

Kroniek aanbestedingsrecht

Mr. J.W.A. Bergevoet, mr. L.M. Hiemstra en mr. S.R.A. Lucas*

In deze kroniek belichten de auteurs de recente ontwikkelingen op het gebied van het Europese aanbestedingsrecht over de periode van januari 2009 tot juli 2010. Op wetgevingsgebied is een belangrijke recente ontwikkeling de implementatie van de herziene EG-handhavingsrichtlijnen in de Nederlandse rechtsorde door inwerkingtreding van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Daarnaast heeft het Hof van Justitie in het afgelopen anderhalf jaar veel (meer dan twintig) arresten gewezen op het gebied van Europees aanbestedingsrecht. Terugkerende onderwerpen in deze arresten die wij in deze kroniek zullen behandelen, zijn de subjectieve werkingssfeer van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (het begrip aanbestedende dienst/publiekrechtelijke instelling), de objectieve werkingssfeer van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (gebiedsontwikkeling en dienstenconcessies) en de uitzonderingen op de werkingssfeer (vanwege dwingende redenen van algemeen belang), alsmede uitsluiting van ondernemingen en werkelijke mededinging.

318

Rechtsbeschermingsrichtlijnen / Wira

Begin dit jaar (op 19 februari 2010) zijn de herziene EG-handhavingsrichtlijnen in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd door inwerkingtreding van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira).

De EG-handhavingsrichtlijnen hebben ten doel om te waarborgen dat er zodanige rechtsmiddelen zijn dat overheidsopdrachten op een open, eerlijke en transparante wijze worden gegund. Door middel van een herziene richtlijn¹ (hierna: de Wijzigingsrichtlijn) beoogde de Europese Commissie (hierna: Commissie) meerdere gebreken in de handhavingsrichtlijnen aan te pakken. Het

eerste gebrek betreft met name het ontbreken van een termijn om een doeltreffend beroep in te stellen tussen het besluit tot gunning van een opdracht en het sluiten van de desbetreffende overeenkomst; het tweede gebrek betreft het ontbreken van doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties ter bestrijding van de onwettige onderhandse gunning van opdrachten.

Het eerstgenoemde gebrek heeft de Commissie aangepakt door een nieuw voorschrift in de Wijzigingsrichtlijn (art. 2 bis) te introduceren met daarin de verplichting voor aanbestedende diensten om na een beslissing tot gunning van een overheidsopdracht het sluiten van de daarmee beoogde overeenkomst op te schorten met een termijn van minimaal vijftien kalenderdagen vanaf het tijdstip waarop de gunningsbeslissing is meegedeeld aan de betrokken inschrijvers of gegadigden. Ingeval van elektronische verzending van de mededeling kan de minimumtermijn tien dagen zijn. In navolging van de vijftiendagetermijn in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass), wordt in artikel 4 van de Wira eveneens uitgegaan van een termijn van vijftien kalenderdagen.

De opschortende termijn hoeft niet nageleefd te worden indien overeenkomstig de EG-richtlijnen 2004/17/EG (Richtlijn Nutssectoren) en 2004/18/EG (Richtlijn Overheden) geen voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het EG-Publicatieblad vereist is, indien alleen de beoogde winnende inschrijver betrokken is, of indien sprake is van opdrachten op grond van een raamovereenkomst respectievelijk een dynamisch aankoopstelsel (art. 2 ter Wijzigingsrichtlijn en art. 4 Wira).

De Wijzigingsrichtlijn (art. 2 lid 3) en de Wira (art. 4) voorzien erin dat indien daadwerkelijk beroep bij de rechter wordt ingesteld binnen de termijn, het sluiten van de overeenkomst moet worden opgeschort totdat de beroepsinstantie een besluit op het beroep heeft genomen. In de Wira heeft Nederland gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de opschorting te beperken tot het vonnis van de rechter die verzocht is om een voorlopige voorziening te treffen. Het aanbrenge van een zaak ten gronde schort de termijn niet op.

Het tweede genoemde gebrek in EG-handhavingsrichtlijnen – het ontbreken van sancties – heeft de Commissie

* Mr. J.W.A. Bergevoet is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. L.M. Hiemstra is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. S.R.A. Lucas is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Richtlijn 2007/66/EG, Pb. EU 2007, L 335/46.

aangepakt door in de Wijzigingsrichtlijn een verplichting voor de lidstaten te introduceren om ervoor zorg te dragen dat in een aantal nader genoemde gevallen een gesloten overeenkomst onverbindend wordt verklaard, of dat de onverbindendheid het gevolg is van een besluit van een onafhankelijke beroepsinstantie. De eerste grond voor onverbindendheid ziet op gunning van overheidsopdrachten zonder voorafgaande bekendmaking in het EG-Publicatieblad zonder dat dit op grond van de Richtlijn Overheden is toegestaan. Dit wordt in de toelichting ook wel aangeduid als onwettige onderhandse gunning. De tweede grond voor onverbindendverklaring van een overeenkomst betreft de situatie waarin de overeenkomst is gesloten zonder inachtneming van de verplichte opschortingstermijn (van vijftien kalenderdagen).

De Wijzigingsrichtlijn laat het aan de lidstaten over om de gevolgen van onverbindendverklaring van een overeenkomst te bepalen. In de Wira is gekozen voor vernietiging van de overeenkomst, in te roepen voor de rechter. Belanghebbenden kunnen daartoe uiterlijk zes maanden na het sluiten van de overeenkomst een vordering tot vernietiging van de overeenkomst bij de (bodem)rechter indienen. Deze beroepstermijn kan worden verkort tot dertig dagen door (1) publicatie van een aankondiging na gunning (inclusief een rechtvaardiging), of (2) de betrokken inschrijvers en gegadigden in kennis te stellen van de gesloten overeenkomst met daarbij een gemotiveerde gunningsbeslissing. Een verdere inkorting van de beroepstermijn tot vijftien dagen is mogelijk door voorafgaand aan de onderhandse gunning een aankondiging van het voornemen om tot sluiting van een overeenkomst over te gaan bekend te maken in het Publicatieblad van de Europese Unie, en een opschortende minimumtermijn van ten minste vijftien kalenderdagen toe te passen. Onverbindendverklaring (vernietiging) van de overeenkomst mag volgens de Wijzigingsrichtlijn en de Wira achterwege worden gelaten ingeval van dwingende redenen van algemeen belang die het noodzakelijk maken dat de overeenkomst verbindend blijft (art. 2 quinquies lid 3 Wijzigingsrichtlijn en art. 11 Wira). De rechter mag derhalve een belangenafweging toepassen. Voor het geval ervoor gekozen wordt de overeenkomst vanwege de belangenafweging niet onverbindend te verklaren, schrijven de Wijzigingsrichtlijn en de Wira voor dat moet worden voorzien in alternatieve sancties, bestaande uit het opleggen van boetes aan de aanbestedende dienst of het verkorten van de looptijd van de overeenkomst. De nationale rechter krijgt daarbij de bevoegdheid de verkorting van de looptijd desnoods ambtshalve op te leggen. Het opleggen van de tweede alternatieve sanctie, de bestuurlijke boete, wordt voorbehouden aan de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De maximale hoogte van de boete is 15 procent van de geraamde waarde van de opdracht.

Publiekrechtelijke instelling

In het afgelopen anderhalf jaar bleef de subjectieve werkingssfeer van de EG-aanbestedingsrichtlijnen – de organisaties die verplicht zijn Europees aan te besteden – en met name de uitleg van de subcategorie ‘publiekrechtelijke instelling’² onderwerp van discussie. Dit betreft met name de uitleg van de voorwaarden voor kwalificatie als publiekrechtelijke instelling die zien op ‘voorzien in behoeften van niet-commerciële aard’ en ‘sterke mate van afhankelijkheid van de overheid door financiering of toezicht op haar beheer’. Zo ook in de zaken *Oymanns* en *Wall* (beide arresten van het Hof van Justitie) en *Amphia Ziekenhuis* (een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem). In de zaak *Oymanns*³ ging het Hof van Justitie in op de vraag of Duitse wettelijke ziekenfondsen moeten worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling. Allereerst benadrukt het Hof van Justitie dat hun vermelding in bijlage III bij de Richtlijn Overheden niet doorslaggevend is. Getoetst dient te worden of deze vermelding strookt met de correcte toepassing van de voorwaarden van publiekrechtelijke instelling. Meer in het bijzonder was de vraag of deze ziekenfondsen voldoen aan de voorwaarde dat zij in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd.

Onder verwijzing naar het arrest *Bayerischer Rundfunk*⁴ merkt het Hof van Justitie als eerste op dat de Richtlijn 2004/18/EG geen enkele verduidelijking bevat over de wijze waarop de financiering dient te gebeuren. Zo wordt niet vereist dat er sprake moet zijn van financiering rechtstreeks door de staat of door een andere publiekrechtelijke instelling. Een indirecte financieringswijze volstaat dus. Het Hof van Justitie constateert vervolgens dat de ziekenfondsen voor het leeuwendeel worden gefinancierd door verplichte bijdragen van de verzekerden. Tegenover deze bijdragen staat volgens het Hof van Justitie geen specifieke, contractuele tegenprestatie (als bedoeld in het *Cambridge*-arrest⁵), omdat de bijdrageplicht en het premiebedrag niet resulteren uit een overeenkomst tussen de wettelijke ziekenfondsen en hun leden, maar is opgelegd door de wet. Aangezien de bijdragen van de verzekerden verder worden opgelegd, berekend en geïnd volgens publiekrechtelijke regels, voldoen de Duitse wettelijke ziekenfondsen aan de voorwaarde dat zij in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd.

2. Onder publiekrechtelijke instelling wordt in art. 1 sub 9 van de Richtlijn Overheden iedere instelling verstaan: ‘die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, die rechtspersoonlijkheid bezit, en waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen’.
3. HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-300/07, *Oymanns*, n.n.g.
4. HvJ EG 13 december 2007, zaak C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, *Jur.* 2008 p. I-10323, r.o. 34 en 49.
5. HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98, *University of Cambridge*, *Jur.* 2000, p. I-8035. Uit het *Cambridge*-arrest volgt dat alleen financiële steun die verstrekt wordt zonder dat daar een specifieke, contractuele tegenprestatie tegenover staat, kan worden aangemerkt als openbare financiering als bedoeld in de richtlijn.

De aanwezigheid van wederkerige overeenkomsten betreft het Hof van Justitie in de zaak *Wall*⁶ ook bij zijn toets of de betrokken instelling voldoet aan de voorwaarde dat zij niet in concurrentie treedt met andere ondernemingen op de markt (i.e. de voorwaarde ‘voorzien in behoeften van niet-commerciële aard’). De omstandigheid dat meer dan de helft van de omzet van de betrokken instelling voortkomt uit wederkerige overeenkomsten, welke verhouding volgens het Hof van Justitie gelijk is te stellen met die welke bestaat in normale handelsbetrekkingen, en de omstandigheid dat de betrokken instelling bij het uitoefenen van haar activiteit in concurrentie staat met andere ondernemingen op de markt, achtte het Hof van Justitie voldoende om aan te nemen dat de instelling niet voldoet aan de voorwaarde van het verrichten van activiteiten van niet-commerciële aard, dan daarom niet kan worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling.

In de zaak over de aanbestedingsplicht van het *Amphia Ziekenhuis*⁷ is het Gerechtshof Arnhem in zijn arrest ingegaan op de vraag of het Amphia Ziekenhuis op een andere wijze dan door overheidsfinanciering in sterke mate afhankelijk is van de overheid.

Daartoe onderzoekt het gerechtshof of er sprake is van toezicht op het beheer van het Amphia Ziekenhuis. Het gerechtshof overweegt dat het toezicht op beheer moet worden getoetst op een mogelijkheid tot reële beïnvloeding van het beleid van het Amphia Ziekenhuis, in het bijzonder met betrekking tot het plaatsen van opdrachten, zoals in dit geval voor de aanschaf van voedselsorteerwagens. Een dergelijke mogelijkheid tot beïnvloeding op grond van de verschillende vormen van toezicht waaraan Amphia is onderworpen, ontbreekt echter volgens het gerechtshof, zodat bij het Amphia Ziekenhuis geen sprake is van een sterke mate van afhankelijkheid van de overheid. Aangezien Amphia niet aan het criterium van overheidsafhankelijkheid voldoet, concludeert het gerechtshof dat het Amphia Ziekenhuis niet dient te worden aangemerkt als aanbestedende dienst. Het gerechtshof gaat niet meer in op de vraag of aan het eerste criterium (activiteiten van niet-commerciële aard) wordt voldaan, nu het om cumulatieve criteria gaat. Met deze uitspraak bestaat er voor algemene ziekenhuizen op grond van de huidige stand van de Nederlandse rechtspraak in beginsel geen verplichting meer tot Europese aanbesteding conform de EG-richtlijnen bij de inkoop van goederen, diensten of werken.

Gebiedsontwikkeling

Het Hof van Justitie heeft in het afgelopen jaar twee arresten (*Commissie/Duitsland* en *Helmut Müller*) gewezen die van belang zijn voor de Nederlandse gebiedsontwikkelingspraktijk omdat het Hof van Justitie daarin nader ingaat op het begrip ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ in de zin van de Richtlijn Overheden.

In de zaak *Helmut Müller*⁸ benadrukt het Hof van Justitie (over de band van het vereiste van een bezwarende titel) dat de prestatie van de aannemer moet bestaan in de uitvoering van de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken en dat (wegens de aard, systematiek en doelstelling van de Richtlijn Overheden) deze prestatie voor de aanbestedende dienst een *rechtstreeks economisch belang* moet inhouden. Dit rechtstreeks economisch belang is aanwezig wanneer de aanbestedende dienst (1) eigenaar van de werken wordt, (2) krachtens rechtstitel over de werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming of (3) economische voordelen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van de werken kan halen, aan de verwezenlijking financieel heeft bijgedragen of risico loopt bij economische mislukking van het werk. Zolang dit rechtstreeks economisch belang aanwezig is, is niet vereist dat de opdracht voor de werken materieel of fysiek ten behoeve van de aanbestedende dienst wordt uitgevoerd. Het Hof van Justitie benadrukt dat het beoordelen van bouwplannen tot de reguliere taakuitoefening van een bevoegde stedenbouwkundige dienst hoort en dat deze taakuitoefening niet maakt dat sprake is van een rechtstreeks economisch belang van de dienst bij het betreffende werk. Noodzakelijk is wel dat de aannemer zich direct of indirect tot uitvoering van de opdracht heeft verbonden en dat deze realisatieplicht rechtens afdwingbaar is. In deze zaak had de aanbestedende dienst de bouwplannen van de ontwikkelaar onderzocht en goedgekeurd. Het Hof van Justitie oordeelt dat daarmee geen rechtstreeks economisch belang ontstaat. Evenmin is daardoor aan het vereiste van ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’ voldaan. Hiervoor geldt volgens het Hof van Justitie namelijk dat een aanbestedende dienst zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst heeft vastgesteld ‘wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen’.

Het Hof van Justitie gaat ook nog kort in op de concessieovereenkomst voor openbare werken. Hiervan kan pas sprake zijn als de aanbestedende dienst beschikt over een recht om een openbaar werk te mogen exploiteren dat zij vervolgens aan de aannemer kan overdragen. Als een ander (in casu: de aannemer) al eigenaar is van het betreffende werk en het exploitatierecht zijn oorsprong alleen in dat eigendomsrecht vindt, is een concessieovereenkomst uitgesloten om de simpele reden dat de aanbestedende dienst niets over te dragen heeft. Tot slot wordt de fasering (eerst verkoop grond en daarna een afzonderlijke gunning van de opdracht voor de uitvoering van werken) beoordeeld. Het Hof van Justitie merkt op dat het in dergelijke situaties raadzaam is niet meteen de toepassing van de Richtlijn Overheden uit te sluiten. Echter, in deze zaak was deze Richtlijn niet van toepassing omdat er op geen enkel moment een opdracht voor werken is gegund aan de ontwikkelaar.

6. HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08, *Wall*, n.n.g.

7. Gerechtshof Arnhem 18 november 2008, LJN BG4586.

8. HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, *Helmut Müller*, n.n.g.

Ook het arrest *Commissie/Duitsland*⁹ betref de vraag of het project aan te merken was als een overheidsopdracht voor werken. De casus was als volgt: KölnMesse (organisator van beurzen) verkocht grond voor de bouw van vier expositiehallen aan een ontwikkelaar. Deze ontwikkelaar sloot vervolgens een huurovereenkomst met de stad Keulen voor de huur door de stad van het stuk grond en de vier nog te realiseren opstallen voor een periode van dertig jaar (verder: de overeenkomst). Vervolgens verhuurde de stad het geheel weer onder – op identieke voorwaarden – aan KölnMesse en machtigde zij KölnMesse haar rechten c.q. verplichtingen uit de overeenkomst jegens de ontwikkelaar uit te oefenen c.q. na te komen. De Commissie stelde zich op het standpunt dat de overeenkomst ten onrechte niet was aanbesteed.

Het Hof van Justitie oordeelt dat de stad Keulen als contractspartij bij de overeenkomst heeft te gelden en niet KölnMesse, ongeacht of deze laatste door het samenstel van de diverse overeenkomsten feitelijk de rechten uit de overeenkomst jegens de ontwikkelaar zal uitoefenen. Verder is volgens het Hof van Justitie het voornaamste doel (en dus het hoofdvoorwerp¹⁰) van de overeenkomst de bouw van de hallen en niet de daaropvolgende verhuur. Dit wordt niet anders doordat de (contante waarde van de) totale huurprijs groter is dan de stichtingskosten. Nu de stad Keulen ook ‘zeer gedetailleerde specificaties’ voor de hallen had opgesteld, was aan alle voorwaarden voor een overheidsopdracht voor werken voldaan: de stad Keulen had de opdracht dus moeten aanbesteden.

In het licht van bovenstaande uitspraken, behandelen wij kort de uitspraak van de voorzieningenrechter te Den Haag in de procedure *De Raad Bouw/gemeente Noordwijk*.¹¹ De gemeente had zonder een voorafgaande openbare aankondiging een aantal partijen geselecteerd voor de herontwikkeling van een gebied tot gezondheidscentrum en veertig sociale woningen. Hoewel De Raad Bouw al eerder interesse had getoond, nodigde de gemeente haar niet uit. De Raad Bouw stelde dat het een overheidsopdracht voor werken betrof die ten onrechte niet Europees was aanbesteed. De voorzieningenrechter gaf haar hierin gelijk. Er was sprake van een bezwarende titel, want de ontwikkelaar kreeg een tegenprestatie van de gemeente (bestaande uit het feit dat de gemeente genoeg nam met een lagere dan de maximale opbrengst, omdat zij de plankwaliteit zwaarder liet wegen dan het financiële aspect) en de ontwikkelaar kon van derden inkomsten verkrijgen. Verder diende de ontwikkelaar haar plan ter goedkeuring aan de gemeente voor te leggen. Dat de gemeente niet de eigendom van de werken zou verkrijgen was, verwijzend naar de zaak *Auroux*, niet relevant. Deze zaak vertoont veel gelijkenissen met de zaak *Helmut Müller*. Beide betreffen de verkoop door een aanbestedende dienst van grond waarop de koper voor eigen rekening en risico een opstal zal ontwikkelen en realiseren. In beide gevallen bemoeit de aanbestedende dienst zich met de planontwikkeling,

onder ander door deze te keuren. Toch is de uitkomst van beide zaken verschillend. Met de kennis van nu menen wij dat voor de gemeente Noordwijk slechts een plicht tot aanbesteding gold als cumulatief aan de volgende voorwaarden werd voldaan: (1) de gemeente had een rechtstreeks economisch belang bij het project, (2) haar goedkeuring van de bouwplannen – en daarmee haar invloed – ging verder dan een enkele toetsing aan de van toepassing zijnde publiekrechtelijke regelgeving, (3) zij kon de realisatie van het project rechtens afdwingen en (4) zij diende in het kader van de uitvoering van de opdracht een tegenprestatie te leveren. Op basis van enkel de tekst van de uitspraak van de voorzieningenrechter Den Haag is niet vast te stellen of aan de eerste drie voorwaarden voldaan is. Aan de laatste voorwaarde lijkt voldaan te zijn door genoeg te nemen met minder dan de zo hoog mogelijke grondopbrengst. Overigens lijkt het op basis van de uitspraak in de zaak *Helmut Müller* minder voor de hand te liggen dat de overeenkomst als een concessieovereenkomst voor openbare werken wordt aangemerkt.

Het ministerie van VROM heeft eind 2009 de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009* gepubliceerd.¹² Deze *Reiswijzer* beoogt, volgens de ondertitel, ‘een praktische routebeschrijving voor marktpartijen en overheden te geven’. De *Reiswijzer* geeft per projectontwikkelingsfase¹³ de bandbreedtes aan waarbinnen een aanbestedende dienst dient te acteren om een aanbestedingsplicht te voorkomen. In het kader van deze bijdrage vermelden wij slechts dat de *Reiswijzer* met betrekking tot de opstalexpluatiefase benadrukt dat voor het voorkomen van een aanbestedingsplicht van belang is dat de grondprijs marktconform is (ook in verband met staatssteun) en dat de overheden zich ten aanzien van het te ontwikkelen vastgoed beperken tot het stellen van randvoorwaarden die niet verder gaan dan publiekrechtelijk toegestaan.¹⁴ Dat laatste sluit volgens de *Reiswijzer* het opleggen van een bouwplicht uit. De overheid moet de kaders voor vastgoedontwikkeling stellen, maar kan volgens de *Reiswijzer* deze ontwikkeling – tenzij als opdrachtgever – in beginsel niet afdwingen.

Concessie voor diensten

Behalve in de zaak *Helmut Müller* heeft het Hof van Justitie in het afgelopen jaar in de onderstaande zaken een nadere afbakening van het begrip concessieovereenkomst gegeven.

In de zaak *Oymanns*¹⁵ diende het Hof van Justitie te oordelen over de kwalificatie van de overeenkomst tussen Duitse ziekenfondsen en gespecialiseerde schoenmakers. In de overeenkomst verboden de schoenmakers zich om voor patiënten individueel naar hun behoeften vervaar-

9. HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07, *Commissie/Duitsland*, n.n.g.

10. Zie ook HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, *Auroux*, *Jur.* 2007, p. I-00385, r.o. 37.

11. Vzng. Rechtbank Den Haag 24 september 2008, LJN BF4232.

12. Dit in samenwerking met de NEPROM, het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koningsrelaties en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en het Interprovinciaal Overleg.

13. Planontwikkeling-, grondexploitatie- en opstalexpluatiefase.

14. De *Reiswijzer* noemt: bestemmingsplan, welstandsnota, beeldkwaliteitsplan en het Bouwbesluit (p. 68-69). Daarnaast kan nog aan de gemeentelijke bouwverordening gedacht worden.

15. HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-300/07, *Oymanns*, n.n.g.

digd orthopedisch schoeisel te leveren, waarbij deze patiënten voor en na de levering van het schoeisel uitgebreid werden geadviseerd door de schoenmakers. De nationale rechter wilde weten of dit een concessieovereenkomst of een raamovereenkomst betrof.

Het Hof van Justitie erkent dat het niet zonder meer gemakkelijk is een concessieovereenkomst en een raamovereenkomst te onderscheiden omdat de kenmerken hiervan vrij dicht bij elkaar liggen. Daarom zal het van de concrete kenmerken van de betrokken zaak afhangen. Kenmerkend voor een concessieovereenkomst is dat de concessiehouder over bepaalde economische vrijheid beschikt om te bepalen hoe hij het recht exploiteert en dus parallel sterk blootstaat aan de risico's van deze exploitatie. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat hier geen sprake van is, omdat de overeenkomst tussen het ziekenfonds en de schoenmaker deze laatste verplicht patiënten te helpen, de prijzen en duur vaststelt en betaling door het ziekenfonds voorschrijft. Dit betekent dat de schoenmakers noch voornoemde economische vrijheid hebben noch aan de risico's van de exploitatie blootstaan. De overeenkomst wordt derhalve als een raamovereenkomst aangemerkt.

In de zaak *Eurawasser*¹⁶ heeft het Hof van Justitie het begrip 'concessieovereenkomst voor diensten' uitgelegd in het kader van een concessie voor de drinkwatervoorziening en de afvoer van afvalwater. In het bijzonder speelde de vraag in welke mate vereist is dat de concessiehouder het exploitatierisico van de dienst draagt. Door de toepassing van een voor de betrokken activiteitensector specifieke regeling golden voor de betrokken dienstverrichting namelijk zeer beperkt economische risico's, ook wanneer die dienst door de aanbestedende dienst zou worden verricht.

Het Hof van Justitie overweegt dat de grootte van de economische risico's niet doorslaggevend is, maar de mate waarin deze risico's worden overgedragen. Ook al is het risico voor de aanbestedende dienst erg beperkt, het is voor de conclusie dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten hoe dan ook noodzakelijk dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.

Uitzondering aanbestedingsplicht op grond van dwingende redenen van algemeen belang

In een aantal arresten ging het Hof van Justitie in op het verweer/beroep van lidstaten dat op grond van dwingende redenen van algemeen belang geen Europese aanbestedingsplicht zou gelden.

In de zaak *Commissie/Duitsland*¹⁷ was een overeenkomst tot verwijdering en behandeling van huisvuil tussen Stadtreinigung Hamburg en vier Landkreise (bestuursdistricten) onderwerp van het geschil. De Commissie stelt dat deze overeenkomst, waarvoor geen aanbestedingsprocedure is gevolgd, in strijd met Richtlijn 92/50/EEG (oude Richtlijn Diensten) is gesloten en start hierop een inbreukprocedure tegen Duitsland.

Het Hof van Justitie overweegt dat Richtlijn 92/50/EEG niet van toepassing is in een situatie waarin een overheidsorgaan de op hem rustende taken van openbaar belang uitvoert met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder een beroep te hoeven doen op externe lichamen. Verder wordt overwogen dat de overeenkomst een samenwerking tot stand brengt die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang, de verwijdering van afvalstoffen, en de vervulling van een openbare dienst, namelijk de thermische behandeling van afvalstoffen. Mede op basis van deze specifieke aspecten concludeert het Hof van Justitie dat de overeenkomst niet is onderworpen aan de richtlijn en er derhalve geen aanbestedingsplicht van toepassing is.

In een andere inbreukprocedure tegen Duitsland (zaak *Commissie/Duitsland*¹⁸) heeft de Commissie gesteld dat Duitsland in strijd met EG-richtlijnen en de aanbestedingsbeginselen heeft gehandeld door opdrachten inzake openbaar ziekenvervoer (ambulancediensten) aan lokale aanbieders te gunnen, zonder voorafgaande aankondiging.

In zijn verweer stelt Duitsland zich op het standpunt dat ambulancediensten deel uitmaken van de uitoefening van het openbaar gezag van een lidstaat (als bedoeld in art. 45 jo. 55 EG-Verdrag, thans art. 51 en 62 VwEU), dan wel 'diensten van algemeen economisch belang' (als bedoeld in art. 86 lid 2 EG-Verdrag, thans art. 106 lid 2 VwEU) zijn, zodat ambulancediensten buiten de werkingssfeer van het Europese aanbestedingsrecht vallen.

Het Hof van Justitie is echter van mening dat ambulancediensten niet kunnen worden aangemerkt als een werkzaamheid ter uitoefening van openbaar gezag. Het (enkel) bijdragen aan de bescherming van de volksgezondheid volstaat niet om te spreken van deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag. Ook het recht van de verleners van ziekenvervoersdiensten om gebruik te maken van instrumenten zoals zwaailicht, sirene en vrije doorgang, is niet voldoende, tenzij de betrokken dienstverleners beschikken over van het gemene recht afwijkende bevoegdheden of dwangbevoegdheden ter naleving van deze rechten, maar dat zijn normaliter bevoegdheden van politie en gerechtelijke autoriteiten.

Het beroep van Duitsland op een uitzondering wegens 'diensten van algemeen economisch belang' wordt eveneens door het Hof van Justitie verworpen. Ambulancediensten kunnen volgens het Hof van Justitie weliswaar een taak van algemeen economisch belang zijn, maar dat verklaart nog niet hoe de verplichte openbaarmaking van

16. HvJ EG 9 juni 2009, zaak C-480/06, *Eurawasser*, *Jur.* 2009, p. I-04747.

17. HvJ EG 9 juni 2009, zaak C-480/06, *Commissie/Duitsland*, n.n.g.

18. HvJ EU 29 april 2010, zaak C-160/08, *Commissie/Duitsland*, n.n.g.

(de gunning van) de betrokken opdracht die taak zou kunnen belemmeren.

In de *Betfair-zaak*¹⁹ ging het Hof van Justitie in op de vraag van de Raad van State of de Nederlandse wettelijke bepalingen inzake het kansspelbeleid in overeenstemming zijn met het recht van de Europese Unie en meer specifiek met artikel 49 EG-Verdrag (vrij verrichten van diensten, thans art. 56 VwEU). In deze zaak verzocht Sporting Exchange Ltd, handelend onder de naam 'Betfair', de minister van Justitie van Nederland om haar een vergunning te verlenen voor het aanbieden van sportprijsvragen. De minister weigerde dit, omdat sprake is van een éénvergunningstelsel.

Het Hof van Justitie overwoog dat een regeling van een lidstaat die een exclusief recht voor kansspelen toekent aan één marktdeelnemer een beperking van het door artikel 49 EG-Verdrag gewaarborgde vrij verrichten van diensten vormt. Daarom moet worden onderzocht of een dergelijke beperking kan worden toegestaan op grond van de uitdrukkelijke afwijkende bepalingen in het Verdrag, of overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Daarbij geldt dat de beperkingen evenwel moeten voldoen aan de voorwaarden die met name met betrekking tot de evenredigheid ervan in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn geformuleerd.

In casu konden de doelstellingen van het stelsel van exclusieve vergunningen om consumentenbescherming te waarborgen en om criminaliteit en gokverslaving te bestrijden, worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aangezien de verwijzende rechter van oordeel is dat de uit dat stelsel voortvloeiende beperkingen niet onevenredig zijn en evenmin op discriminerende wijze worden toegepast, acht het Hof van Justitie de aan de orde zijnde beperking gerechtvaardigd.

Het Hof van Justitie benadrukte vervolgens in deze zaak dat een rechtvaardiging voor toepassing van een éénvergunningstelsel niet (automatisch) betekent dat er ook een rechtvaardiging aanwezig is voor verlening zonder enige transparantie van de vergunning aan de exploitant die het exclusieve recht heeft. Een uitzondering hierop is evenwel van toepassing indien de betrokken lidstaat zou besluiten de vergunning te verlenen aan of te verlengen voor een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Het is aan de verwijzende rechter om op deze uitzondering te toetsen.

Uitsluiting ondernemingen

In het afgelopen anderhalf jaar heeft het Hof van Justitie zich in een vijftal arresten gebogen over regelingen waarin

bepaalde ondernemingen worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingsprocedures.

Eind 2008 boog het Hof van Justitie zich in de zaak *Michaniki*²⁰ over de vraag of een Griekse maatregel die deelname aan aanbestedingen door ondernemingen die verbonden zijn met mediaondernemingen verbiedt, verenigbaar is met artikel 24 van Richtlijn 93/37/EEG (oude Richtlijn Werken), dat de criteria inzake kwalitatieve selectie omschrijft.

Het Hof van Justitie overweegt eerst dat de lijst van uitsluitingsgronden in de EG-richtlijn limitatief is. Echter, de lidstaten hebben volgens het Hof van Justitie wel de mogelijkheid om naast deze uitsluitingsgronden materieel-rechtelijke voorschriften te hanteren om te waarborgen dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Voorwaarde is dat deze maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken (evenredigheidsbeginsel).

Hoewel de onderhavige Griekse maatregel doelstellingen nastreeft die passen binnen het gemeenschapsrecht, namelijk het voorkomen van misbruik van de media door ondernemingen die gelieerd zijn aan de mediasector bij het inschrijven op aanbestedingen, is de maatregel volgens het Hof van Justitie in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Elke aannemer die gelieerd is aan de mediasector wordt namelijk automatisch en absoluut uitgesloten zonder dat de aannemer de mogelijkheid krijgt aan te tonen dat door zijn banden met de media de mededinging tussen de inschrijvers niet kan worden beïnvloed.

Enkele maanden later (op 19 mei 2009) in de zaak *Assitur*²¹ paste het Hof van Justitie het in de zaak *Michaniki* geschetste juridische kader toe op een Italiaanse regeling, waarin ondernemingen waartussen een onderlinge afhankelijkheidsrelatie bestaat (concernondernemingen) verboden was om in te schrijven op dezelfde aanbestedingsprocedure.

Ook in deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat de regeling een doelstelling nastreeft die verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, namelijk uitsluiting van elke mogelijke collusie (samenspanning) tussen inschrijvers in eenzelfde aanbestedingsprocedure en het waarborgen van gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure. De regeling doorstaat echter niet de evenredigheidstoets.

Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat een systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen om aan dezelfde aanbestedingsprocedure deel te nemen verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. Immers, hierdoor wordt ondernemingen de mogelijkheid ontzegd om aan te tonen dat er in hun geval geen sprake is van een reëel gevaar dat zich praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging tussen de inschrijvers kunnen vervalsen. Ondernemingen die deel uitmaken van eenzelfde groep kunnen namelijk ook onderling (bijvoorbeeld contractueel) afspreken dat zij bij

19. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Betfair*, n.n.g. Een soortgelijke vraag werd door de Hoge Raad voorgelegd in de daarmee samenhangende *Ladbrokes-zaak*, C-258/08, n.n.g.

20. HvJ EG 6 december 2008, zaak C-213/07, *Michaniki*, *Jur.* 2008, p. I-09999.

21. HvJ EG 19 mei 2009, zaak C-538/07, *Assitur*, *Jur.* 2009, p. I-04219.

het opstellen van offertes de onafhankelijkheid en de vertrouwelijkheid in acht nemen.

Een aanbestedende dienst moet volgens het Hof van Justitie eerst vaststellen dat de betrokken verbonden ondernemingen bij het inschrijven op zijn aanbesteding de onafhankelijkheid en de vertrouwelijkheid hebben geschonden, alvorens hij tot uitsluiting over mag gaan. Een systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen mag dus niet.

In zijn arrest van 23 december 2009 komt het Hof van Justitie in de zaak *Serrantoni*²² tot dezelfde conclusie ten aanzien van een regeling met betrekking tot (leden van) duurzame consortia. In deze zaak was sprake van een nationale regeling op grond waarvan een duurzaam consortium alsook de ondernemingen die lid zijn van dat consortium automatisch worden uitgesloten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, wanneer bedoelde leden in het kader van dezelfde aanbestedingsprocedure offertes hebben ingediend die concurreren met die van het consortium, ook al zou de offerte van het consortium niet voor rekening en in het belang van die ondernemingen zijn ingediend.

Het Hof van Justitie past ook hier de evenredigheidstoets toe en overweegt dat de onderhavige regel van automatische/stelselmatige uitsluiting, zonder dat het consortium of de betrokken ondernemingen over de mogelijkheid beschikken om aan te tonen dat zij hun offertes volkomen onafhankelijk hebben opgesteld, en dat er dus geen gevaar bestaat dat de mededinging tussen de inschrijvers wordt beïnvloed, verder gaat dan wat nodig is ter bereiking van het doel en daarom ongeoorloofd is.

In de zaak *CoNISMa*²³ boog het Hof van Justitie zich over de vraag of Richtlijn 2004/18/EG eraan in de weg staat dat een combinatie die uitsluitend uit universiteiten en overheidsinstanties bestaat, deelneemt aan een openbare aanbesteding van diensten.

Het Hof van Justitie antwoordt hierop dat het begrip 'ondernemer' in de bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG ruim moet worden uitgelegd. Dit begrip moet niet worden beperkt tot enkel die marktdeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd, maar hieronder vallen ook 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, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten alsook combinaties bestaande uit universiteiten en overheidsinstanties.

In hetzelfde arrest werd de vraag beantwoord of de deelname aan aanbestedingsprocedures beperkt mag worden tot professionele aanbieders van een bepaalde activiteit, onder uitsluiting van lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, bijvoorbeeld onderzoek. Het Hof van Justitie overweegt dat de lidstaten de activiteiten van lichamen, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten, die geen winst nastreven en als voornaamste doel hebben het verstrekken van onderwijs en het verrichten van onderzoek, kunnen reglementeren. Daar-

bij kunnen zij bepalen dat dergelijke lichamen niet actief op de markt mogen zijn indien de betrokken activiteit niet verenigbaar is met hun institutionele en statutaire doelstellingen. Echter, wanneer dergelijke lichamen gerechtigd zijn om bepaalde diensten op de markt aan te bieden, mag een nationale regeling hun evenwel niet verbieden om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures die betrekking hebben op het verrichten van diezelfde diensten.

In de zaak *ERGA OSE*²⁴ betrof de kern van het geschil een uitsluitingsclausule in de aankondiging van de opdracht. In de aankondiging van de aanbesteding werd nadrukkelijk opgemerkt dat een buitenlands adviesbureau of adviseur zou worden uitgesloten van deelneming indien hij in de zes maanden voorafgaand had deelgenomen aan een door ERGA OSE uitgeschreven procedure en daarbij kwalificaties had opgegeven die overeenstemden met andere categorieën van certificaten dan voor de nieuwe procedure werden verlangd.

Griekenland betoogt evenwel dat die clausule niet zo strikt werd toegepast in die zin dat iedere belangstellende marktdeelnemer die twijfels had over de betekenis van die clausule, opheldering kon vragen bij de betrokken aanbestedende dienst en, met alle middelen die zich daartoe leenden, mocht bewijzen dat hij aan de voorwaarden voldeed om deel te nemen aan de betrokken procedure.

Het Hof van Justitie overweegt dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat potentiële belangstellenden zich in een gelijke situatie bevinden wat de strekking betreft van de informatie in een aankondiging van opdracht. Door de duidelijke afschrikwekkende formulering van de clausule en de noodzaak voor buitenlandse gegadigden om, in weerwil van die formulering, verdere opheldering te vragen over de voorwaarden voor deelneming aan de aanbestedingsprocedure, heeft een buitenlandse gegadigde niet dezelfde kansen gehad. Het Hof van Justitie concludeert dat de betreffende clausule daarom strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.

Werkelijke mededinging

In de zaak *Hochtief*²⁵ is het Hof van Justitie ingegaan op de verplichting voor aanbestedende diensten om bij de uitvoering van een aanbestedingsprocedure daadwerkelijke mededinging te garanderen. In deze zaak speelde de vraag of een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure mag voortzetten ingeval er minder dan drie geschikte gegadigden reageren op de uitnodiging.

Overeenkomstig de bepalingen in de EG-richtlijnen oordeelt het Hof van Justitie dat een aanbestedende dienst zich in beginsel dient te houden aan de vastgestelde benedengrens voor het aantal gegadigden, maar dat de aanbestedende dienst ook aan het vereiste van werkelijke mededinging heeft voldaan wanneer het aantal geschikte gegadigden deze benedengrens niet bereikt, voor zover de

22. HvJ EG 23 december 2009, zaak C-376/08, *Serrantoni*, n.n.g.

23. HvJ EG 23 december 2009, zaak C-305/08, *CoNISMa*, n.n.g.

24. HvJ EG 12 november 2009, zaak C-199/07, *ERGA OSE*, n.n.g.

25. HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-138/08, *Hochtief*, n.n.g.

economische en technische voorwaarden naar behoren zijn bepaald en toegepast. De aanbestedende dienst kan de procedure dan met de resterende gegadigde(n) voortzetten.

Dat een aanbestedende dienst evenwel niet verplicht is de procedure voort te zetten wanneer slechts één geschikte gegadigde resteert, wordt bevestigd in het arrest *Evropaïki Dynamiki/EMSA*²⁶ van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Unie. In het kader van een openbare aanbestedingsprocedure waarin één offerte zou zijn overgebleven, overwoog het Gerecht dat in die omstandigheden de aanbestedende dienst – die niet meer in staat is de prijzen of de andere kenmerken van verschillende aanbiedingen met elkaar te vergelijken teneinde de opdracht te gunnen aan de economisch voordeligste – niet gehouden is de opdracht te gunnen aan de inschrijver die als enige geschikt is bevonden om daaraan deel te nemen.²⁷

Slotopmerking

Naast de in deze kroniek behandelde onderwerpen zijn andere, regelmatig terugkerende onderwerpen in de Europese uitspraken in het afgelopen anderhalf jaar het doorvoeren van wezenlijke wijzigingen in de opdracht,²⁸ (quasi) inhouse-opdrachtverlening,²⁹ rechtsbescherming,³⁰ en de transparantieverplichting bij niet-gereguleerde opdrachten.³¹ Aangezien deze onderwerpen in de voorgaande jaren reeds uitvoerig waren behandeld door het Hof van Justitie en de behandeling ervan in de afgelopen kroniekperiode daardoor in feite beperkt bleef tot herhaling en bevestiging van eerdere jurisprudentie, zijn om die reden deze onderwerpen niet meegenomen in deze bijdrage. Ten aanzien van de in deze kroniek behandelde onderwerpen is onze verwachting dat de onderwerpen met betrekking tot dienstenconcessies en (automatische) uitsluiting van ondernemingen redelijk uitgekristalliseerd zijn. De uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling en de toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsregels bij gebiedsontwikkeling zullen naar verwachting de komende jaren nog wel onderwerp blijven in de zaken die aan het Hof van Justitie worden voorgelegd.

26. GvEA 2 maart 2010, zaak T-70/05, 105, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, n.n.g.

27. Zie ook HvJ EG 16 september 1999, zaak C-27/98, *Fracasso en Leitschutz*, *Jur.* 1999, p. I-05697.

28. Zie het behandelde arrest *Wall*, en HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-250/07, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2009, p. I-04369.

29. Zie het behandelde arrest *Commissie/Griekenland* (zaak C-480/06), en HvJ EG 10 september 2009, zaak C-573/07, *Sea Srl/Comune di Ponte Nossia*, n.n.g.

30. Zie het behandelde arrest *Wall*, en HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-406/08, *Uniplex*, n.n.g.

31. GvEA 20 mei 2010, zaak T-258/06, *Commissie/Duitsland*, n.n.g.