

aldus moet worden uitgelegd dat een dagvaarding, die niet rechtstreeks aan de betrokkene is betekend maar op diens adres is uitgereikt aan een volwassen huisgenoot van hem, die heeft toegezegd deze aan hem te overhandigen, zonder dat uit het Europees aanhoudingsbevel blijkt dat en, in voorkomend geval, wanneer deze volwassene die dagvaarding daadwerkelijk aan de betrokkene heeft overhandigd, niet zonder meer voldoet aan de in die bepaling genoemde voorwaarden.

### 145 **Zaak C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S/ Banedanmark**

Arrest van 24 mei 2016 (Grote kamer); conclusie van A-G P. Mengozzi van 25 november 2016

*Prejudiciële verwijzing – Artikel 267 VWEU – Bevoegdheid van het Hof – Hoedanigheid van rechterlijke instantie van het verwijzende orgaan – Overheidsopdracht in de sector spoorweginfrastructuur – Onderhandelingsprocedure – Richtlijn 2004/17/EG – Artikel 10 – Artikel 51 lid 3 – Beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers – Combinatie van twee vennootschappen die als inschrijver is toegelaten – Offerte ingediend door een van de twee vennootschappen in eigen naam na faillietverklaring van de andere vennootschap – Vennootschap die beschouwd wordt als geschikt om te worden toegelaten als zelfstandig inschrijver – Gunning van de opdracht aan deze vennootschap*

Klagers in het hoofdgeding, de ondernemingen Højgaard en Züblin, hebben als combinatie meegedaan aan een openbare aanbesteding door Banedanmark voor de aanleg van een nieuwe spoorlijn. Een andere inschrijver was de combinatie van de bedrijven Aarsleff en Pihl. Tijdens de aanbestedingsprocedure is het bedrijf Pihl failliet gegaan. De combinatie Aarsleff en Pihl heeft een eerste offerte ingediend in het kader van de aanbesteding, evenwel zonder handtekening van de curator van de failliet. Banedanmark heeft vervolgens besloten om de onderneming Aarsleff toe te staan zelfstandig deel te nemen aan de aanbesteding, aangezien deze onderneming een grote omvang had en daardoor zelfstandig voldeed aan de voorwaarden voor inschrijving, en meer dan vijftig werknemers van Pihl had overgenomen, onder wie sleutelpersonen voor de realisatie van de aanleg van de bewuste spoorlijn. Op 20 december 2013 heeft Banedanmark de drie geselecteerde inschrijvers,

waaronder de combinatie Højgaard en Züblin, meegedeeld dat zij had besloten om de opdracht te gunnen aan Aarsleff, die vanuit het oogpunt van kwaliteit en prijs de economisch voordeligste inschrijving had ingediend.

Na dat besluit hebben Højgaard en Züblin beroep ingesteld bij de Klagenæv for Udbud (de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen) en onder meer aangevoerd dat Banedanmark in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en van transparantie als bedoeld in artikel 10 Richtlijn 2004/17 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEU* 2004, L 134/1), had gehandeld door toe te staan dat Aarsleff, die zelf geen gepreselecteerde inschrijver was, aan de aanbestedingsprocedure deelnam in plaats van de combinatie Aarsleff en Pihl.

De Klagenæv for Udbud heeft in zijn verwijzingsbeslissing overwogen dat Aarsleff op grond van de inlichtingen die over haar waren verstrekt, zou zijn gepreselecteerd indien zij in eigen naam aan de preselectie had deelgenomen in plaats van als lid van de combinatie Aarsleff en Pihl. De Klagenæv for Udbud zet tevens uiteen dat het Deense recht geen bepaling kent die verbiedt dat de samenstelling van een combinatie van ondernemers die aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deelneemt, na de indiening van de offertes wordt gewijzigd.

Niettemin heeft de Klagenæv for Udbud bedenkingen bij de verenigbaarheid van de gevolgde procedure met het beginsel van gelijke behandeling, en heeft derhalve een prejudiciële vraag aan het Hof gesteld met betrekking tot de verenigbaarheid van het beginsel van gelijke behandeling als bedoeld in artikel 10 in samenhang met artikel 51 Richtlijn 2004/17, met de gunning van een opdracht aan een inschrijver die niet zelf aan de preselectie heeft deelgenomen.

Voor het Hof is eerst voorwerp van geschil of de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 267 VWEU, aangezien het Hof recentelijk (C-222/13) van oordeel was dat de Deense commissie voor telecommunicatiegeschillen géén rechterlijke instantie was. Het Hof herinnert aan zijn vaste rechtspraak volgens welke bij deze beoordeling rekening gehouden dient te worden met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht,

het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing van rechtsregels door het orgaan, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.

Anders dan de commissie voor telecommunicatiegeschillen is de commissie voor aanbestedingsgeschillen zelf geen partij bij beroepen die tegen haar beslissingen worden ingediend. Voorts is er geen enkele band met het Deense Ministerie van Bedrijfsleven en Groei en is de commissie voor aanbestedingsgeschillen volledig autonoom en niet ondergeschikt aan wat voor instantie dan ook. De onafhankelijkheid van de leden van de commissie is bij wet gegarandeerd: de commissie bestaat altijd uit één lid-deskundige en één lid afkomstig uit de Deense rechterlijke macht, wiens onafhankelijkheid in de Deense grondwet is verankerd. De stem van het lid afkomstig uit de rechterlijke macht is doorslaggevend bij het nemen van besluiten. Derhalve voldoet de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen aan het criterium van onafhankelijkheid, anders dan de commissie voor telecommunicatiegeschillen.

Ten aanzien van de prejudiciële vraag overweegt het Hof als volgt. Het Hof merkt op dat Richtlijn 2004/17 geen regels bevat voor wijzigingen in de samenstelling van een combinatie van ondernemingen die is gepreselecteerd als inschrijver voor een overheidsopdracht, zodat het aan de lidstaten staat deze situatie te regelen, en dat noch de Deense regeling noch de aankondiging van opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, daarvoor specifieke regels bevatte. In dat geval moet de vraag of de aanbestedende dienst een dergelijke wijziging mag toestaan, worden onderzocht aan de hand van de algemene beginselen van het recht van de Unie, met name het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, en aan de hand van de doelstellingen van het Unierecht op het vlak van overheidsopdrachten.

Een strikte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en juridische en feitelijke identiteit van inschrijvers, zoals met zoveel woorden neergelegd in artikel 10 en 51 Richtlijn 2004/17, zou erop neerkomen dat enkel gepreselecteerde ondernemers als zodanig offertes kunnen indienen en de opdracht enkel aan hen kan worden gegund. Het Hof overweegt echter dat het vereiste van juridische en feitelijke identiteit van de inschrijvers getemperd kan worden om te waarborgen dat er in een procedure van gunning door onderhandelingen voldoende

concurrentie is, zoals vereist door artikel 54 lid 3 Richtlijn 2004/17.

De aanbestedende dienst in het hoofdgeding was van mening dat er voor het waarborgen van die concurrentie ten minste vier gegadigden moesten zijn. Volgens het Hof schendt een aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling niet als hij toestaat dat een van de twee ondernemers die deel uitmaakten van een combinatie van ondernemingen die als zodanig was uitgenodigd een offerte in te dienen, in de plaats treedt van die combinatie na ontbinding ervan en in eigen naam deelneemt aan de procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht, mits vast komt te staan dat deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de door die dienst omschreven voorwaarden en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen. De onderneming Aarsleff zou volgens de verwijzende rechter zijn geselecteerd als zij zich in eerste instantie zelfstandig zou hebben ingeschreven. Niettemin is het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de indiening van de eerste offerte door de combinatie Aarsleff en Pihl is aangetast door onregelmatigheden die eraan in de weg staan dat Per Aarsleff in eigen naam blijft deelnemen aan de betrokken onderhandelingsprocedure. De overeenkomst tot oprichting van de combinatie Aarsleff en Pihl is immers gesloten op de dag van de faillietverklaring van Pihl, en de eerste offerte van deze combinatie is ingediend op de dag erna zonder de ondertekening van de curator van Pihl. Ten slotte dient de verwijzende rechter na te gaan of Aarsleff een concurrentievoordeel geniet ten nadele van de andere inschrijvers vanwege de omstandigheid dat hij na de ontbinding van de combinatie Aarsleff en Pihl ruim 50 werknemers van Pihl heeft overgenomen, onder wie sleutelpersonen voor de verwezenlijking van het betrokken project.

#### 146 Zaak C-63/15, Mehrdad Ghezelbash/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

Arrest van 7 juni 2016 (Grote kamer); conclusie van A-G E. Sharpston van 17 maart 2016

*Prejudiciële verwijzing – Verordening (EU) 604/2013 – Bepaling welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielerzoek dat door een derdelander bij een van de lidstaten wordt ingediend – Artikel 12 – Afgifte*

*van verblijfstitels of visa – Artikel 27 – Rechtsmiddelen – Omvang van de rechterlijke toetsing*

Ghezelbash heeft in Nederland asiel verzocht. Tijdens de asielprocedure in Nederland bleek echter dat Ghezelbash door Frankrijk een visum was verstrekt in Iran. Op basis van de Dublin Verordening is slechts één enkele lidstaat verantwoordelijk voor het asielerzoek. Volgens deze regels zou Frankrijk als verstreker van een visum verantwoordelijke lidstaat zijn. Daarop heeft Nederland het asielerzoek van Ghezelbash overgedragen aan Frankrijk, die deze overdracht heeft geaccepteerd. Ghezelbash voert terug aan dat hij na een verblijf in Frankrijk weer terug is gekeerd naar Iran en dat derhalve het criterium van het afgegeven visum verkeerd is toegepast en dat Nederland de verantwoordelijke lidstaat is om zijn asielerzoek te behandelen. Daarop heeft de Raad van State het Hof van Justitie om uitleg verzocht.

Volgens de Dublin Verordening heeft een verzoeker om internationale bescherming een recht om in beroep te gaan tegen een overleveringsbesluit. Volgens rechtspraak van het Hof van Justitie kan dat wanneer aan het systeem gerelateerde tekortkomingen van de asielprocedure en van de opvangvoorzieningen voor asielerzoekers bestaan in die lidstaat die ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat die asielerzoekster een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest van de grondrechten. Na dit arrest werd in de nieuwe (huidige) Dublin Verordening opgenomen dat een verzoeker om internationale bescherming een effectief rechtsmiddel moet hebben. De vraag is of in het licht van deze nieuwe bepaling Ghezelbash tegen de overdracht van Nederland naar Frankrijk beroep kon aantekenen. Het Hof van Justitie overweegt onder meer dat de nieuwe Verordening meer rechtsbescherming voor asielerzoekers beoogt. Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat de beroepsmogelijkheden niet zouden mogen leiden tot buitensporige vertragingen in de asielprocedure, maar dat de Verordening daarvoor ook specifieke eisen aan de beroepsmogelijkheid stelt. Het oordeel van het Hof van Justitie is dat een asielerzoekster zich erop kan beroepen dat een verantwoordelijkheids criterium uit de Dublin Verordening, met name het genoemde criterium betreffende de afgifte van een visum, verkeerd is toegepast.

## G E R E C H T

### 147 Zaak T-208/13, Portugal Telecom SGPS, SA/Commissie

Arrest van 28 juni 2016 (Tweede kamer)

*Mededinging – Mededingingsregelingen – Portugese en Spaanse telecommunicatiemarkt – Niet-concurrentiebeding op de Iberische markt dat is opgenomen in de overeenkomst waarbij Telefónica de door Portugal Telecom gehouden deelneming in de Braziliaanse mobiele aanbieder Vivo verwerft – Voorbehoud van rechtsgeldigheid ‘voor zover zulks bij de wet is toegestaan’ – Motiveringsplicht – Inbreuk naar strekking – Nevenrestrictie – Potentiële mededinging – Inbreuk naar gevolgen – Berekening van de geldboete – Verzoek om getuigen te horen*

Onderhavige zaak betreft een beding dat is opgenomen in een overeenkomst tussen Telefónica, SA (hierna: Telefónica) en Portugal Telecom SGPS, SA (hierna: PT). Volgens de Commissie kwam dit beding neer op een marktverdelingsovereenkomst die de strekking had om de mededinging op de interne markt te beperken, zulks in strijd met artikel 101 VWEU. Bij besluit van 23 januari 2013 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Commissie daarom Telefónica en PT geldboetes opgelegd. Zowel Telefónica (in zaak T-216/13) als PT (verzoekster in onderhavige zaak) komt op tegen het bestreden besluit. Verzoekster vordert primair het bestreden besluit nietig te verklaren. Verzoekster verwijt de Commissie schending van artikel 101 VWEU doordat zij het beding als mededingingsbeperking naar strekking heeft gekwalificeerd. Verzoekster betoogt dat de Commissie een fout heeft begaan door niet over te gaan tot het onderzoek van de voorwaarden voor potentiële concurrentie teneinde na te gaan of er, gelet op de structuur van de relevante markten en de economische en juridische context, reële en concrete mogelijkheden voor Telefónica en PT waren om elkaar onderling te beconcurreren op de relevante markten waarop het beding beweerdelijk zag.

Het Gerecht oordeelt als volgt. Hoewel in het kader van de uitlegging van de context van een overeenkomst rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten, is de Commissie echter niet altijd gehouden om de betrokken markt of markten nauwkeurig af te bakenen. In het kader van artikel 101 lid 1 VWEU is een voorafgaande afbake-