdracht op 39 959,01 EUR.

12. Voor het eerste perceel, dat betrekking had op toegang tot een juridisch informatiesysteem, hadden slechts twee marktdeelnemers, gevestigd in Ljubljana (Slovenië) en gespecialiseerd op het gebied van juridische informatie, binnen de gestelde termijn offertes ingediend, namelijk Tax-Fin-Lex d.o.o. (verzoekster) en LEXPERA d.o.o. (interveniënte).

13. Verzoekster heeft aangeboden deze dienst voor een bedrag van nul euro te leveren.

14. Bij besluit van 11 januari 2019 heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken de overheidsopdracht bestaande uit het eerste perceel gegund aan interveniënte en de door verzoekster ingediende offerte afgewezen op grond dat deze in strijd was met de voor de gunning van overheidsopdrachten geldende normen.

15. Verzoekster heeft een verzoek tot herziening van dit besluit ingediend. In de aan de herziening voorafgaande procedure heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken dit verzoek op 5 februari 2019 afgewezen. Op 11 februari 2019 heeft genoemd ministerie de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (nationale commissie voor de toetsing van aanbestedingsprocedures voor de gunning van overheidsopdrachten, Slovenië), de verwijzende rechter in de onderhavige zaak, verzocht zich uit te spreken over de rechtmatigheid van dat besluit.

16. Verzoekster betoogt dat het indienen van een offerte als de onderhavige toelaatbaar is. Zij betoogt dat de inschrijver in het kader van een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht het recht heeft om de prijs van zijn offerte vrij te bepalen en dus ook het recht heeft om diensten gratis aan te bieden. Dit betekent echter niet dat verzoekster geen tegenprestatie voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht zal ontvangen. Zij is namelijk van mening dat het sluiten van de overeenkomst haar een voordeel zal opleveren, bestaande in de toegang tot een nieuwe markt en tot nieuwe gebruikers.

17. Het ministerie van Binnenlandse Zaken stelt daarentegen dat het begrip „overheidsopdracht" in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 geen betrekking kan hebben op een overeenkomst waarbij de marktdeelnemer heeft voorgesteld de dienst gratis aan de aanbestedende dienst te verstrekken. Het is van mening dat het voordeel dat de marktdeelnemer ontleent aan het verkrijgen van de opdracht, te weten de potentiële toegang tot een nieuwe markt en referenties, geen tegenprestatie vormt voor de uitvoering van een overheidsopdracht. Het stelt namelijk dat een dergelijk voordeel voor elke marktdeelnemer een bijkomend voordeel is dat echter niet in geld kan worden uitgedrukt en waarvoor evenmin een rekening kan worden opgesteld voor de aanbestedende dienst. Bijgevolg is het ministerie van Binnenlandse Zaken van mening dat een handeling waarbij de dienst om niet wordt verricht, niet tot het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel kan leiden.

18. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geeft de verwijzende rechter aan dat het ministerie van Binnenlandse Zaken deze inschrijving heeft getoetst aan de bepalingen inzake abnormaal lage inschrijvingen. Niettemin zou het ministerie deze offerte niet hebben afgewezen op grond dat deze abnormaal laag of in strijd met de voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten zou zijn geweest, maar op de enkele grond dat de prijs ervan nul euro bedroeg.

19. De verwijzende rechter heeft twijfels over de uitlegging van het begrip „overeenkomsten onder bezwarende titel", dat in artikel 2, lid 1, punt 5 („overheidsopdrachten"), van richtlijn 2014/24 is gedefinieerd. Om te beginnen wijst hij erop dat een van de wezenlijke bestanddelen van het in dit artikel genoemde begrip „overheidsopdrachten" het bezwarende karakter van de tussen de aanbestedende dienst en de ondernemer gesloten overeenkomst is. Hij preciseert in dit verband dat het begrip „overheidsopdrachten" niet alleen relevant is vóór de sluiting van een overeenkomst, aangezien het de aanbestedende dienst verplicht om de in het kader van richtlijn 2014/24 vastgestelde regels in acht te nemen, maar ook na de sluiting ervan, om te beoordelen of de overeenkomst daadwerkelijk met inachtneming van die regels is gesloten.

20. De verwijzende rechter vraagt zich vervolgens af of, en in voorkomend geval in welke mate, een overeenkomst waarbij de ondernemer zich ertoe verbindt de in de aankondiging van opdracht bedoelde dienst gratis aan de aanbestedende dienst te verstrekken zonder enig ander voordeel dan toegang tot een nieuwe markt en referenties te verkrijgen, kan worden aangemerkt als een „overeenkomst onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn

2014/24. Deze rechter erkent dat het verkrijgen van een overheidsopdracht en de toekenning van referenties op zich een voordeel voor die ondernemer kunnen vormen. Dit voordeel zou op het moment van de gunning van de opdracht in economisch opzicht niet kwantificeerbaar zijn, maar zou niettemin een toekomstig economisch voordeel kunnen vormen dat verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst.

21. De verwijzende rechter erkent echter ook dat in een situatie waarin de aanbestedende dienst de marktdeelnemer niet vergoedt voor de levering van de dienst, het mogelijk is dat de gesloten overeenkomst geen overeenkomst tot uitvoering van een overheidsopdracht is, aangezien het gaat om een overeenkomst om niet in de vorm van bijvoorbeeld een schenkingsovereenkomst. Ten slotte vraagt hij zich af of artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, in die omstandigheden, de rechtsgrondslag kan vormen voor een besluit tot afwijzing van de door de ondernemer ingediende offerte.

22. Daarop heeft de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is er sprake van een ‚overeenkomst onder bezwarende titel' als bestanddeel van een overheidsopdracht in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, in het geval waarin de aanbestedende dienst geen enkele tegenprestatie hoeft te leveren, maar de marktdeelnemer middels de uitvoering van de opdracht toegang tot een nieuwe markt en referenties verwerft?

2) Kan of moet artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat dit een rechtsgrondslag vormt voor de afwijzing van een offerte met een prijs van 0,00 EUR?"

23. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoekster, het ministerie van Binnenlandse Zaken, de Oostenrijkse regering alsmede de Europese Commissie.

IV. Analyse

24. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Ik zal beginnen met de ontvankelijkheid van de onderhavige verwijzing (A). Vervolgens zal ik de draagwijdte van het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel" in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 onderzoeken en vooral het daarmee samenhangende begrip „tegenprestatie" (B). Ten slotte zal ik ingaan op de vraag of een offerte met een bedrag van nul euro altijd kan worden aangemerkt als een „abnormaal lage inschrijving", die overeenkomstig de bepalingen van artikel 69 van deze richtlijn moet worden onderzocht en, in voorkomend geval, moet worden afgewezen (C).

A. Ontvankelijkheid

25. De ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing levert mijns inziens geen enkel probleem op.

26. Wat in de eerste plaats de bevoegdheid van de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil tot indiening van een verzoek om een prejudiciële beslissing betreft, herinner ik eraan dat het Hof in het arrest van 8 juni 2017, Medisanus [5], heeft geoordeeld dat deze commissie voldoet aan de criteria om als een „nationale rechterlijke instantie" in de zin van artikel 267 VWEU te worden beschouwd [6].

27. Wat in de tweede plaats het bedrag van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht betreft, is het juist dat dit bedrag lager is dan de in artikel 4, onder b), van richtlijn 2014/24 vastgestelde drempel van 144 000 EUR, die van toepassing is op door centrale overheidsinstanties gegunde overheidsopdrachten voor diensten.

28. De verwijzende rechter geeft echter aan dat de Sloveense wetgever bij de omzetting van de bepalingen van deze richtlijn in nationaal recht heeft beslist dat het begrip „overheidsopdracht" in artikel 2, lid 1, punt 1, van de Zakon o javnem naročanju (wet inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten) [7] van 30 mei 2015 rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing is op opdrachten waarvan de waarde lager is dan de in artikel 4 van richtlijn 2014/24 vastgestelde drempel, die in beginsel van de werkingssfeer van deze laatste zijn uitgesloten.

29. Volgens vaste rechtspraak van het Hof, de zogeheten Dzodzi-rechtspraak, is de uitlegging van Unierechtelijke bepalingen in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen, gerechtvaardigd wanneer deze bepalingen door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde te waarborgen dat deze situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die wel binnen de werkingssfeer van die bepalingen vallen. [8]

30. In casu bevestigen de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens, die door geen van de partijen die opmerkingen hebben ingediend, worden betwist, dat de nationale wetgever heeft besloten om de werkingssfeer van de Unieregels inzake overheidsopdrachten uit te breiden tot overheidsopdrachten van geringe waarde, teneinde juist te waarborgen dat voor situaties die onder het nationale recht vallen en voor situaties die onder het Unierecht vallen, dezelfde regels gelden. De aan het arrest Dzodzi ten grondslag liggende logica lijkt dan ook volledig van toepassing op de onderhavige zaak.

31. Bijgevolg kan het Hof de hem voorgelegde prejudiciële vragen beantwoorden.

B. Overeenkomst „onder bezwarende titel"?

32. De verwijzende rechter verzoekt het Hof in wezen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2014/24 te verduidelijken. Het Hof wordt verzocht vast te stellen of, en in voorkomend geval in welke mate, een handeling waarbij een inschrijver zich ertoe verbindt de dienst voor een bedrag van 0,00 EUR te verrichten, kan leiden tot het sluiten van een overeenkomst „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van deze richtlijn en aldus kan worden aangemerkt als

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Zie punt 38 van dit arrest.

7 Uradni list RS, nr. 91/15.

8 Zie arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360, punten 36-42; hierna: „arrest Dzodzi"), alsmede, meer recentelijk, 14 februari 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, niet gepubliceerd, EU:C:2019:116, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 24 oktober 2019, Belgische Staat (C-469/18 en C-470/18, EU:C:2019:895, punten 22 en 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

een „overheidsopdracht voor diensten". In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof „alleen een overeenkomst onder bezwarende titel […] een onder richtlijn 2004/18 vallende overheidsopdracht [kan] vormen" [9].

33. Voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag moet worden uitgemaakt of het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel", volgens een letterlijke, systematische en teleologische uitlegging, een handeling kan omvatten waarbij een inschrijver een offerte ten bedrage van 0,00 EUR indient. Tevens moet worden onderzocht of de rechtspraak van het Hof het op dit punt mogelijk maakt het debat te verduidelijken door de wezenlijke kenmerken van een dergelijke overeenkomst te preciseren.

1. „Overeenkomst onder bezwarende titel" in de zin van richtlijn 2014/24

34. De letterlijke bewoordingen van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 volstaan niet om een duidelijke uitlegging van het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel" te kunnen geven. Alleen al op tekstueel niveau blijkt de veelheid aan mogelijke lezingen en betekenissen van de uitdrukking „onder bezwarende titel".

35. Enerzijds verwijzen sommige taalversies naar de voorwaarde „onder bezwarende titel" [10]. De onderliggende redenering zou eenvoudigweg zijn dat iets in ruil moet worden gegeven. Anderzijds lijken sommige andere taalversies restrictiever te zijn, in die zin dat datgene wat door de aanbestedende dienst in ruil zou moeten worden geven, van specifiek financiële [11] aard lijkt te zijn, namelijk geld. Weer andere taalversies lijken een middenpositie in te nemen. [12]

36. Evenwel moet hier wellicht niet te veel belang worden gehecht aan de letterlijke bewoordingen van richtlijn 2014/24, aangezien in bepaalde taalversies van deze richtlijn in de overwegingen 4 en 70 of in artikel 2, lid 1, punt 5, daarvan zelfs nog andere termen worden gebruikt om het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel" tot uitdrukking te brengen.

37. Helaas zijn de *intrasystemische argumenten* (ten aanzien van richtlijn 2014/24) evenmin een grote steun. In artikel 1, lid 2, van deze richtlijn heeft de Uniewetgever gepreciseerd dat „aanbesteding […] de *aankoop* [is] door middel van een overheidsopdracht van […] diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de […] diensten een openbare bestemming hebben of niet" [13].

38. Deze bepaling moet worden gelezen in het licht van overweging 4 van richtlijn 2014/24, waarin de Uniewetgever heeft aangegeven dat „[d]e aanbestedingsregels van de Unie […] niet bedoeld [zijn] om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar […] uitsluitend betrekking [hebben] op die vormen welke gericht zijn op de *verkrijging* van […] diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht" [14]. Deze wetgever heeft daar

[9] Zie arresten van 25 maart 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punt 47), en 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43). Ik herinner eraan dat richtlijn 2004/18 bij richtlijn 2014/24 is ingetrokken.

[10] Zoals met name de Franse („à titre onéreux"), de Italiaanse („a titolo oneroso"), de Portugese („a título oneroso"), de Roemeense („cu titlu oneros") en de Spaanse versie („oneroso").

[11] Zoals met name de Engelse („for pecuniary interest") en de Kroatische („financijski interes") versie.

[12] Zoals de Slowaakse en de Tsjechische versie (waarin de woorden „odplatné zmluvy" of het begrip „úplatné smlouvy" vooral betaling als tegenprestatie betekenen, maar die ook aldus kunnen worden uitgelegd dat daaronder eveneens niet-financiële tegenprestaties vallen), of de Zweedse versie die de uitdrukking „kontrakt med ekonomiska villkor" gebruikt, die verwijst naar de economische waarde van de overeenkomst.

[13] Cursivering van mij.

[14] Cursivering van mij.

overigens aan toegevoegd dat „dat deze verkrijging van […] diensten onder deze richtlijn moet vallen, ongeacht of deze verkrijging geschiedt door aankoop, leasing of een andere contractvorm". Het is essentieel hier op te merken dat onder het begrip „verkrijging" volgens de Uniewetgever „[…] in ruimere zin het verkrijgen van de baten van de betrokken […] diensten [moet] worden verstaan".

39. Indien de belangrijkste *doelstelling* van het aanbestedingsrecht erin zou bestaan de verkrijging van goederen of diensten door de overheid te regelen, maken de opzet en het doel van richtlijn 2014/24 het niet echt mogelijk om de kenmerken vast te stellen van de in artikel 2, lid 1, punt 5, van deze richtlijn genoemde voorwaarde „onder bezwarende titel". Het begrip „verkrijging" laat voldoende ruimte voor onduidelijkheid met betrekking tot de voorwaarden voor deze verkrijging; van wezenlijk belang is dat de goederen of diensten uiteindelijk door de aanbestedende diensten worden verkregen. Goederen en diensten kunnen evenwel op verschillende manieren rechtmatig worden verkregen.

40. Aldus volstaat een letterlijke en systemische lezing niet om de betekenis van „overeenkomst onder bezwarende titel" en met name van het kernbegrip „tegenprestatie", dat achter de opzet zelf van een overeenkomst schuilgaat, vast te stellen. Wat is in concreto de aard van de tegenprestatie die door de aanbestedende dienst moet worden geleverd om de openbare opdracht als rechtsgeldig te kunnen beschouwen?

2. Uitlegging in de rechtspraak van het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel"

41. Het Hof oordeelt dat volgens de gebruikelijke juridische betekenis van het begrip „onder bezwarende titel" – bij de definitie van overheidsopdrachten – met deze termen een overeenkomst wordt bedoeld waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie.[15] Het bestaan van een „tegenprestatie" die op de aanbestedende dienst rust, en daarmee de wederkerigheid van de overeenkomst, vormen voor het Hof doorslaggevende bestanddelen bij de beoordeling van het bestaan van een overeenkomst onder bezwarende titel.[16]

42. Deze rechtspraak ligt in de lijn van het Hof op andere rechtsgebieden, met name op het gebied van aan de belasting over de toegevoegde waarde (btw) onderworpen handelingen. Zo heeft het Hof in het arrest van 18 januari 2017, SAWP[17], in herinnering gebracht dat een dienst slechts onder bezwarende titel in de zin van de richtlijn 2006/112/EG[18] wordt verricht wanneer tussen de verrichter en de ontvanger van de dienst een rechtsbetrekking bestaat waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld, en de door de dienstverrichter ontvangen vergoeding de werkelijke tegenwaarde vormt van de aan de ontvanger verleende dienst.[19] Het Hof heeft geoordeeld dat „dit het geval is wanneer er een rechtstreeks verband bestaat tussen de verrichte

[15] Zie met name arresten van 18 januari 2007, Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2007:31, punt 45), en 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punt 28).

[16] Zie in dit verband arrest van 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak), over de uitlegging van het begrip „overheidsopdracht" als bedoeld in artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18.

[17] C-37/16, EU:C:2017:22.

[18] Richtlijn van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 347, blz. 1).

[19] Zie arrest van 18 januari 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

dienst en de ontvangen tegenprestatie, en de betaalde bedragen dus de daadwerkelijke tegenprestatie vormen voor een individualiseerbare dienst die is verricht in het kader van een dergelijke rechtsbetrekking”. [20]

43. Niettemin moet worden erkend dat er in de rechtspraak twee lijnen bestaan over de aard van de tegenprestatie die wordt verlangd om aan de voorwaarde „onder bezwarende titel” te voldoen. Deze twee lijnen geven tot op zekere hoogte de letterlijke verschillen weer van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24. [21]

44. De eerste lijn staat een strikte uitlegging van het criterium „onder bezwarende titel” van de overeenkomst voor, volgens welke de aanbestedende dienst een vergoeding of een prijs in geld moet betalen.

45. Zo heeft het Hof in het arrest van 13 juli 2017, Malpensa Logistica Europa [22], de kwalificatie „opdracht voor diensten” in de zin van artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/17 en de toepassing van de desbetreffende regels op een overeenkomst waarbij het beheersorgaan van de luchthaven Milaan-Malpensa (Italië) geen dienst had verkregen die door de dienstverlener tegen betaling werd uitgevoerd, van de hand gewezen. [23] In dat arrest heeft het Hof uitdrukkelijk verwezen naar de benadering van de Commissie, volgens welke de uit een opdracht voor diensten voortvloeiende contractuele verhouding onder bezwarende titel duidelijk betekent dat deze overeenkomst een vergoeding moet omvatten die rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt betaald om rechtstreeks bij een dienstverlener een dienst te „verwerven”.

46. De tweede lijn in de rechtspraak beoogt daarentegen een ruimere uitlegging van de voorwaarde „onder bezwarende titel” in de zin van „tegenprestatie” [24] [25] te verdedigen. Deze lijn wordt door de meerderheid gevolgd en wordt gedeeld door de Commissie in haar Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van 30 april 2004 [26].

47. Volgens deze lijn in de rechtspraak impliceert het begrip „onder bezwarende titel” niet noodzakelijkerwijs de betaling van een geldsom door de aanbestedende dienst. Het Hof is dus van oordeel dat overeenkomsten waarbij de prestatie wordt vergoed door andere vormen van tegenprestaties, zoals de vergoeding van de kosten voor het verrichten van de overeengekomen dienst of de vrijstelling van lasten, onder bezwarende titel kunnen worden gesloten en als „overheidsopdrachten” kunnen worden aangemerkt. Dit is ook het geval wanneer de betaalde tegenprestatie de door de inschrijver gedragen kosten niet kan compenseren. [27]

[20] Arrest van 18 januari 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[21] Zie punt 35 van deze conclusie.

[22] C-701/15, EU:C:2017:545. Dit arrest betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1). Volgens dit artikel zijn „[o]pdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten […] schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel […]”.

[23] Zie punt 29 van dit arrest.

[24] Zie in dit verband arresten van 25 maart 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punten 47-52), en 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43).

[25] Arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, EU:C:2001:401, punten 77-86).

[26] COM(2004) 327 def. In punt 10 van dit Groenboek geeft de Commissie aan dat „overeenkomst onder bezwarende titel niet altijd [hoeft] te betekenen dat de publieke partij rechtstreeks een prijs betaalt; de private partij kan ook een andersoortige economische tegenprestatie ontvangen”.

[27] Zie de overwegingen van het Hof in het arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller C-451/08, EU:C:2010:168), volgens welke een overeenkomst tot verkoop van een grondperceel een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan vormen, ook al levert de aanbestedende dienst, afgezien van de verkoop van die grond, geen enkele tegenprestatie aan de medecontractant.

48. Twee arresten zijn in dit verband bijzonder illustratief.

49. Zo heeft het Hof in het arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a. [28], geoordeeld dat de beoordeling van de elementen van de definitie van het begrip „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in de zin van richtlijn 93/37/EEG [29] zodanig moet plaatsvinden dat het nuttig effect van deze richtlijn wordt verzekerd en, in het bijzonder, dat daadwerkelijke mededinging wordt bevorderd door de bekendmaking van de aankondigingen van de opdrachten. [30] Het Hof heeft aldus erkend dat de overeenkomst onder bezwarende titel is gesloten en dat er sprake is van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in een situatie waarin de marktdeelnemer die houder is van de bouwvergunning, de werken uitvoert met *vrijstelling van de bijdrage in de exploitatiekosten* die de nationale wettelijke regeling hem oplegt. In casu heeft het Hof geoordeeld dat het bezwarende karakter van de overeenkomt moest worden geacht aanwezig te zijn, aangezien de marktdeelnemer door de uitvoering van de betrokken werkzaamheden een schuld vereffende van gelijke waarde die ontstond ten bate van de gemeente. [31]

50. In het arrest van 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy [32], heeft het Hof eveneens geoordeeld dat „[e]en overeenkomst die voorziet in een uitwisseling van prestaties […] onder het begrip , overheidsopdracht' [valt], zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de *gedeeltelijke terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten*" [33]. In dat arrest heeft het Hof benadrukt dat een overeenkomst waarbij een ondernemer zich ertoe verbindt een product te vervaardigen en te leveren aan meerdere overheidsdiensten in ruil voor een financiering die volledig bedoeld is om dit doel te verwezenlijken, onder het begrip overeenkomst „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 valt, ook al worden de kosten voor het vervaardigen en het leveren van dit product niet volledig gedekt door die financiering of door de leveringskosten die aan die overheidsinstanties kunnen worden aangerekend". [34]

51. Opgemerkt zij dat dezelfde benadering door advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona is verdedigd in zijn conclusie in de zaak Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. Deze zaak werpt met name de vraag op of de tussen twee aanbestedende diensten schriftelijk overeengekomen terbeschikkingstelling van software onder bezwarende titel is gesloten in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, wanneer de ontvanger van de software hiervoor een prijs noch een vergoeding van de kosten hoeft te betalen, maar in beginsel gehouden is de andere partij de opvolgende aanpassingen en doorontwikkelingen van die software gratis ter beschikking te stellen.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54).

30 Punt 52 van dit arrest.

31 Opgemerkt moet worden dat het Hof de benadering die advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de zaak Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, EU:C:2000:671) heeft verdedigd, niet heeft gevolgd, aangezien hij van mening was dat het element van bezwarende titel ontbrak.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Punt 29 van dit arrest en aldaar aangehaalde rechtspraak. Cursivering van mij. Zie ook arresten van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817, punt 29); 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, punt 31), en 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" e.a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punt 37).

34 Punt 31 van het voornoemde arrest. Cursivering van mij.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

52. In deze conclusie heeft de advocaat-generaal zich op het standpunt gesteld dat zulks inderdaad het geval is. Enerzijds heeft hij opgemerkt dat de tegenprestatie, te weten de toekomstige aanpassingen en doorontwikkelingen van de software, een economische waarde heeft. Anderzijds heeft hij gemeend dat deze tegenprestatie een opeisbare verbintenis vormt, aangezien zij onontbeerlijk is voor de verrichting van de openbare dienst waarmee genoemde diensten zijn belast. [36]

3. Het ruime begrip „tegenprestatie" en de grenzen ervan

53. Wat ik opvat als zijnde de belangrijkste stroming binnen de rechtspraak (een stroming die ik volledig onderschrijf) kan als volgt worden samengevat.

54. Om te beginnen kan de aard van de aan de „overeenkomst onder bezwarende titel" inherente tegenprestatie die door de aanbestedende dienst wordt toegekend, andere vormen aannemen dan een in geld betaalde prijs. Het is dus niet noodzakelijkerwijs nodig een geldsom over te maken. Andere soorten betalingen, ook van niet-monetaire aard, zijn denkbaar.

55. Vervolgens moet de tegenprestatie een bepaalde economische waarde hebben, zonder evenwel exact overeen te hoeven komen met de waarde van de geleverde goederen of verrichte diensten. Derhalve kunnen de aanbestedende dienst en de inschrijver het eens worden over de mogelijkheid om de betaling in verschillende vormen te verrichten, op voorwaarde dat deze een duidelijke economische waarde hebben.

56. Tot slot moeten de aard en de inhoud van de tegenprestatie die de aanbestedende dienst moet leveren uit de overeenkomst blijken als een rechtstreekse en uitvoerbare wettelijke verplichting die uit die overeenkomst voortvloeit. Aldus begrijp ik de verwijzing van het Hof en die van advocaat-generaal Mengozzi naar de *wederkerigheid* van de overheidsopdracht die tot uiting komt in *het scheppen van juridisch bindende verplichtingen* voor beide contractpartijen. [37]

57. Om te bepalen of de overeenkomst een tegenprestatie bevat (en dus of is voldaan aan de voorwaarde „onder bezwarende titel" van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24), ben ik dan ook van mening dat het centrale punt van de analyse niet de exacte in de overeenkomst vermelde geldsom is. Het gaat veeleer om de vraag of beide contractpartijen zich op basis van deze overeenkomst in een keurslijf van wederzijdse juridische verplichtingen bevinden die elke partij jegens de andere kan doen nakomen en waarbij de aanbestedende dienst ten minste een duidelijke en nauwkeurig omschreven tegenprestatie van economische aard levert.

58. Met een dergelijke benadering wordt bewust de inhoud van het debat verschoven van de precieze aard van de vereiste „tegenprestatie" naar de ruimere vraag naar de precieze inhoud van de wederzijdse verplichtingen die op elk van de partijen rusten. Hoewel het mogelijk is dat het begrip „tegenprestatie" tussen de verschillende landen in Europa uiteenloopt [38], lijkt er een grote consensus te bestaan over het feit dat de partijen zich voor de totstandkoming van de

[36] Zie in dit verband de overwegingen in de punten 52 tot en met 63 van deze conclusie.

[37] Zie arrest van 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43), dat zelf de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, punt 36) heeft gevolgd. Zie voetnoot 16 van deze conclusie.

[38] Waaruit blijkt dat het contractrecht gekenmerkt wordt door een grote verscheidenheid, zie bijvoorbeeld Kötz, H., „Comparative Contract Law" in Reimann, M., en Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2e uitgave, Oxford University Press, Oxford University Press, Oxford, 2019, blz. 902-932 (met name blz. 910-912), en Chloros, A.G., „The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Londen, 1968, deel 17, nr. 1, blz. 137-166.

overeenkomst het met voldoende nauwkeurigheid eens moeten worden over de voorwaarden ervan, hetgeen vooronderstelt dat de wederzijdse rechten en verplichtingen van elk van de partijen duidelijk zijn opdat de overeenkomst kan worden uitgevoerd.[39] Vanuit een bepaalde invalshoek voert deze discussie ons terug naar het oorspronkelijke Romeinse recht en naar het, in civielrechtelijke rechtssystemen nog steeds van kracht zijnde, fundamentele onderscheid tussen wederkerige rechtsverhoudingen (bijvoorbeeld contracten) en eenzijdige rechtsverhoudingen (bijvoorbeeld giften en schenkingen).

59. Een overeenkomst onder bezwarende titel is dus in de eerste plaats een wederkerige overeenkomst waarbij de partijen zich jegens elkaar ertoe verbinden, nauwomschreven en wederkerige prestaties te verrichten. De aard van deze prestaties moet reeds bij de totstandkoming van de overeenkomst worden bepaald. Deze prestaties moeten op grond van deze overeenkomst uitvoerbaar zijn. De verschuldigde tegenprestatie is daarentegen flexibeler. Zij hoeft niet noodzakelijkerwijs te bestaan in een monetaire vergoeding. Van belang is dat deze tegenprestatie duidelijk, nauwomschreven en uitvoerbaar is op basis van de gesloten overeenkomst.

4. Toepassing op het onderhavige geval

60. Anders dan in de zaken waarop de in deze conclusie aangehaalde rechtspraak betrekking heeft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat er in casu geen sprake is van een overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver, aangezien de zaak voor de nationale rechter is gebracht in het stadium waarin de inschrijving van de inschrijver is afgewezen. In dit stadium van de procedure bestaan er dus geen contractuele bepalingen die eventueel het bestaan van een op de aanbestedende dienst rustende tegenprestatie, in welke vorm dan ook, aantonen.

61. De vraag die het Hof moet beantwoorden, is dus of in een situatie waarin de offerte van de inschrijver inhoudt dat de aanbestedende dienst geen rechtstreekse vergoeding voor de dienst betaalt, het voordeel dat de inschrijver wegens de gunning van de opdracht kan verwachten, een „tegenprestatie" kan vormen op basis waarvan een overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 kan worden gesloten.

62. Gelet op de feitelijke omstandigheden van de onderhavige zaak, zoals deze door de verwijzende rechter zijn uiteengezet, zie ik niet in waarin een dergelijke tegenprestatie zou kunnen bestaan, zelfs als zou worden gekozen voor de hierboven aangehouden ruime betekenis van dit begrip. In de context van de onderhavige zaak kunnen drie mogelijke voordelen in aanmerking worden genomen: het opdoen van relevante ervaring, het verkrijgen van referenties voor toekomstige opdrachten en naamsbekendheid voor toekomstige aanbestedingen die door dezelfde aanbestedende dienst voor andere percelen kunnen worden uitgeschreven.

[39] Zie met name de artikelen 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) en 2:103 (Sufficient Agreement) van de „Principles of European Contract Law" (Beginselen van Europees contractrecht) (zie Lando, O., en Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Den Haag, 2000), en de artikelen II.–I:101(I) (definitie van een contract) en III.–I:102(4) (wederkerige aard van verplichtingen) van het *Draft Common Frame of Reference* (ontwerp gemeenschappelijk referentiekader) (zie von Bar, C., e.a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, München, 2009). Zie in die zin ook *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, collection „Droit comparé et européen", Parijs, 2008, deel 6, blz. 25, van de Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française en de Société de législation comparée.

63. Om te beginnen is relevante ervaring zeker van belang voor nieuwkomers of kleine en middelgrote ondernemingen die zich willen ontwikkelen. Het gaat echter duidelijk niet om een tegenprestatie die de aanbestedende dienst in ruil voor de uitvoering van de opdracht verstrekt. Het is een eenvoudig juridisch feit dat uit de gunning van de opdracht voortvloeit.

64. Vervolgens kan evenmin worden ontkend dat het verkrijgen van referenties een voordeel kan vormen. Deze referenties kunnen een strategische rol spelen bij de toekomstige gunning van overheidsopdrachten. Vastgesteld moet echter worden dat de verlening van referenties niet volstaat om aan te tonen dat de voorgenomen overeenkomst wederkerig is. Referenties vormen immers geen verplichting voor de aanbestedende dienst, zodat zij ten aanzien van deze dienst geen opeisbare tegenprestatie vormen. Dit voordeel is een voorwaarde waarvan de vervulling willekeurig en onzeker is, aangezien de referenties waarop de onderneming zich in de toekomst zal kunnen beroepen, in werkelijkheid afhangen van feitelijke omstandigheden die verband houden met de goede uitvoering van de opdracht. Er is dus geen enkele waarborg ten aanzien van de referenties waarop de inschrijver zich in de toekomst kan beroepen. Het gaat louter om speculatie over de overeenkomst.

65. Tot slot vermeldt de verwijzingsbeslissing dat de opdracht in casu uit twee percelen bestond.[40] De onderhavige aanbesteding had enkel betrekking op het eerste perceel. Er werd geen aanvullende informatie verstrekt over het eventuele verband tussen het eerste en het tweede perceel. Het is echter nauwelijks denkbaar dat een dergelijke situatie een rol speelt bij de definitie van de tegenprestatie in de zin van de juridische verplichting die de aanbestedende dienst met betrekking tot de twee percelen jegens de inschrijver zou hebben. Het is zeker niet wenselijk een uitdrukkelijk of impliciet beleid te aanvaarden of te bevorderen waarbij een onderneming voor een perceel een offerte zou indienen die ver onder de kosten ligt, met inbegrip van een bedrag van 0,00 EUR, in de hoop dat zij deze kosten bij de toewijzing van een tweede perceel van de opdracht naderhand zou kunnen doorberekenen.

66. Kortom, geen van de drie scenario's die betrekking hebben op de mogelijke „voordelen" die zouden kunnen worden aangevoerd als tegenprestatie voor een inschrijver die bepaalde diensten gratis aanbiedt, valt onder het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24. In geen van deze gevallen is er sprake van een tegenprestatie waarvan de uitvoering in het kader van de overeenkomst in rechte van de aanbestedende dienst kan worden gevorderd. De gemeenschappelijke noemer van deze voordelen is dat zij alle een gok op de toekomst zijn.

67. Tot slot zou hieraan kunnen worden toegevoegd dat dit laatste feitelijke element het mogelijk maakt de onderhavige zaak duidelijk te onderscheiden van de nog flexibelere benadering van de begrippen tegenprestatie en „bezwarende titel" die bijvoorbeeld door advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in zijn conclusie in de zaak Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung is gevolgd[41]. Vooral in een nogal dynamische sector als die van de ontwikkeling van software is het namelijk mogelijk een aantal vrij atypische tegenprestaties te bedenken. De eerste software zou bijvoorbeeld gratis kunnen worden geleverd en de toekomstige doorontwikkelingen tegen betaling. De aanbestedende dienst kan een betaling in natura doen door in ruil daarvoor zijn eigen gegevens door te geven, zodat de programmeur deze in latere toepassingen kan gebruiken. De aanbestedende dienst kan beloven met regelmatige tussenpozen feedback te geven, zodat de ontwikkelaar zijn product kan verbeteren en de verhandelbaarheid ervan kan vergroten, enzovoort. Al deze situaties kunnen aanleiding geven tot het sluiten van overeenkomsten onder

[40] Zie punt 11 van deze conclusie.

[41] C-796/18, EU:C:2020:47. Zie de punten 51 en 52 van deze conclusie.

bezwarende titel, mits deze verplichtingen duidelijk zijn vastgelegd in de met de aanbestedende dienst gesloten overeenkomst en een rechtens afdwingbare tegenprestatie definiëren, ook al is het niet altijd gemakkelijk om voor elke specifieke tegenprestatie een prijs vast te stellen.

68. In de onderhavige zaak vloeit daarentegen geen enkele specifieke tegenprestatie van de aanbestedende dienst voort uit een duidelijke en afdwingbare verplichting die voortvloeit uit de overeenkomst waarvan de sluiting wordt overwogen. Het eerste „voordeel" is eenvoudigweg een automatisch juridisch feit. Het tweede is zuiver speculatief en onzeker. Het derde zou, zelfs indien het in overweging zou worden genomen, zeer problematisch zijn. Bij gebreke van een op de aanbestedende dienst rustende tegenprestatie kan de toekomstige overeenkomst dus niet worden aangemerkt als een „overeenkomst onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24.

C. Is een inschrijving van 0,00 EUR een abnormaal lage inschrijving?

69. Voor de tweede prejudiciële vraag moet worden vastgesteld op welke rechtsgrondslag een inschrijving ten bedrage van 0,00 EUR, zoals de onderhavige, is afgewezen.

70. De verwijzende rechter concentreert zijn vraag weliswaar op de bepalingen van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, maar ik herinner eraan dat volgens de door hem verstrekte inlichtingen het ministerie van Binnenlandse Zaken de betrokken offerte heeft getoetst aan de bepalingen inzake „abnormaal lage inschrijvingen" van artikel 69 van deze richtlijn. Het ministerie van Binnenlandse Zaken zou verzoeksters offerte echter niet hebben afgewezen omdat zij abnormaal laag was of omdat zij niet voldeed aan de in de aankondiging van de opdracht gestelde vereisten en verplichtingen, maar omdat deze een bedrag van 0,00 EUR beliep.

71. De tweede vraag van de verwijzende rechter is dus van procedurele aard. Indien een aanbestedende dienst een offerte ontvangt waarin in het vakje „prijs" een bedrag van 0,00 EUR staat vermeld, (i) moet de aanbestedende dienst de inschrijving dan automatisch uitsluiten op grond van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, aangezien een dergelijke inschrijving nooit kan leiden tot het sluiten van een geldige overheidsopdracht, of (ii) moet een dergelijke inschrijving ook worden onderzocht in het licht van de procedure voor abnormaal lage inschrijvingen van artikel 69 van richtlijn 2014/24?

72. Gelet op het door de verwijzende rechter voorgestelde antwoord op de eerste vraag (de in het kader van een overheidsopdracht verschuldigde tegenprestatie impliceert niet noodzakelijkerwijs een rechtstreekse overdracht van geld, maar kan een tegenprestatie in natura zijn wanneer zij ten minste een bepaalde economische waarde heeft), is het logische antwoord op de tweede prejudiciële vraag het onder (ii) voorgestelde antwoord: ook een offerte van een nominaal bedrag van 0,00 EUR moet worden behandeld als een abnormaal lage inschrijving.

73. Om te beginnen heeft de procedure van artikel 69 van richtlijn 2014/24 betrekking op de fasen van de inschrijving en de onderhandelingen. In dit artikel verplicht de Uniewetgever de aanbestedende dienst namelijk de inschrijver de mogelijkheid te bieden om het bedrag van zijn inschrijving uit te leggen en aan te tonen dat deze serieus is. Vervolgens vereist hij dat de aanbestedende dienst niet alleen rekening houdt met de verstrekte toelichtingen, met name die welke betrekking hebben op de doelmatigheid van de diensten, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij het

verrichten van de overeengekomen diensten gebruik kan maken [42], maar ook met alle elementen die relevant zijn voor de betrokken dienst en de met de uitvoering ervan verbonden verplichtingen [43].

74. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat de toekomstige overeenkomst uiteindelijk een overeenkomst „onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 kan zijn, tenzij uit de aard van de opdracht of de inschrijving zelf ondubbelzinnig blijkt dat er geen andere denkbare tegenprestatie kan zijn en dat het vervolgens nutteloos is om de inschrijver in staat te stellen zijn inschrijving toe te lichten.

75. Een en ander roept de paradox van Schrödingers kat in herinnering. Zolang de doos niet open is en de inhoud ervan niet is onderzocht, valt niet uit te sluiten dat de zich daarin bevindende kat levend is. Evenzo kan, zolang de aanbestedende dienst de inschrijver niet op basis van artikel 69 van richtlijn 2014/24 de gelegenheid biedt om de logica en de kostenstructuur van zijn inschrijving toe te lichten, niet worden uitgesloten dat de betrokken inschrijving kan leiden tot de sluiting van een overheidsopdracht, onverminderd de uiteindelijke afwijzing van de offerte door de aanbestedende dienst. Een dergelijke afwijzing kan echter niet zonder meer worden gebaseerd op het feit dat een nominaal aanbod van 0,00 EUR niet voldoet aan de voorwaarde „onder bezwarende titel" van artikel 2, lid 1, punt 5, van deze richtlijn.

76. Vervolgens dient te worden vastgesteld dat richtlijn 2014/24 geen definitie geeft van het begrip „abnormaal lage inschrijving" noch preciseert met welk geldbedrag dit overeenkomt. [44] De door de Uniewetgever gebruikte termen zijn algemeen. Zo heeft het Hof ook de termen „in de aanbieding [wordt] een lage prijs […] voorgesteld" gebruikt. [45]

77. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat het Hof zich verzet tegen de invoering van een mathematisch uitsluitingscriterium. Het Hof wil een daadwerkelijke mededinging bevorderen overeenkomstig de doelstellingen van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. In het arrest van 22 juni 1989, Costanzo [46], heeft het Hof geoordeeld dat een mathematisch uitsluitingscriterium de indieners van een bijzonder lage inschrijving de mogelijkheid ontneemt om te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus waren, en bijgevolg in strijd was met de doelstelling van richtlijn 71/305/EEG [47], namelijk de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten.

78. Gelet op deze elementen lijkt niets eraan in de weg te staan dat het begrip „abnormaal lage inschrijving" een inschrijving voor een bedrag van 0,00 EUR kan omvatten. Het is waar dat een bedrag van „0,00 EUR" iets wegheeft van een psychologische barrière. Economisch gezien is er echter geen enkele reden om dit bedrag te onderscheiden van een inschrijving voor een bedrag van 10 EUR of 100 EUR, zolang al deze offertes beneden de kostprijs van de opdracht liggen.

42 Deze toelichtingen zijn vermeld in artikel 69, lid 2, van richtlijn 2014/24.

43 Zie arrest van 16 mei 2019, Transtec/Commissie (T-228/18, EU:T:2019:336, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Zo heeft het Hof in het arrest van 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), eraan herinnerd dat het aan de lidstaten en met name aan de aanbestedende diensten staat om de berekeningswijze te bepalen van een drempel die resulteert in een „abnormaal lage aanbieding" (punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Zie in dit verband arrest van 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punt 46).

46 103/88, EU:C:1989:256, punt 18.

47 Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5).

79. Tot slot lijdt het geen twijfel dat een aantal aanvullende argumenten kunnen pleiten voor een weigering om inschrijvingen van 0,00 EUR in behandeling te nemen. Het toestaan van dergelijke inschrijvingen zou namelijk in strijd kunnen zijn met de doelstelling van *transparantie* op het gebied van publieke gelden en corruptiebestrijding. De werkelijke kosten en de latere betalingen zouden eenvoudigweg worden verplaatst en verhuld door andere parallelle transacties. Hoewel een dergelijke handelwijze op het eerste gezicht voordelig lijkt voor de *overheidsbegrotingen*, zou een voor een nominale prijs van 0,00 EUR gesloten overheidsopdracht voor de aanbestedende dienst uiteindelijk nogal kostbaar en moeilijk uitvoerbaar blijken en er dus toe kunnen leiden dat de kosten worden verhoogd, hetgeen zou worden voorkomen wanneer van meet af aan gewoon een passend bedrag wordt betaald. Bovendien kan een gesponsorde praktijk van afbraakprijzen door de aanbestedende diensten enige ongerustheid doen ontstaan vanuit het oogpunt van het *mededingingsrecht*.

80. Hoe dan ook kunnen dezelfde argumenten, ongeacht de legitimiteit van deze bezorgdheden, in tegenovergestelde zin worden gebruikt, dat wil zeggen ten gunste van het in behandeling nemen van dergelijke inschrijvingen.[48] Niettemin kunnen al deze argumenten vooral worden aangevoerd tegen de behandeling van abnormaal lage inschrijvingen. De in het voorgaande punt geschetste overwegingen zijn zonder onderscheid van toepassing op elke abnormaal lage inschrijving. Dit zou, bij een opdracht die op 150 000 EUR wordt geraamd, bijvoorbeeld het geval zijn bij een offerte van 1 000 EUR, 101 EUR of 1 symbolische EUR. Zelfs indien al deze inschrijvingen veel lager zouden zijn dan de werkelijke kosten, dan nog kan de aanbestedende dienst ze niet automatisch afwijzen. Hij moet deze beoordelen volgens de daartoe in artikel 69 van richtlijn 2014/24 specifiek voorziene procedure.

81. Hoewel de wetgever van de Unie in de context van het aanbestedingsrecht een dergelijke keuze heeft gemaakt na alle voor- en nadelen van de abnormaal lage inschrijvingen te hebben afgewogen, vind ik geen logisch argument op grond waarvan inschrijvingen van 0,00 EUR van een dergelijk schema kunnen worden uitgesloten. Deze moeten dus op dezelfde wijze worden behandeld. Mocht het Hof mijn voorstel met betrekking tot de eerste vraag aanvaarden (een „overeenkomst onder bezwarende titel" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 vereist niet noodzakelijkerwijs de betaling van een geldsom, maar kan een op de aanbestedende dienst rustende tegenprestatie in natura inhouden), dan is het in het voorstel voor een overeenkomst vermelde nominale bedrag niet bepalend.

82. Bijgevolg ben ik van mening dat de aanbestedende dienst wel degelijk aan de hand van de voorwaarden van artikel 69 van richtlijn 2014/24 een inschrijving van 0,00 EUR moet onderzoeken en, in voorkomend geval, moet afwijzen, met name op grond dat zij niet kan leiden tot het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van deze richtlijn, omdat door de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure geen enkele tegenprestatie van economische aard zou worden verstrekt.

[48] Wat met name de mededinging betreft, zou kunnen worden aangevoerd dat deze regels in werkelijkheid concurrentiebevorderend zijn. Het is namelijk waarschijnlijk dat kleine en middelgrote ondernemingen en start-ups lagere vaste kosten hebben en nulmarges voor een bepaald contract kunnen absorberen. In die omstandigheden kunnen aanbiedingen van 0,00 EUR concurrerend blijken te zijn doordat ze deze kleine ondernemingen in staat stellen tot de markt toe te treden.

V. Conclusie

83. Ik geef het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (nationale commissie voor de toetsing van aanbestedingsprocedures voor de gunning van overheidsopdrachten, Slovenië) te beantwoorden als volgt:

„1) Het begrip ‚overeenkomst onder bezwarende titel' in artikel 2, lid 1, punt 5, van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2017/2365 van de Commissie van 18 december 2017, moet aldus worden uitgelegd dat een handeling waarbij de inschrijver de aanbestedende dienst voorstelt de dienst voor een bedrag van 0,00 EUR te verrichten, op grond daarvan niet als een ‚overheidsopdracht voor dienstverlening' kan worden aangemerkt voor zover de contractpartijen geen tegenprestatie voor de economische waarde ten laste van de aanbestedende dienst overeenkomen.

2) Een inschrijving tegen een prijs van 0,00 EUR moet worden beoordeeld overeenkomstig de bepalingen van artikel 69 van richtlijn 2014/24, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2017/2365, betreffende abnormaal lage inschrijvingen, in voorkomend geval nadat de inschrijver aanvullende informatie heeft verstrekt over de precieze aard van de tegenprestatie van economische waarde ten laste van de aanbestedende dienst. Een dergelijke inschrijving moet worden afgewezen indien zij er niet toe kan leiden dat in het specifieke kader van een aanbestedingsprocedure een ‚overeenkomst onder bezwarende titel' in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van deze richtlijn wordt gesloten."