

# Overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten van de lidstaten: 2012 (Kroniek van de Europese rechtspraak)<sup>(1)</sup>

ANN LAWRENCE DURVIAUX

*Gewoon hoogleraar aan de Universiteit van Luik (België) en advocate*

*met de medewerking van*

THIERRY DELVAUX

*Assistent aan de Universiteit te Luik (België) en advocaat*

Deze kroniek bevat een selectie van arresten uitgesproken door het Europese Hof van Justitie in de periode tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012. De juridische vragen betreffende het toepassingsgebied (met de begrippen van aanbestedingen en andere overheidsopdrachten) en de wijzen van gunning worden achtereenvolgens besproken<sup>(2)</sup>.

## **1. Het bezwarend karakter van de overheidsopdracht (HvJ 19 december 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce t/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, nog niet gepubliceerd, met concl. Adv. Gen. V. Trstenjak)<sup>(3)</sup>**

*BEGRIIP OVERHEIDSOPDRACHT – INTERPRETATIE  
VAN BEZWAREND KARAKTER*

*Een contract wordt niet geacht te ontsnappen aan de notie van overheidsopdracht door het enkele feit dat de vergoeding beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten gedaan om de overeengekomen dienst te leveren<sup>(4)</sup>.*

De prijs betaald door de persoon die de prestatie bestelt wordt in sommige rechtsstelsels beschouwd als het criterium tot vaststellen van een overheidsopdracht<sup>(5)</sup>. Het recht betreffende de overheidsop-

(1) Ann Lawrence Durviaux, Gewoon hoogleraar aan de Universiteit van Luik (België) en advocate, met de medewerking van Thierry Delvaux, assistent aan de Universiteit te Luik (België) en advocaat.

(2) In de onderzochte periode werd geen enkel betekenisvol arrest uitgesproken met betrekking tot de rechterlijke controle op de gunning.

(3) Dit arrest werd met name becommentarieerd door: F. LLORENS en P. SOLER-COUTEAUX, "Le gratuit et l'onéreux", *CMP*, 2013, nr. 3, pp. 1-2 (zie 3).

(4) Randnummer 29 van het arrest C-159/11.

(5) In het Franse recht, zie voornamelijk Concl. C. BERGEAL, bij C.E. fr., 7 april 1999, *Commune de Guilherand Granges*, *AJDA*, 1999, pp. 517 en volgende; C.E. fr., 6 december 1995, *Département de l'Aveyron en autres sociétés Jean-Claude Decaux*, *Jur.HvJ Lebon*, p. 428, waarbij een contract betreffende openbare infrastructuur wordt gekwalificeerd als overheidsopdracht, wanneer de onderneming onderdelen opbouwt die vervolgens worden gehuurd door de gemeenschap voor een door haar gestorte tegenprestatie. In het Belgisch recht kan dit worden afgeleid uit de bepalingen van de reglementering betreffende overheidsopdrachten, die de materiële verrichtingen voor de vergelijking van de offertes specificeren, en de modaliteiten tot uitvoering van het contract, die enkel betrekking hebben op de hypothese van betaling van een prijs door de gunnende overheid (zie art. 15 van de bijlage van het koninklijk besluit van 26 september 1996, aangeduid als "algemeen lastenboek").

drachten brengt daarentegen het bezwarend karakter van de contractuele relatie tot uiting, zonder de schuldenaar van de tegenprestatie of de herkomst van de middelen die dienen tot betaling van de prestatie te preciseren<sup>(6)</sup>. De Europese wetgever kent zo een ruimere draagwijdte toe aan het concept van overheidsopdracht, om er ook de concessieovereenkomsten in op te nemen.

Op grond van het beginsel van de autonome uitlegging van het Europees recht<sup>(7)</sup> moet het bezwarend karakter van een overheidsopdracht worden bestudeerd met de rechtspraak van het Hof van Justitie als uitgangspunt.

Het vertrekpunt van deze rechtspraak berust op de precisering volgens dewelke de tegenprestatie toegekend door de aanbestedende overheid de vorm kan aannemen van een korting op een *stedenbouwkundige last* of een heffing die verschuldigd zou zijn indien de tegenprestatie (*in casu* de werken) niet werd voltooid<sup>(8)</sup>.

Het Hof van Justitie heeft alsnog geoordeeld dat een “overeenkomst onder bezwarende titel” betekent dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken heeft afgesloten, in het

kader ervan een *prestatie* voor een *tegenprestatie* ontvangt. Een dergelijke prestatie moet wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van [het afgeleid recht inzake overheidsopdrachten], een *rechtstreeks* economisch belang inhouden<sup>(9)</sup>. Het Hof heeft zodus besloten tot het bestaan van een dergelijk “rechtstreeks economisch belang” (en, in het voorliggend geval, tot het bestaan van een overheidsopdracht voor diensten), naar aanleiding van contracten gesloten tussen gemeenten en verzekeringsondernemingen, die in essentie het voorzien in een pensioenspaarregeling voor het personeel van deze gemeenten tot voorwerp hebben (de door de gemeenten betaalde premies zijn aftrekbaar van de bezoldiging van het personeel), daar deze overeenkomsten deze gemeenten toelaten om aan hun wettelijke verplichtingen in deze tegemoet te komen<sup>(10)</sup>.

Het is aannemelijk dat de “tegenprestatie” toegekend door de aanbestedende overheid uiteindelijk eender welk voordeel dat in aanmerking kan komen voor een economische waardering, kan omvatten<sup>(11)</sup>, daarin begrepen een...(andere) economische “prestatie”.

Eigenaardig genoeg heeft de Belgische doctrine zich zelden inspanningen betoond om op zich de overheidsopdracht te definiëren, behalve – in navolging van de discussie in Frankrijk – om ze soms te plaatsen tegenover de concessie van de openbare dienst. Er werd dan gereflecteerd over de gunningswijzen voor wat de overheidsopdracht betreft, en over de modaliteiten van identificatie en beheer van de openbare diensten voor wat de concessie betreft. De rechtspraak stelt op haar beurt geen strikte scheiding voor tussen beide rechtsfiguren, noch van andere overheidscontracten. Deze tendens ten aanzien van de overheid wordt geïllustreerd door drie beslissingen, waarbij de overheid hetzij overging tot gunning (een term die niet het voorwerp was van een precieze definitie in de wet van 18 mei 1846 en die werd gebruikt in andere rechtstakken, zoals de toewijzing van het jachtrecht of in geval van openbare verkopen), hetzij het sluiten van een contract, zonder overdreven zorg voor een definitie (zie Rb. Tongeren, 15 maart 1927, geciteerd door A. DE GRAND'RY, *Les marchés de fournitures et de travaux*, 2<sup>e</sup> ed., Brussel, 1954, p. 113; Brussel, 28 januari 1939, *Pas.*, 1941, II, p. 71, waarbij een concessie wordt vernoemd waarop de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit van toepassing wordt verklaard; Vred. Beaumont, 3 juni 1947, *JT*, 1947, pp. 452-453, met betrekking tot een huur toegestaan door een kerkfabriek).

(6) Art. 1.2, a), van 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, *Pb.L.*, 2004, 134, p. 114, zoals gewijzigd door de Verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007, *Pb.L.*, 2017, 317, p. 34; art. 1.2, a), van de Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb.L.*, 2004, 134, p. 1.

(7) Zie bijvoorbeeld met betrekking tot één van de elementen van de notie van de gunnende overheid: HvJ 27 februari 2003, *Truley*, C-373/00, *Jur.HvJ*, p. I-1931, randnummers 35-36: “Het is vaste rechtspraak dat met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling, als algemene regel dient te gelden, dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling...*In casu* staat vast, dat artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/36 niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, zodat aan bovengenoemde termen een autonome en eenvormige uitlegging in de gehele Gemeenschap moet worden gegeven”.

(8) HvJ 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, *Jur.HvJ*, p. I-5409.

(9) HvJ 25 maart 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, *Jur.HvJ*, p. I-02673, randnummers 48 en 49. Zie eveneens: HvJ 18 januari 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05, *Jur.HvJ*, p. I-385, randnummer 45; HvJ 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, *Jur.HvJ*, p. I-5409, randnummer 77.

(10) HvJ 15 juli 2010, *Commissie t/ Duitsland*, C-271/08, *Jur.HvJ*, p. I-07091, in het bijzonder de randnummers 75-80.

(11) In die zin: Europese Commissie, Groenboek van 30 april 2004 over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2004) 327 finaal, p. 6, randnummer 10 (“Ook hoeft ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ niet altijd te betekenen dat de publieke partij rechtstreeks een prijs betaalt; de private partij kan ook een andersoortige economische tegenprestatie ontvangen”); Conclusies van de Advocaat-Generaal TRSTENJAK voorafgaand aan HvJ 19 december 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a.*, C-159/11, nog niet gepubliceerd, randnummer 32.

Het hier besproken arrest vervolledigt deze jurisprudentiële constructie door aan te geven dat het bezwarende karakter aanwezig is zelfs als de “tegenprestatie” van de “prestatie” beperkt blijft “tot terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten”<sup>(12)</sup>. Zoals de Advocaat-Generaal opmerkt in zijn conclusies voorafgaand aan het arrest, “[betekent] de enkele afwezigheid van winst namelijk niet dat de overeenkomst om niet is. ... enkel met een ruime opvatting van het begrip „onder bezwarende titel” recht wordt gedaan aan het doel van de aanbestedingsrichtlijnen, namelijk het openen van de markten voor echte mededinging. Alleen op deze wijze kan het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijnen worden gewaarborgd en ontduiking van het aanbestedingsrecht, bijvoorbeeld door het overeenkomen van andere vormen van vergoeding waaruit niet zonder meer een winst-oogmerk blijkt, zoals in geval van ruilvereenkomsten of wanneer contractpartijen afzien van de over en weer bestaande rechten, worden verhinderd”<sup>(13)</sup>.

## 2. Het gezamenlijk toezicht bij de “in house” opdracht (HvJ 29 november 2012, *Econord t/ Commune di Cagno e.a.*, C-182/11 en C-183/11, nog niet gepubliceerd, concl. Adv. Gen. M.P. Cruz Villalón)<sup>(14)</sup>

### BEGRIIP OVERHEIDSOPDRACHT – “IN HOUSE” OPDRACHT – GEZAMENLIJK TOEZICHT

*Wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, op deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan.*

Een overheidsopdracht is, volgens de toepasselijke richtlijnen, een “overeenkomst”<sup>(15)</sup>. Het bestaan van een overeenkomst vooronderstelt dat er een uitwisseling is van toestemming tussen minstens twee onderscheiden personen. Bijgevolg is het in principe voldoende dat de opdracht is afgesloten tussen enerzijds een aanbestedende overheid en anderzijds een persoon die juridisch te onderscheiden is van deze laatste<sup>(16)</sup> – die een andere aanbestedende overheid kan zijn. De tekst van de richtlijnen beves-

(12) HvJ 19 december 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a.*, C-159/11, nog niet gepubliceerd, randnummer 29.

(13) Randnummer 32 van de conclusies van de Advocaat-Generaal voorafgaand aan het arrest C-159/11.

(14) Dit arrest of de conclusies van de Advocaat-Generaal zijn met name gepubliceerd of becomingarierend in de volgende tijdschriften: D. POUPEAU, “Contrat in house: La CJUE précise la notion de ‘contrôle analogue’”, *AJDA*, 2012/42, p. 2300 (samenvatting); F. LLORENS en P. SOLER-COUTEAUX, “Le ‘in house’ sous la sellette”, *CMP*, 2013, nr. 1, pp. 1-2 (punt 1); W. ZIMMER, *CMP*, 2013, nr. 1, pp. 21-22 (commentaar 1); *CP-ACCP*, 2013, nr. 129, pp. 10-11; Y. SIMONNET, “Précision sur l’exercice conjoint du contrôle analogue sur le prestataire in house”, *CP-ACCP*, 2013, nr. 129, pp. 65-68; R. WILLIAMS, “Public-Public Cooperation: Teckal in practice”, *PPLR*, 2012, NA 1; S. SMITH, “In House Awards to Jointly Controlled Companies – Satisfying the Control Test: Econord SpA Cases C-182/11 and C-183/11”, *PPLR*, 2013, NA 32; S. PLATON en S. MARTIN, “L’exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique”, *AJDA*, 2012/21, pp. 1138 tot 1145 (over de poging tot codificatie van de uitzondering in voorstellen van richtlijn 2011); C. DEVES, “Le ‘in house’ toujours en chantier”, *CMP*, 2013, nr. 4, étude 4, pp. 7-12; R. NOGUELLOU, “L’exception in house: renforcement des exigences en matière de contrôle analogue”, *Droit administratif*, 2013, nr. 1, Alertes 1, pp. 3-2; A. SAMSON-DYE, “Irrégularité du recours à un contrat in house entre une SLPA en une collectivités très minoritaire”, *AJDA*, 2013, p. 36; J.D. DREYFUS, “Resserrement des conditions de recours au contrat in house”, *AJDA*, 2013, p. 178.

(15) Art. 1.2, a), van de Richtlijn 2004/18/EU; art. 1.2, a), van de Richtlijn 2004/17/EU.

(16) HvJ 18 november 1999, *Teckal*, C-107/98, *Jur.HvJ*, p. I-08121, randnummers 49 en 50; HvJ 13 januari 2005, *Commissie t/ Spanje*, C-84/03, randnummer 38; HvJ *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummer 58; HvJ *Carbotermo*, 11 mei 2006, C-340/04, *Jur.HvJ*, p. I-04137, randnummers 32 en 33; HvJ 10 april 2008, *Termoraggi*, C-323/07, *Jur.HvJ*, p. I-00057, randnummer 18.

tigt dit uitdrukkelijk, omdat een “onderneming, leverancier of dienstverstreker” een “publieke entiteit”<sup>(17)</sup> of een “aanbestedende entiteit”<sup>(18)</sup> kan zijn.

In het Europese recht is de regel dus de toepassing van de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten op elk contractueel verband (ten bezwarende titel), daarbij inbegrepen tussen juridisch onderscheiden publieke overheden. Een gelijkaardige regel bestaat voor de concessies van diensten op basis van het primaire rechte (art. 18, 49 et 56 VWEU – respectievelijk, en art. 12, 43 en 49 VEU)<sup>(19)</sup>.

Een puur internrechtelijke relatie ontsnapt dus logischerwijze aan de toepassing van het afgeleid recht inzake overheidsopdrachten. Een (bijvoorbeeld organiek) verband tussen twee diensten of departementen van dezelfde overheid (waarbij geen van beide een aparte rechtspersoon uitmaakt) zal geen overheidsopdracht zijn: het is geen overeenkomst, omdat er juridisch gezien slechts sprake is van één en dezelfde rechtspersoon<sup>(20)</sup>.

De uitzondering van “in house” houdt een verruiming in van de “puur interne relatie” die leidt tot

een uitzondering op de toepassing van het afgeleid recht (of van het primaire recht voor de andere publieke contracten). In het geval van de uitzondering van “in house” stelt het Hof van Justitie een verband tussen een aanbestedende overheid en een juridisch ervan onderscheiden persoon gelijk aan een interne relatie met die aanbestedende overheid; het recht inzake overheidsopdrachten wordt dan geacht geen toepassing te vinden, bij gebrek aan contract. Dit komt neer op het (schijnbaar) ontkennen van het gegeven dat er juridisch gezien twee (of meer) onderscheiden personen zijn.

Daarvoor is het nodig dat de publieke overheid “op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten” en dat “deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst die haar controleert of de aanbestedende diensten die haar controleren”<sup>(21)</sup>.

Deze twee voorwaarden zijn cumulatief: is de ene voorwaarde niet vervuld, is het Hof er niet toe gehouden na te gaan of de andere is vervuld<sup>(22)</sup> en is het overheidsopdrachtenrecht van toepassing. Zoals elke uitzondering moet de uitzonde-

(17) Art. 1.8 van de Richtlijn 2004/18/EU. Deze precisering kwam reeds voor in *bepaalde* vroegere richtlijnen, namelijk deze betreffende de overheidsopdrachten voor diensten in de klassieke sectoren (zie art. 1, c), van de Richtlijn 92/50/EEG: “de ‘dienstverlener’ is elke natuurlijke of rechtspersoon, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden”) en deze betreffende de overheidsopdrachten in de speciale sectoren (zie art. 1, 6) van de Richtlijn 93/38/EEG: “men verstaat onder ... ‘inschrijver’: de leverancier, de aannemer of de dienstverrichter die een aanbieding doet, en ‘gegadigde’: degene die heeft verzocht om een uitnodiging tot deelneming aan een niet-openbare procedure of aan een procedure van gunning via onderhandelingen; dienstverrichters kunnen natuurlijke of rechtspersonen zijn, met inbegrip van aanbestedende diensten in de zijn van artikel 2”); zij werd opgenomen in alle overheidsopdrachten in de tekst van de huidige richtlijnen en tegelijkertijd in de rechtspraak van het Hof (HvJ 18 november 1999, *Teckal*, C-107/98, *Jur.HvJ*, p. I-08121; dit arrest had betrekking op een overheidsopdracht van leveringen (zie randnummer 40 van het arrest).

(18) Art. 1.8 van de Richtlijn 2004/17/EU.

(19) HvJ 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress*, C-324/98, *Rec.*, p. I-10745; HvJ 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, *Rec.*, p. I-07287; HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585. Het mag echter niet uit het oog worden verloren dat de toepassing van het primaire recht niet ondergeschikt is aan het bestaan van een contract (cf. HvJ 3 juni 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, *Jur.HvJ*, 2010, p. I-04695).

(20) HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Jur.HvJ*, p. I-00001, randnummer 48. Zie eveneens: HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummer 61; HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 48; HvJ *Commissie c/ Allemagne*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-04747, randnummer 45; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-08127, randnummer 57.

(21) Constante rechtspraak: HvJ *Teckal*, 18 november 1999, C-107/98, *Jur.HvJ*, p. I-08121, randnummer 50; HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Jur.HvJ*, p. I-00001, randnummer 49; HvJ 13 januari 2005, *Commissie t/ Spanje*, C-84/03, randnummer 38; HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummers 58 en 62; HvJ 20 oktober 2005, *Commissie t/ Frankrijk*, C-264/03, randnummer 50; HvJ 10 november 2005, *Commissie t/ Oostenrijk*, C-29/04, randnummer 34; HvJ 12 januari 2006, *ANAV*, C-410/04, *Jur.HvJ*, p. I-03303, randnummer 24; HvJ 11 mei 2006, *Carbotermo*, C-340/04, *Jur.HvJ*, p. I-04137, randnummer 33; HvJ 18 januari 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05, *Jur.HvJ*, p. I-385, randnummer 63; HvJ 19 april 2007, *Asemfo t/ Tragsa*, C-295/05, randnummer 55; HvJ 18 december 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, *Jur.HvJ*, p. I-12175, randnummer 58; HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië (Agusta)*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-02173, randnummer 36; HvJ 10 april 2008, *Termoraggi*, C-323/07, *Jur.HvJ*, p. I-00057, randnummer 18; HvJ 17 juli 2008, *Commissie t/ Italië (Mantoue)*, C-371/05, *Jur.HvJ*, p. I-00110, randnummer 22; HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 26; HvJ 9 juni 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-04747, randnummer 34; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-08127, randnummer 36; HvJ 22 december 2010, *Mehiläinen en Terveystalo Healthcare*, C-215/09, *Jur.HvJ*, p. I-013749, randnummer 32.

(22) Zie HvJ 18 december 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, *Jur.HvJ*, p. I-12175, randnummer 59 (voorwaarde van het “merendeel van de werkzaamheden” niet vervuld, dus geen onderzoek van de voorwaarde van de controle naar analogie); HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië (Agusta)*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-02173, randnummers 40 et 41 (afwezigheid van de “controle naar analogie”, dus geen onderzoek van de voorwaarde van het “merendeel van de werkzaamheden”).



ring van “in house” derhalve eng worden uitgelegd en wie zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan<sup>(23)</sup>.

De contouren van het “toezicht zoals op zijn eigen diensten” zijn voorwerp van discussie geweest in de rechtsleer en de rechtspraak. In een eerste fase heeft het Hof geëist dat “de geselecteerde vennootschap onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap”<sup>(24)</sup>.

Het heeft een aantal jaren geduurd vooraleer het Hof van Justitie expliciet toegaf dat het “toezicht zoals op zijn eigen diensten” gezamenlijk kan zijn (uitgeoefend door meerdere aanbestedende overheden)<sup>(25)</sup>. Het Hof preciseerde dat: “de omstan-

digheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, er in beginsel op lijkt te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten”<sup>(26)</sup>. Het Hof heeft overigens categoriek geweigerd om een “toezicht zoals op zijn eigen diensten” te aanvaarden wanneer het aandeelhouderschap van de vennootschap waaraan wordt gegund, niet voor 100% publiek is<sup>(27)</sup>. Anders gezegd, een vennootschap waaraan wordt gegund die een gemengde (publiek en private) vennootschap is, zal nooit worden beschouwd als zijnde onderworpen aan een “toezicht zoals op zijn eigen diensten”<sup>(28)</sup>. In principe moet de aanwezigheid van private ondernemers worden nagegaan op het moment van de gunning<sup>(29)</sup>, en in bijzondere omstandigheden, na deze gunning<sup>(30)</sup>, in het bijzonder in geval van wetsontduiking<sup>(31)</sup>. De voorwaarde moet boven-

(23) HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec.*, p. I-00001, randnummer 46; HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummer 63; HvJ 12 januari 2006, *ANAV*, C-410/04, *Jur.HvJ*, p. I-03303, randnummer 26.

(24) HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummer 65; HvJ 11 mei 2006, *Carbotermo*, C-340/04, *Jur.HvJ*, p. I-04137, randnummer 36; HvJ 17 juli 2008, *Commissie t/ Italië (Mantoue)*, C-371/05, *Jur.HvJ*, p. I-00110, randnummer 24; HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 28; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-08127, randnummer 65.

(25) HvJ 19 april 2007, *Asemfo t/ Tragsa*, C-295/05, *Rec.*, p. I-2999, randnummers 56 tot 61 (de aanbestedende overheid houdt slechts 0,25% aan in het kapitaal van de begunstigde vennootschap), bevestigd door: HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 53; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummer 62.

(26) HvJ *Carbotermo*, 11 mei 2001, C-340/04, *Jur.HvJ*, p. I-04137, randnummer 37; HvJ 19 april 2007, *Asemfo t/ Tragsa*, C-295/05, *Rec.*, p. I-2999, randnummer 57; HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 31; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-08127, randnummer 45.

(27) “De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten”; HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec.*, p. I-00001, randnummer 49; HvJ 10 november 2005, *Commissie t/ Oostenrijk*, C-29/04, randnummer 46; HvJ 12 januari 2006, *ANAV*, C-410/04, *Jur.HvJ*, p. I-03303, randnummer 31; HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië (Agusta)*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-2173, randnummer 38; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummer 46; HvJ 15 oktober 2009, *Acoset*, C-196/08, *Jur.HvJ*, p. I-09913, randnummer 53; HvJ 22 december 2010, *Mehiläinen en Terveystalo Healthcare*, C-215/09, *Jur.HvJ*, p. I-13749, randnummer 32. Zie ook: HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-8457, randnummer 30; HvJ 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, *Jur.HvJ*, p. I-7287, randnummer 26.

(28) “Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat de verhouding tussen een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt daarentegen aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en streeft andere doelstellingen na. In de tweede plaats zou de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving ingaan tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het [in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten] bedoelde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden, met name omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming zou bevoordelen tegenover haar concurrenten”: HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Jur.HvJ*, p. I-1, randnummers 50 en 51; HvJ 10 november 2005, *Commissie t/ Oostenrijk*, C-29/04, randnummers 47 en 48. Zie eveneens HvJ 18 januari 2007, *Auroux*, C-220/05, *Rec.*, p. I-385, randnummer 64; HvJ 15 oktober 2009, *Acoset*, C-196/08, *Jur.HvJ*, p. I-9913, randnummer 56. In dezelfde zin: Conclusies van de Advocaat-Generaal KOKOTT, voorafgaand aan het arrest HvJ *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-8585, randnummer 53.

(29) HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Jur.HvJ*, p. I-1, randnummers 15 en 52; HvJ 17 juli 2008, *Commissie t/ Italië (Mantoue)*, C-371/05, *Jur.HvJ*, p. I-00110, randnummer 29; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-08127, randnummer 47.

(30) HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummer 47, verwijzend naar HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummers 67 en 72.

(31) HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummer 48, verwijzend naar HvJ 10 november 2005, *Commissie t/ Oostenrijk*, C-29/04, randnummers 38 tot 41. In dezelfde zin: HvJ 17 juli 2008, *Commissie t/ Italië (Mantoue)*, C-371/05, *Jur.HvJ*, p. I-110, randnummer 30. Het arrest *Commissie t/ Oostenrijk* (aff. 29/04) betrof een geval van gekwalificeerde

dien vervuld gedurende de hele duur van het contract<sup>(32)</sup>.

De concrete modaliteiten van het gezamenlijke toezicht zoals vereist door het Europees recht blijven onnauwkeurig. Als men uit de aangehaalde rechtspraak mag afleiden dat het onontbeerlijk is om over een deel, zelfs zeer klein van het maatschappelijk kapitaal, te beschikken, wat geldt dan voor de effectieve deelname aan de bestuursorganen?

In de feiten die aanleiding hebben gegeven tot het arrest *Coditel Brabant*, de raad van bestuur van de vennootschap *Bruté* kon zijn bevoegdheden van beheer delegeren ten voordele van “sector – of ondersectorcomités” samengesteld uit vertegenwoordigers van de gemeenten van hetzelfde grondgebied, waardoor deze gemeenten de verwatering konden beperken van hun stemmenaantal bij het nemen van beslissingen, betreffende “hun” teledistributienetwerk<sup>(33)</sup>. De raad van bestuur kon aan de sectorcomités bevoegdheden delegeren “met betrekking tot specifieke aangelegenheden van de ondersectoren, zoals de modaliteiten voor de toepassing van de tarieven, het programma van de werkzaamheden en de investeringen, de financiering daarvan en de propagandacampagnes, alsmede met betrekking tot aangelegenheden van gezamenlijk belang voor de diverse ondersectoren waaruit de exploitatiesector bestaat”<sup>(34)</sup>.

In het arrest *Sea* genot elk overheidslichaam dat aandeelhouder was van de vennootschap *Setco*, ongeacht zijn omvang of het aantal aandelen *SETCO* in bezit, van een stem binnen het “gemeenschappelijk comité” of binnen een “technisch comité” met een vetorecht aangaande bepaalde beslissingen genomen door de algemene vergadering of de raad van bestuur<sup>(35)</sup>. Ter illustratie: het gemeenschappelijk comité had in het bijzonder de bevoegdheid tot benoeming van de leden van de raad van bestuur<sup>(36)</sup> de beslissingen waarop het comité toezicht kon uitoefenen hadden betrekking op de begrotingen, op de meerjaarlijkse en jaar-

lijkse balansen, op de creatie van dochterondernemingen en het verwerven of verkopen van (minderheids) deelnemingen, op het verwerven of verkopen van onroerende goederen en op het toekennen van zekerheden die een financiële verbintenis vertegenwoordigen van meer dan 20% van de netto vermogenswaarde op basis van de laatste goedgekeurde balans en op de richtlijnen inzake tarieven<sup>(37)</sup>.

Het becommentarieerde arrest schrijft zich in het verlengde van deze twee arresten.

In het betrokken geval werd een publieke vennootschap, *ASPEM SpA*, opgericht door meerdere Italiaanse gemeenten en aan deze vennootschap werd de dienst van openbaar belang van de stedelijke netheid toevertrouwd, en dit voor de aandeelhouders. *ASPEM* werd voor grotendeels gecontroleerd door de gemeente *Varese*, die op het ogenblik van de feiten een pakket van aandelen in handen had die 99,81% van het kapitaal vertegenwoordigden<sup>(38)</sup>; de resterende aandelen waren verdeeld onder 36 andere gemeenten. Deze gemeenten-minderheidsaandeelhouders hadden niettemin een aandeelhoudersovereenkomst gesloten met de gemeente *Varese* die hun het recht verleende om te worden geraadpleegd, om een lid van de raad van toezicht te benoemen en om in overleg met de andere gemeenten die de overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen. Twee gemeenten-minderheidsaandeelhouders waren van mening dat in die omstandigheden was voldaan aan een “in house” relatie en aan *ASPEM* een dienst van openbaar belang van stedelijke netheid konden toekennen, zonder een gunningsprocedure te organiseren. Een economische operator, de vennootschap *Econord*, maakte bezwaar tegen deze toekenning bij de bevoegde Italiaanse rechtbank.

De prejudiciële vraag werd in de volgende precieze bewoordingen gesteld: “moet het beginsel dat de individuele positie van elke in de instrumentele vennootschap deelnemende overheidsinstan-

inbreuk op de regelgeving inzake overheidsopdrachten: de begunstigde vennootschap werd opgericht ter gelegenheid van de toekenning van de overheidsopdracht, haar kapitaal werd open gesteld voor de marktdeelnemer na de toekenning en de vennootschap is pas operationeel geworden twee maanden na het openstellen van haar kapitaal (zie C-29/04, randnummers 6 tot 11).

(32) HvJ 12 januari 2006, *ANAV*, C-410/04, *Jur.HvJ*, p. I-3303, randnummer 30, verwijzend naar HvJ 10 november 2005, *Commissie t/ Oostenrijk*, C-29/04, randnummer 48.

(33) HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-8457, randnummers 17 en 40.

(34) *Idem*, C-324/07, randnummer 17.

(35) HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummers 82 tot 85.

(36) *Idem*, C-573/07, randnummer 16.

(37) *Idem*, C-573/07, randnummer 18.

(38) Volgens de toelichting van de feiten (randnummer 11 van het arrest C-182/11 en C-183/11), de gemeente *Varèse* hield 173.467 van de 173.785 aandelen *ASPEM* aan. Het resterend aantal (318 aandelen) was in handen van de 36 andere gemeenten.

tie irrelevant is, ook toepassing vinden in het geval waarin – zoals *in casu* – één van de deelnemende gemeenten slechts één aandeel in de instrumentele vennootschap bezit en de aandeelhoudersovereenkomsten die tussen de overheidsinstanties zijn gesloten de deelnemende gemeente geen effectief toezicht op de vennootschap verlenen, zodat de deelneming in de vennootschap kan worden geacht niet meer dan de vorm te zijn van wat in feite een overeenkomst voor het verrichten van diensten is?”<sup>(39)</sup>.

De Advocaat-Generaal Cruz Villalon bod een heel restrictief antwoord op deze vraag, waarbij hij stelde dat gelet op de omstandigheden van het voorliggende geval, de aandeelhoudersovereenkomst aan de minderheidsaandeelhouders niet de minste effectieve controle verleent op de vennootschap ASPEM<sup>(40)</sup>. In het bijzonder merkte hij op dat het overleg van de 36 minderheidsaandeelhouders niet effectief het beheer van de vennootschap kan beïnvloeden<sup>(41)</sup>. De Advocaat-Generaal meende dat de deelneming van elke gemeente-aandeelhouder van deze vennootschap in de bestuursorganen zich dient te vertalen in een deelname – bij belangrijke beslissingen – die minstens in verhouding staat tot het relatieve belang dat deze aanbestedende overheidsinstantie heeft, waarbij dit belang kan worden geëvalueerd op basis van criteria zoals “de financiële toestand van de gemeente, haar bevolking of haar behoeften met betrekking tot de door voornoemde vennootschap geëxploiteerde dienst”<sup>(42)</sup>.

Op het eerste gezicht heeft het Hof van Justitie een minder strenge positie aangenomen. In het antwoord op de prejudiciële vraag geeft het Hof inderdaad aan dat: “wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschrif-

ten van het Unierecht, op deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan”<sup>(43)</sup>.

Dit antwoord lijkt aan te geven dat de precieze modaliteiten van de deelneming in het kapitaal en de deelneming in de bestuursorganen zonder belang zijn en dat de combinatie van deze twee elementen voldoende is om het bestaan van een “toezicht zoals op zijn eigen diensten” vast te stellen. Er kan hierbij in herinnering worden gebracht dat in het arrest *Asemfo* er vier overheidsinstanties tezamen 1 procent aanhielden in het kapitaal van de gemeenschappelijke publieke vennootschap, waarbij dit feitelijk element voor het Hof van Justitie voldoende was om te besluiten tot het bestaan van een “toezicht zoals op zijn eigen diensten”. Het arrest *Econord* lijkt deze verzoenende interpretatie van het “toezicht zoals op zijn eigen diensten” te bevestigen.

Een dubbelzinnigheid blijft echter bestaan. In de overwegingen die het antwoord voorafgaan, benadrukt het Hof de noodzakelijkheid van het organiseren van een effectief gezamenlijk toezicht<sup>(44)</sup>. Het preciseert dat anders “de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers [zouden] kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het ‘toezicht zoals op de eigen diensten’ op die entiteit”<sup>(45)</sup>. Dit stemt minstens ten dele overeen met de analyse van de Advocaat-Generaal Cruz Villalon.

Het Hof formuleert evenwel geen enkel indicatie die toelaat een effectieve deelneming te onderscheiden van een “louter formele” deelneming in het bestuursorgaan. Dergelijk onderscheid werpt echter talrijke vragen op. Bijvoorbeeld, in de ver-

(39) Randnummer 18 van het arrest C-182/11 en C-183/11.

(40) Randnummer 63 van de conclusies van de Advocaat-Generaal CRUZ VILLALON, voorafgaand aan het arrest C-182/11 en C-183/11.

(41) Randnummers 52-55 van de conclusies van de Advocaat-Generaal CRUZ VILLALON, voorafgaand aan het arrest C-182/11 en C-183/11.

(42) Randnummer 64 van de conclusies van de Advocaat-Generaal CRUZ VILLALON vermeld in de voorgaande voetnoot.

(43) Randnummer 33 van het arrest C-182/11 en C-183/11.

(44) Randnummer 30 van het arrest C-182/11 en C-183/11.

(45) Randnummer 31 van het arrest C-182/11 en C-183/11.

onderstelling dat de aanstelling van een bestuurder door 36 gemeenten hen niet daadwerkelijk zou toelaten om “deel te nemen” aan het beheer- of bestuursorgaan van de gemeenschappelijke vennootschap (een punt dat het arrest niet ten grond beantwoordt<sup>(46)</sup>), is het dan noodzakelijk dat elke gemeente wordt vertegenwoordigd door “haar” bestuurder of kan men dulden dat eenzelfde bestuurder meerdere gemeenten vertegenwoordigt? In dat laatste geval is de vraag hoeveel gemeenten een bestuurder maximaal mag vertegenwoordigen? Kan, onafhankelijk van het voorliggende geval, een symbolische vertegenwoordiging in het bestuursorgaan (bijvoorbeeld 1 zetel op 10) overigens voldoende zijn<sup>(47)</sup> of moet er minstens sprake zijn van een blokkeringsminderheid? Als de minderheidsaandeelhouders (zelfs indien ze vertegenwoordigd zijn in het bestuursorgaan<sup>(48)</sup>) geen “toezicht zoals op zijn eigen diensten” hebben, bestaat er dan geen risico dat er structuren ontstaan die een of meerdere schijnbare minderheidsaandeelhouders opnemen, met het oog op het valideren van het feit dat de anderen een meerderheid uitmaken (en dus een “toezicht zoals op zijn eigen diensten” bezitten)? Nog fundamenteeler is de vraag hoe het onderscheid te maken tussen de aandeelhouders van de “minderheid” die worden vertegenwoordigd in het bestuursorgaan maar niet beschikken over het “toezicht zoals op zijn eigen diensten”<sup>(49)</sup>, en de meerderheidsaandeelhouders, wetende dat zij in principe – per hypothese allen overheidsinstanties<sup>(50)</sup> – gelijklopende belangen hebben?

### 3. De horizontale samenwerking (HvJ 19 december 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce t/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, grote kamer, nog niet gepubliceerd, concl. Adv. Gen. V. Trstenjak)<sup>(51)</sup>

BEGRIIP OVERHEIDSOPDRACHT – “IN HOUSE”  
OPDRACHT – HORIZONTALE SAMENWERKING

*Het Unierecht inzake overheidsopdrachten staat in de weg aan een nationale regeling op basis waarvan zonder oproep tot inschrijving een overeenkomst kan worden gesloten waarbij openbare lichamen onderling een samenwerking tot stand brengen wanneer – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – een dergelijke overeenkomst niet ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op deze lichamen gezamenlijk rust, de overeenkomst niet uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, of de overeenkomst een particuliere dienstverrichter kan bevoordelen tegenover zijn concurrenten.*

Het becommentarieerde arrest stelt de vraag of de oplossing van de horizontale samenwerking zoals weerhouden in het arrest *Commissie t/ Duitsland* in het kader van een intergemeentelijke samenwerking kan worden uitgebreid tot de hypothese van een samenwerking tussen een universiteit en een instelling van publiek recht, in de feitelijke en juridische omstandigheden hierna vermeld.

De horizontale samenwerking is een uitzondering op de principiële toepassing van het Europees

(46) Op grond van de betwiste aandeelhoudersovereenkomst beschikten de gemeenten-minderheidsaandeelhouders over het recht om gezamenlijk een bestuurder aan te duiden en zij waren dus, in dat opzicht, vertegenwoordigd in het beheersorgaan van de gemeenschappelijke vennootschap. Daar dit punt tot beoordeling wordt overgelaten aan de nationale rechters, kan worden gevreesd voor afwijkingen in interpretatie van de ene Lidstaat tot de andere, wat deze vraag betreft.

(47) Het randnummer 32 van het arrest C-182/11 en C-183/11 (in het bijzonder de bewoordingen “louter formele deelneming ... in een gemeenschappelijk bestuursorgaan”) lijkt dit uit te sluiten. Maar het randnummer 33 van het arrest vereist ook geen “meerderheids” belang in het gemeenschappelijk orgaan.

(48) Met andere woorden, de aandeelhouders die slechts worden vertegenwoordigd door een minderheid van bestuurders in het beheersorgaan.

(49) Zie de voorgaande voetnoot.

(50) Aangezien “de deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten” (HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Jur.HvJ*, p. I-1, randnummer 49; HvJ 10 november 2005, *Commissie t/ Oostenrijk*, C-29/04, *Jur.HvJ*, p. I-09705, randnummer 46; HvJ 12 januari 2006, *ANAV*, C-410/04, *Jur.HvJ*, p. I-3303, randnummer 31; HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië (Agusta)*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-2173, randnummer 38; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummer 46; HvJ 15 oktober 2009, *Acoset*, C-196/08, *Jur.HvJ*, p. I-9913, randnummer 53; HvJ 22 december 2010, *Mehiläinen en Terveystalo Healthcare*, C-215/09, *Jur.HvJ*, p. I-13749, randnummer 32. Zie eveneens: HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-8457, randnummer 30; HvJ 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, *Jur.HvJ*, p. I-7287, randnummer 26).

(51) D. POUPEAU, “La CJUE affine sa jurisprudence sur les contrats entre personnes publiques”, HvJ 19 december 2012, C-159/11, *AJDA*, 2012/44, p. 2407 (samenvatting); *CMP*, 2013, (Commentaar 64), noot W. ZIMMER; *CP-ACCP*, 2013, nr. 129, pp. 11-12.



recht op de contractuele relaties met de aanbestedende overheid, wat te onderscheiden is van de “in house” opdracht<sup>(52)</sup>.

Het Hof van Justitie heeft de uitzondering van de “in house” opdracht gebaseerd op de vrijheid van de aanbestedende overheid om “zijn taken van algemeen belang vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren”<sup>(53)</sup>. Het Hof heeft een precisering toegevoegd aan deze meermaals hernomen formulering: “Van deze mogelijkheid voor de overheidsinstanties om op hun eigen middelen beroep te doen om hun openbare dienstverplichtingen te vervullen, kan gebruik worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties”<sup>(54)</sup>. Deze toevoeging – initieel bedoeld om het gezamenlijk toezicht in het kader van de exceptie “in house” te verantwoorden – werd vervolgens hernomen in een heel andere context: deze van de horizontale samenwerking. Inderdaad, in het eerder vermelde arrest *Commissie t/ Duitsland*, na te hebben vastgesteld dat de voorwaarden voor de uitzondering “in house” niet waren vervuld<sup>(55)</sup>, heeft het Hof van Justitie duidelijk een nieuwe uitzondering voorzien voor de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht in geval van een verband tussen een overheidsinstantie en een persoon juridisch onderscheiden van deze laatste<sup>(56)</sup>. De Commissie spreekt in dit verband van de “horizontale samenwerking”<sup>(57)</sup>.

In het arrest *Commissie t/ Duitsland* hebben de stad Hamburg en vier naburige Duitse *Landkreise* (administratieve districten) een overeenkomst gesloten betreffende de verwijdering van hun afval. Ingevolge deze overeenkomst van een duur van 20 jaar stelde de stad Hamburg aan de *Landkreise* een deel van de capaciteit van een installatie tot thermische behandeling van afvalstoffen tot

beschikking. De *Landkreise* verbinden zich op hun beurt tot betaling van een jaarlijkse vergoeding aan de stad Hamburg in ruil voor deze dienst. Er was geen enkele openbare aanbestedingsprocedure gevolgd voor het afsluiten van het contract<sup>(58)</sup>.

De Commissie was van mening dat dergelijke procedure moest worden gevolgd. Haar beroep had betrekking op het contract tussen de stad Hamburg en de vier *Landkreise*, maar niet op het contract tussen de stad Hamburg en de uitbater van de installatie tot thermische behandeling van afvalstoffen<sup>(59)</sup>.

Het Hof van Justitie constateerde ten eerste dat geen van de vier *Landkreise* een vergelijkbaar toezicht uitoefende op de stad Hamburg, noch op de exploitant van de behandelingsinstallatie<sup>(60)</sup>, waaruit duidelijk wordt verstaan dat de voorwaarden voor de uitzondering “in house” in het voorliggende geval niet vervuld waren. Het Hof benadrukt evenwel dat de litigieuze overeenkomst meerdere specifieke kenmerken vertoont<sup>(61)</sup>, waarvan de belangrijkste was dat zij “een samenwerking tussen territoriale lichamen tot stand brengt die ertoe strekt, de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust, te weten de verwijdering van afvalstoffen”, waarbij deze doelstelling zich trouwens inschrijft in het kader de realisatie van een richtlijn die aan de Lidstaten de verplichting oplegt om maatregelen te voorzien die de rationalisatie van de behandeling van de afvalstoffen stimuleert<sup>(62)</sup>.

Het Hof van Justitie oordeelde dat “de litigieuze overeenkomst zowel de grondslag als het rechtskader [vormt] voor de toekomstige bouw en exploitatie van een installatie die bestemd is voor de vervulling van een openbare dienst, namelijk de thermische behandeling van afvalstoffen. Deze overeenkomst is uitsluitend door openbare instanties gesloten, zonder enige particuliere inbreng, en

(52) Zie de commentaar onder randnummer 2 die deze notie preciseert.

(53) HvJ 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Jur.HvJ*, p. I-1, randnummer 48. Zie eveneens: HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.HvJ*, p. I-08585, randnummer 61; HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 48; HvJ 9 juni 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-04747, randnummer 45; HvJ 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, *Jur.HvJ*, p. I-8127, randnummer 57.

(54) HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.HvJ*, p. I-08457, randnummer 49.

(55) HvJ 9 juni 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-04747, randnummer 36.

(56) Voor een zelfde autonome presentatie van deze exceptie, vergeleken met de exceptie van de in house, zie de conclusies van de Advocaat-Generaal TRSTENJAK, voorafgaand aan het becomingarierde arrest, C-159/11, randnummers 58 tot 65.

(57) Europese Commissie, Groenboek van 27 januari 2011 betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten – Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011) 15 finaal, p. 22.

(58) HvJ 9 juni 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-04747, randnummers 4 tot 6.

(59) *Idem*, C-480/06, randnummer 31.

(60) *Idem*, C-480/06, randnummer 36. In dezelfde zin: conclusies van de Advocaat-Generaal MAZAK voorafgaand aan het arrest, randnummer 47.

(61) *Idem*, C-480/06, randnummers 37 tot 43.

(62) *Idem*, C-480/06, randnummer 37.

voorziet niet in het plaatsen van de opdrachten die eventueel noodzakelijk zijn voor de bouw en de exploitatie van de installatie voor de behandeling van afvalstoffen, en loopt daar evenmin op vooruit<sup>(63)</sup>. De overeenkomst kon dus niet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht.

Het Hof is tot deze conclusie gekomen met de opmerking dat, aangezien een overheidsinstantie de op haar rustende taken van algemeen belang met haar eigen middelen kan vervullen, ook “ook in samenwerking met andere overheidsinstanties<sup>(64)</sup>, de Commissie zou hebben aanvaard dat de voorschriften voor overheidsopdrachten niet van toepassing zouden zijn als de desbetreffende samenwerking “de vorm zou hebben aangenomen van de oprichting van een publiekrechtelijk orgaan dat door de verschillende betrokken lichamen ermee zou zijn belast, de taak van algemeen belang inzake afvalstoffenverwijdering te vervullen<sup>(65)</sup>. Gelet op het feit dat “het gemeenschapsrecht de overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft voor de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang<sup>(66)</sup>, oordeelt het Hof dat de desbetreffende samenwerking geen afbreuk doet aan de voornaamste doelstelling van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, te weten een vrij verkeer van diensten en de totstandkoming van een onvervalste mededinging in alle lidstaten “zolang de verwezenlijking van die samenwerking uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang en het in richtlijn 92/50 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden wordt geëerbiedigd, zodat geen enkele particuliere onderneming wordt bevoordeeld tegenover haar concurrenten<sup>(67)</sup>. Ten slotte merkt het Hof op dat uit geen van de elementen van het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat de betrokken lichamen in het onderhavige geval “een constructie zouden hebben opgezet die bedoeld was om de regels inzake overheidsopdrachten te ontwijken<sup>(68)</sup>, om te oordelen dat een openbare aanbe-

stedingsprocedure niet kon worden gevolgd en dat het beroep van de Commissie moet worden verworpen<sup>(69)</sup>.

Het besproken arrest ligt in het verlengde van het arrest *Commissie t/ Duitsland*, gelet op het verweer aangenomen door de ASL di Lecce, een gedecentraliseerde Italiaanse overheid. Deze laatste werd geconfronteerd met een beroep ingesteld door een reeks verenigingen van ingenieurs en architecten, gericht tegen een overeenkomst gesloten tussen de ASL di Lecce en een openbare universiteit. Die overeenkomst had betrekking op de uitvoering, ten bezwarende titel, van het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van bepaalde ziekenhuizen in de provincie van Lecce. Deze verenigingen verweten aan de ASL di Lecce van een opdracht te hebben toegekend zonder openbare aanbestedingsprocedure. De ASL di Lecce wierp tegen dat de overeenkomst onderdeel was van het domein van de horizontale samenwerking tussen overheidsinstanties.

Na te hebben besloten tot het bestaan van een overheidsopdracht gelet op het bestaan van het bezwarende karakter van de contractuele relatie tussen ASL di Lecce en de universiteit (zie eerder), merkt het Hof op dat een “in house” relatie in het voorliggende geval niet kan worden aanvaard, daar ASL geen vergelijkbaar toezicht uitoefent op de universiteit.

Het Hof gaat vervolgens na of de voorwaarden van de horizontale samenwerking zijn vervuld in het voorliggend geval<sup>(70)</sup>. Deze vereisen dat het contract – zoals in de aangelegenheid van de relatie “in house” – werd gesloten “uitsluitend door openbare instanties gesloten, zonder enige particuliere inbreng”, maar ook “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<sup>(71)</sup>.

Het Hof oordeelt terecht dat de samenwerking *in casu* niet schijnt gericht te zijn op het uitvoeren

(63) *Idem*, C-480/06, randnummer 44.

(64) *Idem*, C-480/06, randnummer 45.

(65) *Idem*, C-480/06, randnummer 46.

(66) *Idem*, C-480/06, randnummer 47.

(67) *Idem*, C-480/06, randnummer 47.

(68) *Idem*, C-480/06, randnummer 48.

(69) *Idem*, C-480/06, randnummer 49.

(70) Randnummer 34 van het arrest C-159/11, met verwijzing naar het arrest van 9 juni 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-4747, randnummer 37.

(71) Randnummer 35 van het arrest C-159/11, verwijzend naar HvJ 9 juni 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-480/06, *Jur.HvJ*, p. I-04747, randnummers 44 en 47.

van een taak van algemeen belang die gezamenlijk op de ASL en de universiteit rust<sup>(72)</sup>. Het Hof merkt op meer betwistbare wijze op dat de aan de orde zijnde overeenkomst “particuliere ondernemingen [zou] kunnen bevoordelen indien het hooggekwalificeerde externe personeel waardoor de universiteit zich op grond van deze overeenkomst kan laten bijstaan om bepaalde prestaties uit te voeren, particuliere dienstverrichters omvat”<sup>(73)</sup>, waarbij uit het oog wordt verloren dat de openbare universiteit een aanbestedende overheid is in de zin van het afgeleid recht inzake overheidsopdrachten. Met andere woorden, als de universiteit een beroep wenste te doen op externe medewerkers, was zij ertoe gehouden deze aan te wijzen volgens een openbare aanbestedingsprocedure (voor diensten) en kon zij in feite geen particuliere ondernemingen zomaar bevoordelen.

#### 4. Overheidsopdrachten voor defensie (HvJ 7 juni 2012, *Insinöritoimisto InsTiimi Oy, C-615/10, nog niet gepubliceerd, concl. Adv. Gen. J. Kokott*)<sup>(74)</sup>

##### OVERHEIDSOPDRACHTEN VOOR MATERIAAL VOOR MILITAIRE DOELEINDEN (DUAL USE) – LIJST VAN DE RAAD VAN 1958

*Een lidstaat is slechts gerechtigd de procedures vastgesteld in de Richtlijn 2004/18/EG niet toe te passen op een overheidsopdracht die een aanbestedende dienst op defensiegebied heeft geplaatst met het oog op de verwerving van materiaal dat*

*weliswaar voor specifiek militaire doeleinden is bestemd, maar ook voor vrijwel soortgelijke civiele toepassingen kan worden gebruikt, indien dit materiaal wegens de specifieke kenmerken ervan, ook wanneer deze voortvloeien uit substantiële wijzigingen, kan worden geacht speciaal voor dergelijke doeleinden te zijn ontworpen en ontwikkeld.*

*Zoals de Advocaat-Generaal Kokott in herinnering brengt in zijn conclusies voorafgaand aan het besproken arrest<sup>(75)</sup>, geven de omstandigheden waarin de Lidstaten mogen afwijken van het recht van Europese Unie voor de noodwendigheden van hun defensie en hun strijdkrachten aanleiding tot diverse geschillen<sup>(76)</sup>.*

Het Hof van Justitie preciseert in het becommentarieerde arrest de draagwijdte van artikel 10 van de Richtlijn 2004/18/EG zoals deze bepaling was geformuleerd voor de aanpassing door Richtlijn 2009/81/EG<sup>(77)(78)</sup>. Deze bepaling bepaalde dat de Richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing was op de overheidsopdrachten die werden gegund door aanbestedende overheden op het gebied van defensie onverminderd artikel 296 EG-Verdrag (het actuele art. 346 VWEU) – hetwelk aan elke Lidstaat de mogelijkheid laat de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht “voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden”. In het besluit nr. 255/58 van de

(72) Randnummer 37 van het arrest C-159/11.

(73) Randnummer 38 van het arrest C-159/11.

(74) Dit arrest of de conclusies van de Advocaat-Generaal zijn met name gepubliceerd of becommentarieerd in de volgende tijdschriften: *Europe*, 2012, augustus-september, p. 34; *ACCP*, 2012, nr. 119, p.12; *CP-ACCP*, 2012, nr. 124, p. 12; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Marchés publics”, in “Chronique de jurisprudence de la CJUE”, *AJDA*, 2012/28, pp. 1578 tot 1579; W. ZIMMER, *CMP*, 2012, nr. 10, pp. 29-30 (commentaar 273); P. PINTAT en E. RASSAY, “Interprétation de la notion de ‘produit destiné à des fins spécifiquement militaires’”, *CP-ACCP*, 2012, nr. 126, pp. 80-82; S. SMITH, “Defence purchasing of material that has both military and civilian applications – Tilttable turntables in Finland – Case C-615/10”, *PPLR*, 2012, NA 245.

(75) Randnummer 1 van de conclusies die voorafgaan aan het arrest C-615/10.

(76) De Advocaat-Generaal citeert als voorbeeld de rechtspraak met betrekking tot de toegang van vrouwen tot functies bij de nationale strijdkrachten (HvJ 26 oktober 1999, *Sirdar*, C-273/97, *Jur.HvJ*, p. I-7403; HvJ 11 januari 2000, *Kreil*, C-285/98, *Jur.HvJ*, p. I-69); deze betreffende de dienstplicht voor mannen (HvJ 16 september 1999, *Commissie t/ Spanje*, C-414/97, *Jur.HvJ*, p. I-5585) en deze betreffende de voor militaire uitrusting geldende douanerechtelijke voorschriften (HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Finland*, C-284/05, *Jur.HvJ*, p. I-11705; HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Zweden*, C-294/05, *Jur.HvJ*, p. I-11777; HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Duitsland*, C-372/05, *Jur.HvJ*, p. I-11801; HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Italië*, C-387/05, *Jur.HvJ*, p. I-11831, HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Giekenland*, C-409/05, *Jur.HvJ*, p. I-11859; HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Denemarken*, C-461/05, *Jur.HvJ*, p. I-11887; HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Italië*, C-239/06, *Jur.HvJ*, p. I-11913; HvJ 4 maart 2010, *Commissie t/ Portugal*, C-38/06, *Jur.HvJ*, p. I-1569).

(77) Richtlijn 2009/81/EG van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (*Pb.L.*, 20 augustus 2009, afl. 216, 76).

(78) De gewijzigde versie van artikel 10 is pas op 21 augustus 2009 in werking getreden en moest worden omgezet door de Lidstaten vóór 21 augustus 2011 (zie art. 72, § 1, en 74 van de Richtlijn 2009/81/EG). De feiten die werden voorgelegd aan het Hof dateerden van vóór die datum.

Raad van 15 april 1958<sup>(79)</sup> werd een lijst opgesteld van de producten waarop het eerder vermelde principe toepassing kan vinden. Komen met name voor op deze lijst van 1958, het “elektronisch materieel voor militair gebruik” (randnummer 11), de “speciale delen en onderdelen van het in deze lijst genoemde materieel, voor zover zij een militair karakter dragen” (randnummer 14) en de “machines, uitrusting en gereedschap, uitsluitend ontworpen voor het bestuderen, het vervaardigen, het beproeven en het controleren van de in deze lijst genoemde wapenen, munitie en voorwerpen uitsluitend voor militair gebruik” (randnummer 15).

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot het arrest kunnen worden samengevat als volgt. In 2008 heeft het Finse leger een openbare aanbesteding gelanceerd voor een draaitafelinstallatie bestemd voor het uitvoeren van elektromagnetische maatregelen, waarbij gevechtssituaties kunnen worden gesimuleerd, zonder de voorschriften inzake publiciteit van Richtlijn 2004/18/EUG in acht te nemen. Een vennootschap die uitgesloten werd in het kader van deze gunningsprocedure beweerde dat dit in strijd was met het afgeleid recht betreffende overheidsopdrachten, daar de draaitafel volgens haar wordt gezien als een technische innovatie uit de civiele industrie is en geen militaire uitrusting<sup>(80)</sup>. Het Finse leger stelde daarentegen dat de draaitafelinstallatie werd aangekocht “voor specifiek militaire doeleinden is aangekocht en met name voor de nabootsing van gevechtssituaties is bedoeld”<sup>(81)</sup>.

Op klassieke wijze vangt het Hof van Justitie zijn argumentatie met in herinnering te brengen dat enerzijds ingevolge vaste rechtspraak de afwijkingen van fundamentele vrijheden eng moeten wor-

den uitgelegd<sup>(82)</sup>, en dat anderzijds een aanbestedende overheid zich niet op artikel 296, lid 1, *sub b*, EG-Verdrag (het huidige art. 346.1, b) VWEU) kan beroepen om een afwijkende maatregel te verantwoorden bij de aankoop van een goed dat zeker een civiele bestemming heeft en eventueel een militair doel dient<sup>(83)</sup>.

Advocaat-Generaal Kokott merkte met betrekking tot dit tweede aspect op dat: “De toepassing van artikel 296, lid 1, *sub b*, EG-Verdrag [huidig art. 346.1, b) VWEU] veronderstelt dat het goederen betreft die, behalve dat zij voor een eventueel militair gebruik geschikt zijn, daarenboven bestemd zijn voor een specifiek militair doel, en dit zowel in subjectieve als in objectieve zin. Aldus moet de betrokken zaak niet alleen voor specifiek militaire doeleinden bestemd zijn op grond van het concrete, door de aanbestedende dienst aangegeven gebruik ervan<sup>(84)</sup> (dus in subjectieve zin), maar ook op grond van het ontwerp van de zaak en diens kenmerken<sup>(85)</sup> (dus in objectieve zin)”. Het Hof herneemt deze vaststelling<sup>(86)</sup>.

Volgens het Hof geven de termen “voor militair gebruik” gehanteerd in randnummer 11 van de lijst van 1958 alsook de termen “voor zover zij een militair karakter dragen” et “uitsluitend ontworpen” gehanteerd in de randnummers 14 en 15 van dezelfde lijst, “aangeven dat de geïsoleerde producten objectief gezien een specifiek militair karakter moeten vertonen”<sup>(87)</sup>. Het Hof ziet een bevestiging van deze analyse in de tiende overweging van de richtlijn 2009/81/EG waar “de wetgever van de Europese Unie heeft gepreciseerd dat de termen ‘militaire uitrusting’ in de zin van deze richtlijn ook betrekking hebben op producten die, hoewel initieel ontworpen voor een burgerlijk gebruik, vervol-

(79) De Advocaat-Generaal KOKOTT herinnert dat dit “besluit is niet bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, maar een uittreksel ervan is opgenomen in document nr. 14538/4/08 van de Raad van 26 november 2008, dat voor het publiek toegankelijk is op de internetsite van de Raad op het adres <http://register.consilium.europa.eu> (laatstelijk bezocht op 12 december 2011). Bovendien is de inhoud van deze lijst opgenomen in een antwoord van de Commissie op een parlementaire vraag (antwoord van 27 september 2001 op schriftelijke vraag E-1324/01 van het parlementslid Bart Staes, PB C 364 E, blz. 85)” (voetnoot nr. 8 van de conclusies van de Advocaat-Generaal voorafgaand aan het arrest C-615/10).

(80) Randnummer 19 van het arrest C-615/10.

(81) Randnummer 20 van het arrest C-615/10.

(82) Randnummer 35 van het arrest C-615/10, dat verwijst naar HvJ 15 december 2009, *Commissie t/ Finland*, C-284/05, *Jur.HvJ*, p. I-11705, randnummers 46-47.

(83) Randnummer 39 van het arrest C-615/10, dat verwijst naar HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-2173, randnummers 48-49.

(84) HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië (Agusta)*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-2173, randnummers 48 en 49.

(85) De Advocaat-Generaal verwijst hier naar de tiende overweging van de richtlijn 2009/81, volgens hetwelk de lijst van 1958 “alleen materiaal [omvat] dat is ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd voor specifiek militaire doeleinden”. Ze verwijst ook naar de interpretatieve Mededeling van de Commissie van 7 december 2006 over de toepassing van artikel 296 van het Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied (COM(2006) 779 definitief (sectie 3)), waar er sprake is van materiaal “van zuiver militaire aard dat uitsluitend bedoeld is voor militaire doeleinden” (voetnoot nr. 31 van de conclusies van de Advocaat-Generaal KOKOTT voorafgaand aan het arrest C-615/10).

(86) Randnummer 40 van het arrest C-615/10.

(87) Randnummer 41 van het arrest C-615/10.



gens zijn aangepast voor militaire doeleinden om te kunnen worden gebruikt als wapens, munitie en oorlogsmateriaal”<sup>(88)</sup>.

Het Hof oordeelt dat als deze draaitafelinstallatie volgens de verstrekte informatie *a priori* wordt geacht een militaire uitrusting te zijn<sup>(89)</sup>, er ook nog moet worden aangetoond dat om beschouwd te worden als specifiek bestemd voor militaire doeleinden in de zin van het huidig artikel 346.1, b) VWEU, het systeem “door zijn kenmerken kan worden beschouwd als speciaal ontworpen en ontwikkeld voor deze doeleinden, ook wanneer dit voortkomt uit substantiële wijzigingen, hetgeen ook aan de verwijzende rechter toekomt om te beoordelen”<sup>(90)</sup>.

Ten slotte beëindigt het Hof zijn argumentatie met aan te halen dat het niet voldoende is aan te tonen dat het materiaal bestemd is voor specifieke militaire doeleinden, maar dat ook moet worden nagegaan of de Lidstaat die het voordeel inroept van het huidig artikel 346 VWEU “de noodzakelijkheid kan aantonen om een beroep te doen op de afwijking voorzien in deze bepaling met het oog op de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen, en als de behoefte tot bescherming van deze belangen niet kon worden bereikt in het kader van een aanbestedingsprocedure, zoals voorzien door de richtlijn 2004/18”<sup>(91)</sup>.

## 5. De uitbreiding van de overheidsopdracht voor architectuurdiensten (HvJ 15 maart 2012, Commissie t/ Duitsland, C-574/10, nog niet gepubliceerd)<sup>(92)</sup>

### FUNCTIONELE INTERPRETATIE VAN DE OVERHEIDSOPDRACHT VOOR ARCHITECTUURDIENSTEN – WERKEN

De diensten waarvan de prestatie wordt uitgevoerd in verschillende fasen moeten worden

beschouwd als zijnde één opdracht, gelet op het unitaire karakter van hun economische en technische functie, waarbij het Hof de notie van een “werk dat een functionele en economische eenheid uitmaakt” als element van de definitie van overheidsopdracht voor werken, uitbreidt tot de overheidsopdracht van architectuurdiensten.

Het “werk” wordt door de richtlijn 2004/18/CE gedefinieerd als “het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”<sup>(93)</sup>. Het begrip “werk” is een element van de definitie van de overheidsopdrachten voor werken, dat beoogt de artificiële opsplitsing van opdrachten te vermijden. De opsplitsing kan ertoe leiden het bedrag van de opdracht te verminderen, waardoor de opdracht zich kan onttrekken aan de Europese publiciteitsvoorschriften in weerwil van *de technische en functionele eenheid* van de voorziene prestaties. De berekening van de waarde van de overheidsopdracht moet in dat opzicht rekening houden met de totale waarde van de werken. De doelstelling is dan wel gemakkelijk te begrijpen, maar de toepassing van dit begrip brengt toch enkele moeilijkheden met zich mee en kan verbijstering wekken bij de praktici.

Het begrip “werk” werd voor de eerste keer gepreciseerd door het Hof van Justitie ter gelegenheid van de openbare aanbestedingsprocedure die het *Syndicat départemental d'électrification de la Vendée* had uitgeschreven<sup>(94)</sup>, met het oog op het toekennen van elektrificatie- en straatverlichtingswerken. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat een elektriciteitsdistributienet en een straatverlichtingsnet elk andere economische en technische functies hebben, in het bijzonder omdat bij het eerste geval, de begunstigde die voor de prestatie betaalt de uiteindelijke afnemer is, terwijl bij het tweede geval de betaling van de prestatie is verzekerd door de overheidsinstantie. In een andere

(88) Randnummer 42 van het arrest C-615/10.

(89) Randnummer 43 van het arrest C-615/10, aspect waarvoor het Hof van Justitie de nationale rechter verzoekt tot controle.

(90) Randnummer 44 van het arrest C-615/10.

(91) Randnummer 45 van het arrest C-615/10, dat verwijst naar HvJ, 15 december 2009, *Commissie t/ Finland*, C-284/05, Rec., p. I-11705, randnummer 49 en naar HvJ 8 april 2008, *Commissie t/ Italië (Agusta)*, C-337/05, *Jur.HvJ*, p. I-2173, randnummer 53.

(92) Dat arrest is met gepubliceerd of becommentarieerd in de volgende tijdschriften: *Europe*, 2012, mei, p. 26; *CP-ACCP*, 2012, nr. 121, p. 14; W. ZIMMER, *CMP*, 2012, nr. 5, pp. 17-19 (commentaar 144); A. BROWN, “The Court of Justice rules that a series of contracts for architectural services constituted a single procurement for the purpose of the financial thresholds of Directive 2004/18: *Commission v Germany (C-574/10)*”, *PPLR*, 2012, NA 160; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “*Marchés publics de services*”, in “*Chronique de jurisprudence de la CJUE*”, *AJDA*, 2012/18, p. 1002 en 1003.

(93) Art. 1, § 2, b) van de Richtlijn 2004/18/EG.

(94) HvJ 5 oktober 2000, *Commissie t/ Frankrijk*, C-16/98, *Jur.HvJ*, p. I-8315. Zie in dat verband de noot van A. BROWN, *PPLR*, 2001, NA 24-26.

zaak werd de kwalificatie “werk” afhankelijk gesteld van de vraag of men voor meerdere gedeelten van een autosnelweg die het voorwerp waren van meerdere concessies van werken, ervan mag uitgaan dat zij dezelfde economische en/of technische functie hebben<sup>(95)</sup>. Het Hof heeft geoordeeld dat “opdat het resultaat van de werken kan worden beschouwd als werken [in de zin van het afgeleid recht inzake overheidsopdrachten], is het voldoende dat aan één van beide functies wordt voldaan”<sup>(96)</sup>. In het arrest *Auroux*<sup>(97)</sup> werd het begrip aangehaald in het kader van de kwalificatie van een “overeenkomst tot ontwikkeling”, die was gesloten tussen de stad Roanne en een (semi-publieke) vastgoedontwikkelaar, met het oog op het realiseren van verschillende werken (de bouw van een recreatiepark, met aankoop van terreinen, opmaak van plannen en het zoeken van financiering, diverse structuren waaronder een openbare parking). Deze overeenkomst moest worden geacht een economische functie te vervullen.

Het arrest *Commissie t/ Duitsland* alhier besproken ligt in het verlengde van deze rechtspraak.

De feiten zijn relatief eenvoudig. Een Duitse gemeente had besloten om een multifunctioneel gebouw dat haar toebehoort en wordt gebruikt voor sportevenementen en concerten, te renoveren. Om dit te realiseren heeft zij aan een architectenbureau achtereenvolgens drie afzonderlijke overheidsopdrachten voor diensten gegund, elk met een waarde beneden de Europese drempelbedragen, maar globaal gezien boven deze drempelbedragen: de eerste opdracht betrof het opmaken van een plaatsbeschrijving en een inschatting van de renovatiekosten; de tweede opdracht had betrekking op het opstellen van een renovatieplan; de derde opdracht had betrekking op het opvolgen van de renovatiewerkzaamheden.

De Commissie was van oordeel dat de structurele renovatie van een polyvalent gebouw als één overheidsopdracht moest worden gezien en dat daaruit een sterk vermoeden kon worden afgeleid dat de daarop betrekking hebbende architectuurdiensten moesten worden beschouwd als één

opdracht in de mate dat hun inhoud werd bepaald door het voorwerp van de overheidsopdrachten voor werken<sup>(98)</sup>. Duitsland betwistte de analyse van de Commissie, en verantwoordde de gekozen werkwijze met redenen van budgettaire planning voor de renovatiewerken, die zich uitstrekten over meerdere boekjaren<sup>(99)</sup>.

Het Hof heeft het verweer van Duitsland niet gevolgd. Het merkt op dat “artikel 9, leden 1 en 3, van de Richtlijn 2004/18/CE voorziet enerzijds dat de berekening van de drempel gebaseerd is op het totaal te betalen bedrag, exclusief BTW, geraamd door de aanbestedende overheid en anderzijds dat geen enkel voorgenomen werk of voorgenomen aankoop om een welbepaalde hoeveelheid goederen of diensten te bekomen mag worden opgesplitst teneinde zich te onttrekken aan de toepassing van de deze richtlijn”<sup>(100)</sup>. Het Hof weerhoudt het unitaire karakter vanuit een functioneel en economisch standpunt betreffende de renovatiewerken in het voorliggende geval<sup>(101)</sup> en het beginsel van de functionele interpretatie van het afgeleid recht zoals traditioneel toegepast in zijn rechtspraak<sup>(102)</sup>, om de bezwaren van Duitsland te weerleggen. Het Hof besluit dat de omstreden opdracht (in werkelijkheid waren er drie, zoals we het eerder hebben gezien) wel degelijk één “opdracht van architectuurdiensten, verleend door één enkele aanbestedende overheid, betreffende ... één en hetzelfde gebouw” die de gebruikelijke taken omvat van ontwerp en opvolging van uitvoering<sup>(103)</sup>. De geleverde prestaties vertonen in dat kader “een interne samenhang vanuit een economisch en technisch oogpunt alsook een functionele continuïteit, samenhang en continuïteit die niet kan worden geacht onderbroken te zijn als gevolg van het feit dat deze prestaties zijn opgedeeld in verschillende fasen, volgens de uitvoering van de werken waarop ze betrekking hebben”<sup>(104)</sup>.

(95) HvJ 27 oktober 2005, *Commissie c/ Italië*, C-187/04 en C-188/04, niet gepubliceerd, maar raadpleegbaar op de site EUR-Lex. Zie eveneens *Pb.* 2006 C 36, p. 11.

(96) Arrest C-187/04 en C-188/04, aangehaald in de voetnoot op de vorige pagina, randnummer 29.

(97) HvJ 18 januari 2007, C-220/05, *Auroux e.a.*, *Jur.HvJ*, p. I-385, randnummers 28-42.

(98) Randnummer 19 van het arrest C-574/10.

(99) Randnummers 28-33 van het arrest C-574/10.

(100) Randnummer 36 van het arrest C-574/10.

(101) Randnummer 38 van het arrest C-574/10.

(102) Randnummers 39-41 van het arrest C-574/10.

(103) Randnummer 42 van het arrest C-574/10.

(104) Randnummer 45 van het arrest C-574/10.

**6. Preciserings betreffende de ernstige fout bij de beroepsuitoefening**  
**(Hv) 13 december 2012, Forposta e.a. t/ Poczta Polska SA, C-465/11, nog niet gepubliceerd**<sup>(105)</sup>

*GUNNING – UITSLUITING – ERNSTIGE FOUT BIJ BEROEPSUITOEFENING – KWALIFICATIESYSTEEM*

Het begrip “fout bij beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer. Niettemin moet worden aangenomen dat het begrip “ernstige fout” gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout.

De prejudiciële vraag beslecht door het besproken arrest heeft betrekking op de interpretatie van artikel 45, lid 2, eerste alinea, d) van de Richtlijn 2004/18/EG<sup>(106)</sup>, gelezen in samenhang met de artikelen 53, lid 3, en 54, lid 4, van de Richtlijn 2004/17/EG<sup>(107)</sup>. Deze vraag werd gesteld in het kader van een geschil tussen een Poolse aanbestedende overheid en een vennootschap (Forposta SA) die werd uitgesloten van een overheidsopdracht voor de verdeling van poststukken, in toepassing van een bepaling van Pools recht inzake overheidsopdrachten, waarbij worden uitgesloten van een openbare aanbestedingsprocedure de marktdeelnemers “wier overeenkomst de betrokken aanbestedende dienst heeft ontbonden, opgezegd of herroepen door aan de marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de opdracht min-

stens 5% van de waarde van de opdracht bedraagt”<sup>(108)</sup>.

Nadat het Hof in herinnering heeft gebracht dat het begrip van de ernstige fout bij de beroepsuitoefening kan worden uitgelegd met respect voor het recht van de Europese Unie<sup>(109)</sup>, geeft het Hof aan dat dit begrip omvat “elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, en niet alleen schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing”<sup>(110)</sup>. Bijgevolg “kan de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening”<sup>(111)</sup>. Niettemin moet worden aangenomen dat het begrip “ernstige fout” “gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout”<sup>(112)</sup>. Aangezien de Poolse regeling niet alleen het algemene kader voor de toepassing van artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 afbakt, maar dienaangaande de aanbestedende diensten “dwingende voorwaarden en uit bepaalde omstandigheden automatisch te trekken conclusies oplegt, en daarmee de beoordelingsmarge overschrijdt” overeenkomstig die bepaling van de richtlijn, oordeelt het Hof dat het Poolse recht niet het afgeleid recht inzake overheidsopdrachten respecteert<sup>(113)</sup>.

(105) CP-ACCP, nr. 129, p. 12.

(106) 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.*, 2004, 134, p. 114.

(107) Richtlijn 2004/17/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.*, 2004, 134, p. 114.

(108) Randnummer 6 van het arrest C-465/11.

(109) Randnummers 25 en 26 van het arrest C-465/11.

(110) Randnummer 27 van het arrest C-465/11.

(111) Randnummer 29 van het arrest C-465/11.

(112) Randnummer 30 van het arrest C-465/11.

(113) Randnummers 32-36 van het arrest C-465/11.

**7. Minimumeisen inzake economische draagkracht (Hv) 18 oktober 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság t/ Döntőbizottság, C-218/11, nog niet gepubliceerd*<sup>(114)</sup>**

GUNNING – MINIMUMDREMPELS  
– ECONOMISCHE DRAAGKRACHT

*Het of de door een aanbestedende dienst bij het stellen van een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht gekozen onderdeel of onderdelen moet of moeten dus objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer. De vastgestelde drempel moet aan de omvang van de betrokken opdracht worden aangepast, zodat deze drempel objectief een positieve aanwijzing is voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder gaat dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is.*

In het kader van de toekenning van een overheidsopdracht voor vervoersinfrastructuurprojecten met een waarde van meerdere miljoenen euro's, heeft een Hongaarse aanbestedende overheid de overlegging verlangd van een overeenkomstig de boekhoudkundige voorschriften opgesteld uniform document, en als minimumeis gesteld dat het balansresultaat over de laatste drie afgesloten boekjaren niet meer dan één keer negatief was. De Hongaarse dochtervennootschap van een Duitse vennootschap was niet in staat om aan dergelijk vereiste te voldoen, omdat zij krachtens een winstoverdrachtsovereenkomst haar winst jaarlijks aan haar moedermaatschappij moet overdragen. Voor de bevoegde Hongaarse rechter heeft de vermelde dochtervennootschap het economische vereiste opgelegd door de aanbestedende overheid betwist, daar het beweerdelijk discriminerend was en onverenigbaar met diverse bepalingen van de Richtlijn 2004/18/EG.

De rechter die werd gevat wenste ten gronde van het Hof van Justitie te vernemen of “de artikelen 44, lid 2, en 47, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst een minimumeis inzake

economische en financiële draagkracht mag stellen door naar een bepaalde balanspost te verwijzen wanneer er met betrekking tot die post verschillen kunnen bestaan tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten en dus in de balansen van ondernemingen, afhankelijk van de wettelijke regeling waaraan zij voor het opstellen van hun jaarrekening zijn onderworpen”<sup>(115)</sup>.

Het Hof brengt hierbij in herinnering dat in overeenstemming met de artikelen 44, lid 2, et 47, lid 1, onder b, van de Richtlijn 2004/18/EG, de aanbestedende overheid van gegadigden en inschrijvers met name mag verlangen dat zij die draagkracht aantonen door overlegging van hun balans. Het oordeelt evenwel dat “een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht niet onder verwijzing naar de balans in het algemeen kan worden gesteld”, maar slechts “door naar een of meer specifieke onderdelen van de balans te verwijzen”<sup>(116)</sup> waarvan de keuze in hoofde van de aanbestedende overheden in erg grote mate discretionair blijft<sup>(117)</sup>, zonder onbegrensd te zijn aangezien de minimumeis inzake draagkracht verband moet houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bijgevolg: “Het of de door een aanbestedende dienst bij het stellen van een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht gekozen onderdeel of onderdelen moet of moeten dus objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer. Bovendien moet de vastgestelde drempel aan de omvang van de betrokken opdracht worden aangepast, zodat deze drempel objectief een positieve aanwijzing is voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder gaat dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is”<sup>(118)</sup>.

Aangezien de wettelijke regelingen inzake de jaarrekening van ondernemingen niet volledig zijn geharmoniseerd, kan het verlangen van een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht betreffende een specifiek onderdeel van de balans ertoe leiden dat – zoals in het voorliggende geval – de verschillen tussen de nationale rechtstelsels worden belicht. Het Hof leidde hieruit af

(114) Dit arrest is met name gepubliceerd of becommentarieerd in de volgende tijdschriften: *Europe*, 2012, december, p. 25; CP-ACCP, 2012, nr. 127, p. 11; noot W. ZIMMER, *CMP*, 2012, nr. 12, pp. 21-23 (commentaar 330); R WILLIAMS, “The Court of Justice Rules That, Subject to Certain Conditions, a Contracting Authority May Require a Minimum Level of Economic Standing to be Demonstrated by Reference to Particular Aspects of the Bidding Company’s Balance Sheet: Case C-218/11”, *PPLR*, 2013, NA 27.

(115) Randnummer 25 van het arrest C-218/11.

(116) Randnummers 26 et 27 van het arrest C-218/11.

(117) Randnummer 28 van het arrest C-218/11.

(118) Randnummer 29 van het arrest C-218/11.



dat “een dergelijk vereiste kan dus op zich niet worden aangemerkt als discriminerend” et zij kan dan ook niet worden uitgesloten om de enkele redenen van deze verschillen<sup>(119)</sup>.

**8. De bestelling van de koffie  
“Max Havelaar” of “EKO”  
(HvJ 10 mei 2012, Commissie t/ Nederland,  
C-368/10, nog niet gepubliceerd, met concl.  
Adv. Gen. J. Kokott)<sup>(120)</sup>**

*GUNNING – TECHNISCHE SPECIFICATIES –  
ECONOMISCHE EN PROFESSIONELE BEKWAAMHEID  
– GUNNINGSCRITERIA – MAATSCHAPPELIJK  
VERANTWOORD ONDERNEMEN*

*Het bestek dat vereist dat bepaalde te leveren producten in het kader van een overheidsopdracht voor leveringen worden voorzien van een bepaalde milieukeur (“Max Havelaar” of “EKO”) in plaats van de gedetailleerde specificaties te gebruiken, is onverenigbaar met artikel 23, lid 6, van de Richtlijn 2004/18/EG.*

*Het bestek dat bepaalt dat wanneer bepaalde te leveren producten in het kader van een overheidsopdracht voor leveringen voorzien van bepaalde keurmerken (“Max Havelaar” of “EKO”) waren voorzien, daarvoor in het kader van de keuze van de economisch voordeligste aanbidding een bepaald aantal punten zou worden toegekend, zonder de uitgangspunten van die keurmerken te hebben opgesomd of te hebben bepaald dat het bewijs dat een product aan die criteria voldeed met elk passend middel kon worden geleverd, is onver-*

*enigbaar met artikel 53, lid 1, sub a, van de Richtlijn 2004/18.*

*Het bestek dat voor wat de minimale technische bekwaamheid betreft de voorwaarde opneemt dat de inschrijvers voldoen aan “de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen”, en aangeven op welke wijze zij aan die criteria voldoen en “bijdragen tot het duurzamer maken van de koffiemarkt en tot een milieutechnische, sociale en economisch verantwoorde koffieproductie”, is onverenigbaar met de artikelen 44, lid 2, en 48 van de Richtlijn 2004/18/EG. Er is eveneens niet voldaan aan de in artikel 2 van dezelfde richtlijn neergelegde transparantieplichting.*

In deze zaak snijden het Hof van Justitie en de Advocaat-Generaal Kokott met een opmerkelijke duidelijkheid en een scherp pedagogisch inzicht de vraag aan van “de duurzame en maatschappelijk verantwoorde inkoop” in het kader van het Europees overheidsopdrachtenrecht – wat een delicaat onderwerp is in deze tijden van economische en politieke crisis, en verdeeldheid mogelijk maakt in de Europese instellingen en de diverse politieke gevoeligheden in de Lidstaten.

Waar het in aanmerking nemen van het milieu in het kader van de gunning van overheidsopdrachten stilaan het voorwerp heeft uitgemaakt van een eclatante consensus in het arrest *Concordia*<sup>(121)</sup>, blijft het in aanmerking nemen van de duurzame ontwikkeling en elk element met een sociale component toch delicaat voor de Europese instellingen<sup>(122)</sup>. Mevrouw Kokott weet de inzet van het debat perfect te vatten wanneer zij aangeeft dat de vraag “staat het Hof voor de uitdaging, een juiste

(119) Randnummers 30 et 31 van het arrest C-218/11. Het Hof van Justitie merkt nog op dat in het voorliggende geval het vastgestelde verschil niet voortkomt uit een conceptueel onderscheid tussen de betrokken nationale rechtsstelsels, maar dat, “anders dan het Hongaarse, het Duitse recht niet de mogelijkheid beperkt voor een moedermaatschappij om te bepalen dat de winst van haar dochteronderneming aan haar wordt overgedragen, ook al heeft dat tot gevolg dat het balansresultaat van deze dochteronderneming negatief wordt” (randnummers 30 et 31). Het Hof benadrukt dat in die situatie, het voldoende is dat het Hongaarse filiaal zich beroept op de economische en financiële draagkracht van de moedermaatschappij, door een toezegging van die entiteit over te leggen dat de noodzakelijke middelen te harer beschikking worden gesteld, overeenkomstig artikel 47, lid 2, van de Richtlijn 2004/18/EG (randnummer 38). In het voorliggende geval is het verschil tussen de nationale rechtsstelsels dan ook irrelevant.

(120) Dit arrest werd met name gepubliceerd en becommentarieerd in de volgende tijdschriften: *Europe*, 2012, juli; *ACCP*, 2012, nr. 122, pp. 11-12; W. ZIMMER, *CMP*, 2012, nr. 7, pp. 11-12 (commentaar 209); Dr. T. KOTSONIS, “Commission v Netherlands (C-368/10): environmental and fair trade consideration in the context of a contract award procedure”, *PPLR*, 2012, NA 234; A. JAUME, “Arrêt ‘Max Havelaar’: la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics”, *JDE*, 2012, pp. 247 tot 249.

(121) HvJ 17 september 2002, *Concordia bus Finlandia Oy*, C-513/99, *Jur.HvJ*, p. I-07213; *CMP*, 2002, comm. 225, F. LLORENS.

(122) De zienswijze van de Commissie werd uitgedrukt in meerdere interpretatieve mededelingen, in het bijzonder: Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren, Brussel, 4 juli 2001, COM (2001) 274 definitief; Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, Brussel, 15 oktober 2001, COM (2001) 566 definitief; Mededeling van de Commissie van toepassing op overheidsopdrachten voor een beter milieu, 16 juli 2008, COM (2008) 400 definitief.

afweging te maken tussen de belangen van de interne markt en milieu- en sociaalpolitieke aspecten, zonder echter de praktische vereisten van aanbestedingsprocedures uit het oog te verliezen. Aan de ene kant mag er geen discriminatie van potentiële inschrijvers of marktafscherming ontstaan. Aan de andere kant moeten de aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben, zich met verantwoorde administratieve inspanningen milieuvriendelijke en biologische producten en fairtradeproducten te verschaffen<sup>(123)</sup>.

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot de uitspraak in het becommentarieerde arrest waren als volgt. In het kader van een offerteaanvraag met het oog op de gunning van een overheidsopdracht die betrekking had op het leveren en het beheren van koffieautomaten, had een Nederlandse lokale overheid verwezen naar de keurmerken “Max Havelaar” en “EKO”, om een begunstigde te kiezen die koffie – en theeproducten zou leveren op een ecologisch, economisch en sociaal verantwoorde manier.

Vanuit een theoretisch standpunt kunnen vier wegen worden bewandeld om dit doel te bevorderen. De aanbestedende overheid kan gebruik maken van ofwel technische specificaties, ofwel criteria betreffende de bekwaamheid van de ondernemingen, ofwel de gunningscriteria, ofwel de voorwaarden van uitvoering van de opdracht. Zonder één van deze wegen te veroordelen gaat het Hof terugkomen op de wijze waarop dit doel kan worden nagestreefd met inachtnaam van de beginselen van gelijkheid en transparantie.

Het is nog van belang te preciseren dat het “label ‘Max Havelaar’ wordt sinds 1998 afgegeven door een stichting naar Nederlands burgerlijk recht, de Stichting *Max Havelaar*. De van dit keurmerk voorziene producten zijn ingekocht tegen een eerlijke prijs en onder eerlijke handelsvoorwaarden bij organisaties bestaande uit kleine groepen boeren in ontwikkelingslanden. Bij de toekenning worden vier criteria gehanteerd: een kostendekkende minumprijs, een toeslag op de wereldmarktprijs, voorfinanciering en langdurige handelsrelaties tussen producent en importeur. Zowel de normstelling als de auditing en de certificatie geschieden door een internationale koepelorganisatie, de Fairtrade Labelling Organisation (FLO), gevestigd te Bonn

(Duitsland). Het keurmerk EKO is eveneens een Nederlands privaatrechtelijk keurmerk. Het wordt sinds 1985 toegekend door een stichting naar Nederlands burgerlijk recht, de Stichting Skal, voor producten die voor minstens 95% uit biologische ingrediënten bestaan. De Stichting Skal treedt op in samenspraak met het Nederlandse Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij<sup>(124)</sup>. Zowel “Max Havelaar” als “EKO” worden als gemeenschapsmerk bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt geregistreerd<sup>(125)</sup>.

Het Hof van Justitie benadrukt dat de stukken die de aanbestedingsprocedure bepalen voorschreven dat de te leveren koffie en thee van de keurmerken *EKO* en *Max Havelaar* waren voorzien en dat de te leveren ingrediënten dezelfde keurmerken zouden dragen<sup>(126)</sup>.

*Eerste vraag:* is het gebruik van keurmerken mogelijk in de vorm van technische specificaties (of voorwaarden van uitvoering van de opdracht)?

Volgens het Hof blijkt uit de tekst van de eerste alinea van artikel 23, lid 6, van de Richtlijn 2004/18/EG dat, wat de vereisten inzake milieukeurmerken betreft, “de aanbestedende diensten op grond hiervan [mogen] gebruikmaken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig. Het nauwkeurigheidselement dat is neergelegd in artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 – waarnaar lid 6 van dit artikel verwijst – en wordt geëxpliciteerd in de laatste zin van punt 29 van de considerans staat in de weg aan een ruime uitlegging van bedoelde bepaling<sup>(127)</sup>. Artikel 23, lid 6, laat bovendien de aanbestedende overheden toe dat zij “aangeven dat producten die voorzien zijn van de milieukeur waarvan zij de gedetailleerde specificaties hebben gebruikt worden geacht aan de betrokken specificaties te voldoen”, waarbij elk ander passend bewijsmiddel dient te worden aangevraagd<sup>(128)</sup>. In het voorliggende geval, heeft de Nederlandse lokale overheid zich ten onrechte tevreden gesteld met het vereisen van producten voorzien van het keurmerk EKO zonder verdere precisering, waardoor aldus het voormelde artikel 23, lid 6, wordt geschonden.

De verwijzing naar het keurmerk “Max Havelaar” vormt ook in een ander opzicht een probleem

(123) Randnummer 3 van de conclusies van de Advocaat-Generaal voorafgaand aan het arrest C-368/10.

(124) Randnummers 27 et 28 van de conclusies van de Advocaat-Generaal voorafgaand aan het arrest C-368/10.

(125) Randnummer 29 van de conclusies van de Advocaat-Generaal voorafgaand aan het arrest C-368/10.

(126) Randnummer 57 van het arrest C-368/10.

(127) Randnummer 63 van het arrest C-368/10.

(128) Randnummers 64-65 van het arrest C-368/10.

aangezien het verwijst naar specifieke criteria. Zo vereist dit keurmerk enerzijds dat de betaalde prijs alle kosten dekt en een toeslag op de marktkoersen bevat, en anderzijds dat de productie wordt voor-gefinancierd en ten slotte dat de importeur een langdurige handelsrelatie met de producenten onderhoudt. Het Hof van Justitie overweegt dat dergelijke criteria niet stroken met het begrip technische specificaties, daar zij niet de kenmerken van de producten zelf betreffen. Het Hof voegt hier wel aan toe dat deze criteria veeleer vallen onder de voorwaarden van uitvoering van de opdracht<sup>(129)</sup>.

*Tweede vraag:* komen de keurmerken in aanmerking om te worden gebruikt als gunningscriteria?

De Commissie betoogde in hoofdzaak dat een dergelijk gunningscriterium in twee opzichten in strijd was met artikel 53 van richtlijn 2004/18: “In de eerste plaats houdt het geen verband met het voorwerp van de opdracht, nu de uitgangspunten van de keurmerken EKO en *Max Havelaar* niet de te leveren producten zelf betreffen, maar het algemene beleid van de inschrijvers, vooral in het geval van het keurmerk *Max Havelaar*. In de tweede plaats verdraagt bedoeld gunningscriterium zich niet met de vereisten inzake gelijke toegang, non-discriminatie en transparantie, nu het onder meer tot gevolg heeft dat niet-Nederlandse potentiële inschrijvers of potentiële inschrijvers die de keurmerken *EKO* en/of *Max Havelaar* niet bezitten, worden benadeeld”<sup>(130)</sup>.

Het Hof is van mening dat kan worden aanvaard dat de aanbestedende overheden gunningscriteria mogen kiezen voor gunningscriteria die zijn gebaseerd op sociale overwegingen, die betrekking kunnen hebben op de gebruikers of de begunstigden van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, maar ook op andere personen, rekening houdende met de bewoordingen van artikel 53 van de Richtlijn 2004/18/EG, voor zover zij op voldoende wijze<sup>(131)</sup> verband houden met het voorwerp van de opdracht<sup>(132)</sup>. Het Hof is van oordeel dat de uitgangspunten voor de keurmerken *EKO* en *Max Havelaar*, “kenmerkend [zijn] voor respectievelijk producten van de biologische landbouw en fairtra-

deproducten. Aangaande de biologische productiemethode zoals die wordt geregeld in de regelgeving van de Unie, te weten, op het *in casu* relevante tijdstip, verordening nr. 2092/91, geven de tweede en de negende overweging van de considerans van deze verordening aan dat deze productiemethode de bescherming van het milieu bevordert, onder meer omdat zij het gebruik van meststoffen en bestrijdingsmiddelen aanzienlijk beperkt. Wat de eerlijke handel betreft blijkt uit voormeld punt 37 dat de criteria die worden opgelegd door de stichting die het keurmerk *Max Havelaar* verleent ertoe strekken, de kleine producenten in ontwikkelingslanden te begunstigen door met hen handelsrelaties te onderhouden die rekening houden met de reële behoeften van die producenten, en niet alleen met de wetten van de markt. Blijkens deze aanwijzingen betreft het litigieuze gunningscriterium milieukeurmerken en sociale kenmerken die passen in het kader van artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18”<sup>(133)</sup>.

Op grond van de conclusies van de Advocaat-Generaal<sup>(134)</sup>, stelt het Hof dat het “niet vereist [is] dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen. Zo heeft het Hof in punt 34 van het reeds aangehaalde arrest EVN en Wienstrom<sup>(135)</sup> geoordeeld dat de regelgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten niet eraan in de weg staat dat de aanbestedende dienst in het kader van een opdracht voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium hanteert op grond waarvan de elektriciteit moet worden opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen. In beginsel belet niets derhalve dat een dergelijk criterium inhoudt dat een product een fairtradeproduct moet zijn”<sup>(136)</sup>.

Niettemin veroordeelt het Hof opnieuw het gebrek aan transparantie van de door de gunnende Nederlandse overheid gekozen methode, om reden dat deze laatste heeft nagelaten de uitgangspunten van die keurmerken te hebben opgesomd of te hebben bepaald dat het bewijs dat een product aan die criteria voldeed met elk passend middel kon worden geleverd<sup>(137)</sup>.

(129) Randnummers 74-75 van het arrest C-368/10.

(130) Randnummer 82 van het arrest C-368/10.

(131) Randnummer 89 van het arrest C-368/10.

(132) Randnummers 84 tot 86 van het arrest C-368/10.

(133) Randnummer 89 van het arrest C-368/10.

(134) Randnummer 110 van de conclusies van de Advocaat-Generaal voorafgaand aan het arrest C-368/10.

(135) HvJ 4 december 2003, *EVN en Wienstrom*, C-448/01, *Jur.HvJ*, p. I-14527.

(136) Randnummer 89 van het arrest C-368/10.

(137) Randnummer 97 van het arrest C-368/10.

*Derde vraag:* kan het vereiste betreffende het respect voor de criteria van “duurzaam aankopen” en het “maatschappelijk verantwoord ondernemen” de vorm aannemen van een minimumvereiste voor technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid?

Het Hof is van oordeel dat de criteria van duurzaam aankopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen niet voorkomen in de paragrafen 1 en 6 van artikel 48 van de Richtlijn 2004/18/EG, dat op exhaustieve wijze de elementen opsomt op basis waarvan de aanbestedende overheid de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers kan evalueren en verifiëren. Inzonderheid “kan de in verband met dit vereiste gevraagde informatie, te weten de vermelding ‘op welke wijze [de leverancier invulling geeft] aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen [en] bijdraagt aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie’, niet worden gelijkgesteld aan een ‘beschrijving van de technische uitrusting van de leverancier [...], van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek’ als bedoeld in artikel 48, lid 2, sub c, van richtlijn 2004/18. De term ‘kwaliteit’, die niet alleen in deze bepaling, maar ook sub b, d en j, van hetzelfde lid wordt gebruikt, moet in de context van genoemd artikel 48 worden geacht te wijzen op de technische kwaliteit van de verrichtingen of leveringen van vergelijkbare aard als de verrichtingen of leveringen die het voorwerp van de betrokken opdracht zijn, daar de aanbestedende dienst van de inschrijvers mag verlangen dat zij hem in kennis stellen van de manier waarop zij de kwaliteit van die verrichtingen of leveringen controleren en waarborgen, voor zover dit in vooraf vermelde punten is bepaald”<sup>(138)</sup>.

Terwijl dit arrest *in casu* de manier veroordeelt waarop de aanbestedende overheid de keuze heeft georganiseerd voor een begunstigde die haar “duurzame” producten levert, meer bepaald milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoord, bevat het evenwel een fundamentele verduidelij-

king van de manier waarop dit kan worden gedaan, met inachtnaam van de voorschriften van het Europees recht inzake overheidsopdrachten en aanbestedingen.

### **9. De verplichtingen van de aanbestedende overheid die wordt geconfronteerd met abnormaal lage of onnauwkeurige inschrijvingen (HvJ 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, nog niet gepubliceerd)<sup>(139)</sup>**

*GUNNING – ABNORMAAL LAGE OF ONNAUWKEURIGE INSCHRIJVINGEN – VERPLICHTING VAN DE AANBESTEDENDE OVERHEID*

*Waar het artikel 55 van de Richtlijn 2004/18/EG vereist dat de nationale wettelijke regeling een bepaling bevat die in wezen bepaalt dat de gegadigde die een abnormaal lage prijs voorstelt, zich door de aanbestedende overheid schriftelijk moet laten verzoeken om zijn prijsvoorstel nader toe te lichten, leggen noch de Richtlijn 2004/18/EG noch de beginselen van gelijke behandeling of van transparantie de aanbestedende overheid op de auteur van een onnauwkeurige inschrijving of een inschrijving die niet conform is met de technische specificaties, zij inschrijving te laten verduidelijken alvorens deze te verwerpen.*

Wanneer de aanbestedende overheden in het kader van een aanbestedingsprocedure van oordeel zijn dat de inschrijving van een kandidaat abnormaal laag is of onnauwkeurig of niet conform met de technische specificaties van het bestek, in welke mate mogen of moeten zij dan verduidelijking vragen aan de betrokken inschrijver – hetzij op grond van het afgeleid recht, hetzij op grond van het principe van gelijke behandeling tussen inschrijvers of de transparantieplichting? Dat is samengevat de centrale vraag die wordt voorgelegd aan het Hof van Justitie in het arrest *Slovensko*, ter gelegenheid van de betwiste gunning van een overheidsopdracht voor diensten op het gebied van de inning van tolgelden op autosnelwegen en op bepaalde wegen in Slowakije.

Het is geen verrassing dat, op grond van zijn rechtspraak<sup>(140)</sup> en de duidelijke tekst van arti-

(138) Randnummer 107 van het arrest C-368/10.

(139) Dit arrest is met name gepubliceerd of becommentarieerd in de volgende tijdschriften: *Europe*, 2012, mei, p. 26; R. NOGUELLOU, “Les offres anormalement basses et non conformes devant la Cour de Justice”, *R.D.I.*, 2012/5, pp. 284 tot 286; W. ZIMMER, *CMP*, 2012, nr. 6, pp. 10-12 (commentaar 179); D. MCGOWAN, “An obligation to investigate abnormally low bids? SAG ELV Slovensko a.s (C-599/10)”, *PPLR*, 2012, NA 165; M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, “Marchés publics”, in “Chronique de jurisprudence de la CJUE”, *AJDA*, 2012/18, pp. 1001 en 1002.

(140) HvJ 27 november 2001, *Lombardini en Mantovani*, C-285/99 en C-286/99, *Jur.HvJ*, p. I-9233; HvJ 23 april 2009, *Commissie t/ België*, C-292/07, *Jur.HvJ*, p. I-00059.



kel 55 van de Richtlijn 2004/18/EG, het Hof een aantal beginselen betreffende de controle van abnormaal lage inschrijvingen in herinnering heeft gebracht. Het bestaan van een contradictoir debat tussen de aanbestedende overheid die van oordeel is dat een inschrijving abnormaal laag is en de gegadigde wordt opgelegd door het artikel 55. Dat debat moet er daadwerkelijk zijn en plaatsvinden op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen. Het moet aan de inschrijver toelaten aan te tonen dat zijn inschrijving serieus is<sup>(141)</sup>. Vandaar moet de vraag gesteld door de aanbestedende overheid duidelijk zijn en de inschrijvers in staat te stellen om te rechtvaardigen dat hun inschrijvingen serieus zijn<sup>(142)</sup>. De lijst van de aspecten die in overweging moeten worden genomen alvorens een abnormaal laag lijkend bod uit te sluiten, dewelke voorkomt in artikel 55, is weliswaar niet uitputtend, doch evenmin louter indicatief; zij vormt dus een beperking van de appreciatiebevoegdheid van de aanbestedende overheden<sup>(143)</sup>.

Het Hof heeft in het besproken arrest geoordeeld dat noch de richtlijn 2004/18, noch het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers noch de transparantieplichting de aanbestedende overheid verplicht een inschrijver te bevragen wanneer zij van oordeel is dat de inschrijving van deze laatste onnauwkeurig of niet conform is<sup>(144)</sup>. Het Hof verantwoordt deze zienswijze met het principe van uitsluiting van elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers in het kader van een aanbestedingsprocedure, want het verzoek tot precisering zou kunnen worden aanzien als een heimelijke onderhandeling in strijd met het beginsel van gelijke behandeling<sup>(145)</sup>. Samengevat komt het erop neer dat de inschrijvers het alleen aan zichzelf kunnen verwijten dat zij een onnauwkeurige of niet-conforme inschrijving hebben ingediend.

Het Hof is van mening dat het afgeleid recht er evenwel niet aan in de weg staat dat “in uitzonderlijke gevallen, de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige

precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld”<sup>(146)</sup>. Bij de uitoefening van deze discretionaire beoordelingsbevoegdheid dient de aanbestedende overheid de verschillende inschrijvers gelijk en op loyale wijze te behandelen<sup>(147)</sup>. Daarom moet een verzoek worden gericht tot alle inschrijvers die zich in dezelfde situatie bevinden en dit moet betrekking hebben op alle punten die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek, zonder dat de aanbestedende overheid de inschrijving kan afwijzen wegens een onduidelijkheid waarop dit verzoek geen betrekking had<sup>(148)</sup>.

De door het Hof van Hof weerhouden oplossing moet goedkeurend worden onthaald, voor wat betreft de controle van een *onnauwkeurige of niet-conforme inschrijving*, in de mate dat elke andere oplossing afgeleid van het beginsel van gelijke behandeling en in strijd met de duidelijke tekst van de richtlijn aanleiding zou hebben gegeven tot een erg grote rechtsonzekerheid.

De oplossing die het Hof heeft weerhouden voor wat de controle op *abnormaal lage inschrijvingen* betreft, blijft klassiek en sluit aan bij eerdere arresten. Maar ons inziens heeft de rechter van het hoofdgeding niet volledig begrepen welke problemen worden opgeworpen door de nationale regelgeving, wat het Hof heeft verhinderd kennis te nemen van de gehele vraagstelling. Het is inderdaad zo dat in navolging van de Belgische regelgeving, de Slowaakse wetgeving melding maakt van de controle van abnormaal lage *prijzen*, terwijl de Richtlijn 2004/18/EG melding maakt van de controle op een abnormaal lage *inschrijving*. Welnu, de controle van één of meerdere prijzen (analytische gedachtegang, post per post) impliceert niet dezelfde intellectuele gedachtegang als de verantwoording van een inschrijving (meer synthetische gedachtegang, waarbij het globaal evenwicht ook kan voortkomen uit de interne compensatie tussen bepaalde prijzen). Wanneer men zich ter dege vergewist van het belang voor een aanbestedende overheid om zeker te zijn dat de aldus ingediende

(141) Randnummer 29 van het arrest C-599/10, dat verwijst naar HvJ 27 november 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 en C-286/99, *Jur.HvJ*, p. I-9233, randnummer 57.

(142) Randnummer 31 van het arrest C-599/10.

(143) Randnummer 30 van het arrest C-599/10, dat verwijst naar HvJ 23 april 2009, *Commissie t/ België*, C-292/07, *Jur.HvJ*, p. I-00059, randnummer 159.

(144) Randnummer 38 van het arrest C-599/10.

(145) Randnummers 36-37 van het arrest C-599/10.

(146) Randnummer 40 van het arrest C-599/10.

(147) Randnummer 41 van het arrest C-599/10.

(148) Randnummers 43-44 van het arrest C-599/10.

inschrijving de uitvoering van de opdracht mogelijk moet maken met het kwaliteitsniveau dat wordt vereist door het bijzonder bestek en als men zich ook ter dege vergewist van de aandacht die de ondernemingen aan de dag leggen om “deloyale” concurrentie van bepaalde concurrenten tegen te gaan, dan houdt elke gedachte die zijn logica tot het uiterste drijft soms onverwachte perverse effecten in. In dat opzicht is het belangrijk, aangezien het begrip van een “normale” prijs niet bestaat in de economie, om redelijk te blijven bij de beoordeling van de verantwoording die wordt gegeven voor de prijs van bepaalde posten van een inschrij-

ving, wanneer het globaal evenwicht van deze laatste in een aanvaardbare marge blijft in vergelijking met de inschrijvingen van de andere concurrenten. Het aanvaardbaar karakter van dat verschil kan worden beoordeeld in vergelijking met de gemiddelde inschrijving (waarbij de hoogste wordt uitgesloten, teneinde het procedé tegen te gaan dat erin bestaat een inschrijving in te dienen met de enkele bedoeling om het gemiddelde omhoog te brengen), maar ook in vergelijking met de inschrijving in tweede rang, alsook in vergelijking met de initiële schatting van de werken, gedaan door de auteur van het project.