

TBR 2014/183

# Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht

Mr. E. Verweij en mr. D.C. Orobio de Castro<sup>1</sup>

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 de tweede helft van 2013 en de eerste helft van 2014 (t/m medio juli). Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerdere jaargangen van dit tijdschrift.<sup>2</sup>

## 1. HvJ EU 12 september 2013, C-526/11 (Ärzttekammer)

*Begrip 'publiekrechtelijke instelling'. Voorschriften art. 1 lid 9 vs. bijlage III richtlijn 2004/18/EG. (Indirecte) overheidsfinanciering. Overheidstoezicht.*

Ärzttekammer is een krachtens publiekrecht opgerichte beroepsvereniging van artsen in de Duitse deelstaat Westfalen-Lippe. Ärzttekammer heeft onder meer tot taak het ondersteunen en bevorderen van de kwaliteit van openbare geneeskundige en veterinaire diensten. De in Westfalen-Lippe werkzame artsen zijn leden van Ärzttekammer. Ärzttekammer is op grond van Duits publiekrecht bevoegd bijdragen van haar leden te innen.

Ärzttekammer heeft in 2010 een Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het uitbrengen van haar informatieblad en voor de verkoop van advertentieruimte en abonnementen. Een van de verliezende inschrijvers beklaagde zich bij de Duitse rechter over de, door de winnende inschrijver, (niet) overgelegde referenties. De zaak kwam uiteindelijk voor het Oberlandesgericht Düsseldorf, dat - in verband met de ontvankelijkheid van de klachten - ambtshalve moest onderzoeken of Ärzttekammer kwalificeerde als aanbestedende dienst.

Het Oberlandesgericht beoordeelde of Ärzttekammer aangemerkt kon worden als *publiekrechtelijke instelling* (artikel 1 lid 9 richtlijn 2004/18/EG).<sup>3</sup>

Daarbij nam het Oberlandesgericht als uitgangspunt dat Ärzttekammer rechtspersoonlijkheid bezit en haar uitgeoefende taken van algemeen belang zijn, die niet van industriële of commerciële aard zijn (waarmee geacht werd te zijn voldaan aan sub a en b van artikel 1 lid 9). Het Oberlandesgericht vroeg zich echter af of sprake was van (indirecte) overheidsfinanciering, of van overheidstoezicht als bedoeld in sub c van artikel 1 lid 9. Met die vragen werd het Hof aangezocht.

Het Hof beoordeelt of is voldaan aan:

- het criterium inzake *overheidsfinanciering* doordat Ärzttekammer hoofdzakelijk wordt gefinancierd door bijdragen van haar leden, welke Ärzttekammer op grond van Duitse wetgeving gemachtigd is te innen; maar die wetgeving noch de hoogte van de bijdragen, noch de omvang van de met de bijdrage te financieren prestaties, vaststelt;
- het criterium inzake *overheidstoezicht* op het beheer doordat het besluit van Ärzttekammer, waarbij de hoogte van de ledenbijdragen wordt vastgesteld, moet worden goedgekeurd door overheidsinstanties.

Het Hof wijst er in de eerste plaats op dat Ärzttekammer wordt genoemd in bijlage III bij richtlijn 2004/18/EG. Die bijlage bevat lijsten van publiekrechtelijke instellingen per lidstaat. Het vermeld staan op die lijst houdt echter geen onweerlegbaar vermoeden in dat een instelling inderdaad als publiekrechtelijke instelling kwalificeert. Derhalve moet worden getoetst aan de materiele voorschriften uit artikel 1 lid 9. Het Hof bespreekt achtereenvolgens de criteria *overheidsfinanciering* en *overheidstoezicht* uit artikel 1 lid 9 sub c. Daarbij wordt opgemerkt dat – in lijn met eerder jurisprudentie van het Hof – deze criteria functioneel moeten worden uitgelegd.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Erik Verweij en David Orobio de Castro zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Dit artikel kwam mede tot stand dankzij mr. Emma van Dam, mr. Iris Hendriksen en mr. Hanne van 't Klooster, eveneens advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

<sup>2</sup> Zie voor de meest recente kronieken (tot 2010): B.J.H. Blaisse-Verkooyen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2013/128 (2013) en D.C. Orobio de Castro en B.J.H. Blaisse-Verkooyen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2012/161 (2012), *TBR* 2011/180 en *TBR* 2011/194 (2011), en *TBR* 2010/126 en *TBR* 2010/144 (2010).

<sup>3</sup> Vgl. de definitie van 'publiekrechtelijke instelling' in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

<sup>4</sup> HvJ EG 13 december 2007, C-337/06 (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 40; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 43; HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (*BFI Holding*), r.o. 62-63.

*Overheidsfinanciering*

Bij de bespreking van het criterium *overheidsfinanciering* herinnert het Hof aan eerdere uitspraken op dit gebied. Ten eerste volgt uit het arrest *Cambridge* dat de financiering betrekking moet hebben op een overdracht van financiële middelen, *zonder specifieke tegenprestatie*, om de activiteiten van de betrokken entiteit te ondersteunen.<sup>5</sup> Dat kan ook indirecte financiering omvatten. Uit het arrest *Bayerische Rundfunk* volgt dat (indirecte) financiering kan plaatsvinden middels een bijdrage, waarvan de grondslag en hoogte bij wet zijn bepaald.<sup>6</sup> Voorts volgt uit het arrest *Oymanns* dat eveneens sprake is van indirecte financiering, waar het gaat om instellingen (in casu: openbare socialezekerheidsfondsen) die worden gefinancierd via door of voor hun verzekerden betaalde bedragen (zonder specifieke tegenprestatie); en wanneer (i) de aansluiting bij zo'n instelling en de betaling van de bedragen bij wet verplicht zijn, (ii) de hoogte van de bijdragen (indirect) bij wet is bepaald en (iii) de bijdragen dwingend worden geïnd krachtens publiekrecht.<sup>7</sup>

Het Hof oordeelt dat in het onderhavige geval evenwel géén sprake is van (indirecte) overheidsfinanciering. De situatie van Ärztekammer wordt gekenmerkt door een aanzienlijke autonomie die de Duitse wet Ärztekammer laat om de aard, de omvang en de uitvoeringswijze van haar taken te bepalen. Deze autonomie geldt ook voor de hoogte van de bijdragen die Ärztekammer aan haar leden kan vragen. De autonomie wordt bovendien versterkt doordat het besluit over de hoogte van de bijdragen door de (algemene vergadering van de) leden zelf wordt genomen.

*Overheidstoezicht*

Evenmin is volgens het Hof sprake van *overheidstoezicht*. Het feit dat de hoogte van de bijdragen door een overheidsinstantie moet worden goedgekeurd, maakt dat niet anders. Dat toezicht beperkt zich namelijk tot het controleren of de begroting van Ärztekammer in evenwicht is. Uit rechtspraak van het Hof volgt bovendien dat toezicht *a posteriori* in beginsel niet als bedoeld overheidstoezicht kwalificeert.<sup>8</sup> De overheid kan door toezicht achteraf de beslissingen van een instelling inzake overheidsopdrachten niet beïnvloeden.

Het Hof concludeert dat Ärztekammer niet kwalificeert als publiekrechtelijke instelling.

## 2. HvJ EU 26 september 2013, C-115/12 (Frankrijk/ Commissie)

*Hogere voorziening. Door aanbestedende diensten voor meer dan 50 % gesubsidieerde opdrachten. Uitleg begrip 'subsidie'.*

De Europese Commissie heeft in 2000 ingestemd met het verlenen van steun uit het Europees fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO) aan de toeristische sector op het Franse eiland Martinique. De steun is door de plaatselijke autoriteiten aangewend voor een project met betrekking tot de renovatie en uitbreiding van een vakantiedorp. Het project werd daarnaast gesubsidieerd door lokale autoriteiten, onder meer in de vorm van een belastingvrijstelling.

Het project is in 2007 onder de loep genomen door de Europese Rekenkamer. Daarbij werd vastgesteld dat de - destijds vigerende - richtlijn werken (93/37/EEG)<sup>9</sup> ten onrechte niet was nageleefd (kennelijk doordat de realisatie van het project niet was aanbesteed). De Rekenkamer meende dat het project voor meer dan 50 % door aanbestedende diensten werd gefinancierd. Artikel 2 richtlijn 93/37 bepaalde dat aanbestedende diensten de bepalingen van deze richtlijn moeten naleven, of doen naleven, wanneer zij een opdracht voor de uitvoering van werken, die door een andere instantie is geplaatst, rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidiëren.<sup>10</sup> De bepaling geldt onder meer voor bouwwerken voor inrichtingen betreffende recreatie en vrijetijdsbesteding. In reactie besloot de Europese Commissie tot intrekking van de EFRO-bijdrage. Frankrijk kwam daar tegen op bij (uiteindelijk) het Hof.

Ten eerste stelde Frankrijk dat de betrokken belastingvrijstelling geen rechtstreekse subsidie is in de zin van artikel 2 richtlijn 93/37. Volgens Frankrijk moet het begrip *rechtstreekse subsidie* uitsluitend betrekking hebben op positieve prestaties. Het Hof oordeelt dat het begrip autonoom en uniform moet worden uitgelegd. Anders dan Frankrijk betoogde, meent het Hof dat 'subsidie verlenen' simpelweg inhoudt dat een voordeel wordt verschafte. Het begrip rechtstreekse subsidie heeft voorts geen betrekking op personen, maar op werkzaamheden. Daaraan wordt toegevoegd: *'Een enge uitlegging van dit begrip zou overigens tot gevolg hebben dat een aanbestedende dienst artikel 2 van richtlijn 93/37 kan omzeilen en zich aldus kan onttrekken aan de verplichtingen die krachtens deze richtlijn op hem*

5 HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 21.

6 Zaak *Bayerischer Rundfunk* (zie voetnoot 4), r.o. 41-49.

7 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07 (*Oymanns*), r.o. 53-56.

8 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Adolf Truley*), r.o. 70.

9 De voorganger van richtlijn 2004/18/EG.

10 Vgl. art. 8 richtlijn 2004/18/EG, geïmplementeerd in art. 2.8 Aanbestedingswet 2012.

rusten' (r.o. 52). Het Hof bevestigt dat de belastingverlichting specifiek was verleend ten behoeve van de realisatie van het project (en er dus wel degelijk sprake van rechtstreekse subsidie).

Ten tweede meende Frankrijk dat de realisatie van het project niet kon worden aangemerkt als een opdracht betreffende bouwwerken voor inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding (als bedoeld in artikel 2 lid 2 richtlijn 93/37). Volgens Frankrijk is daarvan slechts sprake waar het inrichtingen betreft, die voldoen aan de collectieve behoeften van de gebruikers ervan. Het Hof meent echter dat een dergelijke beperking niet is opgenomen in artikel 2 richtlijn 93/37 en ook niet uit een systematische uitleg kan worden afgeleid. De door Frankrijk gevraagde voorziening wordt derhalve afgewezen.

### 3. HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12 (Mannocchi)

*Beperking beroep op draagkracht derden. Artikelen 47 en 48 richtlijn 2004/18/EG. Certificering ondernemers.*

De Italiaanse provincie Fermo heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de modernisering en uitbreiding van een provinciale weg. In overeenstemming met Italiaans recht werd van de inschrijvers verlangd dat zij hun technische en beroepsbekwaamheid aantoonde met een verklaring van de Società Organismo di Attestazione (de 'Verklaring'). De Verklaring is een certificaat waarmee ondernemers aantonen dat zij voldoen aan een reeks economische, financiële, technische en organisatorische criteria. Van de gecertificeerde ondernemingen worden lijsten bijgehouden.<sup>11</sup> Van belang is voorts dat de Verklaring wordt afgegeven voor verschillende kwalificatiecategorieën, afhankelijk van de aard en waarde van de werken.

Een consortium van Swm Costruzioni en Mannocchi Luigino heeft verzocht om deelname aan de aanbesteding en deed een beroep op twee onderaannemers. Het consortium diende daartoe een Verklaring van elk van deze onderaannemers in, waarop het consortium echter werd uitgesloten. Het Italiaanse recht verbood namelijk om binnen één kwalificatiecategorie een beroep te doen op meer dan één aanemer. Het consortium beklagde zich hierover bij de Italiaanse rechter. Deze stelde vervolgens het

Hof de vraag of artikel 47 lid 2 richtlijn 2004/18/EG zich verzet tegen voornoemde Italiaanse regeling.

Het Hof acht het allereerst nuttig deze vraag aldus op te vatten dat – naast artikel 47 lid 2 (economische en financiële draagkracht) – ook gezien moet worden of artikel 48 lid 3 (technische en beroepsbekwaamheid) zich verzet tegen de nationale bepaling. Het Hof stelt vervolgens vast dat artikel 47 lid 2 en artikel 48 lid 3 ondernemers het recht toekennen om een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de aard van de banden met die entiteit, mits wordt aangetoond dat bij de uitvoering van de opdracht over de derde wordt beschikt. Het Hof merkt op dat voornoemde bepalingen in beginsel gegadigden en inschrijvers niet verbieden om de draagkracht van *meerdere* derden in te roepen. Dat is ook in lijn met eerdere rechtspraak van het Hof.<sup>12</sup> Het Hof neemt dan ook als uitgangspunt dat op de draagkracht van meerdere derden een beroep gedaan mag worden. Die uitleg strookt bovendien met het doel overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging; en vergemakkelijkt de toegang tot overheidsopdrachten voor het MKB.

Wel zet het Hof de deur op een kier voor uitzonderingssituaties: bijzondere werkzaamheden kunnen rechtvaardigen dat één ondernemer - of een beperkt aantal ondernemingen - het minimumniveau van de betrokken draagkracht moet(en) bezitten. Aan die beperking verbindt het Hof een proportionaliteits-toets: die beperking moet verband houden met, en in verhouding zou staan tot, het voorwerp van de opdracht. Daar dit bovendien uitzonderlijke situaties betreft, verzet richtlijn 2004/18/EG zich ertegen dat zo'n beperking in nationaal recht tot algemene regel wordt verheven. Het Hof komt derhalve tot de slotsom dat de bepaling in het Italiaanse recht in strijd is met artikelen 47 lid 2 en 48 lid 3.

### 4. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova)

*Herstel omissies in de inschrijving/aanmelding. Criteria arrest SAG-Úrad. Toepasselijke regels voor IIB-diensten.*

In 2008 organiseerde het Deense ministerie van onderwijs een niet-openbare aanbesteding voor het beheer van zeven beroepskeuzecentra. Het betrokken diensten in de zin van bijlage IIB van richtlijn 2004/18/EG. De procedure kende een eerste fase

11 Art. 52 richtlijn 2004/18/EG. Van de in dit artikel opgenomen mogelijkheid is vooralsnog in Nederland geen gebruik gemaakt. Wel wordt de mogelijkheid open gehouden om dit te regelen bij algemene maatregel van bestuur (art. 4.12 lid 2 Aanbestedingswet 2012).

12 HvJ EG 18 maart 2004, C-314/01 (*Siemens*), r.o. 43; HvJ EG 2 december 1999, C-176/98 (*Holst Italia*), r.o. 26-27. Vgl. ook: HvJ EG 18 december 1997, C-5/97 (*Ballast Nedam II*); HvJ EG 14 april 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*); en voorts: HR 22 juni 2007, NJ 2007/519 (*Staat/Steivin*).

van voorafgaande selectie. Binnen die fase moesten de gegadigden, ter beoordeling van hun economische en technische kwalificaties, hun laatste balans overleggen.

Onder meer de Universiteiten van Zuid-Denemarken en Kopenhagen, alsook de onderneming Manova, hebben om deelname verzocht. Bij de aanmeldingen van de Universiteiten ontbrak echter een balans. Op verzoek van het Ministerie hebben de Universiteiten alsnog een balans verstrekt. Manova heeft zich hierover beklaagd bij een klachtencommissie. In hoger beroep kwam de zaak voor het gerechtshof voor Oost-Denemarken. Het Deense gerechtshof heeft zich vervolgens afgevraagd wat te doen met het ontbreken van ‘historische’ documenten (denk bijvoorbeeld aan een jaarrekening of balans van 2013 of ouder) en wendde zich tot het Hof.

Het Hof constateert allereerst dat op IIB-diensten, ingevolge artikel 21 richtlijn 2004/18/EG, een verlichte regime van toepassing is, te weten uitsluitend artikelen 23 en 35 lid 4. Niettemin zijn die IIB-diensten onderworpen aan de fundamentele Verdragsregels en de algemene beginselen van het Unierecht, wanneer de dienst een *duidelijk grensoverschrijdend belang* vertoont.<sup>13</sup> Het Hof acht aanmerkelijk dat in het onderhavige geval sprake is van zo’n grensoverschrijdend belang, doch merkt op dat dit door de verwijzende rechter moet worden vastgesteld.<sup>14</sup>

Vervolgens komt het Hof tot de analyse of het beginsel van gelijke behandeling zich er tegen verzet dat omissies in een aanmelding of inschrijving worden hersteld. Daarbij herhaalt het Hof haar oordeel uit het arrest *SAG-Úrad* uit 2012<sup>15</sup>:

- het beginsel van gelijke behandeling verzet zich tegen elke vorm van onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. Dat betekent dat een ingediende inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast. Bijgevolg mag de aanbestedende dienst niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties acht;
- niettemin kunnen inschrijvingen gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze *‘klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijk materiële fouten recht te zetten’*;

- waarbij de volgende voorwaarden gelden voor een verzoek om verbetering of aanvulling: Het verzoek dient: (i) te worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen; (ii) in beginsel op vergelijkbare wijze te worden gericht aan alle inschrijvingen die in dezelfde situatie verkeren; (iii) alle punten van de inschrijving te behandelen die nadere toelichting behoeven; (iv) er niet toe te leiden dat een inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient; en (v) ten slotte moet de aanbestedende dienst inschrijvers ‘*gelijk en op loyale wijze*’ behandelen.

Dit alles geldt ook voor de fase van voorafgaande selectie, waar het niet gaat om een inschrijving maar om een verzoek om deelname.

Het Hof constateert vervolgens dat de aanbestedende dienst kan verzoeken om gegevens gericht aan te vullen of te verbeteren, voor zover het gaat om gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de indieningstermijn (zoals de gepubliceerde balans). Echter – en hier volgt een belangrijke toevoeging op het arrest *SAG-Úrad* – herstel is niet toelaatbaar indien de aanbestedingsstukken bepalen dat het ontbrekende stuk op straffe van uitsluiting moest worden verstrekt. Onder verwijzing naar de zaak *Succhi di Frutta*,<sup>16</sup> merkt het Hof op dat de aanbestedende dienst immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht moet nemen. Het Hof concludeert dat het aan de verwijzende rechter is om te beoordelen of aan deze voorwaarden is voldaan.

## 5. HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom)

*Exclusieve rechten. Concessieovereenkomst voor diensten. Artikelen 49 en 56 VwEU. Begrip ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’. Uitzonderingen op de transparantieplichting.*

Vier Belgische publieke intercommunale verenigingen (de ‘Intercommunales’) leverden teledistributiediensten via hun eigen kabelnetwerken. In 1996 hebben de Intercommunales een belang genomen van 1,51 % in Telenet N.V., in ruil voor de inbreng van gebruiksrechten op een deel de kabelnetwerken van de Intercommunales. Hierdoor kreeg Telenet onder meer een langdurig, deels exclusief, recht

13 Vgl. o.a. HvJ EU 17 maart 2011, C-95/10 (*Strong Segurança*), r.o. 35; HvJ EU 18 november 2010, C-226/09 (*Commissie/Ierland*), r.o. 29-31; GvEA 20 mei 2010, T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 80; HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (*An Post*), r.o. 26.

14 Vgl. o.a. zaken *Libor Lavori*, r.o. 24 (zie paragraaf 12 van deze kroniek) en *Belgacom*, r.o. 30 (zie paragraaf 5 van deze kroniek).

15 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG-Úrad*), r.o. 36-44.

16 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*), r.o. 115.

om op de kabelnetwerken telecomdiensten aan te bieden.

Tussen Telenet en de Intercommunales is vervolgens een geschil ontstaan. Telenet maakte er bezwaar tegen dat de Intercommunales digitale televisie aanboden via hun kabelnetwerken. Volgens Telenet behoorde die dienst tot het aan haar verleende - op dit punt exclusieve - recht. Telenet en de Intercommunales kwamen in 2007 tot een akkoord. Telenet zou een exclusief recht verwerven om de netwerken te gebruiken voor het aanbieden van 'triple-play': een combinatie van telefonie, internet en digitale televisie. In ruil hiervoor zou Telenet € 425 miljoen aan de Intercommunales betalen.

Belgacom N.V., een concurrent van Telenet, had aan de Intercommunales meegedeeld ook interesse te hebben in het verwerven van (een deel van de) gebruiksrechten. De Intercommunales zijn daar echter niet op ingegaan. Belgacom maakte daarop de gang naar de nationale gerechtelijke instanties en deed daarbij een beroep op de vrije verkeerbepalingen van artikelen 49 en 56 VwEU (voorheen: artikelen 43 en 49 EG-Verdrag). De Belgische rechter wendde zich vervolgens tot het Hof.

Het Hof merkt allereerst op dat de overeenkomst, waarbij de gebruiksrechten werden verleend, kwalificeert als concessieovereenkomst voor diensten (artikel 1 lid 4 richtlijn 2004/18/EG), voor zover de telecomactiviteiten van de Intercommunales aan Telenet worden overgedragen en Telenet daartoe een exclusief recht wordt verleend. Concessieovereenkomsten voor diensten vallen buiten de toepassing van richtlijn 2004/18/EG. Niettemin moeten, bij het verlenen van zo'n concessie, de fundamentele regels van het VwEU, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht genomen worden, wanneer de concessie een *duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont*.<sup>17</sup> Het transparantiebeginsel brengt bijvoorbeeld mee – zoals volgt uit eerdere rechtspraak van het Hof – dat de concessie niet mag worden verleend zonder voorafgaande oproep tot mededinging.<sup>18</sup>

Het voornoemde *duidelijk grensoverschrijdend belang* kan - volgens eerdere rechtspraak van het Hof - met name voortvloeien uit het economische

belang van de concessie, de plaats van uitvoering of uit de technische kenmerken ervan.<sup>19</sup> Niet vereist is dat een marktdeelnemer daadwerkelijk interesse in de opdracht heeft getoond.<sup>20</sup> Het is aan de nationale rechter om dit te beoordelen aan de hand van alle relevante gegevens.<sup>21</sup> Daarbij merkt het Hof op dat zodra vast staat dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, de transparantieverplichting geldt ten aanzien van elke potentieel geïnteresseerde onderneming. Dus ook ten aanzien van ondernemingen uit dezelfde lidstaat.

Voorts merkt het Hof op dat het Unierecht dezelfde verplichtingen zou opleggen, indien de overeenkomst Telenet er niet toe zou verplichten de telecomdiensten te verrichten en aan Telenet '*dus een vergunning zou worden verleend*' om die diensten te verrichten. Onder verwijzing naar de arresten *Engelmann en Betfair*,<sup>22</sup> stelt het Hof dat, waar het gaat om de fundamentele regels van het VwEU en de daaruit voortvloeiende beginselen, een dergelijke vergunning zich niet onderscheidt van een concessieovereenkomst voor diensten.

Rest nog de vraag of het verlenen van de gebruiksrechten aan Telenet, zonder voorafgaande oproep tot mededinging, wordt gerechtvaardigd door een uitzonderingsgrond. Zo'n uitzondering kan worden aanvaard op een van de objectieve rechtvaardigingsgronden van artikel 52 VwEU of, op grond van rechtspraak van het Hof,<sup>23</sup> door dwingende redenen van algemeen belang. Hiertussen hoeft geen onderscheid te worden gemaakt: dergelijke gronden moeten steeds een dwingende reden van algemeen belang vormen. Het Hof komt vervolgens tot de slotsom dat de economische motieven van Intercommunales om tot het akkoord te komen met Telenet - in lijn met eerdere rechtspraak - geen dwingende reden van algemeen belang vormen.<sup>24</sup>

## 6. HvJ EU 12 december 2013, C-292/12 (Ragn-Sells)

*Exclusieve rechten. Concessieovereenkomst voor diensten. Artikelen 49 en 56 VwEU.*

De Estse gemeente Sillamäe heeft een afvalinzamelingconcessie aanbesteed. In het bestek was opgenomen dat het gemengd *stedelijk afval* naar de afvalverwerkingsinstallatie van Sillamäe vervoerd

17 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 34; HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*), r.o. 25; HvJ EG 17 juli 2008, C-347/06 (*Brescia*), r.o. 58-59; HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (*Coname*), r.o. 16-21; HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), r.o. 60-62.

18 O.a. HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 50.

19 O.a. zaak *Brescia* (zie voetnoot 17), r.o. 62; HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06 (*SECAP*), r.o. 24.

20 O.a. zaak *Coname* (zie voetnoot 17), r.o. 18; zaak *Parking Brixen* (zie voetnoot 18), r.o. 55.

21 Vgl. o.a. zaken *Libor Lavori*, r.o. 24 (zie paragraaf 12 van deze kroniek) en *Manova*, r.o. 27 (zie paragraaf 4 van deze kroniek).

22 HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 51-53; HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), r.o. 46-47.

23 HvJ EU 10 mei 2012, C-357/10 en C-359/10 (*Duomo*), r.o. 39; zaak *Engelmann* (zie voetnoot 22), r.o. 51 en 57.

24 O.a. HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (*Costa & Cifone*), r.o. 59.

moest worden. Deze installatie ligt op 5 km afstand van de gemeente. Voorts bepaalde het bestek dat *bouwafval* moest worden afgevoerd naar een andere installatie, welke op 25 km afstand is gelegen.

Onderneming Ragn-Sells meent dat de bestekbepaling neerkomt op het verlenen van een uitsluitend recht aan de exploitanten van de twee aangewezen installaties. Andere exploitanten worden daardoor uitgesloten. Ragn-Sells zag daarin een inbreuk op de vrije verkeerbepalingen van artikelen 49 en 56 VwEU. Daarop wendde Ragn-Sells zich tot de Estse rechter. Die vroeg zich af de inbreuk op het vrije verkeer wordt gerechtvaardigd door een uitzonderingsgrond in het Unierecht, en wendde zich tot het Hof.

Het Hof wijst op artikel 16 richtlijn 2008/98 (de Afvalstoffenrichtlijn) en verordening 1013/2006. Op grond van de betreffende bepalingen is het de autoriteiten van de lidstaten toegestaan, om ten aanzien van stedelijk afval te regelen dat die afvalstoffen worden verwerkt in de meest nabijgelegen installatie. Voor zover is er dus sprake van een uitzonderingsgrond. Echter ten aanzien van het bouwafval volgt niet uit die Unierechtelijke bepalingen dat de aanwijzing van de installaties is toegestaan.

Tot slot merkt het Hof nog op dat niet is gebleken dat ondernemers uit andere lidstaten interesse hadden getoond in de verwerking van het afval van de gemeente. Om die reden meent het Hof dat sprake is van een interne situatie, waarop artikelen 49 en 56 VwEU niet van toepassing zijn.

## 7. HvJ EU 12 december 2013, C-425/12 (Portgás)

*Verplichting van houder van exclusieve rechten tot naleving richtlijn nutssectoren. Consequenties niet tijdig omzetten richtlijn in nationaal recht.*

De Portugese vennootschap Portgás heeft op 7 juli 2001 zonder aanbestedingsprocedure een opdracht gegund voor de levering van gasmeters. De opdracht is (mede) bekostigd met steun die Portgás ontving uit het Europees fonds voor regionale ontwikkeling. In 2009 heeft het Portugese Ministerie van Landbouw, Zeezaken, Milieu en Ruimtelijke Ordening deze steun echter teruggevorderd van Portgás. Dit op de grond dat Portgás ten tijde van de gunning de bepalingen uit de, destijds toepasselijke, richtlijn nutssectoren (93/38/EEG)<sup>25</sup> niet in acht had genomen.

Portgás heeft hiertegen beroep ingesteld bij het Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto. Aldaar heeft Portgás aangevoerd dat richtlijn 93/38 ten tijde van de gunning nog niet was omgezet in het Portugese recht, zodat de richtlijn jegens Portgás geen (rechtstreekse) werking kon hebben. De termijn voor omzetting was overigens reeds verstreken ten tijde van de gunning. Het Ministerie betoogde dat richtlijn 93/38 niet enkel tot lidstaten is gericht, maar ook tot aanbestedende diensten. Aldus het Ministerie was Portgás, als exclusieve concessiehouder van een openbare dienst, een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 93/38 en dus onderworpen aan de uit die richtlijn voortvloeiende verplichten.

De Portugese rechter twijfelde over de standpunten van partijen en heeft het Hof de prejudiciële vraag voorgelegd (i) of de bepalingen uit richtlijn 93/38 kunnen worden tegengeworpen aan een particuliere onderneming op de enkele grond dat deze exclusief concessiehouder is; en zo ja (ii) of de autoriteiten van de betrokken lidstaat zich op de bepalingen uit richtlijn 93/38 kunnen beroepen.

### 7.1 Kan richtlijn 93/38 verplichtingen opleggen aan particulieren?

Het Hof stelt voorop dat, overeenkomstig vaste rechtspraak,<sup>26</sup> in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particulieren zich op die bepalingen kunnen beroepen *tegenover de staat* (wanneer de staat heeft verzuimd de richtlijn tijdig en volledig om te zetten). Volgens het Hof zijn de litigieuze bepalingen uit richtlijn 93/38 in dit verband onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig.

In de onderhavige zaak speelt echter de vraag of de staat zich *jegens een particuliere onderneming* kan beroepen op richtlijn 93/38. Het Hof vervolgt, wederom met verwijzing naar eerdere rechtspraak,<sup>27</sup> dat richtlijnen op zichzelf geen verplichtingen aan particulieren opleggen. De richtlijnen kunnen dus niet als zodanig tegen een particulier ingeroepen worden. Het feit dat een onderneming exclusief concessiehouder is van een openbare dienst (in de zin van richtlijn 93/38), brengt niet mee dat die richtlijn aan deze onderneming kan worden tegengeworpen. Echter, de bepalingen uit een richtlijn kunnen worden ingeroepen tegen een staat, waartoe ook behoort een orgaan dat (a) onder overheidstoezicht is belast met het verlenen van een dienst van openbaar belang en (b) daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkin-

<sup>25</sup> De voorganger van richtlijn 2004/17/EG.

<sup>26</sup> O.a. HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (*Dominguez*), r.o. 33; HvJ EG 19 januari 1982, 8/81 (*Becker*), r.o. 25.

<sup>27</sup> O.a. zaak *Dominguez* (zie voetnoot 26), r.o. 37; HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92 (*Faccini Dori*), r.o. 20; HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), r.o. 9.

gen tussen particulieren geldende regels.<sup>28</sup> Het Hof beschikt evenwel over onvoldoende gegevens om te beoordelen of, ten aanzien van Portgás, hieraan is voldaan. Het is derhalve aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen.

## 7.2 Kunnen overheden zich beroepen op nakoming van richtlijn 93/38?

Rest nog de vraag of - indien de richtlijn inderdaad verplichtingen aan Portgás zou opleggen - de Portugese overheden zich jegens Portgás op de nakoming van die verplichtingen kunnen beroepen. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend. De dwingende verplichting voor een lidstaat, om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken, gelden voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten. Dat betreft ook de organen (waaronder particuliere ondernemingen) die zijn belast met voornoemd overheidstoezicht en verdergaande bevoegdheden. De autoriteiten van de lidstaten moeten kunnen verzekeren dat degelijke organen richtlijn 93/38 in acht nemen.

## 8. HvJ EU 5 december 2013, C-561/12 (Nordecon)

*Onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging. Toelating tot de onderhandelingen, dwingende bestekseisen.*

De Estse wegdienst organiseerde in 2008 een onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging voor het ontwerp en de aanleg van een autoweg. Het betrof een procedure in de zin van artikel 30 richtlijn 2004/18/EG.

Het bestek stelde specifieke eisen aan de breedte van de middenbermen. Het consortium Nordecon deed een inschrijving waarin werd voldaan aan die bestekseis. In de onderhandelingsfase heeft de wegdienst aan de andere inschrijvers gevraagd om de breedtes van de middenberm aan te passen, op gelijke wijze als in de inschrijving van Nordecon. Alle inschrijvers kregen hierna de gelegenheid om hun inschrijving te wijzigen.

Nordecon kwam hiertegen op bij de nationale rechter. Zij meende dat niet mag worden onderhandeld over onderdelen van de inschrijvingen die niet voldoen aan duidelijke en ondubbelzinnige eisen uit de aanbestedingsstukken. De nationale rechter meende dat weliswaar onderhandeld mag worden over de voorwaarden van de opdracht, doch vroeg zich af

of ook onderhandelingen mogelijk zijn over in het bestek gestelde dwingende eisen. Die vraag werd voorgelegd aan het Hof.

Het Hof overweegt of artikel 30 lid 2 richtlijn 2004/18/EG toestaat te onderhandelen met inschrijvers waarvan de inschrijving niet beantwoordt aan dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht. Daarbij herinnert het Hof eraan dat binnen de onderhandelingsfase de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht genomen moeten worden. De aanbestedende dienst moet daarom altijd zorg voor dragen dat binnen de onderhandelingsfase aan de dwingend voorgeschreven eisen wordt voldaan.<sup>29</sup> Onderhandelingen op gelijke voet is anders niet mogelijk. Dat betekent dat een inschrijver, waarvan de inschrijving niet voldoet aan die dwingende eisen, niet mag worden toegelaten tot de onderhandelingen.

## 9. HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (Datenlotsen)

*Inbesteding/inhouse-uitzondering. Horizontale inhouse-gunning. Toezicht op het beheer. Uitzondering publiek-publieke samenwerking.*

De Technische Universiteit Hamburg (de 'TU'), zijnde een aanbestedende dienst, heeft een opdracht voor de levering van IT-systemen verstrekt aan Hochschul-Informationssystem GmbH ('HIS'). De gunning geschiedde zonder aanbestedingsprocedure volgens richtlijn 2004/18/EG. De inkoop van deze IT-systemen viel onder het beheer van de aan de TU toegekende kredieten, waarvoor de stad Hamburg beschikt over een toezichtsbevoegdheid. Die bevoegdheid houdt ook de mogelijkheid in om genomen aankoopbeslissingen te vernietigen of te wijzigen.

HIS is een privaatrechtelijke vennootschap. De aandelen worden gehouden door overheden, te weten de Bondsrepubliek Duitsland (1/3) en 16 Duitse deelstaten (2/3). De stad Hamburg houdt hiervan een belang van 4,16 %. Volgens haar statuten heeft HIS als doel openbare onderwijsinstellingen te ondersteunen bij hun onderwijstaken. De IT-systemen van HIS worden gebruikt in meer dan 220 openbare en religieuze Duitse onderwijsinstellingen. HIS kent voorts een Raad van Toezicht, waarvan de leden (kort gezegd) worden benoemd door Duitse overheden en onderwijsinstellingen, echter niet door de TU. HIS oefent het merendeel van haar taken uit voor openbare onderwijsinstellingen: slechts 5,14 %

28 O.a. zaak *Dominguez* (zie voetnoot 26), r.o. 39; HvJ EG 19 april 2007, C-356/05 (Farell), r.o. 40; HvJ EG 5 februari 2004, C-157/02 (Riesser), r.o. 24; HvJ EG 14 september 2000, C-343/98 (Collino en Chiappero), r.o. 23; HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89 (Foster), r.o. 20; HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (Marshall), r.o. 49.

29 Vgl. de niet-onderhandelbare 'minimumeisen' in art. 29 lid 1, 4 en 5 richtlijn 2014/24/EU.

van haar omzet houdt verband met activiteiten voor andere entiteiten.

De TU heeft als rechtvaardiging voor de rechtstreekse gunning aangevoerd dat sprake is van een inhouse-relatie. Datenlotsen Informationssysteme GmbH, tevens leverancier van IT-systemen, betwistte dat en stapte naar de Duitse rechter. De Duitse rechter wendde zich tot het Hof met de vraag of wordt sprake is van een 'horizontale inhouse-gunning', waarbij verschillende aanbestedende diensten (Duitse overheden en openbare onderwijsinstellingen) gezamenlijk toezicht uitoefenen op een gecontroleerde entiteit (HIS).

### 9.1 Inhouse-uitzondering

Het Hof merkt op dat de inhouse-uitzondering wordt gerechtvaardigd door de gedachte dat een aanbestedende dienst zijn taken van algemeen belang vervult met zijn eigen middelen. Doet een aanbestedende dienst daarbij een beroep op een andere entiteit, dan gelden volgens vaste rechtspraak enkele voorwaarden voor toepassing van de inhouse-uitzondering. Het betreft kort gezegd (i) *toezicht* op het beheer van de externe entiteit door de aanbestedende dienst *zoals op zijn eigen diensten*; (ii) de entiteit dient het *merendeel van zijn activiteiten* uit te oefenen voor de aanbestedende dienst, en (iii) er is geen sprake van private *deelname* in de entiteit.<sup>30</sup> Het begrip 'toezicht zoals op de eigen diensten' houdt in - zoals al eerder door het Hof geoordeeld - dat de aanbestedende dienst een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van de opdrachtnemende entiteit; alsmede dat het toezicht werkzaam, structureel en functioneel moet zijn.<sup>31</sup> Het Hof herhaalt ook dat dit toezicht door meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk kan worden uitgeoefend (de hiervoor genoemde *horizontale inhouse-gunning*).<sup>32</sup>

Echter, de opdracht van TU aan HIS kan niet worden aangemerkt als zo'n horizontale inhouse-gunning. De TU neemt immers niet deel in het kapitaal van HIS. De TU oefent dus geen (gezamenlijk) toezicht uit op HIS. TU kan zich dus niet beroepen op de inhouse-uitzondering.

Voorts komt nog de vraag op of TU tóch een beroep toekomt op de inhouse-uitzondering, omdat stad

Hamburg op de TU toezicht uitoefent. De gedachte daarbij is dat waar de Stad Hamburg zowel op HIS als op de TU toezicht uitoefent zoals haar eigen diensten, dat rechtvaardigt dat de TU opdrachten aan HIS gunt met een beroep op de inhouse-uitzondering.<sup>33</sup> Het Hof meent echter dat niet gebleken is dat de stad Hamburg op TU toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, reeds omdat het toezicht is beperkt tot inkoopactiviteiten van de TU. Op andere activiteiten van TU, zoals onderwijs en onderzoek, oefent de stad Hamburg geen toezicht uit.

De hierboven genoemde rechtspraak betreffende inhouse-gunningen heeft inmiddels ook zijn weg gevonden in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Zie artikel 12 richtlijn 2014/24/EU, artikel 28 richtlijn 2014/25/EU en artikel 17 richtlijn 2014/23/EU. Zie voorts over het inhouse-leerstuk het hierna onder paragraaf 11 te behandelen arrest *Hospitalar de Setúbal* (C-574/12).

### 9.2 Uitzondering publiek-publieke samenwerking

Tot slot oordeelt Hof dat TU evenmin een beroep toekomt op de - uit rechtspraak voortvloeiende - uitzondering van de 'publiek-publieke samenwerking'.<sup>34</sup> Die uitzondering houdt kort gezegd in dat openbare lichamen een overeenkomst kunnen aangaan, zonder daartoe een aanbestedingsprocedure te organiseren, indien die samenwerking er toe strekt om een gezamenlijke taak van *algemeen belang* uit te voeren. De samenwerking tussen de TU en HIS strekt echter niet tot de uitvoering van zo'n gezamenlijke taak van algemeen belang.

## 10. HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13 (Idrodinamica Spurgo)

*Rechtsbescherming. Aanvang van wettelijke beroepstermijn bij vaststelling van een nieuwe beschikking die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de gunningsbeschikking.*

Acquedotto Pugliese, eigendom van de Zuid-Italiaanse regio Puglia, is verantwoordelijk voor het beheer van het lokale waterleidingnet en riool. Acquedotto heeft een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de rioolwaterzuivering en onderhoud. Bij beschikking van 7 juni 2011 is de opdracht

30 O.a. HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), r.o. 48-49; HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), r.o. 50.

31 O.a. HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*), r.o. 27; HvJ EG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*), r.o. 65; HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*), r.o. 28; HvJ EG 17 juli 2008, C-371/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 26; HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 65. Vgl. art. 12 lid 1 (in fine) richtlijn 2014/24/EU.

32 O.a. zaak *Econord* (zie voetnoot 31), r.o. 28-31; zaak *Sea* (zie voetnoot 31), r.o. 59; zaak *Coditel Brabant* (zie voetnoot 31), r.o. 47 en 50; zaak *Coname*, r.o. 24 (zie voetnoot 17). Vgl. art. 12 lid 3 richtlijn 2014/24/EU.

33 Vgl. art. 12 lid 2 richtlijn 2014/24/EU.

34 O.a. HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (*Piepenbrock*); HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Universita del Salento*); HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06 (*Commissie/Duitsland*). Vgl. art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU.



ge Gund aan het consortium Cooperativa Giovanni XXIII.

Echter, nog voordat een overeenkomst werd gesloten, heeft het consortium me gedeeld dat één van haar leden zich had teruggetrokken. Het consortium verklaarde n iettemin te voldoen aan de gestelde technische en economische minimumeisen. Acquedotto heeft hiermee ingestemd waarna alsnog een overeenkomst is gesloten.

De als derde geëindigde inschrijver, Idrodinamica, startte daarop een procedure bij de Italiaanse rechter. Zij meende dat Acquedotto de wijziging van het consortium niet mocht toestaan. Voorts meende Idrodinamica dat de als tweede geëindigde inschrijver, Tundo, moet worden uitgesloten wegens het overleggen van een valse verklaring inhoudende dat hij nooit strafrechtelijk was veroordeeld. De Italiaanse rechter merkte op dat Idrodinamica, overeenkomstig het Italiaans recht, niet-ontvankelijk is in haar beroep. In het Italiaanse recht is namelijk een vervaltermijn opgenomen van 30 dagen, waarbinnen de gunning moet worden aangevochten. De vervaltermijn gaat in op de dag na de mededeling van de definitieve gunning. Die vervaltermijn was reeds verstreken. Echter, uit het arrest *Uniplex* volgt ook dat nationale vervaltermijnen de uitoefening van rechten ontleend aan het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.<sup>35</sup> De Italiaanse rechter wendde zich vervolgens tot het Hof.

Het Hof stelt voorop dat de rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG er ruimschoots aan bijdraagt dat inschrijvers in kennis worden gesteld van de uitslag van de procedure en de redenen die daaraan ten grondslag liggen. Het rechtszekerheidsbeginsel vergt dat informatie verkregen na het verstrijken van de termijnen, niet meer als grondslag kan dienen voor een beroep. In het onderhavige geval werd de wijziging van het consortium echter pas na de vervaltermijn bekend. Het Hof meent dat een doeltreffend beroep dan slechts gewaarborgd is, als de termijn voor het instellen daarvan pas aanvangt vanaf de datum waarop de klager kennis had, of had moeten hebben, van de schending.<sup>36</sup> In dit verband merkt het Hof op dat de acceptatie van de wijziging van het consortium, een wezenlijke wijziging kan inhouden.<sup>37</sup> Mogelijk was daardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist.

Het Hof meent dat dientengevolge de in het nationale recht neergelegde vervaltermijn opnieuw moet aanvangen. Die nieuwe termijn vangt aan op de datum waarop Idrodinamica de mededeling over

het goedkeuren heeft ontvangen of daarvan kennis kreeg.

De beroepstermijn hoeft echter niet opnieuw aan te vangen voor de klacht van Idrodinamica dat Tundo moet worden uitgesloten. De valse verklaring betreft een onrechtmatigheid die plaatsvond vóór de beschikking houdende de gunning. Op basis van de verkregen informatie, en de informatie die Idrodinamica met inachtneming van 'normale zorgvuldigheid' had kunnen verkrijgen, was beroep mogelijk vóór het verstrijken van de termijn.

Tot slot merkt het Hof nog op dat een inschrijver kan worden ontvangen in een beroep tot schadevergoeding binnen de algemene verjaringstermijn die in het nationale recht is neergelegd (kennelijk ongeacht of het sluiten van de overeenkomst nog aangetast kan worden).

## 11. HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (Hospitalar de Setúbal)

*Investing/inhouse-uitzondering. Private deelneming.*

Het Portugese ziekenhuis Centro Hospitalar de Setúbal, een aanbestedende dienst, heeft zonder toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen een opdracht tot levering van maaltijden ge Gund aan de Serviço de Utlizacao Comum dos Hospitais ('SUCH').

Volgens haar statuten is SUCH een vereniging zonder winstoogmerk die als doel heeft openbare diensten te verlenen en te voorzien in de behoeften van haar leden. De statuten bepalen voorts dat entiteiten uit de publieke sector lid kunnen worden van SUCH, alsook sociale instellingen zonder winstoogmerk. Van de 88 leden van SUCH zijn er 23 particuliere, sociale instellingen zonder winstoogmerk. De meeste van die 23 instellingen zijn liefdadigheidsinstellingen.

Het ziekenhuis en SUCH meenden dat tussen hen een inhouse-verhouding bestond, reden waarom gunning mocht plaatsvinden zonder toepassing van een Europese aanbestedingsprocedure. Eureka, een concurrerende dienstverlener, stapte daarop naar de Portugese rechter. Die heeft zich afgevraagd of is voldaan aan de criteria voor een beroep op de inhouse-uitzondering en legde daartoe prejudiciële vragen voor aan het Hof.

De voorwaarden voor een beroep op de inhouse-uitzondering werden in paragraaf 9 van deze kro-

35 HvJ EU 28 januari 201, C-406/08 (*Uniplex*).

36 Zaak *Uniplex* (zie voetnoot 35)), r.o. 32; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 78.

37 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 38-43.

niek besproken bij de behandeling van het arrest *Datenloisen* (C-15/13).

Het Hof stelt voorop dat het feit dat SUCH een privaatrechtelijke vereniging is, en geen winst nastreeft, niet relevant is voor de voorwaarden voor een beroep op de inhouse-uitzondering. Waar het om gaat is de gedachte dat overheden worden gepocht hun eigen middelen te hebben ingezet, om hun taken van algemeen belang uit te voeren. In de zaak *Stadt Halle* oordeelde het Hof dat een beroep op de inhouse-uitzondering (daarom) is uitgesloten, indien de opdrachtnemende entiteit een vennootschap is waarvan private partijen - ook al is dat maar voor een klein gedeelte - deelnemen in het kapitaal.<sup>38</sup> De vraag is wat rechtens is, waar SUCH een vereniging is en geen (kapitaal)vennootschap, en dus geen maatschappelijk kapitaal kent.

Het Hof vervolgt dat het oordeel in de zaak *Stadt Halle* was gebaseerd op het feit dat de private aandeelhouders (van de vennootschap aan wie werd gegund) zich lieten leiden door hun eigen, particuliere belangen. Die belangen verschilden van de door de aanbestedende dienst (die de opdracht gunde) nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Om die reden werd een beroep op de inhouse-uitzondering niet aanvaard. Hetzelfde moet worden aangenomen voor de particuliere leden van SUCH. Weliswaar kunnen de doelen die deze particuliere sociale instellingen nastreven waardevol zijn, maar die doelen zijn van andere aard dan de door publieke leden van SUCH nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Bovendien acht het Hof niet uitgesloten dat de particuliere leden van de SUCH economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging. Rechtstreekse gunning aan SUCH zou de particuliere leden dan ook een concurrentievoordeel kunnen verschaffen. Het Hof acht derhalve niet voldaan aan de voorwaarden voor een beroep op de inhouse-uitzondering.

## 12. HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12 (Libor Lavori)

*Proportionaliteitsbeginsel bij opdrachten beneden de drempel. Uitsluitingsgronden voldoen sociale bijdragen.*

De stad Milaan kondigde op 6 juni 2011 een aanbesteding aan voor bijzonder gebouwonderhoud. Het Italiaanse recht stelt als eis dat de inschrijvers moesten verklaren dat zij (kort gezegd) geen ernstige schendingen op het gebied van sociale zekerheidsbijdragen hadden begaan. Hierbij geldt dat een schending als 'ernstig' kwalificeert indien een

betalingsachterstand van sociale bijdragen hoger is dan € 100 en 5 % van het, voor een bijdragetijdvlak, verschuldigd bedrag. Bouwbedrijf Libor Lavori schreef in, doch liet na te verklaren dat zij een betalingsachterstand had van € 278. Daarop werd de Libor Lavori uitgesloten.

Libor Lavori kwam in beroep bij de Italiaanse rechter. De Italiaanse rechter merkte op dat richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing is omdat de opdracht een waarde heeft beneden de drempels van artikel 7. De rechter meende echter dat de opdracht een grensoverschrijdend belang heeft, zodat de fundamentele regels van het VwEU gelden. In dat licht vroeg de Italiaanse rechter zich af of het, uit het VwEU voortvloeiende, proportionaliteitsbeginsel zich verdraagt met de regeling in het Italiaanse recht. De Italiaanse rechter wendde zich met die vraag tot het Hof.

Het Hof merkt op dat het in het belang van de Unie is dat overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging worden opengesteld.<sup>39</sup> De Italiaanse wettelijke regeling kan daaraan in de weg staan. De regeling is niettemin gerechtvaardigd indien deze een legitiem doel van algemeen belang nastreeft en proportioneel is.<sup>40</sup> Het Hof acht dit legitieme doel aanwezig. Het feit dat de regeling voorziet in een duidelijke grens (voornoemde € 100 en 5 %), garandeert bovendien de gelijke behandeling en de rechtszekerheid. Voorts herinnert het Hof er aan dat artikel 45 lid 2 sub e en f van richtlijn 2004/18/EG aan de lidstaten de mogelijkheid biedt om elke inschrijver uit te sluiten in geval van het niet afdragen van sociale bijdragen en belastingen. De Italiaanse regeling is in zoverre dus een relatief soepelere regeling. In dat licht acht het Hof de regeling niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

## 13. HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (Impresa Pizzarotti)

*Werkings sfeer richtlijnen ratiōne temporis. Huurovereenkomst nog te bouwen onroerende zaak aanbestedingsplichtig? Definitie overheidsopdracht voor werken. Gemengde opdracht, hoofdvoorwerp*

In deze zaak speelt de vraag of een huurovereenkomst voor een nog te bouwen onroerende zaak kwalificeert als (aangebestedingsplichtige) overheidsopdracht voor werken. In 2003 organiseerde de Italiaanse gemeente Bari een marktonderzoek voor de ontwikkeling van een nieuw gerechtsgebouw waarin alle te Bari zittende rechters ondergebracht konden worden. Onder meer de Italiaanse onder-

38 Zaak *Stadt Halle* (zie voetnoot 30), r.o. 49-51.

39 Met verwijzing naar HvJ EU 23 december 2009, C-305/08 (*CoNISMa*), r.o. 37.

40 Met verwijzing naar HvJ EU 23 december 2009, C-376/08 (*Serrantoni*), r.o. 44.

neming Pizzarotti diende een voorstel in. Pizzarotti heeft dat voorstel aangepast naar aanleiding van de mededeling van de gemeente, dat er geen overheidsfinanciering beschikbaar was voor de bouw van het gerechtsgebouw. Het aangepaste voorstel hield in dat het gerechtsgebouw, na de realisatie, voor langere periode aan de gemeente Bari zou worden verhuurd.

Vervolgens deed zich een uitermate langdurig traject voor waarbinnen kort gezegd de gemeente nalatig bleef om een besluit te nemen over het doorzetten van het project. Pizzarotti maakt daarop diverse gerechtelijke procedures aanhangig in een poging de aanvang van het project af te dwingen. Binnen een van deze procedures kwam uiteindelijk in 2010 de vraag op of de overeenkomst tot huur van het te bouwen gerechtsgebouw een overheidsopdracht voor werken inhoudt (hetgeen zich vermoedelijk zou verzetten tegen rechtstreekse gunning aan Pizzarotti); dan wel een (niet-aanbestedingsplichtige) huurovereenkomst. Deze vraag werd vervolgens voorgelegd aan het Hof.

Voorts werd een tweede prejudiciële vraag voorgelegd die van meer procesrechtelijke aard is. Aangezien die vraag vanuit aanbestedingsrechtelijk aspect minder relevant is, blijft deze hierna buiten beschouwing.

Het Hof beantwoordt deze vraag naar de destijds vigerende richtlijnen werken (93/37/EEG) en diensten (92/50/EEG).<sup>41</sup> De toepasselijke richtlijn is immers, in lijn met eerdere rechtspraak,<sup>42</sup> de richtlijn die van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welke procedure hij zal volgen. Dat de verwijzende rechter die oudere richtlijnen niet ten grondslag had gelegd aan haar prejudiciële vragen, doet overigens niet af aan de ontvankelijkheid.

Vervolgens komt het Hof tot de inhoudelijke beoordeling. Het Hof verwijst daarbij veelvuldig naar

de zaak bekend als *Köln Messe*.<sup>43</sup> In die zaak lag eveneens de vraag voor of de huur van een toekomstig gebouw een overheidsopdracht voor werken inhoudt.

Het Hof stelt voorop dat de voorliggende vraag moet worden beantwoord naar de toepasselijke regels van Unierecht. Niet relevant is dat de Italiaanse autoriteiten, dan wel het Italiaanse recht, de overeenkomst als huurovereenkomst kwalificeren.<sup>44</sup> In geval van een *gemengde opdracht* - een overeenkomst met bestanddelen die betrekking hebben op een overheidsopdracht voor werken en met bestanddelen die betrekking hebben op een ander soort topdracht - is het *hoofdvoorwerp* bepalend.<sup>45</sup> Aangezien nog niet met de realisatie van het gerechtsgebouw was begonnen, meent het Hof dat het hoofdvoorwerp in die realisatie is gelegen.

Voorts oordeelt het Hof dat de kwalificatie van overheidsopdracht voor werken vereist dat het beoogde bouwwerk voldoet aan nauwkeurig *door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen*.<sup>46</sup> De gemeente had inderdaad uitgebreide eisen aan het gerechtsgebouw gesteld. Bij de voor de kwalificatie van overheidsopdracht voor werken vereiste *bezwarende titel*, oordeelt het Hof dat de huurpenningen moeten worden beschouwd als tegenprestatie voor de bouw. Dat het totaal van die huurpenningen lager is dan de bouwkosten doet daar niet aan af. Hier lijkt echter ook relevant dat Pizzarotti, na afloop van de huurperiode, een aanvullende overeenkomst kon sluiten op grond waarvan vergoeding van de bouwkosten alsnog werd gegarandeerd.

Het Hof komt tot de slotsom dat de litigieuze overeenkomst een overheidsopdracht voor werken inhoudt. Tot slot merkt het Hof op dat de overeenkomst niet valt onder de uitzondering van artikel 1 sub a-iii richtlijn 92/50.<sup>47</sup> Deze uitzondering ziet uitsluitend op (bepaalde) overheidsopdrachten voor *diensten*.

41 De voorgangers van richtlijn 2004/18/EG. Voor de uitkomst van de onderhavige zaak maakt dit vermoedelijk geen verschil.

42 HvJ EU 11 juli 2013, C-576/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 52; HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 41-42.

43 HvJ EG 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*), ook bekend onder de naam *Köln Messe*.

44 Vgl. zaak *Köln Messe* (zie voetnoot 43), r.o. 57; HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 40; HvJ EG 20 oktober 2005, C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 36.

45 Vgl. o.a. HvJ EU 26 mei 2011, C-306/08 (*Commissie/Spanje*), r.o. 90; HvJ EU 6 mei 2010, C-145/08 en C-149/08 (*Loutraki*), r.o. 47-48; zaak *Köln Messe* (zie voetnoot 43), r.o. 57; HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07 (*Oymanns*), r.o. 62; HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 47; zaak *Auroux/Roanne* (zie voetnoot 44), r.o. 37.

46 Met verwijzing naar HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), r.o. 67; en zaak *Köln Messe* (zie voetnoot 43), r.o. 55.

47 Vgl. art. 16 richtlijn 2004/18/EG; artikel 2.24 sub b Aanbestedingswet 2012.