

---

# **KRONIEK RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE 2013 INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE 2013 EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS**

**KRIS WAUTERS en ANN-SOPHIE VANWINSEN**

---



## SAMENVATTING

We willen u in deze kroniek 'Rechtspraak Hof van Justitie 2013' een overzicht geven van de relevante arresten die in de loop van het jaar 2013 werden uitgesproken, met betrekking tot de regelgeving overheidsopdrachten. We beperken ons hierbij tot de arresten van het Hof zelf. Van een merkbare evolutie kan er, getuige het beperkt aantal arresten dat werd geveld in deze periode, bezwaarlijk worden gesproken. Wel legt het Hof opnieuw enkele interessante nuances in de gekende begrippen, en laat zich hierbij stevast leiden door de grote doelstellingen van de regelgeving overheidsopdrachten, met name een zo hoog mogelijk niveau van mededinging ter bescherming van de personen die uiteindelijk van de resultaten van de opdracht zullen genieten, namelijk de Europese burgers.

## RÉSUMÉ

Nous voulons vous donner, dans cette chronique de jurisprudence de la Cour de justice 2013, un aperçu des arrêts pertinents qui ont été prononcés au cours de l'année 2013, concernant les marchés publics. Nous nous limitons aux arrêts de la Cour elle-même. Étant donné le nombre limité d'arrêts qui ont été prononcés pendant cette période, on ne peut difficilement parler d'une évolution dans la jurisprudence. Toutefois, la Cour a introduit, à nouveau, quelques nuances intéressantes dans les notions connues, et se fait toujours guider par les objectifs principaux des marchés publics, c'est-à-dire un niveau élevé de concurrence, pour la protection optimale des personnes qui finalement profiteront des résultats des marchés publics, c'est-à-dire les citoyens européens.



## 1 Principes

***HvJ (Tiende kamer), 10 oktober 2013, C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser t/ Manova A/S***

Het beginsel van gelijke behandeling staat er niet aan in de weg dat een aanbestedende dienst aan een inschrijver, na afloop van de inschrijvingstermijn, vraagt om documenten over te leggen over diens situatie. Deze documenten moeten evenwel aan twee voorwaarden voldoen: (1) er moet objectief kunnen worden vastgesteld dat deze documenten dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn, en (2) de overlegging van de stukken mag niet zijn voorgeschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving.

Daarenboven mag dit verzoek niet ten onrechte in het voordeel of nadeel zijn van de inschrijver(s) aan wie dit verzoek werd gericht, en mag dit niet resulteren in een *de facto* nieuwe inschrijving door de betrokken inschrijver.

***HvJ (Vijfde kamer), 10 oktober 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA, Manno-chi Luigino DI t/ Provincia di Fermo***

Het doel van de richtlijnen overheidsopdrachten bestaat erin deze open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, niet alleen in het belang van

de ondernemers, maar ook in het belang van de aanbestedende diensten. De richtlijnen vergemakkelijken tevens de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot openbare aanbestedingen, zo blijkt uit punt 32 van de consideransen bij richtlijn 2004/18. Om deze redenen moet het voor ondernemingen die deelnemen aan de procedures voor gunning van een overheidsopdracht, mogelijk zijn om de draagkracht van meerdere ondernemingen in te roepen om te voldoen aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumcapaciteitseisen. Voorwaarde is wel dat de inschrijver kan aantonen aan de aanbestedende overheid dat hij wel degelijk zal kunnen beschikken over de middelen die hij inroept.

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

Een concessieovereenkomst voor diensten valt buiten de werkingssfeer van de richtlijn 2004/18, zo blijkt uit het artikel 17 van deze richtlijn. Toch moeten overheidsinstanties, die een concessieovereenkomst voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang willen uitbesteden, de fundamentele regels van het VWEU, alsook het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantiebeginsel in acht nemen. Het Hof herbevestigt hier het arrest ASM Brescia (HvJ 17 juli 2008, ASM Brescia, Jurispr. Blz. I-5641), alsook het arrest Privater Rettungsdienst (HvJ 10 maart 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst) .

De vraag, die bijkomend rees, luidde of een overeenkomst gesloten met deze transparantieverplichting, om dwingende redenen van algemeen belang toch zou kunnen worden gerechtvaardigd. Het betrokken arrest is relevant in het kader van overheidsopdrachten, nu dergelijke dwingende redenen van algemeen belang ook kunnen worden opgeworpen om de onverbindendverklaring van een overeenkomst gesloten in strijd met de regelgeving overheidsopdrachten, te voorkomen.

Het rechtszekerheidsbeginsel kan rechtvaardigen dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in acht worden genomen, zelfs indien de overeenkomst is gesloten nog voor het Hof zich heeft uitgesproken over de gevolgen van het primaire recht voor die overeenkomst.

Echter, het rechtszekerheidsbeginsel kan niet worden aangevoerd om een overeenkomst, die werd gesloten in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie, en bijgevolg de transparantieverplichting in hoofde van de overheid, uit te breiden. Dit blijft gelden, ongeacht het gegeven dat de uitbreiding van deze overeenkomst een redelijke oplossing zou kunnen vormen ter beëindiging van een geschil tussen de betrokken partijen.

Het 'risico dat een door een openbaar lichaam uitgeoefende economische activiteit in waarde zou verminderen omdat het contractuele kader niet zou zijn aangepast aan de ontwikkeling van de technisch-economische context' is

een economisch motief. Dit kan bijgevolg niet gelden als een dwingende reden van algemeen belang. Hetzelfde geldt voor de stelling dat consumenten geen interactieve televisiediensten of zelfs geen commercieel aantrekkelijk dienstenpakket zouden kunnen ontvangen. Deze motivering is immers onlosmakelijk verbonden met de voormelde waardevermindering van de activiteit.

***HvJ (Vierde kamer), 14 november 2013, C-388/12, Comune di Ancona tegen Regione Marche***

Het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit leggen de concessieverlenende instantie met name een transparantieverplichting op, inhoudende dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de gunningsprocedure voor mededinging openstaat en op onpartijdigheid kan worden getoetst, zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven (HvJ 13 september 2007, Commissie/Italië, C-260/04, Jurispr. blz. I-7083, punt 24, en HvJ 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 25).

Aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat dan die van de concessieverlenende instantie in een concessie geïnteresseerd kan zijn, levert de toewijzing van die concessie, zonder enige transparantie, aan een in laatstbedoelde lidstaat gevestigde onderneming een ongelijke behandeling in het nadeel van ondernemingen in andere lidstaten op. Doordat er geen transparantie heerst, hebben de in die andere lidstaten gevestigde ondernemingen immers geen reële mogelijkheid om hun interesse voor de betrokken concessie kenbaar te maken (HvJ 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 17 en 18).

Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk in het nadeel is van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, een door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (HvJ 17 juli 2008, ASM Brescia, C-347/06, Jurispr. blz. I-5641, punt 60).

In die omstandigheden staat het aan de verwijzende rechter om, bij de beoordeling of de toewijzing van een concessie voor de sleepheiling verenigbaar is met het Unierecht, na te gaan of de Comune di Ancona de concessie voor openbare diensten heeft toegewezen met inachtneming van dusdanige eisen van transparantie dat een onderneming in een andere lidstaat dan de Italiaanse Republiek toegang kan krijgen tot alle relevante informatie betreffende die concessie vóór de toewijzing ervan, zodat die onderneming, indien zij dat had gewild, haar interesse voor die concessie had kunnen tonen (HvJ 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 21).

***HvJ (Vierde kamer), 5 december 2013, C-561/12, Nordecon AS, Ramboll Eesti AS t/ Rahandusministeerium***

De transparantieplichting in hoofde van een aanbestedende dienst strekt ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. (Zie ook HvJ 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., punt 25). Deze transparantieplichting impliceert dat inschrijvers aan de technische specificaties, dit zijn de eisen van de opdracht aan welke de aanbestedende dienst een dwingend karakter heeft gegeven, moeten voldoen.

De aanbestedende dienst beschikt weliswaar, binnen een procedure van gunning door onderhandelingen over enige onderhandelingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid kan echter niet zo ver gaan dat hierdoor aan de technische specificaties, de eisen van de opdracht waaraan men een dwingend karakter heeft gegeven, niet zou worden voldaan.

***HvJ (Vierde kamer), 12 december 2013, C-327/12, Ministero delle Sviluppo economico, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavory, servizi e forniture t/ SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA***

Dit arrest betreft niet de regeling overheidsoopdrachten als zodanig, maar de certificeringsdiensten ten behoeve van de ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures.

Een regeling inzake minimumtarieven voor de certificering van ondernemingen die willen deelnemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken, is niet onverenigbaar met de artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU.

Hoewel dergelijke regeling inderdaad de vrijheid van vestiging bedoeld in artikel 49 VWEU beperkt, doelt deze beperking erop diegenen die de openbare werken zullen genieten, te beschermen. De artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU verzetten zich dus niet tegen nationale regelgeving, die aan de ondernemingen met de hoedanigheid van certificeringsinstelling (Società Organismi di Attestazione) een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken.

Een dergelijke nationale regelgeving maakt een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU uit, maar kan worden gerechtvaardigd. De regelgeving is namelijk geschikt ter waarborging van het doel van bescherming van de ontvangers van die diensten. De nationale rechter dient vervolgens te beoordelen of die nationale regelgeving, in het bijzonder gelet op de wijze van berekening van de minimumtarieven, en in het bijzonder op het feit dat die berekening geschiedt op basis van het aantal categorieën van werken waarvoor het certificaat wordt opgesteld, niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.

## 2 Toepassingsgebied/Champ d'application

### 2.1 Ratione materiae

#### 2.1.1 Overeenkomst tussen twee territoriale lichamen

**Beschikking van het Hof (Tiende kamer), 16 mei 2013, C-564/11, verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Consiglio di Stato – Italië) – Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. / Comune di Pavia**

Het Hof heeft in deze beschikking herbevestigd dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten zich verzet tegen een nationale regeling die toestaat dat twee openbare entiteiten een dergelijke samenwerkingsovereenkomst kunnen sluiten zonder oproep tot inschrijvingen, indien deze overeenkomst niet tot doel heeft een openbare dienst te verstrekken die op deze entiteiten gezamenlijk rust, of indien deze overeenkomst niet uitsluitend onder voor doelstellingen van openbaar belang geldende overwegingen en vereisten valt, of indien die een particuliere dienstverrichter mogelijksterwijs in een gunstiger positie plaatst dan zijn concurrenten.

**HvJ (Vijfde kamer), 13 juni 2013, C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG t/ Kreis Düren**

Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, die is gesloten tussen een onderneming en een aanbestedende dienst, en die betrekking heeft op diensten als bedoeld in bijlage II A van richtlijn 2004/18, is een overheidsopdracht voor diensten.

Twee types van overeenkomsten gesloten door openbare lichamen vallen niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.

Een eerste type zijn de overeenkomsten tussen een openbaar lichaam, en een aparte entiteit, indien het openbaar lichaam op die persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van dit openbare lichaam of de lichamen hem beheersen.

Een tweede type zijn de overeenkomsten tussen twee openbare lichamen omtrent de verzekering van een uitvoering van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust. Het dient wel vast te staan dat deze overeenkomst geen enkele particuliere inbreng inhoudt, dat er geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, en dat de samenwerking tussen de openbare lichamen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Voor beide types zijn alle criteria cumulatief. Dit betekent dat een opdracht tussen openbare lichamen enkel buiten de overheidsopdrachtenreglementering kan vallen krachtens deze uitzonderingen, als de overeenkomst waarin deze

opdracht wordt vastgesteld, aan al deze criteria voldoet. Het Hof bevestigt hier het arrest *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (HvJ 19 december 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* e.a.).

*In casu* bestond het voorwerp van de ontwerpovereenkomst niet in een samenwerking tussen twee contracterende openbare lichamen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te oefenen. Daarenboven liet de overeenkomst toe dat een beroep werd gedaan op derden voor de uitvoering van de in de overeenkomst vastgestelde taak. Deze derde zou bijgevolg kunnen worden bevoordeeld tegenover de andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn.

De overeenkomst in kwestie, waarbij een openbaar lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen, waarbij het eerste lichaam zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren, en het tweede lichaam een beroep mag doen op derden die voor de uitvoering van deze taak eventueel op de markt zouden kunnen optreden, diende bijgevolg als een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 te worden gekwalificeerd.

***HvJ (Tiende kamer), 20 juni 2013, C-352/12, verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo – Italië – Consiglio Nazionale degli Ingegneri / Comune di Castelvechio Subequo, Comune di Barisciano***

Het Hof heeft in deze beschikking herbevestigd dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten niet toestaat dat twee openbare entiteiten een samenwerkingsovereenkomst kunnen sluiten zonder oproep tot inschrijvingen, indien deze overeenkomst niet tot doel heeft een openbare dienst te verstrekken die op deze entiteiten gezamenlijk rust, of indien deze overeenkomst niet uitsluitend onder voor doelstellingen van openbaar belang geldende overwegingen en vereisten valt, of indien die een particuliere dienstverrichter mogelijkwerijns in een gunstiger positie plaatst dan zijn concurrenten.

Het Hof bevestigde tevens dat er slechts rekening mee kan worden gehouden dat de overeenkomst tot stand kwam in uitzonderlijke omstandigheden, voor zover de aanbestedende dienst vaststelt dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 31, punt 1, sub c, van deze richtlijn is voldaan.

### 2.1.2 Ten bezwarende titel

***HvJ (Vijfde kamer), 13 juni 2013, C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG t/ Kreis Düren***

Het criterium 'onder bezwarende titel' is vervuld zodra er een terugbetaling is van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.

### 2.1.3 Economische operator

**HvJ (Vijfde kamer), 13 juni 2013, C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG t/ Kreis Düren**

Om te beoordelen of een bepaalde schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel een overheidsopdracht is, is het niet van belang dat de ondernemer in kwestie zelf een aanbestedende dienst is. Evenmin is het van belang dat het betrokken lichaam, die de overeengekomen werken zal uitvoeren, niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als een onderneming is georganiseerd of niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is.

### 2.1.4 Verwezenlijking van sociale woningen

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

Het Hof bepaalt dat er sprake is van een overheidsopdracht voor werken, in de zin van artikel 1, lid 2, sub b juncto sub a, van richtlijn 2004/18, indien vier criteria zijn vervuld: (1) er moet een schriftelijke overeenkomst (2) onder bezwarende titel zijn gesloten, (3) deze moet zijn gesloten tussen een ondernemer en een aanbestedende dienst, (4) deze overeenkomst moet betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I bij deze richtlijn vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Wat het eerste criterium betreft, een schriftelijke overeenkomst, sluit het feit dat de verplichting tot het verrichten van het betrokken werk, rechtstreeks door de wet wordt opgelegd aan de ondernemer, niet noodzakelijk uit dat er een contractuele band zou bestaan tussen het bestuur en de betrokken ondernemer. De nationale rechter dient *in concreto* na te gaan in welke mate de contractuele band tussen het bestuur en de marktdeelnemer voldoet aan de vier voorvermelde voorwaarden. In het geval *in casu*, waarbij de wetgeving voorzag dat een "administratieovereenkomst" dient te worden gesloten tussen de bouwheer of verkavelaar en de sociale huisvestingmaatschappij, oordeelde het Hof dat deze administratieovereenkomst niet de betrekkingen zou regelen tussen de aanbestedende dienst en de betrokken deelnemer, en daarenboven niet de fase van de verwezenlijking van sociale woningen betrof, maar de volgende fase, namelijk het op de markt brengen van deze woningen. Indien echter wel aan de vier voorwaarden zou zijn voldaan, aldus het Hof, geldt een dergelijke overeenkomst wel als een overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18.

## 2.2 Ratione personae

*HvJ (Vijfde kamer), 12 september 2013, C-526/11, IVD GmbH & Co. KG t/ Ärzte-kammer Westfalen-Lippe*

De vermelding van een vereniging in bijlage III bij richtlijn 2004/18 creëert geen onweerlegbaar vermoeden dat deze instelling een “publiekrechtelijke instelling” in de zin van artikel 1, lid 9, tweede alinea van richtlijn 2004/18. Een unierechter dient nog steeds na te gaan of de vermelding van een instelling in deze bijlage een correcte toepassing vormt van het materiële voorschrift. De nationale rechter dient dus nog steeds na te gaan of de drie cumulatieve voorwaarden zijn vervuld, met name, (1) dat de entiteit is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, (2) dat deze entiteit rechtspersoonlijkheid bezit, en (3) dat haar activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of de overheid toezicht uitoefent op het beheer ervan, of meer dan de helft van de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan ervan door de overheid zijn aangewezen. De drie criteria moeten op functionele wijze worden uitgelegd.

Het derde criterium wijst op de sterke afhankelijkheid van de overheid. Deze afhankelijkheid maakt het de overheid mogelijk de beslissingen van de betrokken instelling, onder andere met betrekking tot de overheidsopdracht, te beïnvloeden, waardoor het gevaar rijst dat de voorkeur wordt gegeven aan nationale inschrijvers of kandidaten. Dit belemmert uiteraard het vrij verkeer van diensten en goederen, om welke reden de richtlijn overheidsopdrachten zou moeten worden toegepast.

De eerste pleegvorm van het derde criterium, inzake financiering in hoofdzaak door de overheid, moet op functionele wijze worden uitgelegd. Dit impliceert dat ook een indirecte financieringswijze onder deze pleegvorm kan worden begrepen. Deze financiering kan gebeuren via een bijdrage waarvan de grondslag en hoogte bij wet zijn bepaald en opgelegd, en die geen tegenprestatie vormt voor het daadwerkelijke gebruik van de door de betrokken instelling geleverde diensten door de bijdrageplichtigen, en waarvan de inningswijze het resultaat is van bevoegdheden van openbaar gezag. (HvJ 13 december 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk e.a)

Zelfs indien een instelling de hoogte van de bijdragen die haar financiering verzekeren, zelf bepaalt, is niet uitgesloten dat er sprake is van indirecte financiering. Er is bijvoorbeeld sprake van indirecte financiering bij openbare socialezekerheidsfondsen, voor zover aan vier voorwaarden is voldaan: (1) ze worden gefinancierd via door of voor hun verzekerden betaalde bijdragen, zonder specifieke tegenprestatie, (2) de aansluiting bij een dergelijk fonds en de betaling van deze bijdragen zijn bij wet verplicht gesteld, (3) de hoogte van deze bijdragen, hoewel formeel vastgesteld door deze fondsen zelf, is, ten eerste, juridisch voorgeschreven, aangezien de wet de door deze fondsen verrichte prestaties en de daarmee gepaard gaande uitgaven bepaalt en hun verbiedt hun taken met winstoogmerk uit te voeren, en wordt, ten tweede, door de toe-

zichthoudende instantie goedgekeurd, en (4) de bijdragen worden dwingend geïnd krachtens bepalingen van publiekrecht. (HvJ 11 juni 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns).

Echter, *in casu* kon de instelling, in dit geval een beroepsvereniging, zowel de aard, de omvang en de uitvoeringswijze van de handelingen die zij onderneemt voor de uitvoering van haar taken bepalen. De wet verschaftte in deze dus een erg beperkt kader. De beroepsvereniging kon ook de daartoe noodzakelijke middelen, en bijgevolg ook de bijdragen die zij van haar leden zou vragen, bepalen.

Met betrekking tot de tweede pleegvorm van het derde criterium, moet worden vastgesteld dat het besluit van de beroepsinstelling weliswaar diende te worden goedgekeurd door een toezichthoudende overheid, maar dat dit toezicht zich beperkte tot een controle of de begroting van deze instelling in evenwicht is. De autonomie van de beroepsinstelling werd daarenboven versterkt door het feit dat dit besluit werd vastgesteld door een uit de bijdrageplichtigen zelf samengestelde algemene vergadering. Dit geldt derhalve niet als 'toezicht door de overheid op het beheer', nu de overheid bij een dergelijk toezicht de beslissingen van deze instelling inzake overheidsopdrachten niet kan beïnvloeden. Een tussenkomst van de toezichthoudende instantie onder de vorm van een goedkeuring van het besluit van de betrokken instelling waarin de hoogte van de bijdragen ter verzekering van het grootste deel van haar financiering wordt vastgesteld, waarbij de toezichthoudende overheid enkel controleert of de begroting van deze instelling in evenwicht is (of een andere vorm van rechtmatigheidstoezicht *a posteriori*), geldt niet als een toezicht dat de beslissing van de betrokken instelling inzake de overheidsopdracht, kan beïnvloeden.

Een publiekrechtelijke beroepsvereniging, zelfs als deze wordt vermeld in de bijlage III bij richtlijn 2004/18, voldoet niet aan het criterium inzake financiering in hoofdzaak door de overheid, wanneer deze instelling hoofdzakelijk wordt gefinancierd door de bijdragen van haar leden, die zij zelf kan vaststellen en innen op basis van een wet die geen modaliteiten of hoogte van bijdragen bepaalt. Deze vereniging voldoet ook niet aan het criterium inzake het toezicht door de overheid op het beheer, indien dit toezicht zich beperkt tot een rechtmatigheidscontrole *a posteriori*, te meer indien het toezicht beperkt blijft tot een controle *a posteriori* of de balans van de betrokken instelling in evenwicht is.

## 2.3 Ratione temporis

***HvJ (Tweede kamer), 11 juli 2013, C-576/10, Europese Commissie t/ Koninkrijk der Nederlanden***

Op een samenwerkingsovereenkomst, voortvloeiend uit een overheidsopdracht, is in beginsel de richtlijn van toepassing die van kracht was op het moment waarop de aanbestedende dienst kiest welk type van procedure hij zal volgen, en definitief bepaalt of er voor de gunning van de overheidsopdracht een oproep tot mededinging moet worden georganiseerd. Dit volgt uit het beginsel van de rechtszekerheid.

Indien een overeenkomst wezenlijk zou worden gewijzigd ten aanzien van de kenmerken die aanvankelijk waren voorzien, wordt er een nieuwe overeenkomst gesloten. Voor deze overeenkomst geldt de richtlijn die op dat ogenblik geldt.

## 2.4 Concessie van diensten

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

Een overeenkomst die de cessionaris verplicht een bepaalde activiteit uit te oefenen vertoont kenmerken van een overheidsopdracht voor het verrichten van diensten, met uitzondering van de vergoedingswijze. Immers, de tegenprestatie voor de te leveren dienst bestaat in het recht deze dienst te exploiteren. In onderhavig geval was daarenboven voldaan aan de voorwaarde dat het aan de exploitatie van deze activiteit verbonden risico aan de concessiehouder werd overgedragen.

In beginsel valt een concessieovereenkomst voor diensten buiten de werkingsfeer van de richtlijn 2004/18, zo blijkt uit diens artikel 17. Desalniettemin zullen overheidsinstanties die zulke concessie willen verlenen, wel de fundamentele regels van het VWEU, alsook het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantiebeginsel in acht moeten nemen, indien de concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. (HvJ 17 juli 2008, ASM Brescia).

Een marktdeelnemer uit een lidstaat kan voor de rechterlijke instanties van deze lidstaat aanvoeren dat de uit deze artikelen voortvloeiende transparantieverplichting is geschonden bij de sluiting van een overeenkomst waarbij een of meer openbare lichamen van deze lidstaat aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een concessieovereenkomst voor diensten hebben gegund die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, of een marktdeelnemer het exclusieve recht voor het uitoefenen van een economische activiteit hebben verleend dat een dergelijk belang heeft.

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

Een onderneming die bij overheidsmaatregel is belast met het verlenen, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, moet de bepalingen van richtlijn 93/38 in acht nemen en deze bepalingen kunnen haar dan ook worden tegengeworpen door de autoriteiten van een lidstaat. Dit vloeit voort uit de vaste rechtspraak van het Hof dat stelt dat richtlijnen rechtstreekse werking hebben jegens organen, ongeacht hun rechtsvorm, die krachtens een handeling van de overheid onder toezicht van deze laatste met het verlenen van een dienst van openbaar belang

zijn belast, en daartoe over bevoegdheden beschikken die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels. (Zie ook HvJ 12 juli 1990, C-188/89, Foster, punt 17; HvJ 14 september 2000, C-343/98, Collino en Chiappero, punt 23; HvJ 5 februari 2004, C-157/02, Rieser Internationale Transporte, punt 24; HvJ 19 april 2007, Farrell, C-356/05, punt 40; HvJ24 januari 2012, C-282/10, Dominguez).

Echter, indien, zoals in het geval *in casu*, de dienst van openbaar belang niet onder overheidstoezicht wordt verricht, en indien de onderneming niet over de bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, zullen de bepalingen van de richtlijn met rechtstreekse werking niet zomaar aan deze entiteit worden tegengeworpen.

De artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c-i, en 15 van richtlijn 93/38/EEG kunnen niet worden tegengeworpen aan een particuliere onderneming op de enkele grond dat deze laatste exclusief concessiehouder is van een dienst van openbaar belang (in onderhavig geval de exploitatie van het gasdistributienet in Região Norte) die binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijn valt.

Het arrest bepaalt tevens dat de mogelijkheid om te verzoeken om over te gaan tot de voor de aanleg en de exploitatie van de infrastructuur noodzakelijke onteigeningen, zonder deze onteigeningen zelf te kunnen realiseren, geen bevoegdheid is die 'verder gaat dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels'.

## 2.5 Doorwerking van de richtlijnen

### 2.5.1 Directe werking

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

De artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c-i, en 15 van richtlijn 93/38/EEG, leggen op onvoorwaardelijke en nauwkeurige wijze de verplichting op om opdrachten voor leveringen, voor zover de geraamde waarde exclusief BTW minstens gelijk is aan 400.000 EUR, te onderwerpen aan de bepalingen van titels III, IV en V van de richtlijn. Indien een staat deze richtlijn niet binnen de termijn heeft omgezet, of dit op onjuiste wijze heeft gedaan, kunnen voorvermelde bepalingen rechtstreeks worden ingeroepen door particulieren voor de nationale rechter tegen de staat. (Zie ook HvJ 19 januari 1982, Becker, 8/81, punt 25; HvJ 24 januari 2012, C-282/10, Dominguez).

### 2.5.2 Verticale werking

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

Bepalingen van een richtlijn die directe werking hebben, kunnen worden tegengeworpen aan de staat, ongeacht de hoedanigheid waarin deze handelt (als werk-

gever of als overheid). Ze kunnen ook worden tegengeworpen aan een orgaan, ongeacht de rechtsvorm hiervan, voor zover dit orgaan voldoet aan vier voorwaarden: (1) dit orgaan moet zijn belast met het verlenen van een dienst van openbaar belang, (2) deze dienst van algemeen belang werd aan dit orgaan toegewezen krachten een handeling van de overheid, (3) deze dienst van algemeen belang wordt uitgevoerd onder toezicht van de overheid, en (4) het orgaan beschikt daartoe over bevoegdheden die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels. Dit werd onder andere reeds bevestigd in de arresten Foster (HvJ 12 juli 1990, C-188/89), Collino en Chiappero (HvJ 14 september 2000, C-343/98), Rieser Internationale Transporte (HvJ 5 februari 2004, C-157/02), Farrell (HvJ 19 april 2007, C-356/05) en Dominguez (HvJ 24 januari 2012, C-282/10).

Indien een particulier binnen de personele werkingssfeer van een richtlijn valt, zullen de bepalingen slechts tegen hem worden gebruikt indien de vier voorvermelde voorwaarden zijn vervuld. Het enkele feit dat een onderneming exclusief concessiehouder is van een openbare dienst, heeft niet automatisch tot gevolg dat de bepalingen van de richtlijn aan deze onderneming kunnen worden tegengeworpen.

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

Ook de overheidsinstanties, dit zijn alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, kunnen zich beroepen op de bepalingen van richtlijnen met directe werking, jegens organen die voldoen aan de voorwaarden opgelijst in vorige paragraaf. Dit vloeit enerzijds voort uit de dwingende verplichting voor lidstaten krachtens artikel 288, derde alinea, VWEU om alle maatregelen die nodig zijn om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken. Anderzijds vloeit dit voort uit het belang van een eenvormige toepassing van een richtlijn in de nationale rechtsorde van de betrokken lidstaat.

## 3 Gunningsprocedure

### 3.1 Technische specificaties

***HvJ (Vierde kamer), 5 december 2013, C-561/12, Nordecon AS, Ramboll Eesti AS t/ Rahandusministeerium***

De transparantieplichting in hoofde van een aanbestedende dienst strekt ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. (Zie ook HvJ 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., punt 25).

De aanbestedende dienst heeft, zo blijkt uit zijn transparantieplichting, de plicht er altijd zorg voor te dragen dat aan de eisen van de opdracht waaraan hij een dwingend karakter heeft gegeven, met name de technische specificaties, wordt voldaan. Deze verplichting geldt, ongeacht de onderhandelingsbe-

voegdheid in het kader van een procedure tot gunning door onderhandelingen.

Artikel 30, lid 2 van richtlijn 2004/18/EG laat de aanbestedende dienst derhalve niet toe onderhandelingen te voeren met inschrijvers die aan de technische specificaties niet voldoen.

### 3.2 Bijkomende informatie

*HvJ (Tiende kamer), 10 oktober 2013, C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser t/ Manova A/S*

Een aanbestedende dienst mag bij een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig acht, of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek is. Aan de andere kant staat artikel 2 van de richtlijn 2004/18 er niet aan in de weg dat de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, indien een eenvoudige precisering nodig is, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. Deze mogelijkheid moet drie voorwaarden respecteren: (1) het verzoek om nadere toelichting moet op vergelijkbare manier worden gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, (2) het verzoek moet alle punten van de inschrijving die nadere toelichting behoeven behandelen, en (3) het verzoek mag er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving voorstelt. Het Hof heeft deze voorwaarden reeds besproken in het arrest SAG ELV Slovensko e.a. (HvJ, 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., punten 36 en 37).

Het beginsel van gelijke behandeling staat er niet aan in de weg dat een aanbestedende dienst aan een inschrijver, na afloop van de inschrijvingstermijn, vraagt om documenten over te leggen over diens situatie. Deze documenten moeten evenwel aan twee voorwaarden voldoen: (1) er moet objectief kunnen worden vastgesteld dat deze documenten dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn, en (2) de overlegging van de stukken mag niet zijn voorgeschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving. Daarenboven mag dit verzoek niet ten onrechte in het voordeel of nadeel zijn van de inschrijver(s) aan wie dit verzoek werd gericht, en mag dit niet resulteren in een *de facto* nieuwe inschrijving door de betrokken inschrijver.

### 3.3 Minimumvereisten

*HvJ (Vijfde kamer), 10 oktober 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA, Manno-chi Luigino DI t/ Provincia di Fermo*

De aanbestedende overheid kan gegadigden of inschrijvers vragen, bij het onderzoek of zij voldoen aan de minimumcapaciteit, hun economische en financiële draagkracht aan te tonen met een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren. Om deze gegevens op te leveren, moet het de aanbestedende overheid aan de gegadigden of inschrijvers toegestaan zijn om zich te beroepen op de middelen

van andere entiteit(en), al dan niet in samenlezing met hun eigen middelen. Een nationale wettelijke regelgeving die dit zou verbieden, is onverenigbaar met artikel 47, lid 2, van de richtlijn 2004/18, en de doelstelling van deze richtlijn om de toegang tot overheidsopdrachten voor kleine en middelgrote ondernemingen te vereenvoudigen.

Hetzelfde geldt voor artikel 48, lid 3 van richtlijn 2004/18. Wanneer ondernemers hun technische bekwaamheid moeten aantonen aan de hand van een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar zijn verricht, is het hen toegestaan om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten.

De band met de andere entiteiten waarvan de draagkracht wordt ingeroepen, is irrelevant. Wel belangrijk is dat de inschrijver of begunstigde, wanneer hij van deze faciliteit gebruik maakt, ook bij de aanbestedende dienst kan aantonen dat hij zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn.

## 4 Rechtsbescherming

### 4.1 Beroep door onontvankelijke inschrijver

*HvJ (Tiende kamer), 4 juli 2013, C-100/12, Fastweb SpA t/ Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*

Een besluit waarbij de aanbestedende dienst de offerte van een inschrijver uitsluit nog voor hij tot de selectie overgaat, is een besluit waartegen krachtens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 beroep moet kunnen worden ingesteld. In het arrest Hackermüller werd reeds vastgesteld dat de geadieerde instantie aan het eind van deze procedure tot de conclusie zou kunnen komen dat de inschrijving effectief vooraf had moeten worden uitgesloten en dat het beroep van de inschrijver moest worden verworpen, gezien hij gelet op de omstandigheden niet is of niet dreigt te worden geschaad door de beweerde inbreuk. (HvJ 19 juni 2003, C-249/01, punt 24).

In onderhavig geschil werd echter vastgesteld dat niet alleen de offerte van de inschrijver die het beroep had ingesteld, niet voldeed aan de technische criteria, maar ook dat de offerte van de inschrijver aan wie de opdracht was gegund, niet voldeed aan deze criteria. De gekozen offerte was dus ten onrechte niet uitgesloten in het stadium van het onderzoek van de offertes.

In dit geval mag het beroep van de niet-gekozen inschrijver niet onontvankelijk worden verklaard, omdat de concurrenten een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van anderen kunnen laten gelden. Dit beroep kan immers leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kon selecteren. Deze vaststelling kan slechts gebeuren indien de regelmatigheid van de inschrijving van zowel de gegunde als niet-gegunde inschrijver wordt betwist binnen dezelfde procedure en op identieke gronden.

## Chronologische olijsting

- HvJ (Eerste kamer), 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleecx, Algemeen Eigenaars- en Mede-Eigenaarssyndicaat (VZW), Olivier de Clippele t/ Vlaamse Regering
- HvJ (Tiende kamer), 16 mei 2013, C-564/11, verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Consiglio di Stato – Italië – Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. / Comune di Pavia
- HvJ (Vijfde kamer), 13 juni 2013, C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG t/ Kreis Düren
- HvJ (Tiende kamer), 20 juni 2013, C-352/12, verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo – Italië – Consiglio Nazionale degli Ingegneri / Comune di Castelvecchio Subequo, Comune di Barisciano
- HvJ (Tiende kamer), 4 juli 2013, C-100/12, Fastweb SpA t/ Azienda Sanitaria Locale di Alessandria
- HvJ (Tweede kamer), 11 juli 2013, C-576/10, Europese Commissie t/ Koninkrijk der Nederlanden
- HvJ (Vijfde kamer), 12 september 2013, C-526/11, IVD GmbH & Co. KG t/ Ärztekammer Westfalen-Lippe
- HvJ (Vijfde kamer), 10 oktober 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA, Manochi Luigino DI t/ Provincia di Fermo
- HvJ (Tiende kamer), 10 oktober 2013, C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser t/ Manova A/S
- HvJ (Tiende kamer), 14 november 2013, C-221/12, Belgacom NV t/Intercommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), InterMedia, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM), Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE)
- HvJ (Vierde kamer), 5 december 2013, C-561/12, Nordecon AS, Ramboll Eesti AS t/ Rahandusministeerium
- HvJ (Vierde kamer), 12 december 2013, C-327/12, Ministero delle Sviluppo economico, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture t/ SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA
- HvJ (Vijfde kamer), 12 december 2013, C-425/12, Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA t/ Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território