Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. RANTOS
van 11 mei 2023[1]

Zaak C-266/22

CRRC Qingdao Sifang CO LTD,
Astra Vagoane Călători SA
tegen
Autoritatea pentru Reformă Feroviară,
Alstom Ferroviaria SPA

[verzoek van de Curte de Apel București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Harmonisatie van de wetgevingen – Procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 25 – Nationale wetgeving die na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in werking is getreden – Wijziging van het begrip ‚ondernemer' – Uitsluiting van de inschrijving van een in de Volksrepubliek China gevestigde ondernemer – Derde land dat geen partij is bij een in artikel 25 bedoelde overeenkomst"

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, lid 1, punt 13, artikel 18, lid 1, artikel 25 en artikel 49 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[2], zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828 van de Commissie van 30 oktober 2019[3] (hierna: „richtlijn 2014/24").

2. Met zijn twee prejudiciële vragen verzoekt de Curte de Apel București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) het Hof in wezen te onderzoeken of deze Unierechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten zich ertegen verzetten dat een in de Volksrepubliek China gevestigde ondernemer wordt uitgesloten van een openbare aanbestedingsprocedure die een aanbestedende dienst van een lidstaat heeft geopend, wanneer die uitsluiting het gevolg is van een nationale wettelijke regeling waarbij het begrip „ondernemer" is gewijzigd teneinde artikel 25 van richtlijn 2014/24 om te zetten en deze nationale wettelijke regeling na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in werking is getreden.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 2014, L 94, blz. 65.

3 PB 2019, L 279, blz. 25.

3. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen enerzijds een consortium bestaande uit CRRC Qingdao Sifang en Astra Vagoane Călători SA (hierna samen: „consortium"), en anderzijds de Autoritatea pentru Reformă Feroviară (autoriteit voor spoorweghervormingen; hierna: „ARF"), een aanbestedende dienst in Roemenië, en Alstom Ferroviaria, interveniënte aan de zijde van de ARF. Het geding heeft meer bepaald betrekking op het besluit van de ARF om de inschrijving van het consortium in het kader van een aanbestedingsprocedure voor de aankoop van 20 nieuwe interregionale elektrische treinstellen en voor het onderhoud en de reparatie van deze treinstellen uit te sluiten op grond dat de vennootschap CRRC Qingdao Sifang in de Volksrepubliek China is gevestigd.

4. De gestelde vragen stellen het Hof in staat om voor het eerst te onderzoeken of nationale regels waarbij artikel 25 van richtlijn 2014/24 is omgezet, verenigbaar zijn met het Unierecht, en om de normatieve inhoud van deze bepaling uit te leggen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2014/24

5. De overwegingen 1, 17 en 98 van richtlijn 2014/24 luiden als volgt:

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

[…]

(17) Bij besluit 94/800/EG van de Raad [van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap, voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994)] voortvloeiende overeenkomsten (PB 1994, L 336, blz. 1)] is met name de overeenkomst inzake overheidsopdrachten van de Wereldhandelsorganisatie, hierna de „GPA-overeenkomst" genoemd, goedgekeurd. De GPA-overeenkomst beoogt de invoering van een multilateraal kader van evenwichtige rechten en verplichtingen met betrekking tot overheidsopdrachten met het oog op de liberalisering en de expansie van de wereldhandel. Voor opdrachten die onder de bijlagen 1, 2, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de GPA-overeenkomst vallen, alsmede onder andere toepasselijke internationale overeenkomsten waardoor de Unie gebonden is, moeten de aanbestedende diensten voldoen aan de verplichtingen uit deze overeenkomsten, door deze richtlijn toe te passen op ondernemers van derde landen die partij bij de overeenkomsten zijn.

[…]

(98) Het is van essentieel belang dat gunningscriteria of contractvoorwaarden betreffende sociale aspecten van het productieproces betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten die met de opdracht worden beoogd. Voorts dienen zij te worden toegepast in overeenstemming met richtlijn 96/71/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997, L 18, blz. 1)], zoals uitgelegd door het [Hof], en mogen zij niet worden gekozen of toegepast op een wijze die direct of indirect discriminerend is ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de GPA-overeenkomst of bij vrijhandelsakkoorden waarbij ook de Unie partij is. […]"

6. In artikel 2 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Definities", zijn in lid 1 onder meer de volgende definities vastgelegd:

„Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

[…]

5. ‚overheidsopdrachten': 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;

[…]

10. ‚ondernemer': elke natuurlijke of rechtspersoon of [elk] openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten [en/of] het verlenen van diensten op de markt aanbiedt;

[…]

11. ‚inschrijver': een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend;

[…]

13. ‚aanbestedingsstukken': alle stukken die door de aanbestedende dienst worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van onderdelen van de aanbesteding of de procedure, met inbegrip van de aankondiging van opdracht, de vooraankondiging indien deze wordt gebruikt als oproep tot mededinging, de technische specificaties, het beschrijvende document, de voorgestelde contractvoorwaarden, formaten voor de aanbieding van documenten door gegadigden en inschrijvers, informatie over algemeen toepasselijke verplichtingen en alle aanvullende documenten;

[…]"

7. Volgens artikel 7 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten", is deze richtlijn niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die in het kader van richtlijn 2014/25/EU van het Europees

Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243), zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2019/1829 van de Commissie van 30 oktober 2019 (PB 2019, L 279, blz. 27) (hierna: „richtlijn 2014/25"), worden geplaatst of uitgeschreven door aanbestedende diensten welke één of meer van de in de artikelen 8 tot en met 14 van die richtlijn bedoelde activiteiten uitoefenen en die voor de uitvoering van deze activiteiten worden gegund.

8. Artikel 18 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Aanbestedingsbeginselen", bepaalt in lid 1, eerste alinea, dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze handelen.

9. Artikel 19 van deze richtlijn, met als opschrift „Ondernemers", bepaalt in lid 1, eerste alinea:

„Ondernemers die krachtens de wetgeving van de lidstaat waar zij zijn gevestigd, gerechtigd zijn de betrokken dienst te leveren, mogen niet worden afgewezen louter op grond van het feit dat zij krachtens de wetgeving van de lidstaat waar de opdracht wordt gegund, een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon moeten zijn."

10. Artikel 25 van de richtlijn, met als opschrift „Voorwaarden met betrekking tot de GPA-overeenkomst en andere internationale overeenkomsten", luidt als volgt:

„Voor zover de bijlagen 1, 2, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de GPA-overeenkomst inzake overheidsopdrachten en de andere internationale overeenkomsten waardoor de Unie gebonden is, van toepassing zijn, geven aanbestedende diensten aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten geen minder gunstige behandeling dan die welke zij aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Unie geven."

11. Artikel 49 van deze richtlijn, met als opschrift „Aankondigingen van opdrachten", luidt:

„Aankondigingen van opdrachten worden voor alle procedures gebruikt als oproep tot mededinging, onverminderd artikel 26, lid 5, tweede alinea, en artikel 32. Die aankondigingen van opdrachten bevatten de informatie als vermeld in bijlage V, deel C, en worden bekendgemaakt overeenkomstig artikel 51."

12. Artikel 58 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Selectiecriteria", bepaalt in lid 2, eerste alinea:

„Met betrekking tot de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen kunnen aanbestedende diensten van ondernemers eisen dat zij zijn ingeschreven bij een van de in de lidstaat van vestiging bijgehouden beroeps- of handelsregisters, als omschreven in bijlage XI, of dat zij voldoen aan andere eisen in die bijlage."

2. Richtlijn 2014/25

13. Artikel 1 van richtlijn 2014/25, met als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied", bepaalt in lid 2:

„Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een opdracht voor werken, leveringen of diensten, van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende instanties van door deze aanbestedende instanties gekozen ondernemers, mits de werken, leveringen of diensten bedoeld zijn voor de uitoefening van een van de in de artikelen 8 tot en met 14 bedoelde activiteiten."

14. Artikel 11 van deze richtlijn, met als opschrift „Vervoersdiensten", bepaalt:

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

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

15. Artikel 43 van de richtlijn, met als opschrift „Voorwaarden met betrekking tot de GPA-overeenkomst en andere internationale overeenkomsten", luidt als volgt:

„Voor zover de bijlagen 3, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de GPA-overeenkomst en de andere internationale overeenkomsten waardoor de Unie gebonden is, van toepassing zijn, geven aanbestedende instanties in de zin van artikel 4, lid 1, onder a), aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten geen minder gunstige behandeling dan die welke zij aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Unie geven."

3. Mededeling van de Commissie van 24 juli 2019

16. De mededeling van de Commissie van 24 juli 2019, „Richtsnoeren voor de deelname van inschrijvers en goederen uit derde landen aan de aanbestedingsmarkt van de EU" [C(2019) 5494 final] [4] (hierna: „mededeling van de Commissie van 24 juli 2019"), bevat de volgende relevante passages:

„De EU heeft in diverse internationale overeenkomsten (zoals de overeenkomst inzake overheidsopdrachten en bilaterale vrijhandelsovereenkomsten met aanbestedingshoofdstukken) toegezegd om aan bepaalde werken, leveringen, diensten en ondernemers van verschillende derde landen toegang te verlenen tot haar aanbestedingsmarkt.

De richtlijnen voor overheidsopdrachten garanderen bijgevolg voor overheidsinkopers in de EU dat er geen minder gunstige behandeling wordt gegeven aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten dan die welke aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Unie wordt gegeven, voor zover dat die gedekt zijn door deze overeenkomsten.

4 PB 2019, C 271, blz. 43.

Afgezien van deze verplichting hebben ondernemers van derde landen die geen overeenkomst hebben inzake de openstelling van de aanbestedingsmarkt van de EU of waarvan de goederen, diensten en werken niet zijn gedekt door een dergelijke overeenkomst, geen gewaarborgde toegang tot de aanbestedingsprocedures in de EU en kunnen [zij] worden uitgesloten."

B. Roemeens recht

17. In artikel 3, lid 1, onder jj), van Lege nr. 98/2016 privind achizițiile publice (wet nr. 98/2016 inzake overheidsopdrachten) van 19 mei 2016 (*Monitorul Oficial al României*, deel I, nr. 390 van 23 mei 2016) (hierna: „wet inzake overheidsopdrachten"), wordt het begrip „ondernemer" in de op 3 april 2020 geldende versie als volgt gedefinieerd:

„In deze wet wordt verstaan onder:

[…]

(jj) ‚ondernemer': elke natuurlijke persoon of privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon, of een combinatie of samenwerkingsverband van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van twee of meer van deze lichamen, die op wettige wijze de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt."

18. Artikel 236 van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalt:

„(1) Deze wet is van toepassing op aanbestedingsprocedures die na de datum van inwerkingtreding ervan zijn aangevangen.

(2) Op de aanbestedingsprocedures die op de datum van inwerkingtreding van de onderhavige wet reeds zijn aangevangen, is de wet van toepassing die van kracht was op de datum van de aanvang van de procedure.

(3) De onderhavige wet is van toepassing op overheidsopdrachten/raamovereenkomsten die na de datum van inwerkingtreding ervan zijn gesloten.

(4) Op overeenkomsten betreffende overheidsopdrachten/raamovereenkomsten die vóór de datum van inwerkingtreding van de onderhavige wet zijn gesloten, is voor alle aangelegenheden betreffende de sluiting, de wijziging, de uitlegging, de gevolgen, de uitvoering en de beëindiging daarvan, de wet van toepassing die van kracht was op de datum waarop zij zijn gesloten."

19. Bij Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 25/2021 privind modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice (spoedbesluit van de regering nr. 25/2021 tot wijziging en aanvulling van bepaalde regelgevingshandelingen in de sector van overheidsopdrachten) van 31 maart 2021 (*Monitorul Oficial al României*, deel I, nr. 346 van 5 april 2021) (hierna: „OUG nr. 25/2021"), dat op 5 april 2021 in werking is getreden, is een aantal bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten gewijzigd om artikel 25 van richtlijn 2014/24 en artikel 43 van richtlijn 2014/25 om te zetten.

20. Artikel V van OUG nr. 25/2021 bepaalt:

„Op aanbestedingsprocedures in het kader waarvan ondernemers op de datum van inwerkingtreding van het onderhavige spoedbesluit inschrijvingen hebben ingediend, is de wetgeving van toepassing die van kracht was op de datum van de aanvang van die procedures."

21. In artikel 3, lid 1, onder jj), van de wet inzake overheidsopdrachten, zoals gewijzigd bij OUG nr. 25/2021, wordt het begrip „ondernemer" als volgt gedefinieerd:

„In deze wet wordt verstaan onder:

[…]

(jj) ‚ondernemer': elke natuurlijke persoon of privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon, of een combinatie of samenwerkingsverband van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van twee of meer van deze lichamen, die op wettige wijze de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en/of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt, en is/zijn gevestigd in:

(i) een lidstaat van de [Unie];

(ii) een lidstaat van de Europese Economische Ruimte (EER);

(iii) derde landen die de [GPA-overeenkomst] hebben geratificeerd, voor zover de geplaatste overheidsopdracht valt binnen de werkingssfeer van de bijlagen 1, 2, 4, 5, 6 en 7 bij aanhangsel I van de GPA-overeenkomst;

(iv) tot de [Unie] toetredende derde landen;

(v) derde landen die niet binnen de werkingssfeer van punt iii) vallen, maar andere internationale overeenkomsten hebben ondertekend die de [Unie] verplichten vrije toegang tot de markt voor overheidsopdrachten te bieden".

22. Artikel 49 van de wet inzake overheidsopdrachten, zoals gewijzigd bij OUG nr. 25/2021, bepaalt:

„(1). Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

(2). Voor zover de bijlagen 1, 2, 4, 5, 6 en 7 bij aanhangsel I van de GPA-overeenkomst en de andere internationale overeenkomsten waardoor de Unie gebonden is, van toepassing zijn, geven aanbestedende diensten aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten geen minder gunstige behandeling dan die welke zij aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Unie geven."

23. Artikel 53, leden 1 en 1 bis, van de wet inzake overheidsopdrachten, zoals gewijzigd bij OUG nr. 25/2021, luidt:

„(1) Ondernemers die onder de definitie van artikel 3, lid 1, punt jj) vallen, mogen deelnemen aan de in artikel 68 bedoelde aanbestedingsprocedures als individuele inschrijver/samenwerkingsverband/kandidaat/ondersteunende derde/onderaannemer.

(1[1]) Elke natuurlijke of rechtspersoon met de hoedanigheid van individuele inschrijver/samenwerkingsverband/kandidaat/ondersteunende derde/onderaannemer die niet valt onder de definitie van artikel 3, lid 1, onder jj), wordt door de aanbestedende dienst van de aanbestedingsprocedure uitgesloten zonder dat hoeft te worden nagegaan of de artikelen 164, 165 en 167 van toepassing zijn."

III. Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

24. Op 3 april 2020 heeft de ARF een procedure aangevangen voor de plaatsing, middels een openbare aanbesteding, van een overheidsopdracht betreffende de „aankoop van 20 nieuwe interregionale elektrische motorstellen [Electric Multiple Units], RE-IR genoemd, en de aankoop van de voor de werking van de betrokken treinen benodigde onderhouds- en reparatiediensten", door de aankondiging van opdracht CN1020204, samen met de bijbehorende aanbestedingsdocumenten, op 3 april 2020 bekend te maken in het sistem electronic de achiziții publice (elektronisch systeem voor overheidsopdrachten).

25. Op 5 april 2021 is OUG nr. 25/2021 tot wijziging en aanvulling van bepaalde regelgevingshandelingen op het gebied van overheidsopdrachten in werking getreden.

26. Op 19 april 2021, de dag die de uiterste datum was voor de indiening van inschrijvingen in het kader van de betrokken aanbestedingsprocedure, hebben twee ondernemers, te weten het consortium en Alstom Ferroviaria, een inschrijving ingediend.

27. Op 2 november 2021 heeft de ARF het eindverslag van aanbestedingsprocedure nr. 22/410/28.10.2021 gepubliceerd. Daarin werd de door het consortium ingediende inschrijving uitgesloten en werd de opdracht toegewezen aan Alstom Ferroviaria (hierna: „uitsluitingsverslag"). De reden voor de uitsluiting was dat de leidende vennootschap van het consortium, namelijk CRRC Qingdao Sifang, niet valt onder de definitie van het begrip „ondernemer" in artikel 3, lid 1, onder jj), van de wet inzake overheidsopdrachten, zoals gewijzigd bij OUG nr. 25/2021, omdat zij in de Volksrepubliek China is gevestigd.

28. Op 11 november 2021 heeft het consortium bezwaar tegen het uitsluitingsverslag aangetekend bij de Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor (nationale raad voor de behandeling van bezwaarschriften, Roemenië; hierna: „CNSC"). Volgens het consortium was deze uitsluiting strijdig met de Roemeense grondwet en het Unierecht omdat OUG nr. 25/2021 met terugwerkende kracht was toegepast.

29. Bij besluit van 31 januari 2022 heeft de CNSC het bezwaar van het consortium afgewezen. Om te beginnen heeft de CNSC opgemerkt dat de Volksrepubliek China aan geen enkel criterium voldeed van artikel 3, lid 1, onder jj), i) tot en met v), van de wet inzake overheidsopdrachten, zoals gewijzigd bij OUG nr. 25/2021. Voorts heeft de CNSC vastgesteld dat het consortium zijn inschrijving op 19 april 2021, dus na de inwerkingtreding van OUG nr. 25/2021 op 5 april 2021,

had ingediend. Ten slotte heeft de CNSC benadrukt dat volgens artikel V van OUG nr. 25/2021 alleen op aanbestedingsprocedures in het kader waarvan ondernemers hun inschrijving op de datum van inwerkingtreding van dit spoedbesluit hebben ingediend, de wetgeving van toepassing is die van kracht was op de datum van de aanvang van die procedures. A contrario is OUG nr. 25/2021 van toepassing op aanbestedingsprocedures in het kader waarvan op de datum van inwerkingtreding van het spoedbesluit, te weten 5 april 2021, geen enkele inschrijving is ingediend.

30. Op 14 februari 2022 is het consortium tegen het besluit van de CNSC opgekomen bij de verwijzende rechter, de Curte de Apel București, die in laatste instantie uitspraak doet. In het kader van dit beroep betoogt het consortium dat de Unierechtelijke beginselen worden geschonden wanneer regels van een aanbestedingsprocedure in de loop van die procedure worden gewijzigd. Dit zijn met name het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht, het beginsel van transparantie en het beginsel van gelijke behandeling.

31. Op 2 maart 2022 hebben verzoeksters verzocht drie prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen.

32. De verwijzende rechter benadrukt dat het rechtskader voor overheidsopdrachten bij OUG nr. 25/2021 is gewijzigd en dat een aantal algemene regels voor deelname aan aanbestedingsprocedures in dat spoedbesluit opnieuw is gedefinieerd volgens artikel 25 van richtlijn 2014/24. Krachtens dat artikel hoeven de lidstaten alleen ondernemers uit derde landen die partij zijn bij de in deze bepaling bedoelde overeenkomsten, op dezelfde wijze te behandelen als ondernemers uit de lidstaten.

33. In de preambule van OUG nr. 25/2021 heeft de Roemeense regering erop gewezen dat in de afgelopen jaren steeds meer inschrijvers uit derde landen aan aanbestedingsprocedures hebben deelgenomen, die minder waarborgen bieden voor bepaalde vereisten, zoals normen voor een gecertificeerde kwaliteit, voor het milieu en voor duurzame ontwikkeling, voorschriften inzake arbeidsomstandigheden en sociale bescherming, en het mededingingsbeleid.

34. De verwijzende rechter stelt vast dat in artikel 25 van richtlijn 2014/24, wat de behandeling van de in deze bepaling bedoelde ondernemers betreft, geen onderscheid wordt gemaakt naargelang van het tijdstip waarop deze ondernemers hun inschrijvingen in het kader van de aanbestedingsprocedures waaraan zij deelnemen, hebben ingediend.

35. Deze rechter vraagt zich af in hoeverre de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, die in het Unierecht zijn verankerd, en de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid, die zijn neergelegd in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 junctis artikel 2, lid 1, punt 13, en artikel 49 van deze richtlijn, worden geëerbiedigd wanneer een inschrijver wordt uitgesloten op grond van een regelgevingshandeling met kracht van wet waarbij de definitie van „ondernemer” na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht wordt gewijzigd.

36. Daarop heeft de Curte de Apel București de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staan de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen in de weg aan een nationale regeling waarbij artikel 25 van [richtlijn 2014/24] per 5 april 2021 in nationaal recht is omgezet, en waarin is bepaald dat ondernemers op wie die Unierechtelijke bepaling niet van toepassing is, uitsluitend aan aanbestedingsprocedures kunnen blijven deelnemen indien zij vóór de datum van inwerkingtreding van die wetswijziging inschrijvingen hebben ingediend?

2) Staan de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid bedoeld in artikel 18, lid 1, van [richtlijn 2014/24] junctis artikel 2, lid 1, punt 13, en artikel 49 van [deze richtlijn], in de weg aan de uitsluiting van een inschrijver op grond van een door de regering van de lidstaat vastgestelde regelgevingshandeling met kracht van wet waarbij een nieuwe regeling is ingevoerd die de definitie van ondernemer wijzigt na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht betreffende de aanbestedingsprocedure waaraan die ondernemer deelneemt?”

37. Het consortium, de ARF, Alstom Ferroviaria, de Oostenrijkse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof.

38. Alstom Ferroviaria en de ARF stellen subsidiair voor om de gestelde vragen ontkennend te beantwoorden. De Oostenrijkse regering en de Commissie pleiten ook voor ontkennende beantwoording. Het consortium stelt voor om de vragen bevestigend te antwoorden.

IV. Analyse

A. Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen en bevoegdheid van het Hof om deze te beantwoorden

39. Volgens zowel Alstom Ferroviaria als de ARF is het verzoek om een prejudiciële beslissing in zijn geheel niet-ontvankelijk. Meer bepaald betoogt Alstom Ferroviaria dat de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn omdat zij geen betrekking hebben op de uitlegging van Unierechtelijke bepalingen, maar van nationale rechtsregels[5], die tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoren. De ARF benadrukt dat de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende rechtssituatie niet binnen de personele werkingssfeer van het Unierecht valt en dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is jegens CRRC Qingdao Sifang. Indien het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk wordt verklaard jegens CRRC Qingdao Sifang, moet het bovendien ook niet-ontvankelijk worden verklaard jegens Astra Vagoane Călători. Die vennootschap is weliswaar in Roemenië gevestigd, maar heeft in het kader van een consortium met CRRC Qingdao Sifang aan de aanbestedingsprocedure deelgenomen.

40. In dit verband herinner ik eraan dat het in het kader van de samenwerkingsprocedure tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van artikel 267 VWEU uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de

[5] Te weten de vaststelling van de relevante overgangsbepaling van OUG nr. 25/2021, de elementen op grond waarvan de rechtsverhouding tussen het consortium en de ARF is ontstaan en die welke tot de uitsluiting van de inschrijver hebben geleid, alsook het tijdstip waarop het consortium daadwerkelijk kennis heeft genomen van de beweerdelijk nieuwe regel.

te geven rechterlijke beslissing, om gelet op de bijzonderheden van het geval zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de door hem aan het Hof gestelde vragen te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een Unierechtelijke regel, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden.[6] Voorts kan het Hof slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechterlijke instantie wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, het vraagstuk van hypothetische aard is, of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.[7]

41. De verwijzende rechter wenst in de onderhavige zaak te vernemen of het verenigbaar is met het Unierecht om na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht een nationale wettelijke regeling toe te passen waarbij het begrip „ondernemer" ter omzetting van artikel 25 van richtlijn 2014/24 is gewijzigd en als gevolg waarvan het consortium is uitgesloten. In die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht duidelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of hypothetisch van aard is. Bovendien bevat de verwijzingsbeslissing voldoende feitelijke en juridische gegevens om een nuttig antwoord te geven op de vragen van de verwijzende rechter. De argumenten van de ARF volgens welke richtlijn 2014/24 niet van toepassing is op ondernemers die zijn gevestigd in derde landen die geen partij zijn bij een overeenkomst op grond waarvan de aanbestedingsmarkten van de Unie voor die landen zijn opengesteld, hebben overigens veeleer betrekking op de analyse ten gronde van de gestelde vragen, en niet op de vraag of zij ontvankelijk zijn.

42. Gelet op het voorgaande is het verzoek om een prejudiciële beslissing naar mijn mening ontvankelijk.

B. Ten gronde

43. Met zijn twee prejudiciële vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, enerzijds, en de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid van artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 junctis artikel 2, lid 1, punt 13, en artikel 49 van deze richtlijn, anderzijds, zich ertegen verzetten dat een inschrijver wordt uitgesloten op grond dat hij is gevestigd in een derde land dat geen partij is bij een in artikel 25 van die richtlijn bedoelde overeenkomst, wanneer die uitsluiting het gevolg is van een nationale wettelijke regeling waarbij het begrip „ondernemer" is gewijzigd teneinde dat artikel 25 om te zetten, en deze nationale wettelijke regeling na de bekendmaking van de aankondiging van de betrokken opdracht en vóór de indiening van de inschrijvingen in werking is getreden.

44. Gelet op de feiten van het hoofdgeding moeten enkele opmerkingen worden gemaakt over de materiële, de temporele en de personele werkingssfeer van richtlijn 2014/24. Het consortium kan de verschillende Unierechtelijke beginselen waarover de verwijzende rechter het Hof vragen heeft gesteld, namelijk alleen inroepen indien het onder de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

6 Arresten van du 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 12 januari 2023, DOBELES HES (C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punt 46).

7 Arresten van 24 november 2020, Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte) (C-510/19, EU:C:2020:953, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 21 maart 2023, Mercedes-Benz Group (Aansprakelijkheid van fabrikanten van met een manipulatie-instrument uitgeruste voertuigen) (C-100/21, EU:C:2023:229, punt 53).

45. Zoals hierna zal worden aangetoond, doet de materiële en temporele werkingssfeer van deze richtlijn weliswaar vragen rijzen die uiteindelijk door de nationale rechter moeten worden beoordeeld, maar is dit niet het geval voor de personele werkingssfeer. Volgens artikel 25 van die richtlijn genieten ondernemers uit derde landen die geen partij zijn bij de in die bepaling bedoelde overeenkomsten, namelijk niet de rechten die in deze richtlijn zijn neergelegd en kunnen die ondernemers zich dus niet met succes beroepen op schending van de Unierechtelijke beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.

1. Materiële toepasselijkheid

46. Ik deel de mening van de Oostenrijkse regering en de Commissie dat de overheidsopdracht in het hoofdgeding, die betrekking heeft op de aankoop van elektrische motorstellen voor spoorvervoer en de aankoop van de voor de werking van de betrokken treinen benodigde onderhouds- en reparatiediensten, mogelijkerwijs niet valt onder richtlijn 2014/24, waarover de verwijzende rechter vragen heeft gesteld, maar onder richtlijn 2014/25.

47. Richtlijn 2014/24 is van toepassing op aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten voor overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of groter is dan de in artikel 4 van deze richtlijn vastgestelde drempelbedragen. Volgens artikel 7 van die richtlijn is zij met name niet van toepassing op overheidsopdrachten die worden geplaatst of uitgeschreven door aanbestedende diensten welke één of meer van de in de artikelen 8 tot en met 14 van die richtlijn bedoelde activiteiten uitoefenen en die voor de uitvoering van deze activiteiten worden gegund. De materiële werkingssfeer van richtlijn 2014/24 strekt zich derhalve niet uit tot overheidsopdrachten in de vervoersdienstensector, zoals deze wordt gedefinieerd in artikel 11 van richtlijn 2014/25.[8] Volgens artikel 11 van richtlijn 2014/25, met als opschrift „Vervoersdiensten", eerste alinea, is deze richtlijn van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van *netten* bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van onder meer vervoer per trein beogen. Voorts is in de tweede alinea van dat artikel bepaald dat een *net* wordt geacht te bestaan wanneer de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde exploitatievoorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

48. In deze zaak blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt niet op concludente wijze of de aanbestedende dienst in het hoofdgeding, ondanks zijn benaming, zelf vervoerdiensten in de zin van artikel 11 van richtlijn 2014/25 aanbiedt[9], en evenmin of de motorstellen waarop de opdracht in het hoofdgeding betrekking heeft, in het kader van een net in de zin van die bepaling zullen worden geëxploiteerd[10]. Derhalve dient de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om de feiten te beoordelen, een en nader te onderzoeken en vast te stellen of de opdracht in het hoofdgeding onder richtlijn 2014/24 dan wel onder richtlijn 2014/25 valt.

49. Vastgesteld moet echter worden dat artikel 25 van richtlijn 2014/24, waarover vragen zijn gesteld aan het Hof, in analoge bewoordingen is opgesteld als artikel 43 van richtlijn 2014/25 en in wezen betrekking heeft op dezelfde overeenkomsten.[11] Bijgevolg mag het feit dat niet

8 Arrest van 1 augustus 2022, Roma Multiservizi en Rekeep (C-332/20, EU:C:2022:610, punt 64).

9 Zie in dat verband de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, punt 21).

10 Zie over het begrip „exploiteren" naar analogie arresten van 28 februari 2019, SJ (C-388/17, EU:C:2019:161, punt 49), en 28 oktober 2020, Pegaso et Sistemi di Sicurezza (C-521/18, EU:C:2020:867, punt 49 e.v.).

11 Richtlijn 2014/24 verwijst naar de bijlagen 1, 2, 4 en 5 van aanhangsel I bij de GPA-overeenkomst, en richtlijn 2014/25 naar de bijlagen 3, 4 en 5 van dat aanhangsel. Deze bijlage bevat de lijsten van partijen die relevant zijn voor het toepassingsgebied van het GPA en die er integraal deel van uitmaken.

nauwkeurig is vastgesteld welke richtlijn in het hoofdgeding van toepassing is, het Hof niet beletten de gestelde vragen te beantwoorden, aangezien de uitlegging van artikel 25 van richtlijn 2014/24 rechtstreeks kan worden overgenomen voor artikel 43 van richtlijn 2014/25. [12]

2. Temporele toepasselijkheid

50. Volgens vaste rechtspraak is op overheidsopdrachten in beginsel de richtlijn van toepassing die van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht al dan niet een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. [13]

51. Dienaangaande merk ik op dat richtlijn 2004/18 met ingang van 18 april 2016 is ingetrokken bij richtlijn 2014/24. Artikel 90 van richtlijn 2014/24 bepaalt dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen, behoudens bepaalde uitzonderingen [14], die in casu irrelevant zijn.

52. In dit geval is de aanbesteding bekendgemaakt op 3 april 2020, bijna vier jaar na de intrekking van richtlijn 2004/18 en het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24. Voor de rechtsorde van de Unie was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst het type procedure heeft gekozen, dus richtlijn 2014/24 van kracht.

53. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat OUG nr. 25/2021, waarbij artikel 25 van richtlijn 2014/24 in Roemeens recht is omgezet, pas op 5 april 2021 in werking is getreden, dat wil zeggen na de bekendmaking van de aanbesteding op 3 april 2020 en bijna vijf jaar na de datum waarop de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 is verstreken.

54. In de eerste plaats blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof over de toepassing van richtlijn 2014/24 immers dat de bepalingen van deze richtlijn van toepassing zijn in de periode na de omzettingstermijn, en dit zelfs vóór de datum waarop zij daadwerkelijk zijn omgezet. [15] Voorts heeft het Hof onlangs verklaard dat de uitsluiting van een inschrijving van een aanbestedingsprocedure voordat de omzettingstermijn voor de toepasselijke richtlijn is verstreken en voordat die richtlijn in het nationale recht is opgenomen, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, indien de beslissing waarvan wordt aangevoerd dat zij het Unierecht schendt, vóór die datum is genomen. [16] Een uitlegging a contrario van deze rechtspraak zou aldus kunnen worden uitgelegd dat richtlijn 2014/24 alleen van toepassing is indien deze richtlijn ten minste op het tijdstip van de uitsluiting in nationaal recht is omgezet. Dat is in casu inderdaad het geval. Richtlijn 2014/24 was dus duidelijk van toepassing. Dit geldt ook voor de regels voor omzetting van richtlijn 2014/25. [17]

[12] Zie naar analogie arresten van 10 november 2011, Norma-A en Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punt 39), en 20 september 2018, Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, punt 44).

[13] Zie met name arresten van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 31), en 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, punt 31).

[14] Zie in diezelfde zin artikel 106, lid 1, van richtlijn 2014/25.

[15] Zie in die zin arresten van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punten 30-33); 20 september 2018, Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, punten 42 en 43); 19 december 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust en Coopservice (C-216/17, EU:C:2018:1034, punten 45 en 46), en 27 november 2019, Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, EU:C:2019:1023, punten 29-31).

[16] Zie naar analogie arresten van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punten 28 en 29), en 19 januari 2023, CNAE e.a. (C-292/21, EU:C:2023:32, punten 48-50).

[17] Zie artikel 106, lid 1, van richtlijn 2014/25.

55. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat een richtlijn volgens vaste rechtspraak op zichzelf inderdaad geen verplichtingen voor een particulier kan scheppen en dus als zodanig niet tegen hem kan worden ingeroepen. Het uitbreiden van de inroepbaarheid van een bepaling van een richtlijn die niet, of onjuist, in nationaal recht is omgezet tot de betrekkingen tussen particulieren, zou er namelijk op neerkomen dat wordt geoordeeld dat de Unie bevoegd is om met onmiddellijke werking particulieren verplichtingen op te leggen, terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen.[18] Dat is in casu echter niet het geval.

56. Ten eerste kunnen justitiabelen, wanneer zij zich niet tegenover een particulier, maar tegenover een staat op een richtlijn kunnen beroepen die niet binnen de gestelde termijn is omgezet, dat doen ongeacht de hoedanigheid waarin deze laatste optreedt. Voorkomen moet immers worden dat de staat voordeel kan putten uit zijn schending van het Unierecht. De bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, kunnen dus niet alleen tegenover een overheidsinstantie worden ingeroepen, maar ook tegenover een lichaam, ongeacht zijn juridische vorm, dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.[19]

57. In de onderhavige zaak blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing te kunnen worden afgeleid dat de ARF heeft gehandeld als overheidsinstantie die voldeed aan de voorwaarden van richtlijn 2014/24 om te worden aangemerkt als „aanbestedende dienst” in de zin van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, hetgeen de verwijzende rechter echter dient na te gaan.[20] Indien dit wordt bevestigd, hadden de bepalingen van richtlijn 2014/24, met inbegrip van de regels betreffende de werkingssfeer van deze richtlijn (die hierboven zijn geanalyseerd), aan de ARF kunnen worden tegengeworpen. De ondernemers die aan de aanbestedingsprocedure in het hoofdgeding hebben deelgenomen en die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 vielen, hadden zich na het verstrijken van de omzettingstermijn van die richtlijn dus hoe dan ook op de toepassing ervan kunnen beroepen, ongeacht het feit dat de richtlijn pas laat is omgezet in het Roemeense recht.

58. Ten tweede moet er tevens aan worden herinnerd dat de nationale rechter ertoe gehouden is om het nationale recht vanaf het verstrijken van de termijn voor omzetting van een niet-omgezette richtlijn zodanig uit te leggen dat de betrokken situatie onmiddellijk in overeenstemming wordt gebracht met de bepalingen van die richtlijn, zonder evenwel over te gaan tot een uitlegging contra legem van het nationale recht.[21] In de onderhavige zaak bestaat er echter geen enkel gevaar voor een dergelijke uitlegging contra legem, aangezien OUG nr. 25/2021, waarbij richtlijn 2014/24 is omgezet, op de datum waarop het beroep is ingesteld, namelijk 11 november 2021, reeds van kracht was.[22]

18 Zie arresten van 7 augustus 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 22 juni 2022, Volvo en DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook beschikking van 6 maart 2023, Deutsche Bank (Mededingingsregeling – Rentederivaten in euro) (C-198/22 en C-199/22, niet gepubliceerd, EU:C:2023:166, punten 70 en 71).

19 Zie in die zin arrest van 7 juli 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530, punten 21 en 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Zie naar analogie arrest van 7 juli 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530, punt 23).

21 Beschikking van 6 maart 2023, Deutsche Bank (Mededingingsregeling – Rentederivaten in euro) (C-198/22 en C-199/22, niet gepubliceerd, EU:C:2023:166, punt 71), en arrest van 22 juni 2022, Volvo en DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie in die zin ook arrest van 17 oktober 2018, Klohn, C-167/17, EU:C:2018:833, punten 45 en 65).

22 Zie artikel V van OUG nr. 25/2021.

3. Personele toepasselijkheid

59. Het consortium moet binnen de personele werkingssfeer van richtlijn 2014/24 vallen, wil het zich kunnen beroepen op de Unierechtelijke beginselen die in de gestelde prejudiciële vragen worden aangehaald. Anders zou immers moeten worden geconcludeerd dat het consortium in het kader van het hoofdgeding geen rechten aan deze richtlijn kan ontlenen. Indien het Unierecht niet op het consortium van toepassing is, kan het zich evenmin baseren op de door dat recht gewaarborgde algemene beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.

60. Dienaangaande herinner ik eraan dat CRRC Qingdao Sifang de holdingmaatschappij van het consortium is, een vennootschap die gevestigd is in de Volksrepubliek China, die geen partij is bij de in artikel 25 van richtlijn 2014/24 bedoelde overeenkomsten. Voor de beantwoording van de gestelde vragen moet dus eerst worden vastgesteld of een in die staat gevestigde vennootschap binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijn valt.[23]

61. In dit verband moet artikel 1 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied", worden onderzocht. In dit artikel wordt echter enkel aangegeven dat bij deze richtlijn „regels [worden] vastgesteld betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten […]", en wordt het begrip „aanbesteding" in de zin van die richtlijn omschreven als „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* […]".[24] De werkingssfeer van die richtlijn hangt dus ten dele af van de definitie van het begrip „ondernemer". Volgens artikel 2, lid 1, punt 10, van die richtlijn wordt onder „ondernemer" verstaan „elke natuurlijke of rechtspersoon of [elk] openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten [en/of] het verlenen van diensten op de markt aanbiedt".

62. Op basis van deze definitie, volgens welke natuurlijke of rechtspersonen die in derde landen zijn gevestigd, niet formeel buiten het begrip „ondernemer" vallen, zou kunnen worden gesteld dat *elke* ondernemer uit een derde land in beginsel binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 valt. Het is juist met deze stelling dat het consortium aanvoert dat het Unierecht en de erdoor geboden procedurele rechten op hem van toepassing zijn.

63. Ik ben het echter niet eens met dit standpunt. Net als de ARF, de Oostenrijkse regering en de Commissie ben ik namelijk van mening dat in derde landen gevestigde ondernemers in beginsel niet onder richtlijn 2014/24 vallen, met uitzondering van ondernemers die zijn gevestigd in derde landen die partij zijn bij de in artikel 25 van die richtlijn bedoelde overeenkomsten. Deze bepaling vraagt dan ook om uitlegging.

[23] De vraag of deze richtlijn van toepassing is op ondernemers uit derde landen rijst mijns inziens niet alleen met betrekking tot de situatie van ondernemers die gevestigd zijn in een derde land dat *geen partij is* bij de in artikel 25 van richtlijn 2014/24 bedoelde overeenkomsten (zoals in het hoofdgeding), maar ook voor ondernemers die gevestigd zijn in een derde land dat *wel partij is* bij een dergelijke overeenkomst of dergelijke overeenkomsten, wanneer de aanbestedingsprocedures niet onder de relevante overeenkomst(en) vallen. Deze uitlegging is overgenomen in overweging 10 van verordening (EU) 2022/1031 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juni 2022 over toegang van ondernemers, goederen en diensten uit derde landen tot de aanbestedings- en concessiemarkten van de Unie en procedures ter ondersteuning van onderhandelingen over toegang van ondernemers, goederen en diensten uit de Unie tot de aanbestedings- en concessiemarkten van derde landen (instrument voor internationale overheidsopdrachten – IIO) (PB 2022, L 173, blz. 1) (hierna: „IIO-verordening"). Dit tweede geval is evenwel niet relevant in het hoofdgeding.

[24] Cursivering van mij.

64. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt en met de ontstaansgeschiedenis van die regeling. [25]

a) Tekstuele uitlegging

65. Wat in de eerste plaats de *formulering* van artikel 25 van richtlijn 2014/24 [26] betreft, is daarin bepaald dat ondernemers uit derde landen die partij zijn bij de overeenkomsten die toegang bieden tot overheidsopdrachten van de Unie, niet minder gunstig mogen worden behandeld dan ondernemers uit de lidstaten. Met andere woorden, alleen ondernemingen uit derde landen waarmee de Unie bindende internationale overeenkomsten of bilaterale vrijhandelsovereenkomsten heeft gesloten die ook betrekking hebben op overheidsopdrachten, hebben een bevoorrechte toegang tot aanbestedingsmarkten van de Unie. A contrario zou daaruit moeten worden afgeleid dat de lidstaten ondernemers uit derde landen die *geen partij zijn* bij dergelijke overeenkomsten, *minder gunstig* mogen behandelen, zodat ondernemingen uit derde landen die geen overeenkomst ter zake hebben ondertekend, geen aanspraak kunnen maken op een bevoorrechte toegang tot overheidsopdrachten van de Unie. Elke andere uitlegging zou iedere betekenis ontnemen aan het onderscheid tussen de staten die een dergelijke overeenkomst *hebben ondertekend* en de staten die *geen* dergelijke overeenkomst hebben ondertekend.

66. Het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers vormt de kern van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Vrijwel alle bepalingen van die richtlijnen zijn daarop gestoeld. Wanneer een aanbestedende dienst van een lidstaat ondernemers uit een derde land minder gunstig mag behandelen, bijvoorbeeld door diens inschrijving ten gunste van die van een nationale onderneming uit te sluiten, lijkt het mij dan ook moeilijk vol te houden dat die ondernemers in zekere zin *pro forma* nog wel binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 vallen. Met andere woorden, het feit dat ondernemers uit bepaalde derde landen door de lidstaten minder gunstig mogen worden behandeld, lijkt mij erop te wijzen dat zij niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten kunnen vallen.

67. Deze letterlijke uitlegging vindt overigens steun in overweging 10 van de IIO-verordening [27], die weliswaar later is vastgesteld dan de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 en ratione temporis niet van toepassing is in het hoofdgeding, maar waarin uitdrukkelijk staat te lezen dat „ondernemers uit derde landen die geen overeenkomst hebben die voorziet in de openstelling van de aanbestedingsmarkt van de Unie, of waarvan de goederen, diensten en werken niet onder een dergelijke overeenkomst vallen, geen gewaarborgde toegang tot aanbestedingsprocedures in de Unie [hebben] en kunnen […] worden uitgesloten”.

b) Contextuele uitlegging

68. In de tweede plaats wordt die uitlegging ondersteund door de *context* van de relevante bepalingen.

[25] Arrest van 15 november 2018, Verbraucherzentrale Baden-Württemberg (C-330/17, EU:C:2018:916, punt 23).

[26] Artikel 43 van richtlijn 2014/25.

[27] Zie voetnoot 23.

69. In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat artikel 53, lid 1, artikel 62 en artikel 114 VWEU de rechtsgrondslag van richtlijn 2014/24 vormen. Deze bepalingen hebben respectievelijk betrekking op het recht van vestiging, het vrij verrichten van diensten en de vaststelling van maatregelen voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de totstandbrenging en de werking van de interne markt betreffen. Volgens vaste rechtspraak gelden bovengenoemde vrijheden echter niet voor diensten en ondernemingen uit derde landen.[28] Bijgevolg zou uit de rechtsgrondslag van richtlijn 2014/24 kunnen worden afgeleid dat deze richtlijn – behalve in het kader van de in artikel 25 ervan neergelegde uitzondering – niet van toepassing is op ondernemers uit derde landen.

70. Voorts wordt er in artikel 19, lid 1, eerste alinea[29], en artikel 58, lid 2, eerste alinea[30], van deze richtlijn van uitgegaan dat „ondernemers" in de zin van deze richtlijn in een lidstaat gevestigd zijn.

71. Ten slotte lijkt volgens mij de *principiële* niet-toepasselijkheid van richtlijn 2014/24 op ondernemers uit derde landen als zodanig te verklaren waarom de bepaling van artikel 25 in deze richtlijn moest worden opgenomen. Daarmee is het Unierecht inzake overheidsopdrachten aangepast aan de verplichtingen die de Unie krachtens internationale overeenkomsten is aangegaan om haar aanbestedingsmarkt open te stellen.

c) Teleologische uitlegging

72. In de derde plaats lijkt de „exclusieve" stelling tevens te worden onderschreven door de *teleologische uitlegging* van artikel 25 van richtlijn 2014/24. Blijkens de overwegingen 17 en 98 van deze richtlijn en de mededeling van de Commissie van 24 juli 2019[31] vormt deze uitsluiting immers een afspiegeling van de strategie van wederkerigheid waarvoor de Unie in het kader van het gemeenschappelijke handelsbeleid, en meer bepaald in haar betrekkingen met de Volksrepubliek China, heeft gekozen. Daarin wordt namelijk uitdrukkelijk gesteld dat ondernemers uit derde landen, afgezien van de verplichting van artikel 25 van richtlijn 2014/24 (en artikel 43 van richtlijn 2014/25), geen gewaarborgde toegang tot de aanbestedingsprocedures in de Unie hebben en daarvan kunnen worden „uitgesloten".

73. Deze strategie van wederkerigheid bestaat er in het bijzonder in om voor ondernemingen uit de Unie toegang tot overheidsopdrachten in derde landen te verkrijgen *in ruil voor* toegang voor ondernemingen uit derde landen tot overheidsopdrachten in de Unie.[32] Die strategie zou in de

[28] Zie met betrekking tot het vrije verkeer van diensten arrest van 3 oktober 2006, Fidium Finanz (C-452/04, EU:C:2006:631, punten 25 en 50). Zie wat de vrijheid van vestiging betreft arrest van 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punt 39).

[29] Deze bepaling preciseert dat „[o]ndernemers die krachtens de wetgeving *van de lidstaat waar zij zijn gevestigd*, gerechtigd zijn de betrokken dienst te leveren, […] niet [mogen] worden afgewezen louter op grond van het feit dat zij krachtens de wetgeving van de lidstaat waar de opdracht wordt gegund, een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon moeten zijn". (Cursivering van mij.)

[30] Die bepaling luidt als volgt: „Met betrekking tot de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen kunnen aanbestedende diensten van ondernemers eisen dat zij zijn ingeschreven bij een van de *in de lidstaat van vestiging* bijgehouden beroeps- of handelsregisters, als omschreven in bijlage XI, of dat zij voldoen aan andere eisen in die bijlage." (Cursivering van mij.)

[31] Zie punt 16 van deze conclusie.

[32] In de mededeling van de Commissie van 24 juli 2019 staat met name het volgende te lezen:
„De EU moet blijven streven naar meer evenwichtige en wederkerige voorwaarden in haar economische betrekkingen. In dat opzicht vormen de overheidsopdrachten, die ongeveer 14 % uitmaken van het bruto binnenlands product van de EU, een belangrijk element. […] De EU zet zich actief in voor de openstelling van aanbestedingsmogelijkheden voor Europese bedrijven door te pleiten voor de *wederkerige* openstelling van de aanbestedingsmarkten van derde landen. Bij internationale onderhandelingen heeft de EU een ruimer gebruik van kwaliteitscriteria ondersteund, inclusief sociale, arbeids-, milieu- en innovatieaspecten, en een ambitieuze openstelling van internationale aanbestedingsmarkten." (Cursivering van mij.)

praktijk uiteraard een lege huls blijven indien de richtlijnen inzake overheidsopdrachten aldus moeten worden uitgelegd dat ondernemers uit alle derde landen een daadwerkelijk recht hebben om aan overheidsopdrachten van de Unie deel te nemen.

74. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat ondernemers uit derde landen die geen van de in artikel 25 van richtlijn 2014/24 en artikel 43 van richtlijn 2014/25 bedoelde overeenkomsten hebben ondertekend, zoals de Volksrepubliek China, niet binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijnen vallen en geen aanspraak kunnen maken op de rechten waarin die richtlijnen voorzien. Zij kunnen zich dus niet geldig beroepen op een schending van de in het Unierecht neergelegde beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen. De enige mogelijkheid voor een dergelijke ondernemer om zich op zulke rechten uit hoofde van de richtlijn te beroepen, is aanvoeren dat de aanbestedende dienst van een lidstaat ten onrechte heeft geoordeeld dat de derde staat geen partij is bij een van de in artikel 25 van de richtlijn bedoelde overeenkomsten of dat de betrokken aanbestedingsprocedure niet onder de relevante overeenkomst valt, hetgeen hier duidelijk niet het geval is. Hoe dan ook, nu is vastgesteld dat richtlijn 2014/24 in casu niet van toepassing is, hoeven de twee vragen die de toepassing ervan veronderstellen, niet te worden beantwoord.

75. Ten slotte zij er – ten overvloede – op gewezen dat elke vordering van het consortium tegen het ARF, met name op grond van de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen ten gevolge van het gedrag van het ARF, op het nationale recht moet worden gebaseerd.

V. Conclusie

76. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Curte de Apel Bucureşti te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2, lid 1, punt 10, artikel 18, lid 1, artikel 25 en artikel 49 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) 2019/1828 van de Commissie van 30 oktober 2019,

moeten aldus worden uitgelegd dat

ondernemers uit derde landen die geen partij zijn bij de in artikel 25 van deze richtlijn bedoelde overeenkomsten, niet de rechten genieten waarin die richtlijn voorziet en zich dus niet met succes kunnen beroepen op schending van de Unierechtelijke beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.”