

Europees Unierecht inzake de gunning van overheidsopdrachten en overheidsovereenkomsten

(1 januari 2013 – 31 december 2013)

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Gewoon hoogleraar aan de Université de Liège
Advocaat

en

KRIS WAUTERS

Docent aan de Université Catholique de Louvain
Gastprofessor aan de Université de Liège
Advocaat

Huidige kroniek herneemt de belangrijkste arresten van het Hof van Justitie uitgesproken tussen 1 januari 2013 en 31 december 2013. Respectievelijk worden de juridische vragen behandeld met betrekking tot de bronnen, algemeenheden en vragen in de rand, het toepassingsgebied (alsook de begrippen van overheidsopdrachten en andere overeenkomsten), de klassieke gunningsmodaliteiten (uitsluitingsgronden, de controle van economisch-financiële draagkracht en van de technische bekwaamheid, alsook de eigenlijke gunning), en tenslotte de rechtsbescherming in het raam van de gunning.

De nieuwe richtlijnen⁽¹⁾ verdienen bijzondere aandacht en worden derhalve in deze kroniek niet behandeld⁽²⁾. Twee terugkerende problema-

tieken duiken in dit relatief kalme jaar opnieuw op: de definitie van het begrip opdracht (en concessie) van werken⁽³⁾ en de horizontale samenwerking⁽⁴⁾.

1.1 Mogelijkheid voor de Staat om een richtlijn in te roepen tegen een concessieorganisme van een openbare dienst in afwezigheid van de omzetting van deze richtlijn in nationaal recht

HvJ (5^e k.), 12 december 2013, *Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA t/Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território*, C-425/12

(1) Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *Pb. L.* 28 maart 2014; Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb. L.* 28 maart 2014; Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, *Pb. L.* 28 maart 2014.

(2) Voor een eerste bespreking: F. LORRENS en P. SOLER-COUTEAUX, "Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ?", *CMP* 2014/3, 1-2, repère; G. CLAMOUR, "Nouvelle directive marchés, premier panorama", *CMP* 2014/3, p. comm. 71, 19-21; G. CLAMOUR, "Nouvelle directive concessions, premier panorama", *CMP* 2014/3, p. comm. 72, 21-24; D. POUPEAU, « Le Parlement européen vote les directives Marchés et Concession », *AJDA* 2014, 76.

(3) F. LORRENS en P. SOLER-COUTEAUX, "Besoins du pouvoir adjudicateur et intérêt économique direct : où en est-on des critères des marchés publics ?", *CMP* 2013/12, 1-2, repère 11; F. LORRENS en P. SOLER-COUTEAUX, "La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics ?", *CMP* 2013/10, 1-2, repère 9; S. BRACONNIER, "Vente et cessions de biens immobiliers publics : mutations", *CP-ACCP*, 138, 2013, 3; D. MOREAU, "La cession d'un terrain communal peut-elle constituer un contrat de commande publique ?", *AJDA* 2013, 32.

(4) Zie het speciaal nummer: "Les contrats entre personnes publiques", dossier collectif, *AJDA* 2013/15, p. 833 e.v.; spéc. G. ECKERT, "Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence. Les contrats échappant aux règles de publicité et de mise en concurrence", *AJDA* 2013, 849; J.-F. SESTIER, "La coopération contractuelle alternative à la coopération institutionnelle", *AJDA* 2013, 857; M. NOËL, "Coopération entre personnes publiques et prestations de services : une frontière ténue", *ACCP*, 136, 2013, 70-74; G. CLAMOUR, "L'actionnaire public minoritaire sous le joug du pluri-contrôle analogue", *AJDA* 2014, 60; R. NOGUELLOU, "Confirmation de la jurisprudence sur les contrats de coopération entre personnes publiques Cour de Justice de l'Union européenne (19 déc. 2012, aff. C-159/11)", *RDI* 2013, 213.

1.1.1 KERNWOORDEN

Wijze van gunning van overheidsopdrachten in de speciale sectoren – Richtlijn 93/38/EG – Niet-omzetting naar intern recht – Mogelijkheid voor de Staat om deze richtlijn in te roepen tegenover een concessieorganisme van een openbare dienst in afwezigheid van omzetting van deze richtlijn naar intern recht.

1.1.2 SAMENVATTING

Een particuliere onderneming die bij overheidsmaatregel is belast met het verlenen, onder toezicht van de overheid, van een dienst van algemeen belang en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, moet de bepalingen van richtlijn 93/38, zoals gewijzigd bij richtlijn 94/4, in acht nemen en deze bepalingen kunnen haar dan ook worden tegengeworpen door de autoriteiten van een lidstaat.

De prejudiciële vraag werd gesteld in het kader van een geschil met betrekking tot de verwerving van staatssteun (Europees fonds voor regionale ontwikkeling) wegens schending van de regels inzake overheidsopdrachten. De vereniging *Portgàs* hield vol dat de Portugese Staat niet van haar kon eisen dat zij, een private onderneming, zich zou moeten schikken naar de bepalingen van richtlijn 93/38, temeer nu op het moment van de sluiting van de bestreden overeenkomst, de regels van deze richtlijn nog niet waren omgezet in de Portugese rechtsorde, en dat deze bijgevolg geen rechtstreekse werking konden ressorteren ten aanzien van hem.

Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in weze te vernemen of de artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c) i)⁽⁵⁾, en 15 van richtlijn 93/38 kunnen worden tegengeworpen aan een particuliere onderneming op de enkele grond dat deze laatste exclusief concessiehouder is van een dienst van algemeen belang die valt binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijn, en, zo ja, of de autoriteiten van de betrokken lidstaat zich op deze bepalingen kunnen beroepen wanneer deze richtlijn nog niet in het nationale recht van deze lidstaat was omgezet.

In eerste plaats herinnert het Hof aan haar vaste rechtspraak dat in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particulieren zich voor de nationale rechter op die bepalingen kunnen beroepen tegenover de staat, wanneer deze hetzij heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan⁽⁶⁾.

Het Hof overweegt vervolgens dat de artikelen 4, paragraaf 1, sub c), i) en 15 van de richtlijn 93/38 aan aanbestedende diensten die met name op het gebied van gastransport en -distributie actief zijn, op onvoorwaardelijke en nauwkeurige wijze opleggen om opdrachten voor leveringen waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste gelijk is aan 400 000 EUR in overeenstemming met de bepalingen van de titels III, IV en V van deze richtlijn te gunnen en ervoor te zorgen dat tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters geen discriminatie plaatsvindt. Bijgevolg zijn deze bepalingen van richtlijn 93/38 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om te worden aangevoerd voor de nationale rechterlijke instanties.

In tweede plaats wil het Hof nagaan of de betrokken bepalingen kunnen worden opgeworpen voor een nationale rechtbank, tegen een particuliere onderneming zoals *Portgàs*, in haar hoedanigheid van exclusieve concessionaris van een openbare dienst.

Overeenkomstig artikel 288, derde alinea, VWEU, bestaat het verbindende karakter van een richtlijn, dat de grondslag vormt voor de mogelijkheid om deze aan te voeren, slechts ten aanzien van "elke lidstaat waarvoor zij overheid – waarin de staat handelt"⁽⁷⁾.

Volgens vaste rechtspraak behoort zo tot de rechtssubjecten jegens welke de bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking hebben kunnen worden ingeroepen, een orgaan, ongeacht zijn rechtsvorm, dat krachtens een handeling van de overheid onder toezicht van deze laatste met het verlenen van een dienst van openbaar belang is belast en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels⁽⁸⁾. De enige omstandigheid dat een particuliere onderneming, concessie-

(5) Deze bepaling legt op aan de aanbestedende overheid om de procedures voorzien door de richtlijn voor gunning van opdrachten van werken, leveringen en diensten, toe te passen.

(6) Zie, in het bijzonder: HvJ 19 januari 1982, *Becker*, 8/81, *Rec.*, p. 53, pt 25, alsook HvJ 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie.

(7) HvJ 12 december 2013, *Portgàs*, C-452/12, pt 23.

(8) HvJ 12 december 2013, *Portgàs*, C-452/12, pt 24.

sionaris van een dienst van algemeen belang, deel zou uitmaken van de entiteiten die binnen de personele werkingsfeer van richtlijn 93/38 vallen, heeft niet tot gevolg dat de bepalingen van deze richtlijn aan deze onderneming kunnen worden tegengeworpen⁽⁹⁾. Vereist is immers dat de dienst van algemeen belang wordt verricht onder overheidstoezicht, en dat de bedoelde onderneming over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels. De nationale rechtbank dient na te gaan of zulks het geval was op het ogenblik waarop de betwiste overheidsopdracht werd gegund.

In derde plaats onderzoekt het Hof de vraag of, in het geval waarin *Portgàs* deel zou uitmaken van de diensten aan wie, door een particulier, de bepalingen van richtlijn 93/38 zouden kunnen worden tegengeworpen, of deze bepalingen haar ook zouden kunnen worden tegengeworpen door de Portugese autoriteiten. In het belang van coherentie meent het Hof hierop positief te moeten antwoorden, rekening houdend met de verplichting opgelegd krachtens artikel 288, derde alinea, VWEU, en krachtens het verdrag zelf⁽¹⁰⁾.

1.2 Verificatieorganisme en certificering van ondernemingen inzake overheidsopdrachten

HvJ (4^e k.), 12 december 2013, *Ministero delle Sviluppato economico, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture t/SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*, C-327/12

1.2.1 KERNWOORDEN

Artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU – Openbare bedrijven en ondernemingen waaraan lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen – Ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang – Begrippen – Instellingen belast met de controle of de certificering dat ondernemingen die openbare werken uitvoeren aan de wettelijke voorwaarden voldoen – Artikel 49 VWEU – Vrijheid van vestiging – Beperking – Rechtvaardiging – Bescherming

van ontvangers van diensten – Kwaliteit van certificeringsdiensten

1.2.2 SAMENVATTING

Een nationale regelgeving, die de ondernemingen met de hoedanigheid van certificeringsinstelling (*Società Organismi di Attestazione*) een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken, vormt een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU, maar is geschikt ter waarborging dat het doel, nl. de ontvangers van die diensten te beschermen, wordt verwezenlijkt. Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of die nationale regelgeving, in het bijzonder gelet op de wijze van berekening van de minimumtarieven, en met name op het feit dat die berekening geschiedt op basis van het aantal categorieën van werken waarvoor het certificaat wordt opgesteld, niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.

Krachtens artikel 52, § 1, eerste alinea van richtlijn 2004/18/EG⁽¹¹⁾ kunnen de lidstaten hetzij officiële lijsten van ondernemers, leveranciers of dienstverleners, hetzij een certificering door publiekrechtelijke of privaatrechtelijke certificeringsinstellingen voorzien. Dit is het doel van het Italiaans decreet nr. 163 van 12 april 2006 houdende het wetboek van overheidsopdrachten, aan de basis van het geschil, nu laatstgenoemde een systeem van erkenning voorziet voor personen die openbare werken uitvoeren, in functie van het type en van het bedrag van de werken. Het erkenningsysteem is in werking gesteld door attestatieorganismen (OA's) van privaatrecht, onder controle van de overheid. Een systeem van minimumtarieven voor de certificeringsdiensten is eveneens voorzien.

Concreet vraagt de verwijzende rechter of de bepalingen van het Verdrag inzake mededinging en de vrijheid van vestiging aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regelgeving als die in het hoofdgeding, die aan de OA's een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te

(9) Ptn 25 en 41 van de conclusie van advocaat-generaal Wahl, 18 september 2013, *Portgàs*, C-425/12.

(10) HvJ 12 december 2013, *Portgàs*, C-452/12, ptn 34 tot 38.

(11) 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, *Pb. L.* 134.

nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken⁽¹²⁾.

Het Hof is van mening dat de OA's niet kunnen worden beschouwd als ondernemingen waaraan de betrokken lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 106, lid 1, VWEU⁽¹³⁾ heeft toegekend, alvorens de vraag te onderzoeken vanuit de hoek van de vrijheid van vestiging en de uitzondering van de uitoefening van openbaar gezag.

De activiteiten van de OA's houden geen activiteiten in ter uitoefening van het openbaar gezag, en vallen derhalve niet onder de uitzondering voorzien in artikel 51 VWEU⁽¹⁴⁾. De door de OA's verrichte controle van de technische deskundigheid en financiële draagkracht van de ondernemingen onderworpen aan certificatie, van de waarachtigheid en de inhoud van de verklaringen, attesten en documenten die zijn ingediend door de personen aan wie het certificaat wordt afgegeven, alsook of nog altijd is voldaan aan de voorwaarden inzake de persoonlijke situatie van de gegadigde of de inschrijver, kunnen niet worden beschouwd als een activiteit die wordt verricht met de beslissingsautonomie die typerend is voor de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. De controle in kwestie wordt volledig geregeld door het nationale recht. Bovendien wordt zij uitgevoerd onder rechtstreeks staatstoezicht en beoogt zij de taak van de aanbestedende diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor werken te vergemakkelijken, voor zover de controle hen in staat stelt hun taak te vervullen met duidelijke en nauwkeurige kennis van de technische deskundigheid en de financiële draagkracht van de inschrijvers⁽¹⁵⁾.

Een beperking op de vrijheid van vestiging kan worden toegelaten als deze tegemoetkomt aan dwingende redenen van algemeen belang, als zij geschikt is om de verwezenlijking van het doel dat zij nastreeft te realiseren, en als zij niet verder gaat dan wat nodig is om dat doel te bereiken. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het algemeen belang dat verband houdt met de bescherming van de ontvangers van de diensten een beperking van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen.

In het onderhavige geval zijn de OA's belast met de certificering van ondernemingen, waarbij moet

worden opgemerkt dat het verkrijgen van een door de OA's afgeleverd certificaat een noodzakelijke voorwaarde is voor ondernemingen die willen deelnemen aan aanbestedingen van openbare werken. In deze context beoogt de Italiaanse wettelijke regeling te garanderen dat de OA's geen commercieel of financieel belang nastreven dat hen kan aanzetten tot niet-onpartijdig of discriminatoir gedrag jegens die ondernemingen. Voorts mogen de OA's, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, uitsluitend certificeringsactiviteiten verrichten. Bovendien moeten zij overeenkomstig de nationale regeling beschikken over middelen en procedures die geschikt zijn om een efficiënte en loyale dienstverlening te verzekeren.

Met het oog op de bescherming van de ontvangers van de diensten komt aan de onafhankelijkheid van de OA's ten aanzien van de specifieke belangen van hun cliënten bijzonder belang toe. Een zekere beperking van de mogelijkheid om met die cliënten te onderhandelen over de prijs van de diensten, kan hun onafhankelijkheid versterken. In die omstandigheden zij geconstateerd dat de vaststelling van minimumtarieven voor dergelijke diensten, in beginsel beoogt de goede kwaliteit van die diensten te waarborgen en geschikt is ter bereiking van het doel, nl. de ontvangers van die diensten beschermen.

1.3 Concessie van diensten: clausule in een bestek die een plaatselijke verwerking van afval oplegt

HvJ, 12 december 2013, *Ragn-Sells AS c/Sillamae Linnavalitsus*, C-292/12

1.3.1 KERNWOORDEN

49 VWEU en 56 VWEU – Gemengd stedelijk afval – Industrieel afval en bouwafval – Procedure voor gunning van dienstenconcessie voor ophaling en vervoer van op grondgebied van gemeente geproduceerd afval – Verplichting voor toekomstige begunstigde om opgehaald afval te vervoeren naar door aanbestedende dienst aangewezen verwerkingsinstallaties – Meest nabijgelegen, daartoe geschikte verwerkingsinstallatie

(12) HvJ 12 december 2013, *Ministero dello Sviluppo economico*, C-327/12, pt 25.

(13) Het deel van deze redenering wordt hier niet hernomen nu dit zich meer in de rand situeert van het doel van huidige kroniek.

(14) HvJ 12 december 2013, *Ministero dello Sviluppo economico*, C-327/12, pt 53, ptn 47 en 48 van de conclusie van de adv.-gen.

(15) HvJ 12 december 2013, *Ministero dello Sviluppo economico*, C-327/12, pt 54.

1.3.2 SAMENVATTING

Volgens een vaste rechtspraak van het Hof zijn de bepalingen van het VWEU met betrekking tot het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging niet van toepassing op activiteiten die volledig plaatsvinden binnen één enkele lidstaat, zoals in deze het geval is, doordat enerzijds het artikel 3.5 van het bestek met betrekking tot de “gunning van een concessie voor het transport van afval in de stal Sillamae” voorziet dat het afval geproduceerd op het territorium van deze gemeente moet worden getransporteerd in twee verwerkingsinstallaties gesitueerd in dezelfde lidstaat, en doordat anderzijds, niets in het dossier dat aan het Hof is voorgelegd, aantoont dat de ondernemingen gevestigd in de andere lidstaat geïnteresseerd zouden zijn in de verwerking van afval geproduceerd op het territorium van Sillamae Linnavalitus.

Het arrest behandelt in het bijzonder de Europese reglementering met betrekking tot afval, die toelaat aan lidstaten om op te leggen dat afval bedoeld voor eliminatie moet worden vervoerd naar de geschikte, meest nabijgelegen installatie bij de plaats van productie, hetgeen niet is toegestaan voor afval bedoeld voor nuttige toepassing. Dit arrest wordt enkel vermeld ter informatie, gelet op de hernieuwde interesse van actoren voor de lokale dimensie van de uitvoering van overheidsopdrachten en overheidsovereenkomsten. Het arrest vereist geen bijzondere commentaar, nu de samenvatting voldoende duidelijk is.

1.4 Uitgebreide interpretatie van een economisch belang van een concessie voor ondernemingen

HvJ, 14 november 2013, *Comune di Ancona c/Regione Marche*, C-388/12

1.4.1 KERNWOORDEN

Concessie van openbare werken – Transparantieverplichting – Toewijzing van concessieovereenkomst zonder voorafgaande bekendmaking en aanbesteding

1.4.2 SAMENWERKING

Uit het feit alleen dat een concessie geen netto-opbrengsten van betekenis noch een onrechtmatig voordeel kan opleveren voor een onderneming of een publiekrechtelijk collectief lichaam, kan niet worden afgeleid dat die concessie geen economisch belang heeft voor ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd dan die van de concessieverlenende instantie. In het kader van een economische strategie om een deel van haar activiteiten ook in een andere lidstaat te ontplooiën, kan een onderneming immers het tactische besluit nemen, een concessie in die staat aan te vragen – ook al kan die op zich geen voldoende winst opleveren –, aangezien dat haar hoe dan ook de kans biedt haar intrede op de markt van die staat te maken en er bekendheid te verwerven, teneinde haar toekomstige expansie voor te bereiden.

De *Regione Marche*, de beheersautoriteit van een operationeel programma voor het structurele bijstandspakket van de Unie in die regio, heeft gepoogd de fondsen die waren toegekend aan de *Comune di Ancona*, terug te vorderen, onder het verwijt dat laatstgenoemde een concessie zou hebben gegund voor het beheer van een sleepheiling met schending van het Europees Unierecht. Met de vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht eraan in de weg staat dat een gemeente een concessie voor openbare diensten met betrekking tot een werk rechtstreeks – dat wil zeggen zonder aanbesteding – gunt aan een derde, wanneer de betrokken concessie geen netto-opbrengsten van betekenis of onrechtmatige voordelen kan opleveren voor die derde of de concessieverlenende overheid⁽¹⁶⁾.

Het Hof van Justitie brengt in de eerste plaats haar rechtspraak *Telaustria*⁽¹⁷⁾ in herinnering: de concessies van openbare diensten zijn, op het niveau van de Unie, niet gereguleerd. In afwezigheid van enige reglementering moet het recht van toepassing op concessies van diensten worden bekeken in het licht van het primair recht, in het bijzonder de fundamentele vrijheden voorzien door het VWEU⁽¹⁸⁾. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit de concessieverlenende instantie een transparantieverplichting

(16) HvJ 14 november 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, pt 43.

(17) HvJ 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress*, C-324/98, *Jurispr.* blz. I-10745, pt 60.

(18) HvJ 14 november 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, pt 44.

opleggen, hetgeen inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de gunningsprocedure voor mededinging openstaat en op onpartijdigheid kan worden getoetst, zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven⁽¹⁹⁾. Meer in het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat, aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat dan die van de concessieverlenende instantie in een concessie geïnteresseerd kan zijn, de toewijzing van die concessie, zonder enige transparantie, de in laatstbedoelde lidstaat gevestigde onderneming nadelig ongelijk behandelt. Doordat er geen transparantie is, hebben de in die andere lidstaten gevestigde ondernemingen immers geen reële mogelijkheid om hun interesse voor de betrokken concessie kenbaar te maken⁽²⁰⁾. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen benadeelt, een door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit⁽²¹⁾.

Het staat aan de verwijzende rechter om, bij de beoordeling of de toewijzing van een concessie voor de sleephelling verenigbaar is met het Unierecht, na te gaan of de *Comune di Ancona* de concessie voor openbare diensten heeft toegewezen met inachtneming van dusdanige eisen van transparantie.

Het Hof preciseert tenslotte, voor de eerste maal, dat uit het feit alleen dat een concessie geen netto-opbrengsten van belang noch een onrechtmatig voordeel kan opleveren voor een onderneming of een publiekrechtelijk collectief lichaam, niet kan worden afgeleid dat die concessie geen economisch belang heeft voor ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd dan die van de concessieverlenende instantie. In het kader van een economische strategie om een deel van haar activiteiten ook in een andere lidstaat te ontplooiën, kan een onderneming immers het tactische besluit nemen, een concessie in die staat aan te vragen – ook al kan die op zich geen voldoende winst opleveren –, aangezien dat haar hoe dan ook de kans biedt haar intrede op de markt van die staat te

maken en er bekendheid te verwerven, teneinde haar toekomstige expansie voor te bereiden⁽²²⁾.

1.5 Rechtstreekse toewijzing van een concessie van diensten en dwingende redenen van algemeen belang

HvJ (10^e k.), 14 november 2013, *Belgacom NV t/Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM), Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE)*, C-221/12

1.5.1 KERNWOORDEN

Overheidsopdrachten voor diensten – Concessie van diensten – Werkingsfeer – Overeenkomst tussen openbare lichamen van een lidstaat en een onderneming uit dezelfde lidstaat – Overdracht door deze lichamen van hun televisieactiviteiten alsook, voor bepaalde duur, van het exclusief gebruiksrecht op hun kabelnetwerken aan een onderneming uit deze lidstaat – Mogelijkheid voor een marktdeelnemer uit eenzelfde lidstaat om zich voor rechterlijke instanties van deze lidstaat op de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU te beroepen – Geen marktbevraging – Rechtvaardiging – Bestaan van vroegere overeenkomst – Dading die ertoe strekt einde te maken aan geding betreffende uitlegging van deze overeenkomst – Risico van waardevermindering van overgedragen activiteit

1.5.2 SAMENVATTING

Een grensoverschrijdend belang bestaat zelfs als een economische speler zijn belang niet effectief heeft laten blijken, en economische redenen, zoals de wil om een waardevermindering van een economische activiteit te vermijden, zijn geen dwingende redenen van algemeen belang

Het verzoek in de zaak Belgacom om een prejudiciële beslissing met betrekking tot de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, heeft betrekking op een geschil waarbij Belgacom NV optreedt tegen vier zuiver publieke intercommunales (Integan)⁽²³⁾,

(19) HvJ 14 november 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, pt 45; HvJ 13 september 2007, *Commissie/Italië*, C-260/04, *Jurispr.*, blz. I-7083, pt 24, en 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jurispr.*, blz. I-8457, pt 25.

(20) HvJ 14 november 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, pt 46; HvJ 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, *Jurispr.*, blz. I-7287, ptn 17 en 18.

(21) HvJ 14 november 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, pt 47; HvJ 17 juli 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, *Jurispr.*, blz. I-5641, pt 60.

(22) HvJ 14 november 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, pt 51.

(23) *Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen*.

Inter-Media, WVEM⁽²⁴⁾, CVBA⁽²⁵⁾), omtrent verschillende beslissingen waarbij deze intercommunales ermee hebben ingestemd dat overeenkomsten werden gesloten zonder marktbevraging, waarbij hun televisieactiviteiten en televisieabonnees alsook, voor bepaalde duur, bijkomende rechten op hun kabelnetwerken, werden overgedragen aan Telenet NV (hierna: "Telenet") en aan deze laatste een erfpacht op deze netwerken werd verleend.

In de eerste plaats stelt het Hof dat de betwiste overeenkomst als een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18⁽²⁶⁾ moet worden opgevat, voor zover de televisieactiviteiten van de intercommunales hierbij aan Telenet worden overgedragen en haar met name met het oog op de uitoefening van deze activiteiten het exclusieve recht wordt verleend om hun kabelnetwerken te exploiteren. Voor zover een dergelijke overeenkomst de cessionaris ertoe verplicht de overgedragen activiteit uit te oefenen, vertoont zij immers de kenmerken van een overheidsopdracht voor het verrichten van de in bijlage II bij richtlijn 2004/18 bedoelde diensten, met uitzondering van de vergoedingswijze, aangezien de tegenprestatie voor de te leveren televisiediensten bestaat in het recht de betrokken dienst te exploiteren, overeenkomstig de definitie in bovengenoemd artikel 1, lid 4. Voorts is in het kader van deze overeenkomst ook voldaan aan de voorwaarde dat het aan de exploitatie van deze activiteit verbonden risico aan de concessiehouder wordt overgedragen⁽²⁷⁾.

Voor zover een concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft – zonder dat hiervoor nodig is dat een onderneming zijn interesse heeft laten blijken⁽²⁸⁾ –, levert de gunning ervan aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die in de betrokken concessie geïnteresseerd zouden kunnen zijn. Doordat al deze ondernemingen worden uit-

gesloten, is een dergelijke ongelijke behandeling voornamelijk in hun nadeel en vormt zij dus een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, die in beginsel door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU verboden is.

Een dergelijke maatregel kan bij wijze van uitzondering worden aanvaard krachtens één van de gronden van artikel 52 VWEU of overeenkomstig de rechtspraak van het Hof wanneer zij haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang⁽²⁹⁾. Dienaangaande blijkt dat geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen objectieve rechtvaardigingsgronden en dwingende redenen van algemeen belang. Dergelijke redenen moeten immers uiteindelijk een dwingende reden van algemeen belang vormen.

De in de onderhavige prejudiciële vraag genoemde gronden kunnen evenwel niet als dwingende redenen van algemeen belang worden beschouwd, ongeacht of zij afzonderlijk dan wel in hun geheel worden beschouwd. Weliswaar moet worden aanvaard dat het rechtszekerheidsbeginsel, een algemeen beginsel van Unierecht, rechtvaardigt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in acht worden genomen, ook – voor zover dit beginsel dit gebiedt – in het geval van een overeenkomst die is gesloten voordat het Hof zich heeft uitgesproken over de gevolgen van het primaire recht voor dergelijke overeenkomsten, en die *a posteriori* onverenigbaar blijkt te zijn met bepaalde van deze gevolgen, maar dit beginsel kan niet worden aangevoerd om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting⁽³⁰⁾.

De omstandigheid dat de sluiting van de litigieuze overeenkomst in het belang is van de consumenten, die anders geen interactieve televisiediensten of zelfs geen commercieel aantrekkelijk dienstenpakket zouden kunnen ontvangen, valt niet echt te onderscheiden van het motief dat verband houdt met de waardevermindering van deze activiteit, maar is hiermee integendeel nauw ver-

(24) West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij.

(25) Provinciale Brabantse Energiemaatschappij.

(26) HvJ 14 november 2013, *Belgacom NV*, C-221/12, pt 26.

(27) HvJ 14 november 2013, *Belgacom NV*, C-221/12, pt 27; HvJ 11 juni 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, *Jurispr.*, blz. I-4779, pt 72, en 10 maart 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, *Jurispr.*, blz. I-1335, pt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

(28) HvJ 14 november 2013, *Belgacom NV*, C-221/12, pt 31.

(29) HvJ 14 november 2013, *Belgacom NV*, C-221/12, pt 38; zie naar analogie HvJ 9 september 2010, *Engelmann*, C-64/08, reeds aangehaald, ptn 51 en 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en HvJ 10 mei 2012, *Duomo Gpa e.a.*, C-357/10-C-359/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, pt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

(30) HvJ 14 november 2013, *Belgacom NV*, C-221/12, pt 40.

bonden. Deze omstandigheid geldt immers niet voor alle consumenten op het grondgebied dat door de kabelnetwerken van de intercommunes wordt bestreken, maar enkel voor die welke geabonneerd zijn op de televisiediensten die door deze laatste werden geleverd in het kader van de activiteiten waarvan de overdracht aan Telenet in het hoofdgeding aan de orde is. Het feit dat de intercommunes ten gevolge van de door de inbrengakte van 1996 geregelde verdeling van de gebruiksrechten op hun kabelnetwerken bepaalde diensten niet aan deze abonnees kunnen aanbieden, verklaart waarom het commerciële product dat zij op de markt kunnen aanbieden aan aantrekkelijkheid inboet, en dus waarom deze activiteit in waarde vermindert⁽³¹⁾.

1.6 Horizontale samenwerking: afwezigheid van de behartiging van een gemeenschappelijk taak van algemeen belang

HvJ (10^e k.), 16 mei 2013, *verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Consiglio di Stato – Italië – Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a./ Comune di Pavia, C-564/11*

1.6.1 KERNWOORDEN

Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 1, § 2, sub a) en d) – Diensten – Opdracht van studie en technische en wetenschappelijke raadgeving voor de opmaak van akten voor een stedenbouwkundig plan voor het grondgebied van een gemeente – Overeenkomst gesloten tussen twee openbare autoriteiten, waarvan één universiteit – Openbare entiteit vatbaar voor kwalificatie als economische speler

1.6.2 SAMENVATTING

Het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten verzet zich tegen een nationale regeling die toestaat dat een contract worden gesloten, zonder oproep tot mededinging, krachtens hetwelke publieke overheden een samenwerking opstarten wanneer – hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan – een dergelijk contract niet tot doel heeft de verwezenlijking van een gemeenschappelijke taak van openbare dienst te

behartigen, wanneer deze niet enkel wordt beheerst door de overwegingen en de eisen eigen aan de verwezenlijkingen van doelen van algemeen belang, of wanneer het contract van aard is een private dienstverlener in een bevoorrechte situatie te plaatsen ten opzicht van zijn concurrenten.

Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft een geschil tussen de *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia* (regionale raad van de orde van ingenieurs van Lombardije) e.a. en de *Comune di Pavia* met betrekking tot een overeenkomst krachtens dewelke laatstgenoemde aan de *Università degli Studi Di Pavia* (Universiteit van Pavia, hierna: “Universiteit”) een opdracht van studie en technische en wetenschappelijke advisering heeft toevertrouwd voor de opmaak van de akten met betrekking tot een ruimtelijk uitvoeringsplan voor het grondgebied van de gemeente 1996. De gemeente Pavia heeft een aankondiging van selectie gepubliceerd met het oog op het sluiten van een overeenkomst houdende de studieopdracht en technische en wetenschappelijke advisering voor de redactie van aktes met betrekking tot een ruimtelijk uitvoeringsplan voor het grondgebied van de gemeente 1996, maar enkel gericht aan openbare en private universitaire instellingen, omwille van het multidisciplinaire karakter van hun organisatie en hun wetenschappelijke structuur gericht op innovatie. De overeenkomst werd gesloten met de *Università degli Studi di Pavia*. Hiertegen werd een beroep ingesteld door de raad van de Orde van ingenieurs van Lombardije.

De Italiaanse rechtsleer geeft een ruime interpretatie aan het begrip “gemeenschappelijk algemeen belang”⁽³²⁾, nu hierin wordt begrepen “het nastreven van een algemeen belang door de eenheden die deelnemen aan het akkoord in overeenstemming met hun institutionele doelstellingen”. Deze ruime visie rust op het idee dat de aanbestedende overheid geen economische speler is, en dat de financiële tegenprestatie bestaat in de vergoeding van de kosten, zijnde elementen die reeds door het Hof van Justitie in recente zaken werden besproken⁽³³⁾.

Het Hof brengt in herinnering⁽³⁴⁾ dat het merendeel van de vragen reeds werden behandeld in het arrest *Ordine degli Ingegneri delle Provincia di Lecce e.a.*⁽³⁵⁾. In eerste instantie wijst het Hof erop

(31) HvJ 14 november 2013, *Belgacom NV, C-221/12*, pt 42.

(32) HvJ 21 februari 2013, *Fédération Cynologique Internationale, C-561/11*, pt 17.

(33) A.L. DURVIAUX en T. DELVAUX, “Droit européen des marchés et contrats publics”, *RTDE* 2013, nr. 2, 339-447.

(34) Toepassing makend van artikel 99 van het procedurereglement van het Hof.

(35) HvJ 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, nog niet gepubliceerd.

dat de betrokken overeenkomst een overheidsopdracht was beheerst door de richtlijn 2004/18/EG, nu deze enerzijds werd gesloten tussen twee aanbestedende diensten, terwijl de aanbestedende overheid aan wie wordt gegund bepaalde diensten op de markt aanbiedt (zoals *in casu* universiteiten)⁽³⁶⁾, anderzijds is het voorwerp van de opdracht activiteiten van diensten, en ten slotte, het begrip “mits tegenprestatie”⁽³⁷⁾ kan een vergoeding betreffen beperkt tot terugbetaling van de kosten opgelopen voor het leveren van de betrokken dienst⁽³⁸⁾.

In tweede instantie brengt zij in herinnering dat twee vormen van overheidsopdrachten gesloten tussen openbare entiteiten niet binnen het toepassingsgebied van het Europees Unierecht vallen: het gaat om de situaties die voortvloeien uit een verticale samenwerking⁽³⁹⁾, en deze die voortvloeien uit een horizontale samenwerking⁽⁴⁰⁾.

Met betrekking tot de tweede uitzondering, wijst het Hof erop dat het overwegende deel van de activiteiten die het voorwerp uitmaken van de opdracht, veelal worden uitgeoefend door ingenieurs of architecten. Hoewel deze activiteiten wel een wetenschappelijke basis hebben, hebben de activiteiten zelf niets te maken met wetenschappelijk onderzoek. Bijgevolg lijkt de opdracht die het voorwerp uitmaakt van de samenwerking tussen de publieke overheden zoals gevestigd in onderhavige overeenkomst, niet de verwezenlijking van een taak van algemeen belang te garanderen die gemeenschappelijk is aan de *Commune di Pavia* en aan de universiteit⁽⁴¹⁾.

In dit arrest interpreteert het Hof van Justitie, niet verrassend, op restrictieve wijze de verwezenlijking van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang tussen de twee deelnemers bij het contract: het mag gaan om eender welke economische activiteit noodzakelijk voor de verwezenlijking van de taak van algemeen belang, maar ze moet wel een rechtstreekse band hebben met deze taak.

1.7 Horizontale samenwerking: afwezigheid van de behartiging van een gemeenschappelijk taak van algemeen belang

HvJ (5^e k.), 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG t/Kreis Düren*, C-386/11

1.7.1 KERNWOORDEN

Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Begrip overheidsopdracht – Artikel 1, lid 2, sub a – Overeenkomst tussen twee territoriale lichamen – Overdracht door lichaam van taak van reiniging van bepaalde van zijn ruimten aan ander lichaam tegen financiële vergoeding

1.7.2 SAMENVATTING

Een overeenkomst zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarmee, zonder een samenwerking tussen de contracterende openbare lichamen tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren, een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, bepaalde bureaus, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen, waarbij het eerste lichaam zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, en het tweede lichaam een beroep mag doen op derden die voor de uitvoering van deze taak eventueel op de markt zouden kunnen optreden, is een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van 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

Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in weze te vernemen of als overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 moet worden beschouwd, en om die reden aan de bepalingen van deze richtlijn is onderworpen, een overeenkomst als die welke in

(36) HvJ 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, pt 27.

(37) Opgenomen in bijlage II.1, categorie 8 van de richtlijn 2004/18/EG.

(38) HvJ 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, pt 29.

(39) HvJ 18 november 1999, *Teckal*, C-107/98, *Jurispr. blz.* I-8121, pt 51; HvJ 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, pt 32.

(40) HvJ 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, pt 34.

(41) HvJ 16 mei 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, C-564/11, pt 38.

het hoofdgeding aan de orde is, waarmee een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen en dit tweede lichaam voor de uitvoering van deze taak een beroep mag doen op derden, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, en waarbij het zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren.

Volgens hetzelfde analyseschema als in de zaak C-564/11, stelt het Hof vast dat het bestreden contract wel een overheidsopdracht is, in de eerste plaats opmerkende dat het niet van belang is dat ten eerste deze ondernemer zelf een aanbestedende dienst is en, ten tweede, dat het betrokken lichaam niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als een onderneming is georganiseerd of niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is⁽⁴²⁾. Ten tweede zijn activiteiten als die waarop de in geding zijnde ontwerpovereenkomst betrekking heeft, diensten voor reiniging van gebouwen bedoeld in bijlage II A, categorie 14, bij richtlijn 2004/18⁽⁴³⁾. Ten derde moet een overeenkomst worden geacht te zijn gesloten “onder bezwarende titel” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18, zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten⁽⁴⁴⁾.

Het Hof onderlijnt dat een dergelijke overeenkomst niet lijkt te behoren tot de twee types overeenkomsten die, hoewel zij door openbare lichamen zijn gesloten, niet binnen de werkingsfeer

van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen: de overeenkomsten van verticale samenwerking⁽⁴⁵⁾, en de overeenkomsten inzake horizontale samenwerking⁽⁴⁶⁾.

Het Hof overweegt in het bijzonder dat het voorwerp van de in geding zijnde ontwerpovereenkomst er niet in lijkt te bestaan een samenwerking tussen de twee contracterende openbare lichamen tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren, en dat, onder andere, deze overeenkomst toelaat om beroep te doen op een derde voor de uitvoering van deze taak, zodat de derde hieruit voordeel zou kunnen trekken⁽⁴⁷⁾.

1.8 Horizontale samenwerking: buitengewone omstandigheden

HvJ (10^e k.), 20 juni 2013, *verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Tribunale Amministrativo Regionale per l’Abruzzo – Italië – Consiglio Nazionale degli Ingegneri/Comune di Castelvecchio Subequo, Comune di Barisciano*, C-352/12

1.8.1 KERNWOORDEN

Artikel 99 van het procedurereglement van het Hof – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 1, paragraaf 2, sub a) en d), diensten – Begrip “aanbestedende overheid” – Contract gesloten tussen twee publieke entiteiten, waarvan een universiteit – Publieke entiteit vatbaar om te worden gekwalificeerd als economische speler – Buitengewone omstandigheden

(42) HvJ 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, pt 29.

(43) HvJ 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, pt 30.

(44) HvJ 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, pt 31.

(45) Overeenkomsten van verticale samenwerking zijn overeenkomsten gesloten tussen een openbaar lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer dit lichaam op deze persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen. Dienaangaande staat vast dat geen van deze voorwaarden is vervuld bij een overeenkomst als de in het hoofdgeding voorgenomen overeenkomst. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat in de context van het hoofdgeding allereerst geen van de lichamen een ander beheerst. Vervolgens oefent het lichaam dat de uitvoering van een taak aan het andere lichaam toevertrouwt, hoewel het zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, op het tweede lichaam geen toezicht uit dat kan worden gekwalificeerd als een toezicht zoals op zijn eigen diensten. Ten slotte verricht dit tweede lichaam niet het merendeel van zijn werkzaamheden voor het eerste lichaam (HvJ 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, ptn 34-35).

(46) Overeenkomsten van horizontale samenwerking zijn overeenkomsten die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust. In bedoeld geval zijn de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. Alle voormelde criteria zijn cumulatief, zodat een opdracht tussen openbare lichamen enkel buiten de werkingsfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten kan vallen krachtens deze uitzondering indien de overeenkomst waarin deze opdracht wordt vastgesteld aan al deze criteria voldoet. (HvJ 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, ptn 36-37).

(47) HvJ 13 juni 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, pt 39.

1.8.2 SAMENVATTING

De 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, verzet zich tegen een nationale reglementering die het sluiten van een overeenkomst toelaat, zonder oproep tot mededinging, van een contract krachtens dewelke publieke entiteiten een samenwerking vaststelling tussen hen wanneer – hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan – een dergelijk contract niet tot doel heeft de verwezenlijking van een taak van algemeen belang gemeenschappelijk aan deze entiteiten te garanderen, wanneer het contract niet uitsluitend beheerst wordt door overwegingen en eisen eigen aan de vervulling van de doelstelling van algemeen belang, of wanneer de overeenkomst van aard is om een private dienstverlener in een bevoorrechte situatie te plaatsen ten opzichte van zijn concurrenten. Het feit dat een dergelijke overeenkomst zich voordoet in een buitengewone situatie kan niet in overweging worden genomen, tenzij en slechts in de mate dat de aanbestedende overheid bevestigt dat de toepassingsvoorwaarden van artikel 31, punt 1, sub c) van deze richtlijn zijn verenigd.

Het verzoek om een prejudiciële beslissing stelt zich in het kader van twee geschillen waarbij de nationale raad van Ingenieurs zich richt tegen twee Italiaanse gemeentes (*Comune di Castelvechio Subequo* en *Comune di Barisciano*) met betrekking tot de overeenkomsten krachtens welke deze twee gemeentes taken met betrekking tot ondersteuningsactiviteiten in de opmaak van de reconstructieplannen van bepaalde delen van hun grondgebied die zijn beschadigd als gevolg van de aardbeving die zich had voorgedaan in de omgeving van L'Aquila op 6 april 2009, hebben toevertrouwd respectievelijk aan de *Università degli Studi Chieti Pescara – Dipartimento Scienze e Storia dell' Architettura* en aan de *Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD) dell'Università degli Studi di Camerino*.

Het Hof beslist opnieuw om een beroep te doen op artikel 99 van het procedurereglement en oordeelt derhalve per gemotiveerde ordonnantie.

Het gaat erom na te gaan over de voorwaarden vooropgesteld krachtens het arrest met betrekking tot het principe van horizontale samenwerking (van 9 juni 2009⁽⁴⁸⁾), zijn verenigd, nu de kwalificatie van een overheidsopdracht in een complex regelgevend kader en in het geheel van gelijkaardige feiten reeds is aangehouden⁽⁴⁹⁾ en in herinnering gebracht in recente arresten⁽⁵⁰⁾. Net als in de zaak C-564/11 is het Hof van mening dat de betwiste overeenkomsten een geheel van materiële aspecten omvatten waarvan een belangrijk, zelfs overwegend deel, overeenstemt met activiteiten die veelal door ingenieurs of architecten worden uitgeoefend en die, hoewel zij wel zijn gebaseerd op een wetenschappelijke basis, toch geen activiteiten inhouden die een wetenschappelijk onderzoek vereisen. Bijgevolg, in tegenstelling tot wat het Hof heeft geoordeeld in punt 37 van het arrest *Commissie/Duitsland*, schijnt de taak van algemeen belang die het voorwerp uitmaakt van de samenwerking tussen de publieke entiteiten, niet te strekken tot de verzekering van een taak van algemeen belang gemeenschappelijk aan de universitaire instellingen en aan de gemeenten in het hoofdgeding⁽⁵¹⁾. Het is in elk geval de taak van de verwijzende rechter om de nodige verificaties in dit kader te doen.

Zelfs als het vanzelfsprekend zou zijn dat de beschadiging van een belangrijk deel van meerdere gemeentes als gevolg van een aardbeving met zware impact een buitengewone en onvoorziene omstandigheid zou uitmaken, dan nog kan dit niet rechtvaardigen dat een opdracht, die normaliter via een open aanbesteding, een gesloten aanbesteding of via een onderhandelingsprocedure met publicatie van een bekendmaking zou moeten verlopen, rechtstreeks zou worden toegekend. Uit vaste rechtspraak vloeit voort dat het beroep op deze afwijking onderworpen is aan drie cumulatieve voorwaarden, te weten het bestaan van een onvoorziene omstandigheid, van een dwingende hoogdringendheid onverenigbaar met de termijn vereist door de andere procedures, en een oorzake-lijk verband tussen het onvoorzienbare gebeuren en de dwingende hoogdringendheid die hieruit voortvloeit. Gelet op zijn afwijkend karakter, moet deze bepaling *sensu stricto* worden geïnterpreteerd. Het komt dus toe aan de verwijzende rechter om na te gaan of de voorwaarden zijn verenigd in de zaken uit het hoofdgeschil, hierbij preciserend

(48) HvJ 9 juni 2009, *Commissie/Duitsland*, C-480/06, *Rec.*, p. I-4747.

(49) HvJ 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11.

(50) HvJ 16 mei 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, C-564/11.

(51) HvJ 20 juni 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, pt 46.

dat de bewijslast aan de partij toekomt die zich erop wil beroepen⁽⁵²⁾.

1.9 Begrip van “aanbestedende overheid”: publiekrechtelijke instelling

HvJ (5^e k.), 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG t/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, C-526/11

1.9.1 KERNWOORDEN

Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c – Begrip “publiekrechtelijke instelling” – Voorwaarde inzake financiering van activiteiten, of toezicht op beheer, of toezicht op activiteiten door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen – Beroepsvereniging van artsen – Wettelijk bepaalde financiering door middel van bijdragen van de leden van deze beroepsvereniging – Hoogte van de bijdragen vastgesteld door de algemene vergadering van deze vereniging – Autonomie van deze vereniging bij bepaling van de omvang en wijze van de uitvoering van haar wettelijke taken

1.9.2 SAMENVATTING

Dit arrest betreft de uitlegging van het begrip “aanbestedende overheid” in de zin van artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, van 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. Een publiekrechtelijke beroepsvereniging voldoet niet aan het criterium inzake financiering in hoofdzaak door de overheid, wanneer deze instelling hoofdzakelijk wordt gefinancierd door de bijdragen van haar leden, die zij zelf kan vaststellen en innen op grond van een wet die de omvang en de modaliteiten van de handelingen die deze instelling onderneemt voor de uitvoering van haar wettelijke taken – ter financiering waarvan deze bijdragen zijn bestemd – niet regelt. De instelling voldoet evenmin aan het criterium inzake het toezicht door de overheid op het beheer op de loutere grond dat het besluit waarbij deze instelling de hoogte van deze bijdragen vaststelt door een toezichthoudende instantie moet worden goedgekeurd.

Het geschil in het kader waarvan de vraag werd gesteld, betreft een geding tussen IVD GmbH & Co. KG (hierna: “IVD”) en de Ärztekammer Westfalen-Lippe (beroepsvereniging van de artsen van Westfalen-Lippe; hierna: “Ärzttekammer”) over het besluit van de Ärztekammer om een opdracht te gunnen aan een andere onderneming na een aanbestedingsprocedure. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een instelling als een publiekrechtelijke beroepsvereniging voldoet aan hetzij het criterium inzake financiering in hoofdzaak door de overheid, wanneer deze instelling hoofdzakelijk wordt gefinancierd door bijdragen van haar leden, die zij gemachtigd is vast te stellen en te innen op grond van een toepasselijke wet die de omvang en de modaliteiten van de handelingen die deze instelling onderneemt voor de uitvoering van haar wettelijke taken – ter financiering waarvan deze bijdragen zijn bestemd – niet regelt, hetzij het criterium inzake het toezicht door de overheid op het beheer, omdat het besluit waarbij deze instelling de hoogte van deze bijdragen vaststelt, door een toezichthoudende instantie moet worden goedgekeurd.

Overeenkomstig artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 is een entiteit een “publiekrechtelijke instelling” in de zin van deze bepaling, en om die reden onderworpen aan de bepalingen van die richtlijn, wanneer voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden, te weten dat deze entiteit is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn (sub a), rechtspersoonlijkheid bezit (sub b), en haar activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of de overheid toezicht uitoefent op het beheer ervan, of meer dan de helft van de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan ervan door de overheid zijn aangewezen (sub c).

De drie alternatieve criteria van artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, van deze richtlijn drukken alle een sterke afhankelijkheid van de overheid uit. Een dergelijke afhankelijkheid kan het de overheid immers mogelijk maken de beslissingen van de betrokken instelling inzake overheidsopdrachten te beïnvloeden⁽⁵³⁾. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de drie criteria een functionele invulling⁽⁵⁴⁾ moeten

(52) HvJ 20 juni 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, ptn 50-52.

(53) HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, pt 20.

(54) HvJ 1 februari 2001, *Commissie/Frankrijk*, C-237/99, *Jurispr.*, blz. I-939, pt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak; HvJ 13 december 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, C-337/06, *Jurispr.*, blz. I-11173.

krijgen, dit wil zeggen los van de formele wijze waarop het is toegepast.

Wat om te beginnen het eerste criterium van artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, van richtlijn 2004/18, inzake de financiering in hoofdzaak door de overheid, betreft, heeft het begrip financiering betrekking op een overdracht van financiële middelen zonder specifieke tegenprestatie, om de activiteiten van de betrokken entiteit te ondersteunen⁽⁵⁵⁾. Aangezien dit begrip functioneel moet worden uitgelegd, heeft het Hof geoordeeld dat het criterium inzake financiering in hoofdzaak door de overheid, ook ziet op een indirecte financieringswijze⁽⁵⁶⁾. Een dergelijke financiering kan gebeuren via een bijdrage waarvan de grondslag en de hoogte bij wet zijn bepaald en opgelegd, en die geen tegenprestatie vormt voor het daadwerkelijke gebruik van de door de betrokken instelling geleverde diensten door de bijdrageplichtigen, en waarvan de inningswijze het resultaat is van bevoegdheden van openbaar gezag⁽⁵⁷⁾. De omstandigheid dat een instelling formeel beschouwd de hoogte van de bijdragen die haar financiering in hoofdzaak verzekeren, zelf vaststelt, sluit niet uit dat sprake kan zijn van een indirecte financiering die aan dat criterium voldoet. Dit is het geval wanneer instellingen als openbare socialezekerheidsfondsen worden gefinancierd via door of voor hun verzekerden betaalde bijdragen, zonder specifieke tegensprestatie, wanneer de aansluiting bij een dergelijk fonds en de betaling van deze bijdragen bij wet zijn verplicht, wanneer de hoogte van deze bijdragen, hoewel formeel vastgesteld door deze fondsen zelf, ten eerste, juridisch is voorgeschreven, aangezien de wet de door deze fondsen verrichte prestaties en de daarmee gepaard gaande uitgaven bepaalt en hun verbiedt hun taken met winstoogmerk uit te voeren, en, ten tweede, door de toezichthoudende instantie moet worden goedgekeurd, en wanneer de bijdragen dwingend worden geïnd krachtens bepalingen van publiekrecht⁽⁵⁸⁾.

De situatie van de Ärztekammer wordt gekenmerkt door de aanzienlijke autonomie die de nationale wet haar laat om de aard, de omvang en de

uitvoeringswijze van de handelingen die zij onderneemt voor de uitvoering van haar taken te bepalen, en bijgevolg om de daartoe noodzakelijke middelen en dientengevolge de bijdragen die zij zal vragen van haar leden vast te stellen. De omstandigheid dat het besluit waarbij dit bedrag wordt vastgesteld door een toezichthoudende overheidsinstantie moet worden goedgekeurd, is niet doorslaggevend, aangezien deze instantie zich ertoe beperkt te controleren of de begroting van de betrokken instelling in evenwicht is, dit wil zeggen dat deze instelling via de bijdragen van haar leden en haar andere bronnen van inkomsten zich verzekert van voldoende inkomsten ter dekking van alle kosten voor haar werking op de door haarzelf bepaalde wijze⁽⁵⁹⁾.

Wat vervolgens het tweede criterium van artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, van richtlijn 2004/18, inzake het toezicht door de overheid op het beheer betreft, zij eraan herinnerd dat een toezicht *a posteriori* in beginsel niet aan dit criterium voldoet, aangezien de overheid door een dergelijk toezicht de beslissingen van deze instelling inzake overheidsopdrachten niet kan beïnvloeden⁽⁶⁰⁾. Dit is dus in beginsel het geval voor een algemeen rechtmatigtoezicht *a posteriori* door een toezichthoudende instantie en, *a fortiori*, voor een tussenkomst van deze instantie in de vorm van een goedkeuring van het besluit van deze instelling houdende vaststelling van de hoogte van de bijdragen ter verzekering van het grootste deel van haar financiering, waarbij slechts wordt gecontroleerd of de begroting van deze instelling in evenwicht is⁽⁶¹⁾.

Het Hof oordeelt dat hoewel de wet haar taken en de wijze waarop haar hoofdzakelijke financiering moet worden georganiseerd, vaststelt en voorts bepaalt dat het besluit houdende vaststelling van de hoogte van de door haar leden verschuldigde bijdragen moet worden goedgekeurd door een toezichthoudende instantie, een instelling als de Ärztekammer feitelijk beschikt over een organisatie- en begrotingsautonomie die eraan in de weg staat dat zij wordt beschouwd als een van de overheid sterk afhankelijke instelling. De financieringswijze van een dergelijke instelling vormt bijgevolg geen

(55) HvJ 3 oktober 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, *Jurispr.*, blz. I-8035, pt 21.

(56) HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, pt 23.

(57) Lees, in diezelfde zin: HvJ 13 december 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, C-337/06, *Jurispr.*, blz. I-11173, ptn 41, 42, 44, 45 en 47-49; HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, pt 24.

(58) HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, pt 25; HvJ 11 juni 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, *Jurispr.*, blz. I-4779, ptn 53 tot 56.

(59) HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, ptn 27-28.

(60) HvJ 27 februari 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, *Jurispr.*, blz. I-1931, pt 70.

(61) HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, pt 29.

financiering in hoofdzaak door de overheid en maakt geen overheidstoezicht op het beheer van deze instelling mogelijk⁽⁶²⁾.

1.10 Overheidsopdracht van werken: verkoop van een terrein door een publiek organisme

HvJ (2^e k.), 11 juli 2013, *Europese Commissie t/Koninkrijk der Nederlanden*, C-576/10

1.10.1 KERNWOORDEN

Niet-nakoming – Richtlijn 2004/18/EG – Werkingssfeer ratione temporis – Concessieovereenkomst voor openbare werken – Verkoop van terrein door publiekrechtelijk lichaam – Door dat lichaam omschreven onroerendgoedproject voor herontwikkeling van openbare locaties

1.10.2 SAMENVATTING

Teneinde een vastgoedproject te verwezenlijken op haar grondgebied, dat zowel een publiek luik (sociale en culturele diensten – SPIL Centrum) en een privaat luik (woonplaatsen en een commercieel centrum) omvatte, heeft de stad Eindhoven een adviesnota “Selectie van een ontwikkelaar voor het buurtcentrum Doornakkers” opgemaakt, waarin criteria werden opgesteld voor de selectie van de koper van de grond waarop het project centrum Doornakkers zou worden ontwikkeld. Deze nota preciseerde dat de overeenkomst tot verkoop zou worden gesloten onder “de gemeentelijke randvoorwaarden en uitgangspunten c.q. het programma van eisen”, en dat deze “in overeenstemming [...] met de wensen van de afnemers/eindgebruikers” moest zijn. De in het vorige punt genoemde randvoorwaarden en uitgangspunten preciseren, onder meer, de functies en de hoogten van de betrokken bebouwing conform het stedenbouwkundig plan. Zij voorzien in de bouw van appartementen en woningen, de uitbreiding van het bestaande zorgcentrum, een verbindingszone tussen de twee hoofdlocaties, een goede ontsluiting, ondergronds parkeren conform de gemeentelijke parkeernormen, behoud van waardevol groen

alsmede de creatie van een plein en van een nieuw buurtpark. De procedure resulteerde in de totstandkoming van een verkoopovereenkomst met betrekking tot het betrokken perceel.

Het eerste contract werd gevolgd door een samenwerkingsovereenkomst teneinde de realisatie van de bouwplannen en van een globaal bestemmingsplan in samenwerking met een architectenbureau toe te laten. Een derde contract werd gesloten met een eigenaar van het SPIL-centrum (Woonbedrijf).

De zaak stelt een vraag met betrekking tot het toepassingsgebied *ratione temporis* van de richtlijn 2004/18/EG, en een vraag met betrekking tot het begrip “concessie van openbare werken”. Het Hof zal over de eerste vraag oordelen zonder de tweede aan te raken. Om deze reden zijn de conclusies van de advocaat generaal een belangrijke bron van inlichtingen, enerzijds met betrekking tot de kwalificatie van een verkoopovereenkomst van een terrein die kenmerken vertoont van een overheidsopdracht, en anderzijds met betrekking tot de vraag of de overdracht van een terrein kan worden gekwalificeerd als een exploitatierecht.

De partijen beroepen zich op dezelfde twee arresten van het Hof van Justitie⁽⁶³⁾. In een eerste arrest (C-337/98) heeft het Hof een principe verwoord en een uitzondering met betrekking tot de toepasselijkheid *ratione temporis*⁽⁶⁴⁾ van richtlijn 93/38/EEG⁽⁶⁵⁾. Het principe luidt: “Enerzijds zij erop gewezen, dat de beslissing van een aanbestedende dienst over het type te volgen procedure en over de noodzaak van een voorafgaande oproep tot mededinging om een overheidsopdracht te gunnen, een specifieke fase van de procedure vormt, waarin de wezenlijke kenmerken van het verloop van deze procedure worden bepaald, en die in de regel alleen in het aanvangsstadium ervan is te situeren. Om uit te maken of richtlijn 93/38 op deze beslissing van toepassing is en dus om te bepalen, wat de dienaangaande uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen van de aanbestedende dienst waren, dient in beginsel dus te worden uitgegaan van het tijdstip waarop deze beslissing is genomen”⁽⁶⁶⁾. De uitzondering bestaat in de precisering dat: “[Indien de] aangeknoopte onderhandelingen kenmerken vertonen die wezenlijk

(62) HvJ 12 september 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, pt 30.

(63) HvJ 5 oktober 2000, *Commissie/Frankrijk*, C-337/98, *Jurispr.*, blz. I-8377, ptn 36 en 37 ; HvJ 19 juni 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, *Jurispr.*, blz. I-4401, ptn 34-37.

(64) HvJ 11 april 2013, *Commissie/Nederland*, C-576/10, concl. Adv.-Gen. Wathelet, 48-60.

(65) 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, blz. 84.

(66) HvJ 11 juli 2013, *Commissie/Nederland*, C-576/10, ptn 36-37.

verschillen van de reeds gevoerde onderhandelingen, en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, [kan] de toepassing van de bepalingen van richtlijn 93/38 gerechtvaardigd [...] zijn”⁽⁶⁷⁾.

De begrippen “substantieel verschillende aanpassingen” en “essentiële voorwaarden in de overeenkomst” werden uitgewerkt in het tweede arrest. Het betreft, volgens de klassieke definitie: voorwaarden die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld; vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner⁽⁶⁸⁾.

Het Hof overweegt, integraal de redenering van de advocaat generaal volgend, in toepassing van deze principes op onderhavige zaak, dat de beslissing om het onroerendgoedproject centrum Doornakkers te verwezenlijken zonder oproep tot mededinging is genomen op het tijdstip waarop het college van B en W de adviesnota van 23 april 2002 heeft goedgekeurd. Uit de bewoordingen van punt 2.5 van deze adviesnota blijkt immers dat het feit dat de gemeente heeft gekozen voor de vorm van de verkoop onder voorwaarden “impliceert dat aanbesteding en aanbestedingsreglementen niet aan de orde zijn⁽⁶⁹⁾”. Het feit dat de verdeling van het financiële risico voor bepaalde onderdelen van het project betreffende het SPIL-centrum en de overname van de kosten van de inrichting van de openbare ruimten pas na de adviesnota van 23 april 2002 definitief konden worden vastgesteld, is niet van doorslaggevend belang. Gelet op de rechtspraak van het Hof kan immers geen van deze twee bijzondere aspecten van het project centrum Doornakkers worden geacht kenmerken te vertonen die wezenlijk verschillen van de kenmerken die welke aanvankelijk waren voorzien. Daar

zowel de optie van de gemeente om vóór het project centrum Doornakkers geen oproep tot mededinging te doen als de keuze van de wezenlijke kenmerken van dat project duidelijk voortkomt uit de adviesnota van 23 april 2002, dat wil zeggen toen richtlijn 2004/18 nog niet eens was vastgesteld⁽⁷⁰⁾, moet worden vastgesteld dat deze richtlijn *ratione temporis* niet van toepassing is.

1.11 Overheidsopdracht van werken: last in hoofde van projectontwikkelaars en verkavelaars

HvJ (1^e k.), 8 mei 2013, *Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Algemeen Eigenaars- en Mede-Eigenaarssyndicaat (VZW), Olivier de Clippele t/Vlaamse Regering*, C-197/11 en C-203/11

1.11.1 KERNWOORDEN

Fundamentele vrijheden – Beperking – Rechtvaardiging – Staatssteun – Begrip “overheidsopdracht voor werken” – Gronden en constructies in bepaalde gemeenten – Regionale regeling die voor overdracht daarvan vereist dat kandidaat-koper of kandidaat-huurder beschikt over „voldoende band” met doelgemeente – Aan bouwheren en verkavelaars opgelegde sociale last – Fiscale stimuli en subsidiemechanismen

1.11.2 SAMENVATTING

De verwezenlijking van sociale woningen die vervolgens tegen geplafonneerde prijzen dienen te worden verkocht aan een openbare instelling voor sociale huisvesting of met indeplaatsstelling door deze instelling (waarbij zij in de plaats komt van de dienstverrichter die deze woningen heeft gerealiseerd), valt onder het begrip “overheidsopdracht voor werken”, indien de criteria voorzien in deze bepaling zijn vervuld, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

Het Belgische Grondwettelijk Hof heeft prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van justitie teneinde uitspraak te kunnen doen over het beroep tot nietigverklaring jegens meerdere bepalingen van het Vlaams Decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid: sommige bepalingen koppelden aan de overdracht van terreinen en gebouwen opgericht in bepaalde Vlaamse gemeenten het

(67) HvJ 11 juli 2013, *Commissie/Nederland*, C-576/10, pt 44.

(68) HvJ 19 juni 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, *Jurispr.*, blz. I-4401, ptn 35, 36, 37 en 40.

(69) HvJ 11 juli 2013, *Commissie/Nederland*, C-576/10, ptn 55-56.

(70) Krachtens het artikel 80, had deze richtlijn moeten zijn omgezet ten laatste op 31 januari 2006.

bestaan van een voldoende band tussen de kandidaat-koper of verwerver en de betrokken gemeenten⁽⁷¹⁾. Andere bepalingen legden een sociale last op⁽⁷²⁾ aan verkavelaars en projectontwikkelaars (realisatie van sociale woningen). Een deel van deze last werd gecompenseerd door fiscale steunmaatregelen en ondersteuningsmechanismen (zoals toepassing van een verlaagd tarief inzake de belasting over de toegevoegde waarde en de registratierechten⁽⁷³⁾, infrastructuursubsidies⁽⁷⁴⁾, en een overnamegarantie voor gerealiseerde woningen⁽⁷⁵⁾).

Het reglementair kader met betrekking tot de sociale last is niet eigen aan België. In veel lidstaten ondernemen overheden pogingen tot het opleggen van een redelijk aandeel van sociale woningen op gemeentelijk grondgebied⁽⁷⁶⁾.

Van de 12 vragen die het Grondwettelijk Hof aan het Hof van justitie heeft gesteld, luidt er één (de 11^e) als volgt: “Dient het begrip, overheidsopdracht voor werken” in artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn [2004/18] aldus te worden uitgelegd dat het van toepassing is op een regeling die als gevolg heeft dat aan het afgeven van een bouw- of verkavelingsvergunning met betrekking tot een project van een bepaalde minimale omvang van rechtswege een sociale last wordt gekoppeld die bestaat in het realiseren, ten belope van een bepaald percentage van het project, van sociale woningen die vervolgens tegen geplafonneerde prijzen dienen te worden verkocht aan of met indeplaatsstelling door een openbare instelling?”⁽⁷⁷⁾.

Het Hof stelt dat zij niet over alle vereiste gegevens beschikt om te kunnen antwoorden op de vraag of de vier voorwaarden van een overheidsopdracht zijn vervuld in onderhavige zaak, te weten

(1) een schriftelijke (2) overeenkomst (3) onder bezwarende titel die tussen een ondernemer en een aanbestedende dienst (4) is gesloten en betrekking heeft op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I bij deze richtlijn vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Zij eindigt nochtans met de vaststelling dat de verwezenlijking van sociale woningen die vervolgens tegen geplafonneerde prijzen dienen te worden verkocht aan een openbare instelling voor sociale huisvesting of met indeplaatsstelling door deze instelling (waarbij zij in de plaats komt van de dienstverrichter die deze woningen heeft gerealiseerd), valt onder het begrip “overheidsopdracht voor werken” in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 wanneer de criteria van deze bepaling zijn vervuld; het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of dit het geval is. Zij laat het derhalve aan het Grondwettelijk Hof over om het antwoord op deze vraag na te gaan.

Het ongemak van het Hof van Justitie is dus even groot als dat van practici sedert het arrest met betrekking tot de herkwalificatie van de site van de Scala van Milaan (beter gekend onder de naam arrest *Ordine degli Architetti*)⁽⁷⁸⁾. De lezer zal zich herinneren dat in dit arrest, in een redenering die in de rechtsleer zwaar werd bekritiseerd⁽⁷⁹⁾, en dat het advies van de Advocaat Generaal tegenspraak, het Hof van Justitie in de verwezenlijking van deze stedenbouwkundige last, opgelegd bij de aflevering van de stedenbouwkundige vergunning (verwezen-

(71) Deze eerste vraag houdt geen band met het voorwerp van huidige kroniek. Het Hof overweegt dat de bepaling van het Vlaams Decreet, zelfs als zij onafhankelijk van de nationaliteit van de rechtsonderhorigen van toepassing is, beperkingen inhouden op de vrijheden gegarandeerd door het artikel 21 VWEU, en, in hun respectievelijk domein, het artikel 45 VWEU, 49 VWEU, 56 VWEU en 63 VWEU alsook de artikelen 22 en 24 van de richtlijn 2004/38. Indien de nationale maatregelen de uitoefening van de fundamentele vrijheden minder eenvoudig maken, kunnen deze toch worden toegelaten, op voorwaarde dat zij een doelstelling van algemeen belang nastreven, dat zij geschikt zijn om dit doel te verwezenlijken, en dat zij niet verder gaan dan nodig is om dit doel te bereiken. In onderhavig geval werd de maatregel niet evenredig geacht met de nagestreefde doelstelling.

(72) De tekst wijst aan dat een sociale last is gekoppeld aan een stedenbouwkundige vergunning. Het decreet bepaalt ook de uitvoeringsmodaliteiten van de sociale last (art. 4.1.17 van het decreet van 27 maart 2009).

(73) Artikel 4.1.20, § 3 tweede alinea, van het Vlaams Decreet van 27 maart 2009 betreffende het Grond-en pandendecreet.

(74) Artikel 4.1.23 van het Vlaams Decreet van 27 maart 2009 betreffende het Grond-en pandendecreet.

(75) Artikel 4.1.21 van het Vlaams Decreet van 27 maart 2009 betreffende het Grond-en pandendecreet.

(76) R. NOGUELLOU, “Obligations imposées à un constructeur et marchés publics de travaux”, *RDI* 2013, 369.

(77) HvJ 4 oktober 2012, *Libert, Van Eycken, Bleecx e.a.*, C-197/11 en C-203/11, conclusie Adv.-Gen. Mazak, ptn 80-92.

(78) HvJ 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, *Rec.*, p. I-5409, concl. Ph. Léger.

(79) A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, 54-56; L. RICHER, “Une définition communautaire du marché de travaux : un arrêt récent de la Cour de Justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux”, *ACCP*, n° 4, octobre 2001, 61-63; J.-M. BELORGEY, S. GERVAISONI en C. LAMBERT, “Chronique de droit communautaire”, *AJDA* 2001, p. 948 e.v.: les auteurs font un rapprochement avec la solution retenue par le C.E. fr., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine, Rec.*, p. 326 ; *AJDA* 1975, p. 345 e.v., obs. M. DE FRANC en M. BOYON.

lijking van een theater alvorens dit eigendom werd van de aanbestedende overheid), een mechanisme had gezien van een impliciet mandaat ten bate van de aanbestedende overheid, waarvan het belangrijkste gevolg erin bestond dat de private promotor het overheidsopdrachtenrecht moest toepassen om een onderneming te kiezen die de constructiewerken zou uitvoeren ter verwezenlijking van de betrokken last.

De redenering van het Hof van Justitie scheen te impliceren dat de kwalificatie van een overheidsopdracht van werken ook gevolgen kan hebben voor juridische aktes, zowel eenzijdig als contractueel, die ontstaan in het kader van complexe relaties tussen meerdere betrokkenen, doordat men zoekt naar elementen die binnen de Unierechtelijke definitie vallen! Doordat de verkavelaar wordt vrijgesteld, tijdens de uitoefening van werken, van de betaling van datgene wat in bepaalde rechtsordes de “stedenbouwkundige last” wordt genoemd, ontstaat er een overeenkomst onder bezwarende titel. Er ontstaat dus een wederkerige relatie die de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht met zich meebrengt. Maar de verplichting om het overheidsopdrachtenrecht toe te passen wordt dan wel opgelegd aan de verkavelaar... voor rekening van de aanbestedende overheid. Nu de consensuele verhouding onder bezwarende titel niet volstaat om de verplichting in hoofde van de verkavelaar uit te leggen, heeft het Hof van Justitie zijn analyse vervolledigd, door het criterium van de overdracht van de eigendom in het patrimonium van de aanbestedende dienst aan het einde van de werken aan te nemen, een criterium dat zij nochtans had verworpen op andere gelegenheden⁽⁸⁰⁾. De identificatie van een “openbaar gebouw” schijnt ook op belangrijke wijze de interpretatie aangehouden door het Hof van Justitie te hebben beïnvloed.

Eén van de auteurs heeft dit arrest bekritiseerd, in het bijzonder omdat een functionele interpretatie door het Hof van Justitie tot gevolg heeft dat de private verkavelaar een inmededingingstelling moet waarborgen voor de verwezenlijking van de werken. Echter, hij geniet daarbij niet dezelfde voorrechten als de aanbestedende overheid in de keuze van de onderneming waarmee hij samenwerkt, zoekend naar de maximalisatie van zijn winsten.

De private verkavelaar wordt verondersteld rationele keuzes te maken.

Dit arrest heeft onzekerheid gecreëerd omtrent de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht inzake complexe vastgoedoperaties (of op elk project dat niet eenvoudig bestaat uit een aannemingsovereenkomst tussen een aanbestedende overheid en de onderneming waarmee deze samenwerkt).

Het arrest *Helmut Müller*⁽⁸¹⁾ heeft de talrijke onzekerheden beperkt door een heldere en redelijke grens te stellen aan de draagwijdte van het begrip overheidsopdracht, door omtrent het vierde criterium te bepalen dat dit niet kan bestaan in het enkele feit dat een overheidsdienst een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw. Het arrest stelt een nieuwe ruimere lezing voor van het tweede criterium (de last), het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende overheid, weliswaar blijft dit laatste afhankelijk van de concretisering in de feiten.

Het had opportuun geweest indien het Hof eenvoudigweg had gesteld in deze zaak dat de kwalificatie van een overheidsopdracht uitgesloten is omdat er geen overeenkomst bestaat waarvan de doelstelling bestaat in de uitvoering van werken. De reglementering (Vlaams decreet van 27 maart 2009) legt een sociale last op die de vorm aanneemt van werken. De verkoop van een gebouwd goed (er is immers wel een verkoopsovereenkomst omtrent het gebouwde goed aan een sociale huisvestingsmaatschappij) valt niet onder het toepassingsgebied van de richtlijnen.

Het Hof heeft hier een kans gemist om een duidelijk onderscheid te maken tussen een handeling die voortvloeit uit een contractuele verhouding met een tegenpartij op basis van mededinging voorzien tussen economische actoren, en het project dat wordt opgelegd door de regelgeving in de vorm van een last, voor een verkoopprijs die wordt geplafonneerd door de reglementering inzake sociale huisvesting⁽⁸²⁾.

De vraag is niet louter vormelijk, maar wel fundamenteel. Het overheidsopdrachtenrecht geeft immers een dergelijke definitie aan het begrip

(80) In het bijzonder in het arrest HvJ 26 april 1994, *Europese Commissie/Italië*, C-272/91, *Rec.* 1994, p. I-1409 e.v.

(81) HvJ 25 maart 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, *Rec.*, p. I-02673; *CMP* 2010, n° 5, comm. 164, noot ZIMMER; Zie tevens, een eerste toepassing van de rechtspraak *Helmut Müller*: HvJ 26 mei 2011, *Commissie c/ Spanje*, C-306/08, concl. Adv.-Gen. N. Jääskinen; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E.”, *AJDA* 2011, 1614.

(82) Het gaat hier niet om een onderhandelde prijs, zoals de advocaat-generaal stelt in punt 91 van zijn besluiten in huidige zaak, nu de onderhandelingsbevoegdheid van economische spelers in het kader van de gunning van overheidsopdrachten is beperkt door het secundair recht zonder enige betrekking op de kwalificatie van een overheidsopdracht.

“overheidsopdracht”, zodat in die situatie gedetailleerde bepalingen toepasselijk zijn inzake de gunning van de overeenkomst. Echter, de inmededingingstelling moet ook nog mogelijk zijn, wat hier niet het geval is.

1.12 Overheidsopdracht van werken en subsidies

HvJ, 26 september 2013, *Frankrijk c/Commissie*, met concl. Adv.-Gen. Kokott, C-115/12

1.12.1 KERNGWOORDEN

Hogere voorziening – Europees Fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO) – Structurele bijstandsverlening van de Gemeenschap in de regio Martinique – Vermindering van financiële bijstand – Overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – Overeenstemming van acties met bepalingen van de Unie – Coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – Richtlijn 93/37/EEG – Artikel 2 – Begrip “rechtstreekse subsidie” – Begrip, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding

1.12.2 SAMENVATTING

Het artikel 2, paragraaf 2 van de richtlijn 93/37 beoogt niet alle sportieve, recreatieve en vrijetijdsuitrusting, maar enkel deze van algemeen belang, zoals groene ruimtes te beschikking van het publiek, sportinfrastructuur, bibliotheken en musea, die het voorwerp uitmaken van een rechtstreekse subsidie.

Aan de oorsprong van het geschil ligt een privaat bouwproject (2003) in de Franstalige regio van Martinique, met als doelstelling de renovatie en uitbreiding van een vakantiedorp uitgebaat door een particuliere onderneming, dat voor meer dan 50% werd gefinancierd door een publieke overheid (meer bepaald het EFRO), dat werd gerealiseerd zonder inachtneming van de wetgeving overheidsopdracht. De Commissie had om deze reden de financiële deelname van EFRO stopgezet per beslissing van 28 juli 2010.

Onmiddellijk rijst de vraag of een vakantiedorp kan worden gekwalificeerd als een soort sportieve, recreatieve of vrijetijdsuitrusting die, bij een finan-

ciering van 50% door de publieke overheid, de verplichting met zich meebrengt om het overheidsopdrachtenrecht toe te passen in hoofde van de private persoon die publieke fondsen ontvangt. Eveneens rijst de vraag of een fiscale gunstmaatregel kan worden begrepen als een subsidie.

Het Hof brengt terecht in herinnering dat het begrip “rechtstreekse subsidie” uit de richtlijn 93/37/EG geen betrekking heeft op personen, maar op de betrokken werkzaamheden. Het Hof geeft, hetgeen in overheidsopdrachtenreglementering zelden voorkomt, een enge interpretatie aan de tekst eerder dan een teleologische interpretatie die een brede lezing van het toepassingsgebied van de overheidsopdrachten-reglementering met zich meebrengt, door te onderlijnen dat het begrip rechtstreekse “subsidie” voorzien door richtlijn 93/37/EG geen fiscale steunmaatregelen omvat.

Eenzelfde enge interpretatie van artikel 2, paragraaf 2 van richtlijn 93/37/EG is gekozen door het Hof dat van mening is dat het begrip “inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding” in de zin van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37, beperkt is tot inrichtingen die voldoen aan de collectieve behoeften van de gebruiker zoals groene ruimtes ter beschikking stellen van het publiek, sportinfrastructuur, bibliotheken en musea⁽⁸³⁾.

1.13 Mogelijkheid om zijn kandidatuur aan te vullen na de datum van indiening van de offertes

HvJ (10^e k.), 10 oktober 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelse t/Manova A/S*, C-336/12

1.13.1 KERNGWOORDEN

Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Beginsel van gelijke behandeling – Niet-openbare procedure – Aankondiging van opdracht – Verzoek tot opnemning van laatst gepubliceerde balans in inschrijvingsdossier – Ontbreken van die balans in dossier van bepaalde gegadigden – Mogelijkheid voor aanbestedende dienst gegadigden te verzoeken die balans over te leggen na afloop van termijn voor indienen van inschrijvingsdossiers

(83) HvJ 26 september 2013, *Franse Republiek*, C-115/12, pt 72.

1.13.2 SAMENVATTING

Het beginsel van gelijke behandeling moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een aanbestedende dienst na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een overheidsopdracht een gegadigde verzoekt documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, zoals de gepubliceerde balans, en waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving. Een dergelijk verzoek mag niet ten onrechte in het voordeel of nadeel zijn van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek is gericht.

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling, zoals opgenomen in artikel 2 van de richtlijn 2004/18/EG in het kader van de gunning van een overheidsopdracht van niet-prioritaire diensten⁽⁸⁴⁾.

Overeenkomstig artikel 21 van richtlijn 2004/18 zijn voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage II B bij die richtlijn bedoelde diensten weliswaar alleen de artikelen 23 en 35, lid 4, van die richtlijn van toepassing, maar die opdrachten zijn aan de fundamentele Verdragsregels en de algemene beginselen van het Unierecht onderworpen wanneer zij een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen⁽⁸⁵⁾. Na haar vaste rechtspraak in herinnering te hebben gebracht omtrent het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht, vertrekt het Hof van de redenering die zij reeds heeft ontwikkeld met betrekking tot de vraag hoe gegevens met betrekking tot de offerte

kunnen worden aangepast of aangevuld, omdat zij een eenvoudige verduidelijking vereisen, of om manifest materiële fouten⁽⁸⁶⁾ te beëindigen. Ten eerste kan de vraag tot verduidelijking pas worden gesteld nadat de aanbestedende overheid kennis heeft van alle offertes en moet deze in beginsel aan alle inschrijvers op dezelfde wijze worden gecommuniceerd, die zich in dezelfde situatie bevinden⁽⁸⁷⁾. Ten tweede dient de vraag op alle elementen betrekking hebben die verduidelijking vereisen⁽⁸⁸⁾. Ten derde mag het proces niet tot gevolg hebben dat een nieuwe offerte wordt ingediend⁽⁸⁹⁾. Ten slotte, in de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid waarover hij beschikt met betrekking tot de mogelijkheid van de vraag om verduidelijking, moet de aanbestedende overheid de inschrijvers op gelijke en loyale wijze behandelen, zodat een vraag om verduidelijking niet de indruk mag geven, tijdens de selectieprocedure en in het licht van het resultaat hiervan, dat bepaalde inschrijvers, die het voorwerp uitmaken van deze vraag, werden bevoordeeld of benadeeld⁽⁹⁰⁾.

Die conclusie, die betrekking heeft op de door inschrijvers ingediende inschrijvingen, kan worden toegepast op inschrijvingsdossiers die worden ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een beperkte procedure⁽⁹¹⁾. De aanbestedende dienst kan dus verzoeken de gegevens van dit dossier gericht te verbeteren of aan te vullen, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens, zoals de gepubliceerde balans, waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure. De situatie is uiteraard anders indien volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen⁽⁹²⁾.

(84) Artikel 21 van de richtlijn. Categorie 24 van bijlage II B met betrekking tot onderwijsdiensten en professionele vorming werd in huidig geschil beoogd.

(85) HvJ 18 november 2010, *Commissie/Ierland*, C-226/09, *Jurispr.*, blz. I-11807, ptn 29 en 31.

(86) HvJ 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, nog C-599/10, niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, ptn 36 en 37.

(87) HvJ 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, ptn 42 en 43.

(88) HvJ 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, pt 42.

(89) HvJ 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, pt 40.

(90) HvJ 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, pt 41.

(91) HvJ 10 oktober 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser*, C-336/12, pt 38.

(92) HvJ 10 oktober 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser*, C-336/12, pt 40; zie in die zin HvJ 29 april 2004, *Commissie/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99, *Jurispr.*, blz. I-3801, pt 115.

1.14 Mogelijkheid voor een economische speler om de capaciteiten van andere eenheden te laten gelden en een systeem van certificering

HvJ (5^e k.), 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannochi Luigino DI t/Provincia di Fermo*, C-94/12

1.14.1 KERNGWOORDEN

Selectie – Economische en financiële draagkracht – Mogelijkheid voor ondernemer, draagkracht van andere entiteiten in te roepen – Certificeringssysteem – Verbod om voor uitvoering van werken van een zelfde categorie verklaringen van meerdere entiteiten in te roepen

1.14.2 SAMENVATTING

Artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van 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, gelezen in samenhang met artikel 44, lid 2, van deze richtlijn, moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale bepaling zoals die in het hoofdeding, op grond waarvan het ondernemers die deelnemen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de regel verboden is om voor een zelfde kwalificatiecategorie de draagkracht van meerdere ondernemingen in te roepen.

De vraag van de overwegingname van de capaciteit van derden voor het vervullen van de eisen die door de aanbestedende overheid worden gesteld met betrekking tot de economische, financiële en technische capaciteiten werden grotendeels behandeld door het Hof van Justitie door drie bekende arresten: *Ballast Nedam I, II* en *Holst Italia*⁽⁹³⁾. In het eerste arrest heeft het Hof overwogen “dat een holdingmaatschappij die zelf geen werken

uitvoert, niet van deelneming aan de procedures voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken kan worden uitgesloten op de grond dat haar dochterondernemingen, die de werken uitvoeren, zelfstandige rechtspersonen zijn, indien zij kan bewijzen dat zij werkelijk kan beschikken over de middelen van de dochters die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn”⁽⁹⁴⁾. In het tweede arrest heeft het Hof de redenering omgezet naar het kader van de een capaciteitscertificeringssysteem (het Belgisch systeem van erkenning van ondernemingen voor werken, zeer vergelijkbaar met het Italiaanse certificeringssysteem aan het hart van huidige kwestie). Het Hof interpreteert het woord “kan” alsof dit een recht verschaft in hoofde van de economische spelers. Zij concludeert dat “bij het evalueren van de technische capaciteit van een vereniging, de overheid de verplichting heeft om rekening te houden met de technische capaciteit van de ondernemingen die deel uitmaken van de groep”⁽⁹⁵⁾.

In de derde zaak heeft het Hof haar rechtspraak van *Ballast Nedam Groep I en II* bevestigd, door op een algemene manier te bevestigen dat een ondernemer zich mocht beroepen op de capaciteiten van andere leden van de groep, *ongeacht de juridische aard van de met hen bestaande banden*. Het Hof sprak uit dat een inschrijver niet van een procedure kan worden uitgesloten op de enkele grond dat hij voor de uitvoering van de opdracht middelen wil inzetten die niet hemzelf, maar *aan een of meerdere andere entiteiten ter beschikking staan*⁽⁹⁶⁾.

Het Unierecht vereist dus niet dat een inschrijver in staat is om rechtstreeks de dienst vereist door de opdracht met zijn eigen middelen te verwezenlijken⁽⁹⁷⁾, maar hij moet wel kunnen aantonen dat hij over de middelen van andere entiteiten kan beschikken⁽⁹⁸⁾.

Deze rechtspraak werd gecodificeerd in de richtlijn 2004/18⁽⁹⁹⁾, in het bijzonder in de artikelen 47, 48 en 52, aan de basis van huidig geschil.

Het Hof verduidelijkt deze teksten door hun draagwijdte te bevestigen: “het stelselmatige

(93) HvJ 14 april 1994, *Ballast Nedam Group*, C-389/92, *Rec.*, p. I-1289; HvJ 18 december 1997, *Ballast Nedam Groep*, C-5/97, *Rec.*, p. I-7549; HvJ 2 december 1999, *Holst Italia*, C-176/98, *Rec.*, p. I-8607.

(94) In herinnering gebracht in HvJ 28 februari 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA*, C-94/12, *concl. Adv.-Gen. Jääskinen*, pt 20.

(95) HvJ 28 februari 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA*, C-94/12, *concl. Adv.-Gen. Jääskinen*, pt 21.

(96) HvJ 2 december 1999, *Holst Italia*, C-176/98, *Rec.*, p. I-8607, pt 31; HvJ 28 februari 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA*, C-94/12, *concl. Adv.-Gen. Jääskinen*, pt 22.

(97) HvJ 23 december 2009, *CoNISMa*, C-305/08, *Jurispr.*, blz. I-12129, pt 41 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

(98) HvJ 18 maart 2004, *Siemens en ARGE Telekom*, C-314/01, *Jurispr.*, blz. I-2549, pt 44 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

(99) Zie in het bijzonder de artikelen 47, 48 en 52.

gebruik van de meervoudsvorm in die bepalingen [wijst] erop dat deze de gegadigden of inschrijvers in beginsel niet verbieden de draagkracht van meerdere derde entiteiten in te roepen om aan te tonen dat zij voldoen aan een minimumdraagkrachtniveau. Die bepalingen leggen een gegadigde of inschrijver vooral geen principeverbod op om de draagkracht van een of meer derde entiteiten in te roepen naast zijn eigen draagkracht, om te voldoen aan de door een aanbestedende dienst vastgestelde criteria⁽¹⁰⁰⁾.

Uit één en ander volgt dat op grond van richtlijn 2004/18 de draagkracht van meerdere ondernemers mag worden gecumuleerd om aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumcapaciteitseisen te voldoen, mits bij die dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of inschrijver die de draagkracht van één of meer andere entiteiten inroeft inderdaad zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn.

Deze uitlegging strookt met het doel overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging⁽¹⁰¹⁾, wat de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten⁽¹⁰²⁾.

Het Hof geeft evenwel toe dat het niet is uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover deze vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht.

Omdat dit een uitzonderlijke situatie betreft, verzet richtlijn 2004/18 zich ertegen dat bedoelde vereiste door het nationale recht tot een algemene regel wordt verheven, zoals is gebeurd krachtens artikel 49, lid 6, van wetsdecreet 163/2006⁽¹⁰³⁾. Deze bepaling voorzag namelijk dat het ondernemers die deelnemen aan een procedure voor de

gunning van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de regel verboden is om voor een zelfde kwalificatiecategorie de draagkracht van meerdere ondernemingen in te roepen. De aanbestedende overheid kon in de bestekbepalingen nochtans toelaten dat de bekwaamheid van meerdere ondernemingen in aanmerking konden worden genomen.

1.15 Onderhandelingen over een offerte die niet voldoet aan de dwingende vereisten: onmogelijkheid

HvJ (4^e k.), 5 december 2013, *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS t/Rahandusministerium, C-561/12*

1.15.1 KERNWOORDEN

Overheidsopdrachten – Gunningsprocedure door onderhandelingen met bekendmaking – Mogelijkheid voor aanbestedende dienst om te onderhandelen over inschrijvingen die niet voldoen aan in bestek genoemde dwingende eisen van technische specificaties

1.15.2 SAMENVATTING

Artikel 30, lid 2, van 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, staat de aanbestedende dienst niet toe te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.

De aanbestedende dienst dient er in, ofschoon hij in het kader van een onderhandelingsprocedure van gunning door onderhandelingen beschikt over onderhandelingsbevoegdheid, altijd zorg voor te dragen dat aan de eisen van de opdracht waaraan hij een dwingend karakter heeft gegeven, wordt voldaan. Als dat niet het geval was, zou aan het beginsel volgens hetwelk aanbestedende diensten transparantie betrachten in hun handelen afbreuk worden gedaan. De verplichting tot transparantie heeft in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur

(100) HvJ 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA, C-94/12*, pt 30.

(101) HvJ 23 december 2009, *CoNISMa, C-305/08, Jurispr.*, blz. I-12129, pt 37 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

(102) HvJ 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA, C-94/12*, pt 34.

(103) HvJ 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA, C-94/12*, ptn 35 en 36.

door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen⁽¹⁰⁴⁾.

Het toelaatbaar achten van een inschrijving die niet voldoet aan de dwingende eisen zou, met het oog op de onderhandelingen, aan de vaststelling van dwingende voorwaarden in de aanbestedings-

procedure elk nut ontnemen en de aanbestedende dienst niet in staat stellen de onderhandelingen met de inschrijvers op een voor deze inschrijvers gemeenschappelijke basis, en, bijgevolg, op voet van gelijkheid, te voeren.

(104) HvJ 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, pt 25.