

TBR 2010/126

Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (Deel 1)

Mr. J.G.J. Janssen en mr. D.C. Orobio de Castro¹

1. Inleiding

Deze kroniek², die wordt gepubliceerd in twee afleveringen van het Tijdschrift voor Bouwrecht, vat een aantal belangrijke uitspraken samen die door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de periode van april 2008 tot en met december 2009.³ De periode van april 2008 tot en met mei 2009 verschijnt in het voorliggende nummer van het Tijdschrift voor Bouwrecht. De periode van juni 2009 tot en met december 2009 verschijnt in de volgende aflevering van dit tijdschrift.

2. Samenvattingen

2.1 HvJ EG 3 april 2008, C-444/06: Commissie / Spanje

Inbreukprocedure. Alcateltermijn. Onjuiste implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn

In deze zaak is de implementatie van artikel 2 lid 1 sub a en b van Richtlijn 89/665/EEG⁴ (de 'rechtsbeschermingsrichtlijn') aan de orde.

De Commissie stelde zich in deze inbreukprocedure op het standpunt dat de Spaanse wet inzake overheidsopdrachten inbreuk maakt op de rechtsbeschermingsrichtlijn. Volgens de Commissie was er sprake van een combinatie van bepalingen in deze wet, die afgewezen inschrijvers op een aanbesteding belette om doeltreffend beroep in te stellen tegen een gunningsbeslissing vóór sluiting van de overeenkomst.

De Spaanse wetgeving werkt zo, dat de gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst ipso facto

leidt tot sluiting van de overeenkomst met de winnende inschrijver. De overeenkomst wordt dus geacht te bestaan vanaf het moment van vaststelling van de gunningsbeslissing. Deze beslissing moet bekendgemaakt worden aan alle inschrijvers om de overeenkomst effect te kunnen laten sorteren. Het daadwerkelijk opmaken van de overeenkomst is slechts een simpele bestuurlijke formaliteit. In Spanje staat tegen de gunningsbeslissing (een bestuurlijke beslissing) administratief beroep open binnen tien dagen nadat de vaststelling ervan bekend is gemaakt aan alle inschrijvers, zoals dit tegen elke bestuurlijke beslissing openstaat.

Het Hof beoordeelt de rechtmatigheid van deze Spaanse wetgeving. Uit de rechtsbeschermingsrichtlijn volgt, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het besluit van een aanbestedende dienst dat *voorafgaat* aan het sluiten van de overeenkomst (de voorgenomen gunningsbeslissing), in elk geval beroep kan worden ingesteld. In dit beroep moet de verzoeker nietigverklaring van het besluit kunnen vorderen, onverminderd de mogelijkheid om *na* het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen (het Hof verwijst naar het arrest *Alcatel Austria* e.a.).⁵ Bovendien veronderstelt de rechtsbeschermingsrichtlijn de verplichting om de inschrijvers tijdig in kennis te stellen van de voorgenomen gunningsbeslissing opdat zij over een reële beroepsmogelijkheid beschikken. Er moet dus een redelijke termijn liggen tussen het moment waarop de gunningsbeslissing aan de inschrijvers wordt meegeedeeld en de sluiting van de overeenkomst, zodat zij de geldigheid van de gunningsbeslissing kunnen onderzoeken en aanvechten.

1 Joop Janssen en David Orobio de Castro zijn advocaat bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Dit artikel kwam tot stand dankzij mr. Babette Blaisse-Verkooyen, mr. Josje van der Kemp, mr. Peter Paul van Roermund en mr. Louis Hennekens, advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

2 De vorige kroniek verscheen in *TBR* 2008/121, p. 624 e.v.

3 Voor de goede orde: uitspraken van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen worden in deze kroniek niet besproken.

4 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (*PB L* 395, p. 33) zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 (*PB L* 209, p. 1).

5 HvJ EG 28 oktober 1999, Zaak C-81/98 (*Alcatel Austria*).

De Spaanse wetgeving voldoet volgens het Hof niet aan de eisen van de rechtsbeschermingsrichtlijn. Het Hof overweegt daartoe als volgt:

- (1) de Spaanse regeling kent geen *voorlopige* gunningsbeslissing waartegen de verliezende inschrijvers binnen een redelijke termijn beroep in kunnen stellen;
- (2) het opmaken van de overeenkomst kan onder de Spaanse regeling gelijktijdig met de gunning van de opdracht (of kort daarna) plaatsvinden. Dit betekent dat er in sommige gevallen geen dienstig beroep tegen de gunningsbeslissing kan worden ingesteld vóór de uitvoering van de overeenkomst, terwijl de rechtsbeschermingsrichtlijn tot doel heeft te waarborgen dat tegen onwettige besluiten van de aanbestedende dienst doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld (het Hof verwijst naar het arrest *Universale-Bau*).⁶ Het Hof lijkt met name waarde toe te kennen aan het feit dat volgens de Spaanse regeling uitvoering van de overeenkomst kan aanvangen noch voordat alle kennisgevingen ter zake van de gunning zijn geschied; en
- (3) de mogelijkheid om tegen de overeenkomst beroep tot nietigverklaring in te stellen weegt niet op tegen het feit dat het onmogelijk is om tegen de voorgenomen gunningsbeslissing op te komen.

Interessant is nog de overweging die het Hof wijdt aan de Spaanse bepaling dat de gevolgen van een (wegens strijd met het aanbestedingsrecht) nietige overeenkomst in stand kunnen worden gelaten totdat maatregelen ter voorkoming van ernstige verstoring van de openbare dienst zijn getroffen. De Commissie had betoogd dat een dergelijk regeling in strijd met de rechtsbeschermingsrichtlijn zou opleveren, maar het Hof volgt de Commissie daarin niet.

2.2 HvJ EG 8 april 2008, C-337/05: Commissie / Italië

'In-house' - betrekking. Legitieme vereisten van algemeen belang. Onderhandelingsprocedure

In deze inbreukprocedure werd Italië verweten opdrachten voor de aankoop van helikopters ten behoeve van verschillende militaire en civiele korpsen van de Italiaanse Staat rechtstreeks te plaatsen. Zulks ging zonder enige oproep tot mededinging en met name zonder inachtneming van de procedures

van aanbestedingsrichtlijnen 93/36/EEG en daarvóór Richtlijn 77/62/EEG.⁷

De Italiaanse Republiek verweerde zich - tevergeefs - met behulp van de volgende argumenten: (1) de betrekkingen van de Italiaanse Staat met Augusta SpA (de fabrikant c.q. leverancier van de helikopters) konden tot en met het eind van de jaren negentig worden aangemerkt als 'in-house'-betrekkingen in de zin van het arrest *Teckal*⁸, (2) de leveringen ten behoeve van de militaire korpsen van de Italiaanse Staat vielen onder artikel 296 EG-verdrag en artikel 2 lid 1 sub b van richtlijn 93/36/EEG, zodat er vanwege de aanwezigheid van legitieme vereisten van nationaal belang geen verplichting bestond om een Europese aanbestedingsprocedure te houden, en (3) er mocht gebruik worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen ex artikel 6 lid 3 sub c en e van richtlijn 93/36/EEG vanwege de bijzondere technische kenmerken van de helikopters en het aanvullende karakter van de betrokken leveringen.

Het Hof wees alle argumenten van de Italiaanse Staat af en veroordeelde de Italiaanse Staat in de kosten van de procedure.

Ad (1)

Het Hof toetste de relatie tussen de Italiaanse Staat en Augusta aan de in *Teckal*⁹ ontwikkelde vereisten voor het bestaan van een 'in-house'-betrekking, die maakt dat een oproep tot inschrijving overeenkomstig de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is. Deze vereisten luiden als volgt: (a) het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, dient op het betrokken onderscheiden lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en (b) dit lichaam dient het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten voor de overheidsinstantie of overheidsinstanties waarvan dit lichaam in handen is.

Wat Augusta betreft was niet voldaan aan het eerste vereiste, aangezien Augusta een vennootschap is waarin deels kan worden deelgenomen door particulier kapitaal. In het arrest *Stadt Halle*¹⁰ had het Hof dienaangaande bepaald dat de deelneming van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, ook al is het slechts voor minder dan de helft, hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap hetzelfde

⁶ HvJ EG 12 december 2002, Zaak C-470/99 (*Universale Bau*).

⁷ Richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd en aangevuld bij de richtlijnen 80/767/EEG van de Raad van 22 juli 1980 en 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988.

⁸ Zie HvJ EG 18 november 1999, Zaak C-107/98 (*Teckal*).

⁹ Zie *Teckal* t.a.p.

¹⁰ Zie HvJ EG 11 januari 2005, Zaak C-26/03 (*Stadt Halle*).

toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten. Aangezien aan het eerste vereiste niet was voldaan, behoeft het tweede vereiste niet te worden onderzocht.

Ad (2)

Het Hof wees erop dat voor de toepasselijkheid van artikel 296 EG-verdrag vast moet staan dat de betrokken producten bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden. Aangezien niet zeker is dat de betrokken helikopters, die in ieder geval een civiele bestemming hebben, tevens een militair doel zullen dienen kon een beroep op artikel 296 EG-verdrag niet slagen. Het beroep op artikel 2 lid 1 sub b van richtlijn 93/36/EEG kon volgens het Hof evenmin slagen, omdat de Italiaanse Republiek niet heeft aangegeven waarom het vertrouwelijke karakter van de gegevens die zijn meegedeeld voor de productie van de door Augusta vervaardigde helikopters, haars inziens minder goed zouden zijn gewaarborgd indien deze productie zou worden toevertrouwd aan andere ondernemingen. De noodzaak om te voorzien in een verplichting tot vertrouwelijke behandeling belette volgens het Hof geenszins gebruikmaking van een procedure tot mededinging voor de plaatsing van een opdracht. Meer in het algemeen wees het Hof erop dat uitzonderingen in het Verdrag betreffende de openbare veiligheid nauwkeurig omschreven zijn en dat het Verdrag geenszins beoogt alle gevallen waarin maatregelen zijn genomen in verband met de openbare veiligheid buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht te brengen. Dat een uitzondering zich voordoet, moet worden bewezen door de lidstaat die zich erop beroept.

Ad (3)

Het Hof wees erop dat uit met name de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 93/36/EEG volgt dat de procedure van gunning via onderhandelingen het karakter van een uitzondering heeft en slechts kan worden toegepast in limitatief opgesomde gevallen. Volgens de rechtspraak van het Hof moeten afwijkingen van de regels die de doeltreffendheid van de door het EG-verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten toegekende rechten beogen te verzekeren, strikt worden uitgelegd. Daarbij geldt dat degene die zich op een afwijking wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen daadwerkelijk bestaan. In casu had de Italiaanse

Republiek niet genoegzaam aangetoond waarom enkel de door Augusta vervaardigde helikopters de vereiste bijzondere technische kenmerken zouden hebben. Evenmin was aangetoond dat verandering van leverancier tot onevenredige technische moeilijkheden bij het gebruik of het onderhoud zou leiden. Ook dit laatste argument werd door het Hof derhalve afgewezen.

2.3 HvJ EG 10 april 2008, C-393/06: Fernwärme Wien

Werkings sfeer richtlijn 2004/17/EEG en 2004/18/EEG. Publiekrechtelijke instelling

In deze zaak ligt in de eerste plaats de vraag voor of een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/17/EG¹¹, die activiteiten verricht in een van de in de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn bedoelde sectoren, een in die richtlijn voorziene aanbestedingsprocedure moet toepassen voor het plaatsen van opdrachten die verband houden met - kort gezegd - de commerciële activiteiten die een aanbestedende dienst ontplooit. Het Hof oordeelt in lijn met het arrest *Strabag en Kostmann*¹² dat de werkingssfeer van richtlijn 2004/17/EG restrictief moet worden uitgelegd en dat de daarin voorziene procedures niet tot buiten deze werkingssfeer behoren te worden toegepast. Dit betekent dat alléén voor de opdrachten die een aanbestedende dienst plaatst in verband met de uitoefening van activiteiten in de sectoren genoemd in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17/EG, de in die richtlijn voorziene procedures moeten worden toegepast.

Vervolgens bevestigt het Hof de bestaande jurisprudentie aangaande het begrip 'publiekrechtelijke instelling'.¹³ Meer in het bijzonder bevestigt het Hof dat voor de vraag of een instelling is opgericht met het doel om te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, irrelevant is of in dergelijke behoeften ook door particuliere ondernemingen kan worden voorzien. Wel is van belang of het gaat om behoeften waarin de Staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang zelf wil voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed wil houden.¹⁴ Verder bevestigt het Hof dat voor het onderzoek of sprake is van een entiteit die voorziet in andere behoeften dan die van industri-

11 Richtlijn 2004/17/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren energievoorziening, vervoer en postdiensten.

12 HvJ EG 16 juni 2005, Zaken C-462/03 en C-463/03 (*Strabag*), r.o. 37.

13 HvJ EG 15 januari 1998, Zaak C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria A.G. e.a.*) en HvJ EG 1 februari 2001, Zaak C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*).

14 HvJ EG 10 november 1998, Zaak C-360/96 (*BFI Holding*), HvJ EG 10 mei 2001, Zaken C-223/99 en C-260/99 (*Agarà en Excelsior*).

ële of commerciële aard, rekening gehouden moet worden met alle relevante gegevens, zowel rechtens als feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is.¹⁵ Het bestaan van concurrentie kan een aanwijzing zijn dat het niet gaat om een behoefte van algemeen belang van andere dan van industriële of commerciële aard.¹⁶ Daaraan wordt toegevoegd dat in dit verband irrelevant is dat de betrokken entiteit naast haar taak van algemeen belang tevens andere activiteiten met een winstoogmerk verricht, zolang zij zich blijft kwijten van de taken ten behoeve van het algemeen belang die haar specifiek zijn opgedragen. Het aandeel van de met een winstoogmerk uitgeoefende activiteiten is voor de kwalificatie als publiekrechtelijke instelling evenmin relevant.¹⁷

Interessant is dat het Hof een uitstapje maakt naar het begrip 'relevante markt'. De reikwijdte van dit begrip moet worden vastgesteld om na te gaan of de betrokken entiteit haar activiteiten al dan niet uitoefent in een concurrentiesituatie. Volgens het Hof betreft het in dit geval de markt 'van de levering van stadsverwarming door gebruik van energie uit afvalverbranding'. Het Hof stelt vast dat Fernwärme Wien - de entiteit waar het in deze zaak om ging - in de desbetreffende markt vrijwel een monopoliepositie inneemt en dat concurrentie, gezien de aard van de betrokken activiteiten, bijna onmogelijk is. Fernwärme Wien is dan ook de enige onderneming die in de desbetreffende markt in de betrokken behoefte van algemeen belang kan voorzien, zodat er een risico is dat zij zich bij het plaatsen van haar opdrachten laat leiden door andere dan economische overwegingen. In dat laatste ziet het Hof vervolgens weer een aanwijzing dat sprake is van een aanbestedende dienst.

Tot slot bevestigt het Hof de bestaande jurisprudentie waaruit volgt dat alle door een instelling met de hoedanigheid van aanbestedende dienst geplaatste opdrachten, van welke aard ook, onder de regels van (één van) de aanbestedingsrichtlijnen vallen.¹⁸ Anders gezegd: opdrachten die niet binnen de werkingsfeer van richtlijn 2004/17/EG (Nutssector) vallen, moeten worden aanbesteed conform het bepaalde in richtlijn 2004/18/EG (de Algemene Richtlijn). Het Hof voegt hieraan toe dat deze conclusie tevens geldt voor entiteiten die in hun boekhouding een duidelijke interne scheiding nastreven tussen de activiteiten in het algemene belang en commerciële activiteiten. Het Hof meent dat ernstig moet worden

getwijfeld of het in werkelijkheid mogelijk is om binnen één rechtspersoon de verschillende activiteiten helder te onderscheiden. Om redenen van rechtszekerheid, doorzichtigheid en voorspelbaarheid oordeelt het Hof dan ook dat ook opdrachten die betrekken hebben op de commerciële activiteiten van een dergelijke entiteit in overeenstemming met het bepaalde in richtlijn 2004/18/EG moeten worden aanbesteed.

2.4 HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06 en C148/06: SECAP SpA (C-147/06) en Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) / Comune di Torino

Abnormaal lage inschrijvingen. Aanbestedingsprocedures onder de drempel. Grensoverschrijdend belang

In deze zaak is een regel uit de Italiaanse wet aan de orde die voorschrijft dat abnormaal lage inschrijvingen automatisch zouden moeten worden uitgesloten in aanbestedingsprocedures onder de drempel. De desbetreffende wet geeft een mathematisch criterium om te bepalen of een inschrijving als abnormaal laag moet worden beschouwd.

Zowel SECAP als Santorso hadden ingeschreven op aanbestedingsprocedures van de gemeente Turijn. Het ging om opdrachten voor werken die onder de drempel vielen. In beide procedures waren, volgens SECAP en Santorso, 'abnormaal lage inschrijvingen' gedaan door concurrerende inschrijvers. SECAP en Santorso zouden de opdrachten gegund hebben gekregen als deze niet door de gemeente zouden zijn gegund aan inschrijvers die volgens SECAP en Santorso een abnormaal lage inschrijving hadden gedaan.

SECAP en Santorso startten een gerechtelijke procedure waarin zij zich op het standpunt stelden dat de gemeente de abnormaal lage inschrijvingen ingevolge de Italiaanse wet had moeten uitsluiten. Zij beriepen zich daarbij op een wettelijke regeling volgens welke abnormaal lage inschrijvingen automatisch ter zijde gelegd zouden moeten worden. De gemeente verweerde zich met het standpunt dat zij hiertoe niet verplicht was omdat zij de Italiaanse regel in kwestie ruim vóór aanvang van de aanbestedingsprocedures buiten toepassing had verklaard. In plaats daarvan had de gemeente gekozen voor een verificatieprocedure zoals bedoeld in artikel 30 lid 4 van richtlijn 93/37/EEG (het huidige artikel 55

15 *BFI Holding* t.a.p., HvJ EG 22 mei 2003, Zaak C-18/01 (*Korhonen e.a.*) en HvJ EG 27 februari 2003, Zaak C-373/00 (*Adolf Truley*).

16 Zie *BFI Holding* t.a.p. en *Agorà en Excelsior* t.a.p.

17 *Mannesmann Anlagenbau Aurtria A.G.* t.a.p., *Adolf Truley* t.a.p. en *Korhonen e.a.* t.a.p.

18 Zie *Mannesmann Anlagenbau Aurtria A.G.* e.a. t.a.p., *Adolf Truley* t.a.p., *Korhonen e.a.* t.a.p. en HvJ EG 13 december 2007, Zaak C-337/06 (*Bayerischer Rundfunk e.a.*).

van richtlijn 2004/18/EG). Na verificatie besloot de gemeente Turijn dat de laagste inschrijving regulier was en dat zij daarom aan deze partij kon gunnen.

Aan het Hof werd de prejudiciële vraag voorgelegd of - kort gezegd - de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht zich bij opdrachten onder de drempel verzetten tegen een wettelijk voorschrift dat abnormaal lage inschrijvingen automatisch moeten worden uitgesloten bij de plaatsing van overheidsopdrachten met een waarde beneden de drempel.

Het Hof oordeelt opnieuw dat aanbestedende diensten verplicht zijn de fundamentele regels en de algemene beginselen van het EG-verdrag na te leven bij de plaatsing van overheidsopdrachten met een waarde beneden de drempel. Het Hof stelt voor de toepasselijkheid van de fundamentele regels en algemene beginselen echter als voorwaarde dat de overheidsopdrachten een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' moeten hebben, onder verwijzing naar de arresten *An Post*¹⁹ en *Commissie/Italië*.²⁰

Vervolgens overweegt het Hof dat er sprake kan zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij overheidsopdrachten voor werken zoals de onderhavige indien de opdracht aantrekkelijk is voor marktpartijen uit andere lidstaten, gezien bijvoorbeeld (i) de geraamde economische waarde²¹, (ii) de technische aard en/of (iii) de plaats van uitvoering.

Het Hof overweegt dat het aan de aanbestedende dienst is om, voorafgaand aan een aanbesteding, het eventuele grensoverschrijdend belang te bepalen van een opdracht met een waarde beneden de toepasselijke drempel. Deze beoordeling dient door de rechter te kunnen worden getoetst. Het Hof acht een regeling op nationaal of lokaal niveau waarin objectieve criteria worden gegeven die duiden op het bestaan op een duidelijk grensoverschrijdend belang, geoorloofd. Daarbij kan een rol spelen welk bedrag met de opdracht is gemoeid, alsmede de plaats van uitvoering. Opdrachten met een zeer geringe economische betekenis zouden in zo'n regeling mogen worden uitgesloten, uitzonderingen - bijvoorbeeld agglomeraties die op het grondgebied van meerdere lidstaten liggen - daargelaten.

Automatische uitsluiting van marktpartijen uit andere lidstaten op grond van de Italiaanse regel ten aanzien van abnormaal lage inschrijvingen zou volgens het Hof indirecte discriminatie kunnen opleveren. Immers, partijen uit andere lidstaten kunnen (i) een andere kostenstructuur hebben (ii) bereid zijn met minder marge de markt te betreden en/of

(iii) schaalvoordelen hebben waardoor zij scherper kunnen inschrijven dan de 'gevestigde orde'. Inschrijvingen die op het eerste gezicht abnormaal laag lijken, behoeven dat in werkelijkheid niet te zijn. De regel in kwestie zou kartelvorming door de nationale of lokale ondernemingen in de hand kunnen werken, aldus het Hof.

Het Hof concludeert dat de dwingende uitsluitingsregel uit de Italiaanse wet voor opdrachten onder de drempel zich niet verdraagt met de fundamentele beginselen van het EG-verdrag. Echter, onder de omstandigheid dat er een excessief groot aantal inschrijvingen zou worden gedaan op een aanbesteding is het - onder meer in verband met de grote vertraging die verificatie van een dergelijk aantal inschrijvingen met zich brengt - in beginsel mogelijk om een drempel vast te stellen waarboven abnormaal lage inschrijvingen automatisch zouden worden uitgesloten, aldus het Hof ten overvloede.

2.5 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06: Presstext Nachrichtenagentur / Oostenrijk

Wezenlijke wijzigingen/vervanging van contractspartner - opdrachtnemer

In deze zaak gaat het om de vraag wanneer wijziging van een bestaande overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener kan worden aangemerkt als de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht voor dienstverlening - zodanig dat de nieuwe opdracht moet worden aanbesteed. Het Hof overweegt dat wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst de plaatsing van een nieuwe opdracht inhouden, als de gewijzigde overeenkomst kenmerken vertoont die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Het Hof stelt vervolgens dat een wijziging van een lopende overeenkomst kan worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer:

- (1) zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot:
 - (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten; of
 - (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
- (2) zij de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
- (3) zij het economische evenwicht van de overeen-

¹⁹ HvJ EG 13 november 2007, Zaak C-507/03 (*Commissie/Ierland*).

²⁰ HvJ EG 21 februari 2008, Zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*).

²¹ HvJ EG 21 juli 2005, Zaak C-231/03 (*Coname*).

komst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

De verwijzende rechter wenste te vernemen of enkele concrete wijzigingen kwalificeerden als wezenlijke wijzigingen van de overeenkomst, waardoor sprake zou zijn van een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50/EEG. De eerste wijziging betrof een vervanging van de contractpartner. Volgens het Hof dient de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen door een nieuwe contractpartner, in het algemeen te worden aangemerkt als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst (denk bijvoorbeeld aan contractsbepalingen inzake onderaanneming).

In dit geval was volgens het Hof sprake van bijzondere omstandigheden, die wettigden dat vervanging van de contactpartner géén wijziging van een wezenlijke voorwaarde opleverde. Er was namelijk sprake van een interne reorganisatie van de contractpartner. De nieuwe contractpartner APA-OTS was een 100% dochtermaatschappij van oorspronkelijke contractpartner, APA. APA oefende de zeggenschap uit over APA-OTS en tussen de twee entiteiten was een overeenkomst gesloten op grond waarvan winsten en verliezen door APA werden gedragen. Bovendien had een vertegenwoordigingsbevoegde medewerker van APA de aanbestedende dienst verzekerd dat APA, na de overdracht van de OTS-diensten, samen met APA-OTS hoofdelijk aansprakelijk was en dat de totale prestatie niet zou veranderen. Ten overvloede oordeelt het Hof daarbij wel, dat als de aandelen APA-OTS gedurende de looptijd van de overeenkomst aan een derde zouden worden verkocht, het dan niet meer zou gaan om een interne reorganisatie van een oorspronkelijke contractpartner, maar om een daadwerkelijke wijziging van contractpartner, hetgeen in beginsel een wijziging vormt van een wezenlijke voorwaarde van de overeenkomst. Naar de mening van auteurs dezer krijgt dit onderdeel van het arrest 'Presstext' nog relatief (te) weinig aandacht. De consequenties voor de praktijk kunnen echter verstrekkend zijn. Immers, het Hof lijkt te oordelen dat de overname van een (private) entiteit die aanbestedingsplichtige opdrachten aannam, kan leiden tot een verplichting voor de aanbesteder om die opdrachten opnieuw aan te besteden.

In het onderhavige geval had de tweede wijziging van de overeenkomst betrekking op prijsaanpassingen. Het Hof oordeelt dat een omzetting van de prij-

zen in euro's waarbij het intrinsieke bedrag ervan niet werd gewijzigd, géén wezenlijke wijziging van overeenkomst is, maar enkel een aanpassing ervan aan gewijzigde externe omstandigheden. Dit op de voorwaarde dat de bedragen in euro's worden afgerond conform de geldende bepalingen.²² Wanneer de omgezette prijzen het intrinsieke bedrag echter wel zouden overschrijden zonder dat de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht dit uitdrukkelijk toestaan, kán zulks wel een schending van de beginselen van doorzichtigheid en van gelijke behandeling van de inschrijvers tot gevolg hebben. Dit zal echter - aldus nog steeds het Hof - niet het geval zijn wanneer het daarbij gaat om minimale, objectief verklaarbare aanpassingen, bijvoorbeeld indien bedoeld is om de uitvoering van de opdracht te vergemakkelijken door de facturering te vereenvoudigen. Verder oordeelt het Hof dat door de herformulering van een prijsindexeringsclausule de wezenlijke voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet zodanig werden gewijzigd dat dit een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50/EEG vormt, omdat de overeenkomst reeds voorzag in de vervanging van een prijsindexcijfer door een later indexcijfer.

De derde wijziging had betrekking op de opname van een nieuwe clausule inzake afstand van de mogelijkheid tot opzegging van overeenkomst, én de verhoging van toegekende kortingen op de prijzen van bepaalde diensten die het voorwerp vormden van de overeenkomst. Het Hof oordeelt dat ook deze wijzigingen geen nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50/EEG vormen. Ten aanzien van de afstand van de mogelijkheid tot opzegging van de overeenkomst herinnert het Hof er allereerst aan, dat het sluiten van overeenkomsten voor onbepaalde tijd - zoals de overeenkomst in het onderhavige geval - op zichzelf niet past binnen het stelsel van de aanbestedingsregels omdat een dergelijke praktijk op den duur de mededinging belemmert en aan de toepassing van de aanbestedingsregels in de weg kan staan. Tegelijk stelt het Hof vast dat het (huidige) gemeenschapsrecht geen verbod inhoudt op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten. In het onderhavige geval waren partijen een afstand van opzegmogelijkheden gedurende een periode van drie jaar overeengekomen. Volgens het Hof bleek uit het dossier niet dat de aanbestedende dienst überhaupt van plan was geweest gedurende de desbetreffende periode van drie jaar de overeenkomst te beëindigen. Gezien ook de periode die in alle gevallen nodig zou zijn om een nieuwe aanbesteding te organiseren, acht het Hof een periode van drie jaar niet buitensporig lang en, mits deze niet steeds opnieuw in de overeenkomst zou worden opgenomen, geen bedreiging voor de mededinging en

²² Verordening (EG) nr. 1103/97, PB L 162, p. 1.

geen wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst. Ten aanzien van de verhoging van het kortingspercentage valt volgens het Hof te benderen dat deze uit de oorspronkelijke bepalingen van de overeenkomst voortvloeit en dat verlening van een hogere korting aan de aanbestedende dienst in beginsel niet kan leiden tot concurrentievervalsing in het nadeel van potentiële inschrijvers.

2.6 HvJ EG 17 juli 2008, C-371/05: Commissie / Italië

Inbesteding. Private deelneming in kapitaal

Eind 1997 heeft de Italiaanse gemeente Mantoue aan ASI, een vennootschap waarin Mantoue en naburige gemeenten participeren in het aandelenkapitaal, een bovendrempelige opdracht verleend tot het verlenen van ontwikkel-, beheers- en onderhoudsdiensten op informaticagebied.

De Commissie is van mening dat de opdracht valt onder het werkingsbereik van de Richtlijn Diensten. Italië is het daar niet mee eens; volgens haar is sprake van niet-aanbestedingsplichtige 'inbesteding'. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie²³ en de daaruit voortvloeiende eisen, constateert het Hof dat (i) de gemeente, uit hoofde van haar meerderheids-aandeelhouderschap, de directieleden kan benoemen en de activiteiten van de vennootschap kan bepalen, (ii) de gemeenteraad de operationele kosten van de vennootschap kan vaststellen en (iii) de gemeente het recht heeft voorbehouden bepaalde onderzoeken bij de vennootschap uit te voeren, enerzijds door een gemeentelijke functionaris te benoemen die belast is samen te werken met ASI ter ondersteuning, stimulering en controle van de activiteiten van ASI, en anderzijds door controle uit te oefenen op de boekhouding van de vennootschap. Dat brengt het Hof tot het oordeel dat de gemeente de mogelijkheid heeft op bepalende wijze invloed uit te oefenen op strategische onderwerpen en belangrijke beslissingen betreffende de vennootschap. Die mogelijkheid is voldoende om het bestaan vast te stellen van een structurele en functionele controlebevoegdheid van de gemeente op de vennootschap die analoog is aan het toezicht dat de gemeente uitoefent op haar eigen diensten. Daarmee is aan de eerste voorwaarde voor het aannemen van inbesteding voldaan.

Daaraan doet volgens het Hof niet af dat - zoals de Commissie heeft betoogd - op het moment van contractsluiting twee privaatrechtelijke vennootschappen aandelen hielden in het kapitaal van de

vennootschap en dat vanaf de oprichting expliciet voorzien was dat private partijen zouden kunnen participeren in het kapitaal, nu de Commissie niet weersproken heeft dat deze twee privaatrechtelijke vennootschappen als gemeentelijke ondernemingen moeten worden aangemerkt. Bovendien is het enkele feit dat private vennootschappen kunnen participeren in het aandelenkapitaal van ASI niet voldoende om te concluderen dat er in geen geval sprake van inbesteding zou kunnen zijn. Maatgevend is of op het moment van contractsluiting sprake is van een participatie in het aandelenkapitaal van ASI door (een) private partij(-en), aldus het Hof.

Wat betreft de tweede voorwaarde voor het aannemen van inbesteding ('de activiteiten van de onderneming dienen hoofdzakelijk uitgevoerd te worden ten behoeve van de collectiviteit van aandeelhouders, waarbij andere activiteiten marginaal dienen te zijn'), constateert het Hof dat de activiteiten van ASI niet slechts ten behoeve van de gemeente Mantoue strekten maar wel ten behoeve van de collectiviteit van aandeelhoudende gemeenten. Daarmee is ook aan het 'merendeel-criterium' voldaan. De klacht van de Commissie wordt verworpen.

2.7 HvJ EG 2 oktober 2008, C-157/06: Commissie / Italië

Uitzondering op aanbestedingsregels?

Deze zaak betreft de vraag of de vaststelling van een nationaal, ministerieel decreet, door de Italiaanse regering verenigbaar was met het communautaire recht. Het ministeriële decreet bepaalde dat voor de gunning van leveringen van lichte helikopters ten behoeve van de politie en de nationale brandweer, kon worden afgeweken van de nationale aanbestedingswetgeving. De Commissie begon hierop een inbreukprocedure op grond van artikel 226 EG-verdrag.

De Italiaanse republiek stelde hier tegenover dat het ministeriële decreet voldeed aan de voorwaarden van artikel 296 EG-verdrag en artikel 2 lid 1 sub b richtlijn 93/36/EEG²⁴, met name omdat de in dit decreet bedoelde helikopters goederen voor dubbel gebruik zijn, wat wil zeggen dat zij zowel voor civiele als voor militaire doeleinden kunnen dienen.

Het Hof wees echter de toepasselijkheid van beide artikelen af. Hij oordeelde dat uit artikel 296 lid 1 sub b EG-verdrag volgt dat de betrokken producten bestemd moeten zijn voor specifiek militaire doeleinden. Nu in dit geval onzeker was of de helikop-

²³ *Teckal* t.a.p., HvJ EG 8 april 2008, Zaak C-337/05 (Commissie/Italië), HvJ EG 13 oktober 2005, Zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), HvJ EG 11 mei 2006, Zaak C-340/04 (*Carbotermo*).

²⁴ Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij de richtlijnen 97/52/EG, 2001/78/EG en 2004/18/EG.

ters zouden worden ingezet voor specifiek militaire doeleinden, dienden volgens het Hof de aanbestedingsregels te worden gevolgd. Het Hof wees eveneens het beroep van de Italiaanse republiek op artikel 2 lid 1 sub b richtlijn 93/36/EEG af. De Italiaanse republiek had de niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsregels onderbouwd met de stelling dat de betrokken leveringen als geheim waren aange-merkt, dat zij gepaard gingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen en dat zij ter bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de Staat aan de gemeenschapsregels dienen te worden onttrokken. Volgens het Hof had de Italiaanse republiek dit echter niet aannemelijk gemaakt.

Het Hof oordeelde dat het ministerieel decreet onverenigbaar was met het communautaire recht.

2.8 HvJ EG 13 november 2008, C-324/07: Coditel

Inbesteding. Toezichtcriterium. Toezicht bij meerderheidsbeslissing

In deze zaak ging het om de vraag of sprake was van 'inbesteding'. De gemeente Ukkel besloot om - zonder een voorafgaande aanbesteding - de exploitatie van het kabelnet in haar gemeente te laten uitvoeren door de vennootschap Brutélé (tot welke entiteit de gemeente zelf toetrad). Brutélé was een intercommunale coöperatieve vennootschap - een publiekrechtelijke rechtspersoon - waarvan de vennoten uitsluitend gemeenten zijn. Ten aanzien van het zogenaamde 'merendeel-criterium' stond in deze zaak vast, dat Brutélé het merendeel van haar werkzaamheden verrichtte ten behoeve van de bij haar aangesloten gemeenten.

De vraag of aan het 'toezichtcriterium' was voldaan, moest - volgens het Hof - worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek zou moeten blijken dat de betrokken opdrachtnemer onder zodanig toezicht staat dat de opdrachtgevende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet daarbij gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van de opdrachtnemer. Hiertoe is volgens het Hof een aantal omstandigheden relevant. In de eerste plaats het houderschap van het kapitaal van de opdrachtnemer. In het geval van Brutélé was van belang dat de vennoten in Brutélé uitsluitend gemeenten waren en dat particuliere vennoten volgens de statuten niet tot Brutélé konden toetreden. Het Hof ziet daarin een aanwijzing dat aan het toezichtcriterium wordt voldaan. In de tweede plaats was de samenstelling van de beslis-

singsorganen relevant. Deze bestonden in het geval van Brutélé uit afgevaardigden van de overheidsinstanties die bij haar waren aangesloten, waardoor de beslissingen over de werkzaamheden van Brutélé werden genomen door deze overheidsinstanties. Het toezicht kon door deze instanties gezamenlijk worden uitgeoefend. Dit betekende dat deze overheidsinstanties opdrachtnemer's strategische doelstellingen konden bepalen. In de derde plaats achtte het Hof de omvang van de bevoegdheden van de raad van bestuur relevant. De raad van bestuur van Brutélé had de meest uitgebreide bevoegdheden binnen de vennootschap en stelde bijvoorbeeld de tarieven vast. Het Hof oordeelde dat dit er echter niet toe leidde dat Brutélé een 'marktgerichte onderneming' was en over een zodanige mate van zelfstandigheid beschikte dat het toezicht van de bij haar aangesloten overheidsinstanties daardoor onzeker werd. In dat kader achtte het Hof het van belang dat een intercommunale coöperatieve vennootschap geen handelskarakter mag hebben volgens de wet, en dat Brutélé blijkens de wet en haar statuten geen ander belang nastreefde dan dat van de bij haar aangesloten overheidsinstanties.

Vervolgens kwam nog de vraag aan de orde of wel aan het 'toezichtcriterium' werd voldaan nu de deelnemende overheidsinstanties ieder apart bezien, geen toezicht op de vennootschap konden uitoefenen als op de eigen diensten. Het Hof oordeelde dat ook aan het toezichtcriterium wordt voldaan, als de deelnemende overheidsinstanties gezamenlijk toezicht op de concessiehouder kunnen uitoefenen. Daarbij achtte het Hof het irrelevant welke beslissingsprocedure wordt gebruikt, met name of bij meerderheid wordt beslist. Dit oordeel van het Hof is een aanvulling op haar eerdere arresten²⁵ inzake 'inbesteding'.

2.9 HvJ EG 13 november 2008, C-437/07: Commissie / Italië

Overheidsopdracht voor werken of werken-concessie?

De Italiaanse gemeente Aquila heeft in 2002 aan Raggruppamento CGRT een bovendrempelige werkenopdracht gegeven betreffende het ontwerp en de realisatie van een tramlijn op luchtbanden ten behoeve van het personenvervoer in die gemeente.

Een deel van de tegenprestatie bestond in het recht de tramverbinding langjarig te exploiteren. De gemeente meende dat sprake was van een werkenconcessie en maakte voor de opdrachtverlening gebruik van een in de Italiaanse wetgeving voorziene procedure die kan worden toegepast indien de werken

²⁵ Tecka/ t.a.p.; Parking Brixen t.a.p.; Stadt Hall t.a.p.; Coname t.a.p.; HvJ EG 10 november 2005, Zaak C29/04 (Mödeling), Carbotermo t.a.p.; HvJ EG 19 april 2007, Zaak C-295/05 (Tragsa).

geheel of gedeeltelijk met private middelen worden gefinancierd. In casu werd 40% van de investering door CGRT gefinancierd en 60% door het Italiaanse ministerie van transport.

Het contract voorzag erin dat de tramverbinding zou worden geëxploiteerd door een derde die een dienstencontract met de gemeente zou sluiten en die verplicht zou worden een gefixeerd bedrag jaarlijks aan CGRT te betalen om daarmee de kosten (rente en aflossing) van de (40%) private financiering te dekken.

Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie betreffende dienstenconcessies²⁶ overweegt het Hof dat, wil de opdracht kwalificeren als een werkenconcessie, ook hier vereist is dat er sprake is van een overdracht van risico met betrekking tot de exploitatie van het werk aan de opdrachtnemer. Het Hof oordeelt vervolgens dat CGRT geen risico's op zich neemt betreffende de exploitatie van de tramverbinding, zodat de overeenkomst kwalificeert als een werkenopdracht en niet als een werkenconcessie. Het Hof stelt de Commissie in het gelijk: ten onrechte heeft de gemeente de in de Richtlijn Werken voorgeschreven aanbestedingsprocedures niet gevolgd.

2.10 HvJ EG 16 december 2008, C-213/07: Michaniki

Gronden voor uitsluiting.

Op 6 april 2001 is aan artikel 14 van de Griekse Grondwet een negende lid toegevoegd waaruit - kort gezegd - volgt dat een inschrijver die een onderneming is die werkzaam is in de mediasector of die banden heeft met personen die bij deze sector betrokken zijn, zal worden uitgesloten van deelname aan een aanbesteding voor de uitvoering van opdrachten voor werken, leveringen of diensten. Dientengevolge rees op nationaal niveau de vraag of deze grondwetsbepaling al dan niet een toegestane uitbreiding is van de, in artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG²⁷ (het huidige artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG)²⁸ opgenomen, opsomming van uitsluitingsgronden van aannemers van openbare werken.

De verwijzende rechter legt het Hof in de eerste plaats de vraag voor of de opsomming van de gronden voor uitsluiting van aannemers van openbare

werken in artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG limitatief is. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend²⁹, maar voegt daaraan toe dat deze limitatieve opsomming er niet aan in de weg staat dat een lidstaat daarnaast materieelrechtelijke voorschriften mag vaststellen die beogen te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van transparantie in acht worden genomen. Dergelijke maatregelen mogen, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.³⁰

Met zijn tweede vraag wil de verwijzende rechterlijke instantie vernemen of de hiervoor genoemde grondwetsbepaling verenigbaar is met het communautaire evenredigheidsbeginsel. Het Hof oordeelt dat dit niet het geval is, daar de bepaling - die weliswaar de legitieme doelstelling van de gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie in het kader van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten nastreeft - een automatisch en absoluut verbod introduceert voor elke aannemer van openbare werken die eveneens in de mediasector werkzaam is of banden heeft met natuurlijke personen die bij deze sector betrokken zijn. Het feit dat hier sprake is van een onweerlegbaar vermoeden maakt volgens het Hof dat het gemeenschapsrecht zich tegen een dergelijke nationale bepaling verzet.

2.11 HvJ EG 19 maart 2009, C-489/06: Commissie / Griekenland

Inbreukprocedure

Deze zaak betreft een inbreukprocedure naar aanleiding van de categorische weigering van bepaalde Griekse ziekenhuizen om medische hulpmiddelen te accepteren om redenen van volksgezondheid, hoewel de middelen voldoen aan de (EU) geharmoniseerde normen en gecertificeerd zijn volgens de toepasselijke richtlijn 93/42/EEG.³¹

De inhoudelijke behandeling van deze inbreuk vond eerder plaats in het arrest *Medipac-Kazantzidis*.³² In deze uitspraak oordeelde het Hof dat Griekenland de op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen, doordat de bevoegde aanbestedende diensten van Griekse ziekenhuizen offertes met betrekking tot de van EG-markering voorziene medische hulp-

26 HvJ EG 18 juli 2007, Zaak C-382/05 (*Commissie/Italië*).

27 Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij de richtlijnen 97/52/EG, 2001/78/EG en 2004/18/EG.

28 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

29 Zie ook HvJ EG 9 februari 2006, Zaken C-226/04 en C-228/04 (*La Cascina*).

30 Zie in die zin HvJ EG 3 maart 2005, Zaken C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*).

31 Richtlijn 93/42/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/79/EG.

32 HvJ EG 14 juni 2007, Zaak C-6/05 (*Medipac-Kazantzidis*).

middelen hebben afgewezen zonder de procedure van richtlijn 93/42/EEG te volgen.

De Commissie is van mening dat de geconstateerde inbreuk voortduurt en dat de maatregelen die de nationale autoriteiten hebben getroffen om deze te beëindigen ontoereikend en niet doeltreffend zijn.

Het Hof overweegt dat de Commissie voldoende bewijs heeft aangevoerd van een onrechtmatige, herhaalde en bestendige praktijk van de aanbestedende diensten van de ziekenhuizen. Bovendien is gebleken dat deze handelwijze door de bevoegde Griekse autoriteiten onvoldoende is gecontroleerd en gesanctioneerd. De Helleense Republiek heeft het stilzitten van zijn diensten enkel gerechtvaardigd door erop te wijzen dat de inspecteurs van de betrokken dienst dit vraagstuk op het tijdstip van de procedure nog aan het onderzoeken waren en hun werkzaamheden nog niet hadden afgerond.

Het Hof oordeelt dan ook dat er sprake is van een inbreuk op het communautaire recht, nu offertes voor medische hulpmiddelen die zijn voorzien van een EU-markering, worden afgewezen zonder dat de bevoegde aanbestedende diensten van de Griekse ziekenhuizen de verplichte procedures volgen.

2.12 HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07: Assitur

Gronden voor uitsluiting. Systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen

In deze zaak ging het om de vraag of artikel 29 van richtlijn 92/50/EEG³³ een uitputtende lijst van uitsluitingsgronden bevat, en of deze lijst van uitsluitingsgronden in de weg staat aan nationale wetgeving die verbiedt dat meerdere ondernemingen waartussen een onderlinge afhankelijkheidsrelatie bestaat, inschrijven op dezelfde aanbesteding.

In 2003 startte de kamer van koophandel te Milaan een openbare aanbesteding voor het verzorgen van koeriersdiensten. Tot deze aanbesteding werden toegelaten SDA, Poste Italiane en Assitur. Assitur verzocht de aanbestedende dienst om uitsluiting van zowel SDA als Poste Italiane in verband met de afhankelijkheidsrelatie tussen deze twee ondernemingen. Uit onderzoek van de aanbestedende dienst kwam naar voren dat er inderdaad een afhankelijkheidsrelatie bestond tussen de twee vennootschappen. SDA bleek een volle dochter te zijn van Poste Italiane. Aanbesteder concludeerde dat de toepasselijke wetgeving geen verbod van deelneming

aan dezelfde aanbestedingsprocedure bevatte voor ondernemingen waartussen een onafhankelijkheidsverhouding bestaat. Daarnaast leverde onderzoek geen aanwijzingen op dat de beginselen van vrije mededinging en het geheime karakter van de offerte in de desbetreffende aanbesteding waren geschonden. Aanbesteder nam zich daarop voor te gunnen aan SDA, die de laagste prijs had geoffreerd. Assitur kwam vervolgens in rechte op tegen deze gunningsbeslissing. Daarbij beriep Assitur zich op een Italiaanse wet betreffende de aanbesteding van werken, welke wet uitgaat van een onweerlegbaar vermoeden dat de offerte van een afhankelijke vennootschap (lees in dit geval: dochtervennootschap) bekend is bij de overheersende vennootschap (de moeder). Deze regel - die naar analogie ook toepassing zou vinden bij de aanbesteding van leveringen en diensten - zou moeten leiden tot uitsluiting van SDA en Poste Italiane.

De verwijzende rechter legde vervolgens de vraag voor aan het Hof of laatstbedoeld wettelijk vermoeden zich verdraagt met het gemeenschapsrecht, en of toepassing van deze regel zich verdraagt met de uitputtende lijst van uitsluitingsgronden in de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn.

Het Hof stelt voorop dat artikel 29 van richtlijn 92/50/EEG zeven limitatieve gronden vastlegt waarop een lidstaat een beroep kan doen om kandidaten van deelneming aan een aanbesteding uit te sluiten.³⁴ Echter, deze limitatieve opsomming staat er niet aan in de weg dat een lidstaat daarnaast materieelrechtelijke voorschriften mag vaststellen, die beogen te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van transparantie in acht worden genomen. Dergelijke maatregelen mogen, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk om dat doel te bereiken. Het aantal partijen dat kan deelnemen aan een aanbesteding wordt immers verminderd door de systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen en gaat daarmee in tegen een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht, aldus het Hof. De enkele vaststelling dat er een afhankelijkheidsverhouding tussen de betrokken ondernemingen bestaat, mag niet leiden tot de automatische uitsluiting van deze ondernemingen zonder hun de mogelijkheid te bieden om aan te tonen dat deze verhouding hun gedrag in het kader van de aanbesteding concreet heeft beïnvloed.³⁵ Hoger bedoelde Italiaanse wet en het daarin opgenomen 'onweerlegbaar vermoeden' worden daarom in strijd met het gemeenschapsrecht geacht.

³³ Richtlijn 92/50/EEG van der Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij de richtlijnen 97/52/EG, 2001/78/EG en 2004/18/EG.

³⁴ Zie ook HvJ EG 16 december 2008, Zaak C-213/07 (*Michaniki*), *La Cascina* t.a.p.

³⁵ Zie voor een vergelijkbaar oordeel ook *Fabricom* t.a.p.