

TBR 2010/144

Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (Deel 2)

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

1. Inleiding

Dit is het tweede deel van de kroniek², waarin een aantal belangrijke uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen op het gebied van het aanbestedingsrecht worden samengevat.³ Het betreft uitspraken uit de periode van april 2008 tot en met december 2009.

2. Samenvattingen

2.1 HvJ EG 4 juni 2009, C-250/07: Commissie / Griekenland

Procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging. Ongeschikte offertes. Motivering afwijzing.

In deze zaak houdt een openbare elektriciteitsmaatschappij een aanbesteding voor het ontwerp, de levering, het vervoer, de installatie en de inwerkingstelling van twee generatoren en bijbehorend materieel voor de elektriciteitscentrale op Kreta.

Nadat de eerste aanbesteding wordt ingetrokken omdat de ontvangen aanbiedingen niet aan bepaalde criteria voldoen, wordt een nieuwe oproep tot inschrijving uitgeschreven. De aanbiedingen van de vijf inschrijvers die aan deze procedure deelnemen, worden vervolgens afgewezen met als reden dat zij 'ongeschikt' zijn. De inschrijvingen voldoen niet aan de eisen met betrekking tot de gegarandeerde volumes aan afvaluitstoot. De aanbestedende dienst verzoekt daarop de vijf inschrijvers de technische afwijkingen te corrigeren en een definitieve financiële offerte in te dienen. Alle vijf de inschrijvers dienen een nieuwe offerte in. Eén van de inschrijvers ontvangt een ongemotiveerde afwijzigingsbrief. Pas twee maanden later, na meerdere verzoeken daar-

toe te hebben gedaan, ontvangt deze inschrijver de gedetailleerde redenen voor de afwijzing.

De Commissie stelt beroep in wegens schending van de gemeenschapsbepalingen inzake overheidsopdrachten. Daartoe voert zij twee grieven aan. In de eerste plaats meent de Commissie dat de aanbestedende dienst niet over had mogen gaan op een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging, omdat de offertes niet 'ongeschikt' waren in de zin van artikel 20, lid 2, sub a, van richtlijn 93/38/EEG.⁴ In de tweede plaats is de Commissie van mening dat de redenen van de afwijzing te laat zijn medegedeeld.

Wat de eerste grief betreft herinnert het Hof eraan dat gebruikmaking van de procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging als een uitzondering moet worden beschouwd op het beginsel dat aan de gunning van een overheidsopdracht een oproep tot mededinging vooraf moet gaan. De gevallen waarin gebruik mag worden gemaakt van de procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging moeten strikt worden uitgelegd en de bewijslast rust op de partij die zich erop wil beroepen.⁵ Dit geldt ook voor aanbestedingsprocedures overeenkomstig richtlijn 93/38/EEG, welke een ruimer gebruik van de procedure van gunning via onderhandelingen toestaat dan bijvoorbeeld richtlijn 93/37/EEG.⁶

Ten aanzien van het voorliggende geval overweegt het Hof dat de aanbestedende dienst de offertes terecht als 'ongeschikt' heeft aangemerkt. De technische specificaties als in casu aan de orde, die voortvloeien uit nationale en communautaire milieuvoorschriften, moeten namelijk worden aangemerkt als elementen die onmisbaar zijn om te verzekeren dat het project waarvoor de aanbestede-

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 Het eerste deel van de kroniek verscheen in TBR 2010/126, p. 686 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 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199/84).

⁵ Zie in die zin HvJ EG 2 juni 2005 (Commissie/Griekenland), Zaak C-394/02, r.o. 33.

⁶ 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 (PB L 199/54).

dingsprocedure is ingezet, naar behoren kan worden verwezenlijkt. Offertes die niet aan deze eisen voldoen zijn ongeschikt.

De tweede grief betreft de termijn van de kennisgeving omtrent de redenen van de afwijzing van een offerte. In artikel 41 lid 4 van richtlijn 93/38/EEG is - kort gezegd - bepaald dat een aanbestedende dienst 'zo spoedig mogelijk' na de datum van ontvangst van een inschrijving de redenen voor afwijzing moet mededelen. Het Hof overweegt dat op de aanbestedende dienst in deze een zorgvuldigheidsplicht rust, die meer als een inspannings- dan als een resultaatsverplichting moet worden beschouwd. Derhalve moet van geval tot geval en aan de hand van de concrete kenmerken van de betrokken opdracht, met name de ingewikkeldheid daarvan, worden onderzocht of de betrokken aanbestedende dienst die informatie al dan niet met de vereiste zorgvuldigheid/snelheid heeft meegedeeld.

Nu er in het onderhavige geval geen concrete redenen door de aanbestedende dienst zijn aangevoerd, die de vertraging in de mededeling van de redenen voor de afwijzing van de offerte kunnen rechtvaardigen, oordeelt het Hof dat de aanbestedende dienst ongerechtvaardigd heeft gedraald. Daarmee is zij haar verplichtingen krachtens artikel 41 lid 4 van richtlijn 93/38/EEG niet nagekomen.

2.2 HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06: Commissie / Duitsland

Gemeenschappelijke uitoefening van taken van algemeen belang. Geen verplichting tot aanbesteden.

In december 1995 sluiten vier Duitse Landkreise (bestuursdistricten) een overeenkomst met Stadtreinigung Hamburg betreffende de verwijdering van hun afvalstoffen in de nieuwe afvalverbrandingsinstallatie Rugenberger Damm. Deze overeenkomst tussen territoriale (overheids-) lichamen wordt gesloten zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. Op basis van de overeenkomst dient Stadtreinigung Hamburg voor de vier betrokken Landkreise capaciteit voor de behandeling van afvalstoffen te reserveren in genoemde afvalverbrandingsinstallatie. De door de Landkreise te betalen vergoeding dient, via Stadtreinigung Hamburg, plaats te vinden aan de exploitant van de installatie. Dankzij de toevoer van afvalstoffen van de aangrenzende Landkreise wordt de stad Hamburg in staat gesteld om een installatie voor de behandeling van afvalstoffen te bouwen en te exploiteren onder de beste economische voorwaarden. Van belang, voor een goed begrip van de casus, is dat het Hof in deze niet

wordt gevraagd te oordelen over de verplichting van de stad Hamburg en/of de betrokken Landkreise om de opdracht aan een private entiteit tot bouw- en exploitatie van de installatie aan te besteden. De zaak betreft slechts de samenwerking tussen de betrokken overheden. Het Hof stelt vast dat de samenwerking niet voorziet in de plaatsing van opdrachten die nodig zijn voor de bouw- en exploitatie van de installatie, noch daarop vooruitloopt.

De Commissie is van mening dat de overeenkomst tussen de desbetreffende overheden niet gesloten had mogen worden zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure en start onderhavige inbreukprocedure aanhangig bij het Hof.

Het Hof toetst of is voldaan aan de voorwaarden voor inbesteding (het 'toezichtcriterium' en het 'merendeelcriterium')⁷ en komt tot het oordeel dat dit niet het geval is. Het Hof overweegt dat vast staat dat de vier betrokken Landkreise op Stadtreinigung Hamburg geen toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten.

Desalniettemin komt het Hof tot het oordeel dat het beroep van de Commissie moet worden verworpen, omdat de samenwerking tussen de territoriale lichamen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. Het Hof wijst er daarbij op dat Stadtreinigung Hamburg geen financiële vergoeding ontvangt en dat de overeenkomst uitsluitend tussen openbare instanties is gesloten, zonder enige particuliere inbreng. Het Hof acht het daarbij van belang dat Stadtreinigung Hamburg jegens de betrokken Landkreise generlei verantwoordelijkheid voor de werking van de installatie aanvaardt, noch waarborgten biedt.

Zolang het gelijkheidsbeginsel wordt geëerbiedigd, zodat geen enkele particuliere onderneming wordt bevoordeeld tegenover haar concurrenten, kan een dergelijke samenwerking geen afbreuk doen aan de voornaamste doelstellingen van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, te weten een vrij verkeer van diensten en de totstandkoming van een onvervalste mededinging in alle lidstaten⁸, aldus het Hof. Hieraan voegt het Hof nog toe dat moet worden vastgesteld dat uit geen van de elementen van het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat de betrokken lichamen in het onderhavige geval een constructie zouden hebben opgezet die bedoeld is om de regels inzake overheidsopdrachten te ontwijken.

⁷ Zie HvJ EG 18 november 1999, Zaak C-107/98 (*Teckal*), r.o. 50 en HvJ EG 11 januari 2005, Zaak C-26/03 (*Stadt Halle en RPL Lochau*), r.o. 49.

⁸ *Stadt Halle en RPL Lochau t.a.p.*, r.o. 50 en 51.

Ook als men zich realiseert dat de uitspraak slechts de overeenkomst tussen de desbetreffende overheden betreft en niet opdrachten voor de bouw- of exploitatie van de installatie, roept de uitspraak de nodige vragen op. Immers, bij herhaling oordeelde het Hof dat overheidsopdrachten van de ene aan de andere aanbestedende dienst aanbestedingsplichtig zijn (zie laatstelijk bijvoorbeeld HvJ EG 15 oktober 2009, C-196/08, 'Acosef'). Hoewel de overeenkomst in casu alle elementen in zich lijkt te dragen van een overheidsopdracht van de betrokken Landkreise aan de gemeente Hamburg, oordeelt het Hof toch dat er geen aanbestedingsplicht is.

2.3 HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07: Oymanns

Duits ziekenfonds aanbestedende dienst. Financiering door aanbestedende dienst. Gemengde opdracht voor leveringen en diensten.

In deze Duitse zaak nodigt een wettelijk ziekenfonds, AOK Rheinland / Hamburg, door middel van een advertentie in een tijdschrift orthopedische schoentechnici uit om offertes in te dienen voor de vervaardiging en levering van schoenen in het kader van een integraal verzorgingspakket. Een bedrijf voor orthopedische schoenen, Hans & Christophorus Oymanns GbR ('Oymanns'), dat een offerte indient, dient daags daarna een klacht in wegens inbreuk op het communautaire en nationale aanbestedingsrecht. Het ziekenfonds stelt zich op het standpunt dat de bepalingen van het aanbestedingsrecht niet van toepassing zijn. Oymanns stapt naar de rechter.

De nationale hoger beroeprechter merkt op dat het in de Duitse rechtsleer en rechtspraak omstreden is of de wettelijke ziekenfondsen, hoewel zij in bijlage III bij richtlijn 2004/18/EG worden genoemd, als publiekrechtelijke instelling en dus als aanbestedende dienst in de zin van deze richtlijn moeten worden beschouwd. Hierover wordt een prejudiciële vraag voorgelegd aan het Hof.

Het Hof overweegt dat de enkele omstandigheid dat de wettelijke ziekenfondsen worden vermeld in bijlage III bij richtlijn 2004/18/EG onvoldoende is om de ziekenfondsen als publiekrechtelijke instelling te kunnen kwalificeren. Bij een gemotiveerd verzoek van een nationale rechter hieromtrent dient de gemeenschapsrechter na te gaan of de opneming van een gegeven instelling op deze lijst strookt met een correcte toepassing van de materiële criteria van artikel 1 lid 9 van richtlijn 2004/18/EG.

Het Hof stelt vervolgens vast dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat in casu is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1, lid 9 sub a en b van deze richtlijn (te weten: (a) opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en (b) rechtspersoonlijkheid). Opmerkelijk is overigens dat het Hof eenvoudig oordeelt dat geen sprake is van behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, omdat de betrokken fondsen '(...) hun prestaties verrichten zonder winst na te streven (...)'. In het verleden hanteerde het Hof meer complexe criteria. Aangezien naar het oordeel van het Hof in casu is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1, lid 9 sub a en b, moet nog 'slechts' nagegaan worden of in casu is voldaan aan tenminste één van de drie alternatieve voorwaarden van artikel 1, lid 9 sub c. In de eerste plaats gaat het Hof in op de voorwaarde dat de wettelijke ziekenfondsen in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd.

Na eerst de specifieke kenmerken van het Duitse zorgstelsel te zijn nagelopen, concludeert het Hof overeenkomstig het arrest *Bayerischer Rundfunk e.a.*⁹, dat een financiering van een publiek stelsel van ziektekostenverzekering als aan de orde in het hoofdgeding, die stoelt op een handeling van de staat, in de praktijk door de staat wordt gewaarborgd en wordt verzekerd door een wijze van heffing en inning waaraan bevoegdheden van openbaar gezag te pas komen, voldoet aan de voorwaarde van financiering door de staat in de zin van de gemeenschapsregels op het gebied van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Daarbij acht het Hof ondermeer van belang dat de fondsen voor het overgrote deel worden gefinancierd uit (wettelijk) verplichte bijdragen van verzekerden. Deze bijdragen worden verstrekt zonder dat daartegenover een *specifieke tegenprestatie* staat in de zin van het arrest *University of Cambridge*.¹⁰ Daarmee lijkt sprake van een belangrijk verschil met de positie van de Nederlandse ziekenfondsen - verwezen zij naar de zaak *Amphia*.¹¹

Het Hof antwoordt derhalve op de eerste prejudiciële vraag dat de Duitse wettelijke ziekenfondsen kwalificeren als publiekrechtelijke instellingen en dus als aanbestedende diensten in de zin van richtlijn 2004/18.

Met diens tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in de eerste plaats te vernemen, of het criterium dat moet worden toegepast om vast te stellen of een gemengde opdracht die zowel op de levering van producten als op diensten betrekking

⁹ Zie HvJ EG 13 december 2007, Zaak C-337/06.

¹⁰ HvJ EG oktober 2000, Zaak C-380/98.

¹¹ HR d.d. 1 juni 2007, BR 2007, p. 900 en Hof Arnhem d.d. 18 november 2008, LJN: BG4586.

heeft, moet worden beschouwd als een opdracht voor leveringen of als een opdracht voor diensten, *alleen de waarde* betreft van de verschillende onderdelen waaruit de betrokken gemengde opdracht bestaat.

Het Hof antwoordt op deze vraag dat in artikel 1, lid 2, sub d, tweede alinea van richtlijn 2004/18/EG, is bepaald dat inderdaad *de respectieve waarde* van de producten en diensten die deel uitmaken van de opdracht als afbakeningscriterium heeft te gelden. Voor een overheidsopdracht die op diensten en op de uitvoering van werken betrekking heeft, wordt een ander afbakeningscriterium gehanteerd, namelijk dat van het hoofdvoorwerp van de betrokken opdracht (artikel 1, lid 2, sub d, derde alinea van richtlijn 2008/18/EG). Noch uit de toepasselijke gemeenschapsregeling, noch uit de relevante rechtspraak van het Hof blijkt echter dat dit criterium ook van toepassing is op een gemengde opdracht die op leveringen en diensten betrekking heeft, aldus het Hof.

In de tweede plaats wenst de verwijzende rechter te vernemen of bij de terbeschikkingstelling van producten, die individueel volgens de eisen van de betrokken klant zijn vervaardigd en aan hem zijn aangepast en over het gebruik waarvan elke klant individueel moet worden geadviseerd, *de vervaardiging* van deze producten moet worden ingedeeld onder het onderdeel 'leveringen' of het onderdeel 'diensten' van deze opdracht, teneinde de waarde van de bestanddelen ervan te berekenen.

Het Hof antwoordt op deze vraag dat *de vervaardiging* voor de berekening van de waarde van elk bestanddeel van de opdracht moet worden ingedeeld onder het onderdeel leveringen.

Interessant is tot slot de vraag of, zo sprake zou zijn van diensten, de desbetreffende opdrachten kwalificeren als 'concessieovereenkomst voor diensten' of als 'raamovereenkomst'. De voorwaarden die worden verbonden aan de opdracht tot vervaardiging en levering van bijzondere schoenen zijn door de fondsen vrij strikt omschreven. Echter, het af te nemen volume wordt in het midden gelaten. Het Hof oordeelt dat, gezien de aard van de gestelde voorwaarden, de opdrachtnemer niet de 'economische vrijheid' heeft die kenmerkend is voor een concessieovereenkomst. Weliswaar is er - zo meent het Hof - een miniem risico dat verzekerden uiteindelijk niet van de diensten van de opdrachtnemer gebruik zullen maken, maar de opdrachtnemer loopt geen risico ter zake van de inning van zijn vergoeding of insolventie van de verzekerde. Evenmin hoeft de opdrachtnemer - aldus nog steeds het Hof - voorafgaand aan het aannemen van individuele opdrachten

aanzienlijke investeringen te doen. Tot slot is het aantal verzekerden dat naar verwachting een beroep zal doen op de regeling bij voorbaat bekend. Dit alles leidt het Hof tot de conclusie dat geen sprake is van een concessieovereenkomst, maar wel van een raamovereenkomst.

2.4 HvJ EG 10 september 2009, C-573/07: Sea / Comune di Ponte Nossola

Inbesteding. Mogelijkheid private deelneming in kapitaal. Wezenlijke wijziging. 'Marktgerichte vennootschap'.

Deze zaak heeft betrekking op een opdracht voor het ophalen, transporteren en verwijderen van stads- en soortgelijk afval. De opdracht werd door de Italiaanse gemeente Ponte Nossola zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure gegund aan Setco, een aandelenvennootschap in handen van een aantal gemeenten, waarin de Comune di Ponte Nossola een minderheidsparticipatie had genomen en waarvan de statuten voorzagen in de mogelijkheid van participatie door particuliere investeerders.

Het Hof komt te oordelen over de vraag of een aanbestedende dienst op een vennootschap waarvan hij aandeelhouder is en waarmee hij een overeenkomst wil sluiten, *toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten*, wanneer de mogelijkheid bestaat dat particuliere investeerders een participatie nemen in het kapitaal van de betrokken vennootschap, maar dit in de praktijk nog niet is gebeurd.

Het Hof overweegt dat in de regel op het moment van gunning van de betrokken overheidsopdracht moet worden nagegaan of er werkelijk sprake is van een particuliere participatie in het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap. Bij wijze van uitzondering kunnen bijzondere omstandigheden vereisen dat rekening wordt gehouden met gebeurtenissen die zich ná de gunning van de betrokken opdracht hebben voorgedaan. Dit is volgens het Hof met name het geval wanneer aandelen van de vennootschap waaraan de opdracht is gegund, die voorheen volledig in het bezit van de aanbestedende dienst waren, kort na de gunning aan de vennootschap van de betrokken opdracht worden overgedragen aan een particuliere onderneming in het kader van een kunstmatige constructie die erop is gericht de ter zake geldende gemeenschapsregels te omzeilen.¹²

Daarbij overweegt het Hof dat de erkenning van de mogelijkheid op zich, dat de aandelen van een vennootschap op ieder moment aan derden kunnen

¹² Zie in die zin HvJ EG 10 november 2005 (*Commissie/Oostenrijk*), Zaak C-29/04, r.o. 38-41.

worden verkocht, niet voldoende is om te kunnen concluderen dat geen sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten. Voor die conclusie is vereist dat er op het moment van gunning van de overheidsopdracht concrete aanwijzingen bestaan, dat het kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht is gegund, weldra voor particuliere aandeelhouders zal worden opengesteld.

Verder wijst het Hof erop dat het feit dat als particuliere aandeelhouders later - maar nog altijd binnen de looptijd van die opdracht - zouden participeren in het kapitaal van die vennootschap, dit een wijziging oplevert van een basisvoorwaarde voor de opdracht waardoor (alsnog) een aanbesteding moet worden uitgeschreven.

Onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak bevestigt het Hof dat ook als meerdere overheidsinstanties gezamenlijk het toezicht op een entiteit houden, dit *toezicht als op de eigen diensten* kan inhouden. Eveneens herhaalt het Hof dat, voor het antwoord op de vraag of aan dit 'toezichtcriterium' is voldaan, alle relevante omstandigheden moeten worden meegewogen. Er moet sprake zijn van doorslaggevende invloed op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen in de betrokken entiteit. Interessant is in dit kader het oordeel van het Hof dat, wanneer sprake is van een 'marktgerichte vennootschap', dit aan vervulling van het toezichtcriterium in de weg staat.

2.5 HvJ EG 10 september 2009, C-206/08: Eurawasser

Concessieovereenkomst voor diensten. Beperkt exploitatierisico.

De casus die aan deze zaak ten grondslag ligt, ziet op de verlening van een concessie voor de drinkwatervoorziening en de afvoer van afvalwater voor de duur van 20 jaar. Als tegenprestatie verkrijgt de dienstverlener het recht om op privaatrechtelijke basis vergoedingen van derden te innen. Het door de dienstverlener van de aanbestedende dienst over te nemen exploitatierisico is op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd van meet aan zeer beperkt.

De vraag die in deze zaak centraal staat is of onder deze omstandigheden, waarin het over te nemen exploitatierisico zeer beperkt is, sprake kan zijn van een concessieovereenkomst voor diensten. Het Hof oordeelt dat dit het geval is.

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat het Hof eerst in op het verschil tussen concessieovereenkomsten voor diensten en overheidsopdrachten voor diensten. Dit verschil is primair gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverlener wordt betaald¹³, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren al dan niet gepaard gaande met een prijs.

Uit vaste jurisprudentie van het Hof volgt dat laatstgenoemde wijze van beloning impliceert dat de dienstverlener het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico in zeker mate draagt.¹⁴ Het Hof overweegt dat het risico inherent is aan de economische exploitatie van de dienst. Wanneer in het geheel geen aan de verlening van de dienst verbonden risico wordt overgedragen op de dienstverlener, is sprake van een opdracht voor diensten.¹⁵

De partijen die in deze zaak opmerkingen indienden, waaronder de Duitse regering, de Tsjechische regering en de Commissie, verschilden van mening over de mate waarin risico overdracht zou moeten plaatsvinden wil sprake zijn van een concessie voor diensten.

Het Hof oordeelt vervolgens dat, wil er sprake zijn van een concessieovereenkomst voor diensten, het hoe dan ook noodzakelijk is dat de aanbestedende dienst *het op hem rustende exploitatierisico* in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder. Het hoeft daarbij echter niet altijd te gaan om de overdracht van een *aanzienlijk* risico. Voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut - zoals watervoorziening en de afvoer van afvalwater waarvan in het hoofdgeding sprake is - kunnen regelingen gelden die een beperking van de economische risico's - ook voor de aanbestedende dienst - tot gevolg kunnen hebben. Anders gezegd, het gaat er niet om of de overdracht van risico naar algemene maatstaven substantieel is, maar of het risico dat de aanbestedende dienst voorafgaand aan concessieverlening/opdrachtverlening droeg, voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen.

Het moet de te goeder trouw handelende aanbestedende diensten vrij staan om de dienstverrichting

¹³ HvJ EG 13 oktober 2005, Zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 39.

¹⁴ *Parking Brixen* t.a.p., r.o. 40 en HvJ EG d.d. 18 juli 2007, C-382/05 (*Commissie/Italië*) en HvJ EG d.d. 13 november 2008, C-437/07 (*Commissie/Italië*).

¹⁵ HvJ EG d.d. 27 oktober 2005, C-234/03 (*Contse e.a.*), r.o. 22 en HvJ EG d.d. 18 juli 2007, *Commissie/Italië* t.a.p., r.o. 35-37 en HvJ EG d.d. 13 november 2008, *Commissie/Italië* t.a.p., r.o. 30 en 32-35.

door middel van een concessie te verzekeren, wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is. Heeft de aanbestedende dienst geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, dan is het hem in dergelijke omstandigheden onmogelijk om risicofactoren die op grond daarvan zijn uitgesloten, in te voeren en bijgevolg over te dragen, aldus het Hof.

2.6 HvJ EG 15 oktober 2009, C-196/08: Acoset

Geen dubbele aanbestedingsprocedure. Institutionele PPS.

Deze zaak gaat over de oprichting van een gemengde vennootschap (een PPS) voor de exploitatie van een dienst in de watersector. Via een aanbesteding, aangekondigd in het Publicatieblad voor de Europese Gemeenschappen werd een private partner gekozen voor deelname aan de PPS. Acoset nam deel aan de aanbestedingsprocedure en bleef als enige over. De aanbestedende dienst trok de aanbestedingsprocedure in uit vrees dat het gemeenschapsrecht zou zijn geschonden. Met name was de zorg dat de PPS een concessie voor diensten zou verkrijgen, terwijl die concessie zelf - anders dan de selectie van de private partner - niet met inachtneming van de transparantieplichting uit het Verdrag zou worden verleend. Acoset kwam hier tegen op.

Het Hof overweegt dat de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde vennootschap in beginsel in strijd is met het EG recht, omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming, zou bevoordelen tegenover haar concurrenten.¹⁶ Daarbij wijst het Hof het bepaalde in paragraaf 2.1 van de Interpretatieve mededeling van de Commissie inzake PPS.¹⁷ Hierin merkt de Commissie op dat het feit dat een private entiteit en een aanbestedende dienst samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, geen reden is om de regels inzake concessieovereenkomsten niet na te leven wanneer aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een concessieovereenkomst wordt gegund.

Een dubbele aanbestedingsprocedure, waarbij eerst de partner wordt geselecteerd en daarna de concessie wordt aanbesteed, valt volgens het Hof echter

niet te rijmen met de beoogde vermindering van procedurele formaliteiten.

Het Hof oordeelt dat in deze een tweede aanbestedingsprocedure - ter verlening van de concessie - niet nodig is, omdat bij de selectie van de private partner de gemeenschapsrechtelijke beginselen in acht zijn genomen en niet alleen is gelet op de kapitaalbreng, maar ook op de technische geschiktheid van de partner om de waterdienst te kunnen beheren. Een tweede aanbestedingsprocedure voor de concessie zou zelfs ongerechtvaardigd zijn, gelet op de duur van dergelijke procedures en de rechtsonzekerheid over de gunning van de concessie aan de vooraf geselecteerde particuliere partner.

Het Hof wijst er tot slot op dat de gemengde vennootschap gedurende de volledige concessieduur hetzelfde statutaire doel moet behouden en dat bij elke wezenlijke wijziging van de overeenkomst een aanbestedingsprocedure moet worden uitgeschreven.¹⁸

2.7 HvJ EG 15 oktober 2009, C-138/08: Hochtief AG

Toepasselijkheid richtlijn 2004/18/EG. Verplichting tot toelating minimumaantal gegadigden. Daadwerkelijke mededinging.

Deze zaak gaat over een door de lokale overheid van Boedapest gehouden onderhandelingsprocedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Ten tijde van de aanvang van de aanbestedingsprocedure was richtlijn 2004/18/EG wel al in werking getreden, maar zij was nog niet in het nationale recht opgenomen. De omzettingstermijn was nog niet verstreken.

Met diens eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 2004/18/EG onder deze omstandigheden op een overheidsopdracht van toepassing is. Het Hof oordeelt dat richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing is op een beslissing die een aanbestedende dienst bij de plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken heeft genomen vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van deze richtlijn. Dit zou in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid. Het Hof herinnert eraan dat de lidstaten niet het verwijt kan worden gemaakt dat zij de richtlijn niet in nationaal recht hebben omgezet vóórdat de termijn voor omzetting ervan is verstreken.¹⁹

¹⁶ *Stadt Halle en RPL Lochau t.a.p.*, r.o. 51 en HvJ EG d.d. 10 november 2005, C-29/04 (*Commissie/Oostenrijk*), r.o. 48.

¹⁷ Pb 2008, C-91, p.4.

¹⁸ HvJ EG d.d. 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 34.

¹⁹ Zie HvJ EG d.d. 18 december 1997, C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*), r.o. 43 en HvJ EG d.d. 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler e.a.*), r.o. 114.

De tweede prejudiciële vraag betreft de, in artikel 22 lid 3 van richtlijn 93/37/EEG opgenomen, eis dat het aantal gegadigden dat tot de onderhandelingen wordt toegelaten niet lager mag zijn dan drie, 'voor zover er voldoende geschikte gegadigden zijn'. De verwijzende rechter vraagt zich af of, indien het minimumaantal geschikte gegadigden niet wordt bereikt, de procedure moet worden beëindigd. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. De minimumeis van drie gegadigden geldt alléén voor zover dit mogelijk is gelet op het aantal geschikte gegadigden. In dit licht moet als 'geschikte gegadigde' in de zin van genoemd artikel worden beschouwd iedere aannemer die heeft verzocht om een uitnodiging tot deelname aan de betrokken procedure, waarop geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en die voldoet aan de toepasselijke geschiktheidseisen.

Tot slot vraagt de verwijzende rechter zich af of de eis uit Richtlijn 93/37 ten aanzien van de niet-openbare procedure, dat voldoende gegadigden moeten worden toegelaten om 'daadwerkelijke mededinging' te genereren ook toepassing vindt ten aanzien van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Het Hof oordeelt dat aanbestedende diensten er steeds op toe moeten zien dat daadwerkelijke mededinging wordt gegenereerd, en dat aan die verplichting, in het geval van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, steeds is voldaan als een oproep tot mededinging conform de voorschriften uit de richtlijn is gedaan. De uitspraak roept direct de vraag op hoe dan in de onderhandelingsprocedure *zonder* voorafgaande bekendmaking daadwerkelijke mededinging moet worden gegenereerd, maar die vraag wordt in het arrest niet beantwoord.

2.8 HvJ EG 29 oktober 2009, C-536 /07: Commissie / Duitsland

Bouw expositiehallen 'KölnMesse' zonder voorafgaande aanbesteding. Ontvankelijkheid EC ivm tijdsverloop. Kwalificatie gemengde overeenkomst. Hoofdvoorwerp overeenkomst.

De casus die ten grondslag ligt aan dit arrest is - kort samengevat - de volgende. Een privaatrechtelijke vennootschap, KölnMesse GmbH, verkocht een stuk grond voor de bouw van vier expositiehallen aan een investeringsmaatschappij. De investeringsmaatschappij sloot een huurovereenkomst met de stad Keulen voor de huur van de grond en de (nog te realiseren) opstallen voor een periode van 30 jaar. Volgens deze overeenkomst moest de investeringsmaatschappij werken uitvoeren die voldeden aan de gedetailleerde specificaties van de stad Keulen. De stad Keulen sloot een onderhuurovereenkomst

met KölnMesse GmbH die gelijklopend was aan de hoofdhurovereenkomst.

Naar aanleiding van een klacht startte de Commissie de onderhavige inbreukprocedure, waarin de Commissie betoogt dat de hoofdhurovereenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken.

De Bondsrepubliek Duitsland werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, die is gebaseerd op het feit dat de overeenkomst geen effect meer sorteert bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, omdat de bouwwerken op dat moment al lang waren voltooid.

Het Hof wijst op vaste rechtspraak waaruit volgt dat een beroep wegens niet-nakoming niet-ontvankelijk is, indien op de datum waarop de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn verstrijkt de betrokken overeenkomst geen effect meer sorteert.²⁰ Voor de beoordeling of hiervan sprake is, moet volgens het Hof worden gekeken naar het project als geheel en in het licht van al zijn kenmerken en bestanddelen. In casu geldt dat de overeenkomst niet al haar effect reeds had gesorteerd bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn. Weliswaar waren de bouwwerken bij het verstrijken van bedoelde termijn al voltooid, maar het onderdeel 'verhuur' liep nog door en kon niet los worden gezien van de overige onderdelen van het project.

Ten aanzien van de juridische kwalificatie van de betrokken overeenkomst wordt het argument van Duitsland, dat in feite is gerealiseerd ten behoeve van KölnMesse GmbH en dat die partij functioneel gezien de contractspartij is van de investeringsmaatschappij, door het Hof verworpen. Er zijn geen contractuele relaties tussen de investeringsmaatschappij en KölnMesse (behoudens koop-verkoop van bouwgrond, maar dat is volgens het Hof niet relevant) en de stad Keulen draagt de financiële verantwoordelijkheid in geval KölnMesse GmbH de huur niet betaalt. De relevante overeenkomst - huur van de grond en de (nog te realiseren) opstallen - is gesloten tussen de stad Keulen en de investeringsmaatschappij. Daarmee sneuvelt ook het betoog van Duitsland dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten door een aanbestedende dienst. De stad Keulen is immers ongetwijfeld wel een aanbestedende dienst.

Het Hof overweegt dat voor de kwalificatie van een gemengde overeenkomst als de onderhavige 'huurovereenkomst' (diensten versus werken) moet worden gekeken naar het hoofdvoorwerp van de opdracht, ongeacht de formele kwalificatie van de

20 HvJ EG d.d. 2 juni 2005, C-394/02 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak en HvJ EG d.d. 11 oktober 2007, C-237/05, (*Commissie Griekenland*), r.o. 29.

overeenkomst en ongeacht de te betalen bedragen - lees: ongeacht de financiële waarde van de verschillende componenten van de overeenkomst. Het Hof oordeelt dat in deze sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Aan dit oordeel legt het Hof, onder meer, ten grondslag dat het onmiddellijke doel van de overeenkomst niet de verhuur van gebouwen kan zijn, omdat op de ingangsdatum van de overeenkomst met de uitvoering van de bouwwerken nog niet was begonnen. Verder wijst het Hof erop dat de eisen die de stad Keulen aan de op te trekken gebouwen stelt, verder gaan dan de eisen die een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw van een zekere grootte stelt. Het feit dat het totale aan de investeringsmaatschappij te betalen huurbedrag hoger is dan het bedrag aan bouwkosten, doet volgens het Hof aan het voorgaande niet af. Evenmin is relevant dat de betrokken overeenkomst mogelijk niet voorziet in een optie of verplichting voor de huurder om de opgerichte gebouwen (terug) te kopen.²¹

2.9 HvJ EG 12 november 2009, C-199/07: Commissie / Helleense Republiek

Gelijke behandeling inschrijvers. Onderscheid selectiecriteria en gunningcriteria.

In de onderhavige zaak zijn de grieven van de Commissie gericht tegen een aantal bepalingen en voorwaarden in een aankondiging van opdracht van de Griekse spoorautoriteit. De aankondiging had betrekking op het uitvoeren van een studie betreffende onroerende en elektromechanische projecten in het kader van de bouw van een spoorwegstation.

De eerste grief van de Commissie was gericht tegen een bepaling in de aankondiging waaruit volgt dat een buitenlands adviesbureau of adviseur wordt uitgesloten van deelneming aan een nieuwe aanbestedingsprocedure als dit adviesbureau of die adviseur in de zes maanden voorafgaande aan de nieuwe aanbestedingsprocedure kwalificaties had opgegeven die overeenstemden met andere categorieën van certificaten dan voor de nieuwe procedure werden verlangd. Het Hof oordeelt dat deze bepaling in strijd is met artikel 4 lid 2 van de toepasselijke richtlijn 93/39/EEG, waarin staat dat de aanbestedende diensten ervoor zorgen dat er geen discriminatie tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters plaatsvindt.

Aan dit oordeel legt het Hof ten grondslag dat de formulering van de litigieuze bepaling leidt tot een

verschil in behandeling tussen nationale gegadigden en buitenlandse gegadigden, zonder dat daarvoor een rechtvaardiging is aangevoerd. Buitenlandse gegadigden kunnen namelijk worden afgeschrikt door de bepaling, die er in feite toe leidt dat het systeem van certificaten van de Griekse spoorautoriteit anders wordt toegepast ten aanzien van buitenlandse ondernemingen dan ten aanzien van nationale ondernemingen. Griekenland had zich nog verweerd met de stelling dat buitenlandse belangstellenden opheldering hadden kunnen vragen bij de aanbestedende dienst, en dat dan zou zijn gebleken dat de bepaling in de praktijk coulant werd toegepast. Het Hof echter acht een situatie waarin een bepaalde categorie van belangstellenden zich eerst tot de aanbesteder moet wenden om een juist begrip van de voorwaarden voor deelneming te verkrijgen in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

Dat beginsel brengt onder meer met zich dat (potentiële) inschrijvers zich in het algemeen in een gelijke positie moeten bevinden en bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun aanbieding dezelfde kansen moeten hebben.²² In het bijzonder moeten de potentiële belangstellenden zich in een gelijke situatie bevinden wat de strekking betreft van de informatie in een aankondiging van opdracht. Voornoemde beginselen zouden niet in acht worden genomen, wanneer een categorie van die belangstellenden zich tot de betrokken aanbestedende dienst moet wenden om opheldering en bijkomende informatie te verkrijgen met betrekking tot de werkelijke betekenis van de inhoud van een aankondiging van opdracht, hoewel de formulering van die aankondiging geen twijfels doet rijzen bij een redelijk bedachtzame en zorgvuldige belangstellende.

Met haar tweede grief betoogt de Commissie dat in de aankondiging van de opdracht op ontoelaatbare wijze criteria voor de kwalitatieve selectie van de inschrijvers worden verward met criteria voor de gunning van de opdracht. Het Hof is het met de Commissie eens en overweegt dat criteria die er niet toe strekken om de economisch voordeligste aanbieder vast te stellen, maar die in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren, niet mogen worden toegestaan als gunningcriteria.²³

²¹ HvJ EG d.d. 18 januari 2007, C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 47.

²² Zie in die zin HvJ EG d.d. 12 december 2002, C-470 (*Universale-Bau e.a.*), r.o. 93 en HvJ EG d.d. 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 44 en 45 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²³ Zie in die zin HvJ EG d.d. 24 januari 2008 (*Lianakis*), Zaak C-532/06, r.o. 30.

2.10 HvJ EG 23 december 2009, C-305/08: CoNISMa / Regione Marche

Toelating openbaar lichaam tot aanbestedingsprocedure.

In deze zaak staat de vraag centraal of lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en evenmin op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn, als 'ondernemer' in de zin van artikel 1 lid 2 sub a van richtlijn 2004/18/EG aan een openbare aanbestedingsprocedure mogen deelnemen.

Volgens de Italiaanse Raad van State die deze vraag in de nationale procedure moest beantwoorden zou toelating van openbare lichamen tot aanbestedingsprocedures het beginsel van mededinging in twee opzichten kunnen schenden. Enerzijds zou het gevaar bestaan dat bepaalde soorten overheidsopdrachten aan de vrije markt wordt onttrokken, doordat de toegang tot deze opdrachten voor een groot aantal gewone ondernemingen feitelijk moeilijker zou worden. Anderzijds zou de gekozen opdrachtnemer als openbaar lichaam een onrechtmatig voordeel genieten door de gegarandeerde economische zekerheid in de vorm van een constante en voorzienbare overheidsfinanciering die andere ondernemers niet hebben.

Het Hof is het hiermee niet eens en overweegt dat de gemeenschapswetgever het begrip 'ondernemer die diensten op de markt aanbiedt' niet heeft willen beperken tot enkel die marktdeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd. Het Hof komt tot deze conclusie op basis van, onder meer, het volgende:

- a. punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG biedt de mogelijkheid voor een 'publiekrechtelijke instelling' om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure;
- b. artikel 1 lid 8 van richtlijn 2004/18/EG verleent de hoedanigheid van 'ondernemer' niet alleen aan elke natuurlijke of rechtspersoon die diensten op de markt aanbiedt, maar ook - uitdrukkelijk - aan elk openbaar lichaam dat diensten op de markt aanbiedt;
- c. tegenover een eventuele bevoorrechte positie van een openbaar lichaam kan worden gewezen op artikel 55 lid 3 van richtlijn 2004/18/EG,

waarin de mogelijkheden van de aanbestedende dienst staan in geval van abnormaal lage inschrijvingen²⁴;

- d. Uit het arrest *Bayerische Rundfunk e.a.*²⁵ volgt dat een van de doelstellingen van de communautaire bepalingen inzake aanbestedingen de openstelling is voor een zo ruim mogelijke mededinging en dat het in het belang van het gemeenschapsrecht is om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een aanbesteding te waarborgen.²⁶
- e. Openstelling voor een zo ruim mogelijke mededinging is ook in het belang van de betrokken aanbestedende dienst, die aldus met betrekking tot de voordeligste en meest aan de behoeften van het betreffende publiek aangepaste aanbidding over een ruimte keuze beschikt.²⁷

Ten overvloede wijst het Hof nog op zijn oordeel in de zaak *Arge*²⁸ dat een aanbestedende dienst onder omstandigheden gehouden kan zijn, althans de mogelijkheid heeft, om rekening te houden met het feit dat subsidie of zelfs staatssteun aan een inschrijver is toegekend. Dit kan leiden tot uitsluiting.

2.11 HvJ EG 13 december 2009, C-376/08: Serrantoni Srl / Comune di Milano

Absoluut verbod tot deelname. Combinaties.

In deze zaak staat de vraag centraal of een Italiaanse wet, die een absoluut verbod bevat om tegelijkertijd als consortium en als afzonderlijk lid uit dat consortium deel te nemen aan een zelfde aanbestedingsprocedure, in strijd is met het gemeenschapsrecht.

De casus in kwestie ziet op een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht met een waarde beneden het vigerende drempelbedrag, maar waarvan het Hof aanneemt dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het Hof wijst op vaste rechtspraak, waaruit blijkt dat bij het plaatsen van een dergelijke opdracht de fundamentele regels en de algemene beginselen van het EG-verdrag moeten worden toegepast. Wat die opdrachten onderscheidt van de opdrachten waarvan de waarde de in richtlijn 2004/18/EG vastgestelde drempel overschrijdt, is dat alleen die laatste opdrachten onderworpen zijn aan de bijzondere en strenge

²⁴ Zie over de verplichting c.q. de mogelijkheid van de aanbestedende dienst om inschrijvers die subsidie of ontoelaatbare steun ontvangen uit te sluiten: HvJ EG d.d. 7 december 2000, C-94/99 (*ARGE*), r.o. 29.

²⁵ t.a.p., r.o. 39.

²⁶ HvJ EG d.d. 19 mei 2009, C-538/07, (*Assitur*), r.o. 26.

²⁷ Zie in die zin, betreffende abnormaal lage inschrijvingen: HvJ EG d.d. 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06 (*SECAP en Santorso*), r.o. 29.

²⁸ HvJ EG d.d. 7 december 2000, C-94/99.

procedures waarin is voorzien bij die richtlijn, aldus het Hof.²⁹

Het Hof overweegt, in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van de Italiaanse wet, dat de lidstaten een zekere discretionaire bevoegdheid hebben om maatregelen vast te stellen ter waarborging van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.³⁰ Op grond van het evenredigheidsbeginsel geldt evenwel dat de lidstaten vastgestelde maatregelen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.³¹

Een regel van automatische uitsluiting, als in casu aan de orde, druist in tegen het evenredigheidsbeginsel. Immers, de regel gaat uit van een onweerlegbaar vermoeden van negatieve beïnvloeding van de mededinging. Dit is in strijd met het evenredigheidsbeginsel en met het communautaire belang om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers

aan een aanbesteding te waarborgen en gaat verder dan nodig is om het doel (gelijke behandeling en transparantie) te bereiken.³² Daarnaast volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de artikelen 43 en 49 van het EG-verdrag in de weg staan aan een nationale maatregel, die de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken.³³

Een belemmering als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, kan volgens het Hof mogelijk gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang - bestrijding van mogelijke collusie - wordt nagestreefd en zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken. Nu de wettelijke bepaling verder gaat dan nodig is om het doel te bereiken, valt deze echter niet te rechtvaardigen.

29 *SECAP en Santorso* t.a.p., r.o. 19, 20 en 21 en de aldaar aangehaalde rechtspraak..

30 *Michaniki* t.a.p., r.o. 44.

31 *Michaniki* t.a.p., r.o. 48 en 62, alsmede *Assitur* t.a.p., r.o. 21 en 23.

32 *Assitur* t.a.p. r.o. 30.

33 Zie in die zin HvJ EG d.d. 14 oktober 2004, C-299/02 (*Commissie/Nederland*), r.o. 15 en HvJ EG d.d. 9 november 2006, C-433/04 (*Commissie/België*), r.o. 28.