

TBR 2012/161

Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht

Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en mr. D.C. Orobio de Castro¹

Deze kroniek vat een aantal belangrijke uitspraken samen die door het Europese Hof van Justitie (het 'Hof') zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in 2011 en de eerste helft van 2012.

1. HvJ EU 10 maart 2011, C274/09: Privater Rettungsdienst Stadler / Passau

Onderscheid tussen overheidsopdracht voor diensten en concessieovereenkomst voor diensten

Tussen Ambulancedienst Stadler ('Stadler') en het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau in Beieren ('Passau') bestaat een tweetal overeenkomsten inzake diensten van medische spoedhulp. Passau zegt deze overeenkomsten op tegen 31 december 2008 en besluit eerst onderhands een tweetal tijdelijke overeenkomsten met andere partijen dan Stadler te sluiten, alvorens zij een selectieprocedure voor de verstrekking van een definitieve opdracht zal organiseren. Stadler maakt in rechte bezwaar tegen deze gang van zaken, omdat zij meent dat de onderhandse opdrachtverstrekking in strijd is met de Europese aanbestedingsregels. De verwijzende rechter legt het Hof twee prejudiciële vragen voor, die er in wezen over gaan of de door Passau te sluiten overeenkomsten kwalificeren als overheidsopdrachten voor diensten dan wel als concessieovereenkomsten voor diensten.

Bij de beantwoording van de vragen wijst het Hof er in de eerste plaats op dat de vraag of sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dan wel een overheidsopdracht voor diensten uitsluitend op basis van het Unierecht dient te worden beoordeeld.² Voorts verwijst het Hof naar hetgeen zij hierover reeds in eerdere arresten oordeelde. Kort samengevat komt dit erop neer dat het verschild

tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald³, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren al dan niet gepaard gaande met een prijs.⁴

De wijze van vergoeding is dus een van de factoren die bepalend is voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten. Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt. Dit risico dient door de aanbestedende dienst aan de dienstverrichter te zijn overgedragen.⁵ De omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen, duidt erop dat sprake is van een overheidsopdracht voor diensten en niet van een concessieovereenkomst voor diensten.

Indien de vergoeding die de dienstverrichter ontvangt uitsluitend van derden afkomstig is, volstaat voor de conclusie dat sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten, dat de aanbestedende dienst een 'erg beperkt' exploitatierisico overdraagt.⁶

Vervolgens preciseert het Hof dat het niet aan het Hof is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie concreet te kwalificeren. De nationale rechter moet dit doen. De rol van het Hof is beperkt tot het verstrekken van een nuttige uitlegging van het Unierecht aan de nationale rechter. In dit verband wordt opgemerkt dat het economische exploitatierisico van de aanbestedende dienst moet

1 David Orobio de Castro en Babetta Blaisse zijn advocaat bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Dank gaat uit naar Frédéric François voor diens hulp bij de vertaling en optekening van de twee arresten (C-601/10 en C-574/10), die ten tijde van het schrijven van deze Kroniek niet in het Nederlands en Engels beschikbaar zijn.

2 HvJ EU 18 juli 2007, C-382/05 (*Commissie / Italië*), r.o. 31 en HvJ EU 15 oktober 2009, C-196/08 (*Acoset*), r.o. 38.

3 HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 39 en HvJ EU 18 juli 2007, C-382/05 (*Commissie / Italië*), r.o. 33 en 40.

4 HvJ EU 10 september 2009, C-206/08 (*Eurawasser*), r.o. 51.

5 HvJ EU 10 september 2009, C-206/08 (*Eurawasser*), r.o. 59 en 68.

6 *Eurawasser*, t.a.p., r.o. 77.

worden opgevat als het risico van blootstelling aan grillen van de markt⁷, dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt of ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening.⁸

Het Hof voegt hieraan toe dat risico's als die welke zijn verbonden aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend zijn voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.

Ten aanzien van de zaak in het hoofdgeding overweegt het Hof dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de verrichter van diensten van medische spoedhulp niet wordt vergoed door de aanbestedende dienst die de betrokken opdracht heeft gegund. De dienstverrichter wordt - via een centraal betalingsorgaan - vergoed uit de bedragen die van de gebruikers van de dienst worden gegeven door de sociale zekerheidsorganen. De hoogte van deze vergoedingen wordt niet eenzijdig door de dienstverrichter vastgesteld, maar wordt overeengekomen met het sociale zekerheidsorgaan. Dit wordt het zogenaamde 'Konzessionsmodell' genoemd.

Het centraal betalingsorgaan keert de vergoedingen in wekelijkse of maandelijke deelbetalingen uit, op basis van een totale vergoeding per jaar, die vooraf wordt berekend. Doet zich aan het einde van het jaar een dekkingstekort voor, dan zal dit bij de volgende onderhandelingen aan de orde worden gesteld. Daarbij loopt de dienstverrichter een (beperkt) exploitatierisico. In het bijzonder vanwege het feit (i) dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen voor de betrokken diensten afhangt van de uitkomst van de jaarlijkse onderhandelingen met derden; (ii) de dienstverrichter conform de nationale regeling niet verzekerd is van integrale dekking van de kosten die worden gemaakt in het kader van het beheer van zijn werkzaamheden; (iii) de dienstverrichter wordt blootgesteld aan het debiteurenrisico en (iv) de nationale wet niet uitsluit dat er meerdere marktdeelnemers worden toegestaan in hetzelfde gebied hun diensten aan te bieden.

Het Hof voegt hieraan toe dat hoewel de concessieovereenkomsten voor diensten niet binnen de werkingssfeer van een van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, de openbare autoriteiten die concessieovereenkomsten voor diensten sluiten, evenwel de fundamentele regels van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het 'VwEU') met name de artikelen 49 VwEU en 56 VwEU, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht dienen te nemen, wanneer - wat de verwijzende rechter dient te beoordelen - de betrokken overeenkomst een zeker grensoverschrijdend belang vertoont.⁹

2. HvJ EU 17 maart 2011, C-95/10: Strong Segurança

IIB-diensten. Beroep op bekwaamheid derden

De Portugese gemeente Sintra plaatst in het publicatieblad van de Europese Unie een aankondiging voor de aankoop van bewakings- en beveiligingsdiensten ten behoeve van gemeentelijke installaties voor de jaren 2009 en 2010. Strong Segurança dient een offerte in, met daarbij een brief waarin haar moederverenootschap, Trivalor, zich ertoe verbindt te waarborgen dat Strong Segurança de beschikking heeft over de technische en financiële middelen die voor een behoorlijke nakoming van de uit de aanbestedingsprocedure voortvloeiende verplichtingen noodzakelijk zijn. Trivalor verklaart alle schade te zullen vergoeden die mocht ontstaan indien, in geval van gunning aan Strong Segurança, de contractuele verplichtingen niet worden nagekomen.

De gemeente gunt de opdracht in eerste instantie aan Strong Segurança, maar komt hierop terug omdat een concurrerend bedrijf bezwaar maakt. Het zou Segurança, volgens dit concurrerende bedrijf, niet zijn toegestaan zich te beroepen op de economische en financiële draagkracht van haar moedermaatschappij. Het gaat namelijk om een IIB-dienst, waarop de aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG (de 'Algemene Richtlijn') - met uitsluiting van de artikelen 23 en 35 - niet van toepassing is.

De gemeente gunt de opdracht vervolgens aan deze concurrent. Reden voor Segurança om een juridische procedure aanhangig te maken. Het Portugese hooggerechtshof legt het Hof twee prejudiciële vragen voor, die in wezen gaan over de vraag of artikel 47 lid 2 van de Algemene Richtlijn ook van toepassing is op IIB-diensten.

⁷ Eurawasser, t.a.p., r.o. 66 en 67.

⁸ HvJ EU 27 oktober 2005, C-234/03 (Contse e.a.), r.o. 22 en HvJ EU (Hans & Christophorus Oymanns), r.o. 74.

⁹ Zie HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall), r.o. 33 en 34 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

In artikel 47 lid 2 van de richtlijn staat dat een ondernemer zich in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht kan beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij de aanbestede dienst aantonen dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die lichamen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis daartoe van deze lichamen.

Het Hof oordeelt dat het door de Algemene Richtlijn ingestelde systeem voor de lidstaten niet onmiddellijk de verplichting schept artikel 47, lid 2, ook toe te passen op overheidsopdrachten voor IIB-diensten. Ook niet indien de desbetreffende IIB-dienst een grensoverschrijdend belang heeft, in welk geval de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel in acht dient te nemen.¹⁰ Het transparantiebeginsel wordt volgens het Hof namelijk niet geschonden als een ondernemer zich niet kan beroepen op de economische en financiële draagkracht van andere lichamen, net zo min als het beginsel van gelijke behandeling.

Door een brede benadering van de gelding van het beginsel van gelijke behandeling, die tot toepassing zou kunnen leiden van wezenlijke bepalingen van de Algemene Richtlijn, zou volgens het Hof het risico kunnen ontstaan dat elk nuttig effect wordt ontnomen aan het door de Algemene Richtlijn ingestelde onderscheid tussen A en B diensten. Bovendien hebben volgens de rechtspraak van het Hof de opdrachten voor de in bijlage IIB vermelde diensten een specifieke aard. Zo hebben tenminste enkele van deze diensten bijzondere kenmerken die rechtvaardigen dat de aanbestedende dienst de individuele inschrijvingen van de gegadigden op een geïndividualiseerde en specifieke manier doorzoekt. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de rechtskundigendiensten, de diensten inzake arbeidsbemiddeling en het onderwijs of de diensten met betrekking tot opsporing en beveiliging.

Het antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen luidt dan ook dat de Algemene Richtlijn lidstaten niet verplicht artikel 47, lid 2 ook toe te passen op IIB-diensten, maar dat de Algemene Richtlijn lidstaten evenmin belet de toepasselijkheid van deze bepaling voor te schrijven.

3. HvJ EU 26 MEI 2011, C-306/08: Europese Commissie / Spanje

Aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling. Overheidsopdracht voor werken. Hoofdvoorwerp van de overeenkomst.

In deze zaak verzoekt de Europese Commissie (de 'Commissie') het Hof vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje de verplichtingen die op hem rusten op grond van de richtlijnen 93/37/EEG respectievelijk de Algemene Richtlijn schendt doordat in de regio Valencia uitvoering wordt gegeven aan bepaalde maatregelen van stedenbouw, die zijn vastgelegd in een Spaanse wet.

In Spanje behoren de ruimtelijke ordening en het grondbeleid tot de regionale regelgevende bevoegdheid. Daarbij heeft de overheid de keuze tussen eigen beheer of indirect beheer. Van eigen beheer is sprake indien alle werken en investeringen via openbare middelen worden gefinancierd en worden beheerd door de overheid, haar organen, of openbare bedrijven, zonder de mogelijkheid om commerciële winst te behalen. Bij indirect beheer daarentegen, draagt de overheid de hoedanigheid van urbanisator over aan een particulier, al dan niet de eigenaar van de terreinen. Deze urbanisator wordt geselecteerd via een openbare oproep tot mededinging.

In het kader van het indirecte beheer is de private partij die via een openbare aanbesteding wordt gekozen verantwoordelijk voor de ontwikkeling en uitvoering van een zogenaamd 'actieprogramma'. De urbanisator is als openbare gemachtigde onder meer belast met het opstellen van technische documenten, het voorstellen en het beheer van het respectievelijke herverkavelingsproject en de keuze van de bouwondernemer, die het project zal uitvoeren. Ook financiert deze partij de kosten van de investeringen, de werken, de installaties en de vergoedingen die nodig zijn voor de ruimtelijke ontwikkeling. Deze kosten kunnen worden afgeschoven op de eigendom van de bouwgrond. Dit gebeurt ofwel via verrekening met bouwrijp gemaakte terreinen ofwel door betaling van een vergoeding door de eigenaren van de desbetreffende grond. Genoemde kosten omvatten met name de kosten van de urbanisatiewerken en de commerciële winst van de urbanisator.

Om bovenstaande afspraken vast te leggen sluiten de overheid en de urbanisator een zogenaamde urbanisatie-overeenkomst. Volgens de Commissie kwalificeert een dergelijke urbanisatie-overeen-

¹⁰ Zie HvJ EU 13 november 2007, C-507/03 (*An Post*), r.o. 26 en 29-31.

komt als een overheidsopdracht voor werken, waarop richtlijn 93/37/EEG, respectievelijk de Algemene Richtlijn van toepassing is. Dat de fysieke uitvoering van deze werken door de urbanisator aan een bouwondernemer moet worden toevertrouwd, doet volgens de Commissie niet af aan de kwalificatie van de overeenkomst als opdracht voor de uitvoering van werken. Het is namelijk de urbanisator die zich tegenover de overheid ertoe verbindt om deze uit te voeren, aldus de Commissie.

De bezwarende titel blijkt volgens de Commissie uit het feit dat de urbanisator van de eigenaren van de terreinen een bedrag in geld ontvangt of het equivalent ervan in terreinen. Daar voegt de Commissie aan toe dat de overheid bij keuze voor indirect beheer weliswaar zelf niets betaalt, maar bepaalde inkomsten ook niet meer ontvangt.

Het Koninkrijk Spanje meent dat de verhouding tussen de overheid en de urbanisator, gelet op de wijze waarop de urbanisator wordt beloond, kwalificeert als een concessieovereenkomst voor diensten, die niet onder de werkingssfeer van de richtlijnen 93/37 respectievelijk de Algemene Richtlijn valt. Volgens deze lidstaat maakt de uitvoering van de openbare werken niet het exclusieve of zelfs wezenlijke voorwerp van de overeenkomst uit.

In het kader van de kwalificatie van de urbanisatieovereenkomsten wijst het Hof op eerdere jurisprudentie waaruit volgt dat een overeenkomst slechts als 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' kan worden beschouwd indien de uitvoering van de werken het 'hoofdvoorwerp van de overeenkomst' uitmaakt. Het hoofdvoorwerp van de overeenkomst dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die de overhand hebben en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn.¹¹

In het kader van de voorliggende zaak wijst het Hof erop dat het vaste rechtspraak is dat het aan de Commissie is om in het kader van een inbreukprocedure ex artikel 226 EG-Verdrag (thans artikel 258 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het 'VwEU'¹²)) het verzuim aan te tonen. De Commissie dient het Hof alle gegevens te verschaffen die het nodig heeft om vast te kunnen stellen of inderdaad sprake is van een verzuim en zij kan zich daarbij niet baseren op enig vermoeden. Volgens het Hof heeft de Commissie niet voldoende

aannemelijk gemaakt dat de hoofddoelstelling van de urbanisatie-overeenkomst de uitvoering van werken betreft. De Commissie wordt dan ook in het ongelijk gesteld.

4. HvJ EU 27 oktober 2011, C-601/10: Europese Commissie / Griekenland

Inbreukprocedure. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

In februari 2009 brengt de Commissie een met redenen omkleed advies uit aan de lidstaat Griekenland, als bedoeld in artikel 258 VwEU. De Commissie stelt zich op het standpunt dat een viertal Griekse gemeenten in strijd met de bepalingen van richtlijn 92/50/EG¹³ en de Algemene Richtlijn *aanvullende* diensten van kadasteropname en stedenbouw heeft gegund, die niet in de oorspronkelijke overeenkomsten voorkomen. Aan de voorwaarden voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking¹⁴ is volgens de Commissie niet voldaan. In januari 2010 volgt de reactie van Griekenland. Griekenland erkent dat de aanbestedingsrichtlijnen zijn geschonden en kondigt aan dat maatregelen zullen worden genomen om de naleving van het Europese recht te garanderen.

Deze maatregelen houden in dat Griekenland de gemeenten verzoekt om de verdere tenuitvoerlegging van de aanvullende overeenkomsten te staken en de beslissingen aangaande betaling van de dienstverleners te herroepen. De gemeenten weigeren echter hieraan gevolg te geven. De gemeenten betogen dat de aanvullende overeenkomsten zijn gesloten in overeenstemming met de op dat moment geldende Griekse wetgeving. Griekenland laat de Commissie daarop weten dat zij - gelet op de grote vrijheid (autonomie) die de gemeenten op grond van de Griekse grondwet genieten en de beperkte mogelijkheden die de staat heeft om daarin in te grijpen - al het mogelijke heeft gedaan om schending van de Europese regelgeving te beëindigen. De Commissie is echter van mening dat Griekenland niet voldoende actie heeft ondernomen en maakt de onderhavige procedure bij het Hof aanhangig.

Het Hof merkt in de eerste plaats op dat één van de drie aanvullende overeenkomsten is gesloten vóór 31 januari 2006¹⁵, zodat hierop mogelijk richtlijn 92/50/EEG van toepassing is. En dat de andere

11 HvJ EU 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie / Italië*).

12 C115/47.

13 Pb L 209/1; dit is de voorganger van de Algemene Richtlijn.

14 Deze procedure is beschreven in artikel 11 lid 3 sub e van richtlijn 92/50/EG en in artikel 31 lid 4 sub a van de Algemene Richtlijn. De bewoordingen van beide artikelen verschillen niet noemenswaardig.

15 Op deze datum verstreek de implementatietermijn van de Algemene Richtlijn.

aanvullende overeenkomsten zijn gesloten ná genoemde datum, zodat hierop mogelijk de Algemene Richtlijn van toepassing is. Los van het feit dat het voor de inhoudelijke beoordeling van de zaak niet van belang is welke richtlijn op de overeenkomsten van toepassing is - de relevante bepalingen¹⁶ zijn namelijk nagenoeg gelijklopend - is de aanpak van het Hof in deze opmerkelijk. Het Hof kijkt namelijk naar het moment waarop de aanvullende overeenkomsten zijn gesloten. Uit het arrest wordt niet duidelijk waarom het Hof niet kijkt naar de eerder genomen beslissing om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te starten. Dit eerdere moment werd door het Hof wel van belang geacht in een ouder arrest inzake een sneltramproject voor de agglomeratie Rennes.¹⁷

Voor wat betreft de inhoudelijke beoordeling van de zaak overweegt het Hof - in lijn met vaste jurisprudentie¹⁸ - dat de uitzondering op de aanbestedingsregels genoemd in artikel 11 lid 3 sub e van richtlijn 92/50/EG en artikel 31 lid 4 sub a van de Algemene Richtlijn restrictief moeten worden geïnterpreteerd en dat de partij die een beroep wenst te doen op één van de in die artikelen genoemde uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie moet aantonen. Voorts overweegt het Hof dat de lidstaat Griekenland, op wie de bewijslast rust, niet heeft gepoogd het bestaan van een uitzonderingssituatie aannemelijk te maken. Griekenland verweert zich enkel met (i) het argument dat de nieuwe nationale wetgeving (in tegenstelling tot de oudere wetgeving) wel in overeenstemming is met de eisen in de Algemene Richtlijn; en (ii) het argument dat ze alle mogelijke maatregelen, die de nationale Griekse wetgeving biedt, heeft aangewend om te proberen een einde te maken op de inbreuksituatie.

Het Hof neemt met het verweer van Griekenland geen genoegen. Het eerste argument van Griekenland is volgens het Hof irrelevant, omdat de claim van de Commissie is gebaseerd op schending van de Europese regels. Of nationale regels al dan niet in lijn zijn met diezelfde Europese regels doet er daarbij niet toe. Ten aanzien van het tweede argument oordeelt het Hof dat het erom gaat of de inbreuksituatie is beëindigd ten tijde van het aflopen van de deadline die de Commissie in haar met redenen omkleed advies heeft gesteld. Dat was niet het geval. Het feit dat Griekenland wel pogingen had ondernomen om een eind te maken aan de inbreuksituatie is niet van belang in het kader van de be-

oordeling of Griekenland de Europese regels heeft geschonden. Vervolgens toetst het Hof toch ook nog inhoudelijk aan de in de artikelen 11 lid 3 sub e van richtlijn 92/50/EG en artikel 31 lid 4 sub a van de Algemene Richtlijn opgenomen criteria. Het Hof concludeert dat in ieder geval aan het zogenaamde '50%-criterium' niet is voldaan¹⁹, daar de waarde van elk van de aanvullende overeenkomsten meer dan 50% hoger is dan de waarde van de oorspronkelijke overeenkomsten. Het Hof komt dan ook tot het eindoordeel dat Griekenland de verplichtingen op grond van richtlijn 92/50/EG en de Algemene Richtlijn heeft geschonden.

Het arrest wekt de vraag op welke actie Griekenland vervolgens dient te ondernemen om alsnog aan de Europese regels te voldoen. In artikel 260 lid 1 VwEU staat in dit verband immers dat een lidstaat gehouden is 'die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof.' Betekent dit te allen tijde dat de litigieuze overeenkomsten moeten worden beëindigd?²⁰ Het Hof laat zich hier helaas niet over uit.

5. HvJ EU 10 november 2011, C-348/10: Norma-A SIA / Latgales

Concessieovereenkomst voor diensten. Onverbindendheid overeenkomst op grond van rechtsbeschermingsrichtlijn

De zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt gaat over een door de Letse stad Ludza georganiseerde aanbestedingsprocedure voor het verrichten van openbare busvervoersdiensten aldaar. Op 31 augustus 2009 wordt het besluit genomen de opdracht te gunnen aan Ludzas autotransporta uzējums SIA ('SIA') en op 2 september 2009 wordt het besluit genomen met die onderneming een concessieovereenkomst voor het verrichten van openbaarvervoersdiensten te sluiten. Tegen dit laatste besluit wordt in rechte bezwaar gemaakt. Dit bezwaar wordt zowel in eerste aanleg (op 16 oktober 2009) als in hoger beroep (op 14 december 2009) gegrond verklaard. De aanbestedende dienst sluit echter reeds op 9 oktober 2009, zonder de gerechtelijke procedure af te wachten, met SIA een concessieovereenkomst.

16 Te weten: artikel 11 lid 3 sub e van richtlijn 92/50/EG en artikel 31 lid 4 sub a van de Algemene Richtlijn.

17 HvJ EU 5 oktober 2000, C-337/98.

18 In r.o. 32 wordt verwezen naar HvJ EU 10 april 2003, C-20/01 en C-28/01 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 58; HvJ EU 18 november 2004, C-126/03 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 23; HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle en RPL Lochau*), r.o. 46 en HvJ EU 8 april 2008, C-337/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 57 en 58.

19 Deze 50%-norm houdt in dat het totale bedrag van de voor de aanvullende werken of diensten geplaatste opdrachten niet hoger mag zijn dan 50% van het bedrag van de hoofdopdracht.

20 Zie in dit verband HvJ EU 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*) en HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*).

Verzoeksters maken een bodemprocedure aanhangig bij de bestuursrechter waarin de nietigverklaring van de overeenkomst wordt gevorderd. In eerste aanleg wordt de vordering van verzoeksters afgewezen omdat de overeenkomst onder het privaatrecht zou vallen, zodat de bestuursrechter niet bevoegd zou zijn. In hoger beroep wordt de uitspraak in eerste aanleg vernietigd, maar worden verzoeksters niet-ontvankelijk verklaard omdat de overeenkomst zou zijn gesloten vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van de rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG (de 'Rechtsbeschermingsrichtlijn').²¹ Verzoeksters stellen vervolgens cassatie in bij het Hoogerechtshof van Letland, waarin zij betogen dat richtlijn 2007/66 hun een subjectief recht verleent om nietigverklaring van de overeenkomst te vorderen. Dit subjectieve recht houdt volgens verzoeksters in dat het recht dat uit het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijn voortvloeit hun niet mag worden onthouden, ook al heeft omzetting van de richtlijn in het nationale recht nog niet plaatsgevonden en is de termijn voor omzetting van die richtlijn ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet verstreken.

Het Hoogerechtshof van Letland stelt het Hof drie prejudiciële vragen. De eerste vraag komt er in feite op neer of de overeenkomst om diensten van openbaar busvervoer te verrichten kwalificeert als een concessieovereenkomst voor diensten of als een overheidsopdracht voor diensten.

Bij de beantwoording van deze vraag gaat het Hof, aan de hand van eerdere jurisprudentie, in op het onderscheid tussen concessieovereenkomsten voor diensten en overheidsopdrachten voor diensten. Het Hof herhaalt dat het kenmerkende verschil is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. In geval van een opdracht voor diensten wordt de dienstverrichter rechtstreeks door de aanbestedende dienst vergoed, terwijl bij een concessieovereenkomst de tegenprestatie bestaat uit het recht de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs.²²

Voorts wijst het Hof op eerdere rechtspraak waaruit volgt dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico door de aanbestedende dienst wordt overgedragen op de opdrachtnemer. Dat dit risico evenwel van meet af aan zeer beperkt kan zijn - bijvoorbeeld als gevolg van publiekrechtelijke regelingen die gelden in bepaalde sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar

nut - maakt daarbij niet uit. Als er maar een 'aanzienlijk deel' van het risico dat hoe dan ook op de aanbestedende dienst zelf zou rusten wanneer hij de betrokken dienst zelf zou verrichten, wordt overgedragen.²³

Het Hof overweegt vervolgens dat de beoordeling in welke mate een opdrachtnemer in concreto risico draagt door de nationale rechter dient te worden uitgevoerd. Desalniettemin overweegt het Hof dat de overeenkomst in kwestie, gelet op hetgeen hieromtrent in de verwijzingsbeslissing is gesteld, op het eerste gezicht de kenmerken lijkt te vertonen van een opdracht voor diensten. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens volgt, onder meer, dat de aanbestedende dienst op grond van de toepasselijke wettelijke regeling de exploitatieverliezen die de dienstverrichter lijdt, vergoedt en dat de aanbestedende dienst op grond van de contractuele bepalingen op de staatsbegroting middelen reserveert om de vervoerder te vergoeden voor eventuele verliezen en aanverwante kosten.

De tweede en derde prejudiciële vraag beantwoordt het Hof gezamenlijk. Met deze vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of reeds een beroep kan worden gedaan op de Rechtsbeschermingsrichtlijn - in het bijzonder op de bepaling waarin staat dat de lidstaten er zorg voor dienen te dragen dat een overeenkomst die een aanbestedende dienst heeft gesloten zonder de in die richtlijn bedoelde opschortende termijn in acht te nemen, door een onafhankelijke beroepsinstantie onverbindend kan worden verklaard - vóórdat de termijn voor omzetting van die richtlijn is verstreken.

Het Hof oordeelt dat dit niet het geval is. De Rechtsbeschermingsrichtlijn bevat namelijk geen enkele aanwijzing dat de betrokken bepaling terugwerkende kracht heeft en het zou dan ook in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel om aan te nemen dat die bepaling van toepassing is op overeenkomsten die zijn gesloten voor het verstrijken van de termijn voor omzetting van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.

6. HvJ EU 15 maart 2012, C-574/10: Europese Commissie / Duitsland

Inbreukprocedure. Berekening drempelwaarde. Ongeoorloofde splitsing. Dienstenovereenkomst. Eenzelfde economische en technische functie.

21 De oorspronkelijke rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG. Deze zijn in 2007 gewijzigd door richtlijn 2007/66/EG, die in 2010 in Nederland is geïmplementeerd via de nationale Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (de 'Wira').

22 HvJ EU 10 september 2009, C-206/08 (*Eurawasser*).

23 HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst Stadler / Passau*).

In oktober 2006 besluit de Duitse gemeente Niedernhausen (de 'Gemeente') om een multifunctioneel gebouw genaamd de Aulahalle, dat wordt gebruikt voor sportevenementen en concerten, te laten renoveren. De Gemeente verzoekt een lokaal architectenbureau om de staat van het gebouw te beoordelen en een inschatting te maken van de kosten van de renovatiewerkzaamheden. Het architectenbureau geeft een offerte af waarin de totale kosten van de renovatie worden geschat op 2,3 miljoen euro bruto, waarvan 325.000 euro ziet op de kosten van het architectenbureau zelf.

De door het architectenbureau te verlenen diensten bestaan onder meer uit het opstellen van een renovatieplan, de coördinatie van de werkzaamheden van de betrokken ingenieurs en overige directiewerkzaamheden. Om budgettaire redenen besluit de Gemeente de aan het architectenbureau te verstrekken opdracht op te delen in drie fasen. Elke fase beslaat 1 jaar (2008, 2009 en 2010). De Gemeente sluit vervolgens drie overeenkomsten met het architectenbureau, elk met een waarde beneden het op dat moment vigerende drempelbedrag.

Na ontvangst van een klacht vraagt de Commissie opheldering aan Duitsland over het feit dat geen aanbestedingsprocedure op grond van de Algemene Richtlijn is georganiseerd. Duitsland weet de Commissie niet van de juistheid van haar beweegredenen te overtuigen en de Commissie maakt daarop de onderhavige zaak bij het Hof aanhangig.

De Commissie stelt zich in deze procedure - kort samengevat - op het standpunt dat de renovatie van de Aulahalle moet worden gezien als één werk en dat het dientengevolge niet meer dan logisch is dat de daarmee verband houdende architectendiensten ook als één opdracht moeten worden gezien. De Commissie wijst op de functionele benadering die het Hof voor het eerst aan de dag legde in haar arrest van 5 oktober 2000 inzake *Commissie/Frankrijk*.²⁴ Aan het criterium van de technische en economische eenheid is volgens de Commissie in de onderhavige zaak voldaan, omdat de dienstenovereenkomsten verband houden met één en hetzelfde gebouw. Voorts wijst de Commissie op artikel 9 lid 3 van de Algemene Richtlijn waarin staat dat opdrachten niet mogen worden gesplitst om ze te onttrekken aan de toepassing van deze richtlijn. Slotsom van het betoog van de Commissie luidt dat sprake is van een architectenovereenkomst met een waarde boven de drempel, die had moeten worden aanbesteed conform de Algemene Richtlijn.

Duitsland brengt hier tegenin dat de criteria die worden gebruikt om vast te stellen of sprake is van één werk, niet één op één toepasbaar zijn op de

vraag of sprake is van één opdracht voor diensten. Het functionele criterium als ontwikkeld door het Hof in het eerder aangehaalde arrest *Commissie/Frankrijk*, is gebaseerd op de noodzakelijkheid om de opdracht voor *werken* uniform en gecoördineerd uit te voeren, daar de opdracht vanuit economisch en technisch oogpunt één geheel vormt. Die noodzaak van uniforme uitvoering van een werk is niet aanwezig bij een *dienst*, bestaande uit het ontwerp van een werk. Het is immers zeer goed voorstelbaar dat het ontwerp van verschillende delen van een werk los van elkaar wordt gerealiseerd, mede gelet op het verschil in aard tussen ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden.

Duitsland voegt hieraan toe dat de reden dat gesproken werd over één totaalbedrag enkel te maken had met de budgettaire regels aangaande de lange termijnplanning en niet omdat de verschillende overeenkomsten werden gezien als één geheel. Een ander argument tegen een samengaan van de drie overeenkomsten is volgens Duitsland dat dit niet zou zijn afgestemd op de capaciteit van het midden- en kleinbedrijf. Tot slot wijst Duitsland erop dat het splitsingsverbod in artikel 9 lid 3 van de Algemene Richtlijn veronderstelt dat de aanbestedende dienst in kwestie de intentie heeft de aanbestedingsregels te ontduiken. Dat hiervan in casu sprake is, is door de Commissie niet aannemelijk gemaakt.

Het Hof overweegt in de eerste plaats dat de regels in de Algemene Richtlijn zowel van toepassing zijn op opdrachten voor werken, als op opdrachten voor diensten. Dit geldt ook voor het splitsingsverbod in artikel 9 lid 3 van de Algemene Richtlijn. Voorts wijst het Hof op de functionele benadering die is ontwikkeld in het arrest inzake *Commissie/Frankrijk* en overweegt het Hof dat Duitsland in de onderhavige kwestie niet betwist dat de renovatiewerkzaamheden vanuit economisch en technisch oogpunt een uniform karakter hebben. Kern van het geschil in casu is of het criterium van de technische en economische eenheid, zoals dat van toepassing is op overeenkomsten die zien op de uitvoering van werkzaamheden, ook van toepassing is op dienstenovereenkomsten. Het Hof oordeelt dat dit het geval is.

Het Hof acht in dat verband van belang dat alle ontwerp- en directiewerkzaamheden in kwestie gerelateerd zijn aan de renovatie van één gebouw, dat de verschillende overeenkomsten allemaal zijn aangegaan tussen de Gemeente en hetzelfde architectenbureau en dat de door de architect te ontvangen vergoeding steeds een bepaald percentage van de bouwkosten bedraagt. Hieruit volgt volgens het Hof dat sprake is van prestaties die vanuit econo-

24 C-16/98.

misch en technisch oogpunt een interne samenhang vertonen. Het feit dat het object van de werkzaamheden per fase verschilt (werkzaamheden aan het dak, verlichting, etc.) betekent niet dat de werkzaamheden van de architect ook steeds veranderen. Het gaat juist steeds om 'typische architectenwerkzaamheden': eerst een plan ontwerpen/uitwerken en daar vervolgens toezicht op houden voor wat betreft de uitvoering door ingeschakelde partijen. Er is volgens het Hof dan ook sprake van één economisch en technisch geheel. Deze interne samenhang wordt niet doorbroken als gevolg van het feit dat de diensten zijn opgesplitst in verschillende fasen.

Het Hof voegt hieraan toe dat het splitsen van de diensten niet kan worden gerechtvaardigd door budgettaire redenen. Ook het argument van Duitsland dat het splitsen van opdrachten ten goede komt aan het midden- en kleinbedrijf wijst het Hof af. Het is immers op grond van artikel 9 lid 5 van de Algemene Richtlijn toegestaan een opdracht op te delen in percelen. Tot slot benadrukt het Hof dat de mogelijkheid in artikel 25 van het VwEU voor de Commissie om een inbreukprocedure te starten enkel tot doel heeft om objectief vast te stellen of een staat al dan niet voldoet aan de toepasselijke Europese regelgeving. Of een staat al dan niet de opzet heeft om die regels te overtreden is, zoals reeds geoordeeld in eerdere jurisprudentie van het Hof, niet relevant.²⁵

Aldus concludeert het Hof dat de door de architect geleverde prestaties ten aanzien van de renovatie van de hal als één opdracht voor diensten moeten worden gezien. Duitsland is de verplichtingen die op grond van de Algemene Richtlijn op haar rusten ten onrechte niet nagekomen.

7. HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10: Autostrade / Úrad

Abnormaal lage inschrijving. Verduidelijking inschrijving

Een handelsmaatschappij die voor 100% in handen is van de Slowaakse staat heeft een aanbestedingsprocedure gehouden voor de verrichting van diensten op het gebied van de inning van tolgelden op autosnelwegen. In de loop van de procedure vraagt de aanbestedende dienst aan twee groepen van ondernemingen nadere toelichting bij hun inschrijving. Naast vragen betreffende de technische aspecten van elk van de inschrijvingen, worden deze twee groepen verzocht om nadere toelichtingen bij de abnormaal lage prijzen die zij hebben voorge-

steld. De gestelde vragen worden beantwoord en de desbetreffende ondernemingen worden vervolgens uitgesloten van de procedure. Tegen deze beslissingen wordt beroep in gesteld.

Het Hoogerechtshof van de Slowaakse Republiek stelt het Hof een aantal prejudiciële vragen, die - kort samengevat - neer komen op (1) het al dan niet bestaan van een verplichting voor de aanbestedende dienst ex artikel 55 van de Algemene Richtlijn (*Abnormaal lage inschrijvingen*) om de inschrijver een nadere toelichting met betrekking tot een abnormaal lage prijs te verzoeken en (2) het al dan niet bestaan van een verplichting voor de aanbestedende dienst ex artikel 51 van de Algemene Richtlijn (*Aanvullende documentatie en inlichtingen*) om een nadere toelichting met betrekking tot een inschrijving te verzoeken.

Abnormaal lage inschrijving

Het Hof overweegt dat uit artikel 55 van de Algemene Richtlijn, die in dwingende bewoordingen is geformuleerd, duidelijk volgt dat de Uniewetgever de aanbestedende dienst heeft willen verplichten om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken door hem in dat opzicht te verplichten de gegadigden te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken, teneinde te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus zijn.²⁶ Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, vormt een vereiste van de Algemene Richtlijn om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen.²⁷

Het Hof herinnert er daarbij aan dat de lijst in artikel 55 lid 1, tweede alinea weliswaar niet uitputtend is, doch evenmin louter indicatief is, zodat het de aanbestedende dienst niet vrijstaat om te bepalen welke relevante aspecten in overweging moeten worden genomen alvorens een abnormaal lijkend bod uit te sluiten.²⁸ De aanbestedende dienst dient de aan de betrokken gegadigden gerichte vraag duidelijk te formuleren teneinde hen in staat te stellen om ten volle en op nuttige wijze te rechtvaardigen dat hun inschrijvingen serieus zijn.

Onnauwkeurige of niet met de technische specificaties van het bestek overeenstemmende inschrijving

Vooraf wijst het Hof erop dat artikel 51 van de Algemene Richtlijn in afdeling 2 staat, getiteld

²⁵ Zie HvJ EU 4 maart 2010 (*Commissie/Italië*), C-297/08, r.o. 81 en 82.

²⁶ Zie in die zin HvJ EU 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99 (*Lombardini en Mantovani*), r.o. 46-49.

²⁷ *Idem*, r.o. 57.

²⁸ HvJ EU 23 april 2009, C-292/07 (*Commissie/België*), r.o. 159.

'kwalitatieve selectiecriteria'. De bepalingen van dit artikel hebben derhalve geen invloed op de fase ná selectie van de gegadigden, waarin het aan de aanbestedende dienst is de inschrijvingen te evalueren. Het Hof hoeft zich dus niet uit te spreken over de uitlegging van artikel 51 van de Algemene Richtlijn. Voorts stelt het Hof vast dat de Algemene Richtlijn, anders dan wat de abnormaal lage inschrijvingen betreft, geen bepaling bevat die uitdrukkelijk voorziet in het gevolg dat in het kader van een niet-openbare procedure moet worden gegeven aan de constatering van de aanbestedende dienst dat een inschrijving van een gegadigde onnauwkeurig is of niet overeenstemt met de technische specificaties van het bestek.

De niet-openbare procedure impliceert naar haar aard dat wanneer de selectie van de gegadigden heeft plaatsgevonden en hun inschrijving is ingediend, deze inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de gegadigde. Onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden zijn in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel in het kader van de niet-openbare procedure niet toegestaan. In de Algemene Richtlijn is geen verplichting voor de aanbestedende dienst opgenomen om gegadigden in de gelegenheid te stellen hun inschrijvingen toe te lichten alvorens deze af te wijzen op grond dat de inschrijvingen onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties.

Echter, volgens het Hof staat artikel 2 van de Algemene Richtlijn (*Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten*) er niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Bij de uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid dient de aanbestedende dienst de gegadigden gelijk en op loyale wijze te behandelen, zodat het verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of de gegadigden tot wie dit verzoek is gericht. Het verzoek om een nadere toelichting mag pas worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen.²⁹ Het verzoek dient op vergelijkbare wijze te worden gericht aan

alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren en het verzoek dient alle punten van de inschrijving te behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek. De aanbestedende dienst kan de inschrijving niet afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had.

8. HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10: Europese Commissie / Nederland

Gebruik keurmerken in technische specificaties en gunningscriteria. Criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen als minimumeis

De onderhavige zaak is aanhangig gemaakt door de Commissie naar aanleiding van een door de provincie Noord-Holland (de 'Provincie') georganiseerde openbare Europese aanbestedingsprocedure voor de levering, het installeren en onderhouden van koffieautomaten, alsmede de levering van ingrediënten ten behoeve van deze automaten. Een belangrijk aspect van het nieuwe contract dat de Provincie na het doorlopen van de aanbestedingsprocedure wenst te sluiten is dat de Provincie meer biologische en fairtradeproducten wil gaan gebruiken in de koffieautomaten. Hiertoe is in de offerteaanvraag, onder meer, het volgende bepaald:

'Provincie Noord-Holland maakt voor de koffie- en theeconsumpties gebruik van Max Havelaar- en EKO-keurmerk. [...] [Beoordeling: eis] De ingrediënten dienen indien mogelijk aan het EKO- en/of Max Havelaar-keurmerk te voldoen. [...] [punten (max. punt 15) - beoordeling: wens]'

In de nota van inlichtingen is hierover de volgende vraag gesteld:

'Kunnen wij ervan uitgaan dat voor de gestelde keurmerken geldt: of vergelijkbaar?'

Het antwoord van de Provincie luidt:

'Zolang de uitgangspunten maar vergelijkbaar of hetzelfde zijn.'

Naar de mening van de Commissie heeft de Provincie inbreuk gepleegd op de bepalingen betreffende de technische specificaties, de geschiktheidseisen en de gunningscriteria uit de Algemene Richtlijn.³⁰ De Commissie baseert haar beroep op drie middelen. Het eerste onderdeel van het eerste middel betreft

²⁹ Zie in die zin het hiervoor aangehaalde arrest inzake Lombardini en Mantovani, r.o. 51 en 53.

³⁰ Volgens de Commissie heeft de Provincie niet voldaan aan de verplichtingen die zijn opgenomen in de artikelen 23 leden 6 en 8 (*technische specificaties*); de artikelen 2, 44 lid 2, 48 leden 1 en 2 (*geschiktheidseisen*) en artikel 53 lid 1 (*gunningscriteria*) van de Algemene Richtlijn.

het gebruik van het EKO-keurmerk³¹ in het kader van de technische specificaties voor de te leveren koffie en thee. Volgens de Commissie mag op grond van artikel 23 lid 6 van de Algemene Richtlijn, dat ziet op het gebruik van technische specificaties, weliswaar onder bepaalde voorwaarden een beroep worden gedaan op een milieukeur - zoals het keurmerk EKO - in het kader van de formulering van de milieukeurmerken, maar mag een milieukeur als zodanig niet worden voorgeschreven.

Het Hof is het met de Commissie eens dat de Provincie een met artikel 23 lid 6 van de Algemene Richtlijn onverenigbare technische specificatie heeft vastgesteld. De Provincie had niet in de offerteaanvraag mogen eisen dat bepaalde te leveren producten van een bepaalde milieukeur zouden zijn voorzien, zonder de voor die milieukeur vastgelegde gedetailleerde specificaties te gebruiken. De verplichting voor de aanbestedende dienst uitdrukkelijk de gedetailleerde milieukeurmerken die hij wil opleggen te vermelden, ook indien hij gebruikmaakt van de voor een milieukeur vastgelegde kenmerken, is volgens het Hof geenszins een overdreven formalisme. Het is onmisbaar opdat potentiële inschrijvers zich kunnen baseren op één officieel document dat afkomstig is van de aanbestedende dienst zelf (i.c. de offerteaanvraag), zonder dat zij te maken krijgen met de onzekerheden van het opzoeken van informatie en de mogelijkheid dat de criteria voor een willekeurige milieukeur veranderen met de tijd.

Het Hof voegt hieraan toe dat de achteraf in de nota van inlichtingen aangebrachte verduidelijking dat de verwijzing naar het keurmerk EKO mede doelt op een gelijkwaardig keurmerk, niet kan goedmaken dat de bij het betrokken keurmerk behorende gedetailleerde specificaties niet zijn vermeld.

In het tweede onderdeel van het eerste middel betoogt de Commissie dat de eis dat de te leveren koffie en thee voorzien moesten zijn van het keurmerk Max Havelaar in strijd is met artikel 23 lid 8 van de Algemene Richtlijn. Dit keurmerk zou volgens de Commissie overeenstemmen met een geregistreerd merk en daar mag op grond van genoemd artikel niet naar worden gevraagd. Het Koninkrijk der Nederlanden brengt hier tegenin dat het Max Havelaar-keurmerk geen technische specificatie is, maar veeleer een voorwaarde waaronder de opdracht wordt uitgevoerd als bedoeld in artikel 26 van de Algemene Richtlijn. Dit artikel bepaalt dat de voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd onder meer verband kunnen houden met sociale overwegingen. Het Hof volgt de redenering van het

Koninkrijk der Nederlanden. Het keurmerk Max Havelaar duidt immers fairtradeproducten aan, die bij organisaties bestaande uit kleine producenten in ontwikkelingslanden zijn ingekocht tegen een prijs en onder handelsvoorwaarden die gunstig zijn ten opzichte van wat door de marktvoorwaarden wordt bepaald. Het tweede onderdeel van het eerste middel wordt niet ontvankelijk verklaard.

In het derde middel - dat het Hof vóór het tweede middel behandelt - betoogt de Commissie dat het in de offerteaanvraag opgenomen gunningscriterium, dat inhoudt dat punten worden toegekend wanneer de te leveren ingrediënten voorzien zijn van de keurmerken EKO en/of Max Havelaar in strijd is met artikel 53 lid 1 van de Algemene Richtlijn. Zo zou er volgens de Commissie, onder meer, onvoldoende verband bestaan tussen het litigieuze gunningscriterium en het voorwerp van de opdracht. Dit bezwaar van de Commissie verklaart het Hof - onder verwijzing naar het arrest EVN en Wienstrom³² - ongegrond. Een deel van de opdracht heeft namelijk betrekking op de levering van koffie, thee en overige noodzakelijke ingrediënten voor de bereiding van de in de automaten beschikbare dranken. In beginsel bestaat er dan geen beletsel om criteria te stellen die verband houden met het milieu (EKO-keurmerk) dan wel dat een dergelijk criterium inhoudt dat een product een fairtradeproduct moet zijn (Max Havelaar keurmerk).

Het Hof komt uiteindelijk echter toch tot het oordeel dat sprake is van een met artikel 53 lid 1 van de Algemene Richtlijn onverenigbaar gunningscriterium, daar wordt verwezen naar bepaalde keurmerken zonder de uitgangspunten van de keurmerken op te sommen, dan wel te bepalen dat het bewijs dat een product aan die criteria voldoet met elk passend middel kan worden geleverd. De verduidelijking die achteraf in de nota van inlichtingen wordt gegeven, kan dit niet goedmaken. Het Hof volgt hier eenzelfde redenering als bij het eerste middel aangaande de technische specificaties.

Tot slot het tweede middel. Dit middel betreft het in de offerteaanvraag - in de onderafdeling getiteld 'Geschiktheidseisen/minimumeisen' - geformuleerde vereiste dat de opdrachtnemer in hoofdzaak moest voldoen aan de 'criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen', onder meer door bij te dragen tot het duurzamer maken van de koffiemarkt en een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie. De inschrijvers dienden aan te geven op welke wijze zij aan die criteria voldeden.

31 Volgens de uiteenzettingen van de Commissie, die door het Koninkrijk der Nederlanden niet zijn bestreden, kan het Nederlandse privaatrechtelijke keurmerk EKO worden toegekend voor producten die voor minsten 95% uit biologische ingrediënten bestaan (i.o. 33 en 34).

32 HvJ EU 4 december 2003, C-448/01.

Het Hof is met de Europese Commissie eens dat de potentiële inschrijvers dit vereiste niet anders hebben kunnen opvatten dan als minimumeis/geschiktheidseis in de zin van de Algemene Richtlijn, zodat de rechtmatigheid van dit vereiste moet worden getoetst aan de artikelen 44 en 48 van de Algemene Richtlijn. Vervolgens oordeelt het Hof dat sprake is van een ongeoorloofde minimumeis. Artikel 48 van de Algemene Richtlijn, waarnaar in artikel 44 van de Algemene Richtlijn wordt verwezen, bevat een uitputtende opsomming van factoren aan de hand waarvan de aanbestedende dienst de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers kan beoordelen en controleren. Het vereiste dat aan de ‘criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen’ moet worden voldaan, hangt met geen van die factoren samen. Het Hof voegt hier nog aan toe dat het criterium evenmin voldoet aan de in artikel 2 van de Algemene Richtlijn neergelegde transparantieplichting. Het vereiste inzake het voldoen aan de ‘criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen’ en de verplichting bij te dragen aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie is volgens het Hof niet dermate duidelijk, nauwkeurig en on dubbelzinnig, dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver met zekerheid en volledig kan weten welke criteria door die vereisten worden gedekt.

9. HvJ EU 7 juni 2012, C-615/10: Instiimi / Suomen Puolustusvoimien

Overheidsopdracht op het gebied van defensie. Artikel 10 Algemene Richtlijn. Artikel 296 EG-Verdrag

De technische keuringsdienst van de Finse strijdkrachten heeft een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de opdracht tot levering van een draaitafelinstallatie, die dient als drager voor aan elektromagnetische metingen onderworpen voorwerpen. Een verliezende inschrijver maakt achteraf in rechte bezwaar omdat de aanbestedingsprocedure ten onrechte niet volgens de voorschriften van de Algemene Richtlijn zou zijn verlopen. De rechtbank in eerste instantie verwerpt het beroep omdat zou zijn aangetoond dat de draaitafel hoofdzakelijk voor militaire doeleinden is bestemd en dat de aanbestedende dienst de draaitafel uitsluitend voor dergelijke doeleinden wenst te gebruiken.

De inschrijver voert in hoger beroep aan dat de draaitafel een technische innovatie uit de civiele in-

dustrie is en geen militaire uitrusting. De aanbestedende dienst betoogt op zijn beurt dat de draaitafel met name voor de nabootsing van gevechtssituaties is bedoeld en dat met deze installatie tegenacties tegen luchtverkenning onder verschillende hoeken en ‘opsporing’ van doelwitten kunnen worden nagebootst en geoefend.

De verwijzende rechter vraagt zich af of de Algemene Richtlijn toepassing vindt wanneer het voorwerp van de opdracht voor specifiek militaire doeleinden bestemd is, maar hiervoor in de civiele sector ook vrijwel soortgelijke technische toepassingen bestaan. De prejudiciële vraag die de verwijzende rechter hierover aan het Hof voorlegt ziet op de toepasselijkheid van artikel 10 van de Algemene Richtlijn (*Opdrachten op het gebied van defensie*) gelezen in samenhang met artikel 296 lid 1 sub b van het EG-Verdrag.³³ Uit deze artikelen volgt dat overheidsopdrachten op het gebied van defensie in beginsel aanbestedingsplichtig zijn, doch dat het bij uitzondering mogelijk moet zijn om de aanschaf van producten die zijn bestemd voor specifiek militaire doeleinden niet aan te besteden.

Het Hof wijst erop dat deze bepalingen volgens de vaste rechtspraak inzake afwijkingen van de fundamentele vrijheden *eng* moeten worden uitgelegd.³⁴ In lid 2 van artikel 296 EG-Verdrag wordt verwezen naar een door de Europese Raad samengestelde lijst van producten, die vallen onder de in artikel 296 lid 1 sub b neergelegde afwijkingmogelijkheid. De verwijzende rechter dient volgens het Hof na te gaan of een goed, zoals de litigieuze draaitafel, in één van de categorieën van die lijst kan worden ingedeeld. Daarbij wijst het Hof erop dat een goed, dat valt onder één van de categorieën van materiaal op genoemde lijst, terwijl er vrijwel soortgelijke technische toepassingen voor bestaan in de civiele sfeer, pas geacht kan worden te zijn bestemd voor specifiek militaire doeleinden indien (i) de aanbestedende dienst het materiaal voor die doeleinden wil gebruiken; én (ii) dit gebruik ook voortvloeit uit de specifieke kenmerken van een speciaal daartoe ontworpen, ontwikkelde of substantieel gewijzigde uitrusting. Er moet sprake zijn van goederen die objectief gezien een specifiek militair karakter hebben. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of hiervan sprake is.

Voorts merkt het Hof op dat indien de verwijzende rechter vaststelt dat het litigieuze goed binnen de materiële werkingssfeer van artikel 296 lid 1 sub b EG-Verdrag valt - waarnaar artikel 10 van de Algemene Richtlijn verwijst - hij dient na te gaan of de lidstaat kan bewijzen dat het voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid

³³ Thans artikel 346 VwEU.

³⁴ Zie HvJ EU 15 december 2009, C-284/05 (*Commissie/Finland*), r.o. 46 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

noodzakelijk is om gebruik te maken van de in die bepaling neergelegde afwijking³⁵ en of deze wezenlijke belangen niet in het kader van een oproep tot

mededinging, als bedoeld in de Algemene Richtlijn, kunnen worden beschermd.³⁶

³⁵ Idem, r.o. 49.

³⁶ HvJ EU 8 april 2008, C-337/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 53.