
KRONIEK RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE 2008 INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN

KRIS WAUTERS en IRIS VAN BAEL



In huidige kroniek hebben de auteurs op een exhaustieve wijze getracht de arresten gewezen door het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen in 2008 betreffende de materie overheidsopdrachten te overlopen. Daarbij hebben zij, naar analogie met de kronieken verschenen in het vorige Jaarboek, niet een diepgaande analyse gemaakt van deze rechtspraak.

Zij hebben zich in deze kroniek beperkt tot het systematiseren van de relevante passages uit de onderzochte arresten, waardoor het voor de geïnteresseerde gemakkelijker wordt om na te gaan of, wanneer hij is geconfronteerd met een bepaalde problematiek inzake de toepassing van de richtlijnen overheidsopdrachten, zijn gading kan vinden in de rechtspraak gewezen door het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg in 2008. Binnen elk trefwoord in de systematiek hebben de auteurs de arresten chronologisch gerangschikt. Het spreekt voor zich dat de richtlijnen niet in al hun aspecten aan bod kwamen in deze rechtspraak.

Het laatste jaar heeft het Hof van Justitie een groot aantal arresten gewezen, wat er ons inziens op wijst dat meer en meer burgers kennis krijgen van de mogelijke invloed van het Hof van Justitie en bijgevolg de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten wordt geoptimaliseerd.

1. Principes regelgeving overheidsopdrachten
 - 1.1. Algemeen
 - 1.2. Mededinging
 - 1.3. Gelijke behandeling
 - 1.4. Transparantieplicht
- 2 Het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering
 - 2.1 Nutssectoren
 - 2.2 Het personeel toepassingsgebied
 - 2.2.1 Publiekrechtelijke instellingen
 - 2.3 Het materieel toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering
 - 2.3.1 Algemeen
 - 2.3.2 Uitvoering van werken, leveringen en diensten
 - 2.3.3 Concessie van openbare werken
 - 2.3.4 Concessie van diensten
 - 2.3.5 In house
 - 2.3.6 Landsverdediging
 - 2.4 Toepassingsgebied *ratione summae*
- 3 Onverenigbaarheid
- 4 De wijze van gunning van de opdracht/gunningsprocedures
 - 4.1 Algemeen
 - 4.2 Offerteaanvraag
 - 4.3 De keuze voor de onderhandelingsprocedure

- 5 Het opstellen van het bestek
 - 5.1 Het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria
 - 5.2 Selectiecriteria: uitsluitingsgronden
 - 5.3 De keuze van de gunningscriteria
- 6 Het administratief en technisch onderzoek van de offertes/inschrijvingen
 - 6.1 Algemeen
 - 6.2 Gelijke behandeling na opening offertes
 - 6.3 De beoordeling van de regelmatigheid van de offertes
 - 6.3.1 De beoordeling van de door de inschrijvers aangeboden prijzen (abnormaal hoge of lage prijzen)
- 7 De gunning van de opdracht/keuze van de mede-contractant
 - 7.1 De motivering van de keuze van de medecontractant
 - 7.1.1 Algemeen
 - 7.1.2 Beoordeling van de gunningscriteria
 - 7.2 De beslissing geen gevolg aan de gunningsopdracht te geven
- 8 Rechtsbescherming
 - 8.1 Recht op bescherming van vertrouwelijke gegevens en recht op eerbiediging van de zakengeheimen
 - 8.2 Wachterperiode: effectieve rechtsbescherming

1. Principes regelgeving overheidsopdrachten

De arresten, die onder deze titel aan bod komen, kunnen ook betrekking hebben op concessies van diensten, die, zoals hierna zal blijken, uitgesloten zijn van de reglementering overheidsopdrachten. De overwegingen, die het Hof van Justitie echter geeft in dit kader, zijn ook van toepassing op overheidsopdrachten beneden de drempelverdragen, vastgelegd in de richtlijnen overheidsopdrachten.

1.1. Algemeen

- **arrest Hof van Justitie d.d. 02 oktober 2008 (Commissie / Italiaanse Republiek) (zaak C-157/06)**

Volgens vaste rechtspraak moeten afwijkingen van de regels die de doeltreffendheid van de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten toegekende rechten beogen te verzekeren, strikt worden uitgelegd en dient degene die zich op een afwijking wil beroepen, te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan.

1.2. Mededinging

- **arrest Hof van Justitie d.d. 14 februari 2008 (arrest Varec) (zaak C-450/06)**

Het hoofddoel van de gemeenschapsrechtelijke regels inzake overheidsopdrachten omvat de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 19 juni 2008 (arrest Presstext Nachrichtenagentur GmbH) (zaak C-454/06)**

Het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten is het garanderen van het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Teneinde dit tweeledige doel te bereiken past het gemeenschapsrecht met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie toe.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 16 december 2008 (Arrest Michaniki) (zaak C-213/07)**

Het belangrijkste doel van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, is de openstelling van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voor de communautaire mededinging. Deze richtlijn strekt ertoe te waarborgen dat er geen gevaar voor onrechtmatige begunstiging door de overheid bestaat.

De communautaire coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten strekt met name ertoe zowel het gevaar uit te sluiten dat een aanbestedende dienst bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geeft aan binnenlandse inschrijvers, als de mogelijkheid dat deze dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht van doen hebben.

Deze coördinatie strekt tot de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken alsmede tot de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging ter zake op gemeenschapsniveau, door te bevorderen dat de aannemers van de lidstaten zo veel mogelijk hun belangstelling tonen.

Daarbij moet de lidstaten een zekere discretionaire bevoegdheid toekomen voor de vaststelling van maatregelen ter waarborging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van transparantie, die de grondslag vormen van de gemeenschapsrichtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Elke lidstaat is namelijk het best in staat om in het licht van zijn specifieke historische, juridische, economische of sociale overwegingen te bepalen welke situaties gedragingen in de hand werken die inbreuken op deze beginselen zouden kunnen meebrengen. Het gemeenschapsrecht wil derhalve niet tornen aan de beoordeling die een lidstaat naargelang van zijn

specifieke context verricht met betrekking tot het bijzondere gevaar dat er sprake zal zijn van dergelijke gedragingen.

1.3. Gelijke behandeling

- **arrest Hof van Justitie d.d. 21 februari 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-412/04)**

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de gemeenschapswetgever er uitdrukkelijk en principieel voor heeft gekozen om opdrachten die beneden een bepaalde drempel blijven, van de door hem ingevoerde openbaarmaking-regeling uit te sluiten. Voor deze opdrachten heeft hij dus geen enkele specifieke verplichting opgelegd.

Wanneer evenwel vaststaat dat een dergelijke opdracht een bepaald grensoverschrijdend belang vertoont, levert de gunning van deze opdracht aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijkwerwijs in deze opdracht geïnteresseerd zijn. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk in het nadeel is van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, die immers alle worden uitgesloten, een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.

De overheidsopdrachten voor dienstverlening die buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen en waarvan is vastgesteld dat zij een bepaald grensoverschrijdend belang vertonen, blijven onderworpen aan de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden, onder de voorwaarden die in de hoger aangehaalde rechtspraak zijn verduidelijkt.

Aangezien de uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie dus – voor zover de door bovengenoemde rechtspraak gestelde voorwaarden zijn vervuld – van rechtswege gelden voor deze opdrachten, ook al vallen deze op grond van de waarde ervan buiten de werkingssfeer van deze richtlijn, kan niet worden verlangd dat de nationale wetgeving tot omzetting van deze richtlijn uitdrukkelijk naar deze verplichtingen verwijst.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 12 maart 2008 (arrest Evropaïki Dynamiki) (zaak T-345/03)**

Het beginsel van gelijke behandeling is bijzonder belangrijk op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten. In het kader van een dergelijke procedure dient de Commissie immers in elke fase van de procedure de gelijke behandeling, en dus de gelijkheid van kansen van alle inschrijvers te verzekeren.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 15 mei 2008 (arrest Secap SpA) (gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06)**

Er zij opgemerkt dat de bijzondere en strenge procedures van de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten enkel van toepassing zijn op contracten waarvan de waarde de uitdrukkelijk in elk van die richtlijnen vastgestelde drempel overschrijdt. Deze richtlijnen zijn dus niet van toepassing op opdrachten waarvan de waarde lager is dan de daarin vastgestelde drempel.

Dit betekent echter nog niet dat laatstgenoemde opdrachten van de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof zijn de aanbestedende diensten, wat betreft het plaatsen van opdrachten waarvoor, gelet op de waarde ervan, niet de in de gemeenschapsvoorschriften voorziene procedures gelden, namelijk niettemin gehouden om de fundamentele regels van het Verdrag in acht te nemen, in het bijzonder dat discriminatie op grond van nationaliteit is verboden.

Volgens de rechtspraak van het Hof vereist de toepassing van de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag op de procedures voor het plaatsen van opdrachten met een waarde beneden de drempel voor toepassing van de communautaire richtlijnen, echter dat de betrokken opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Een opdracht voor de uitvoering van werken zou bijvoorbeeld een dergelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen wegens de geraamde waarde ervan, samen met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn.

Een regeling kan evenwel op nationaal of op lokaal niveau objectieve criteria vaststellen die duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Een dergelijk criterium zou met name een groter bedrag kunnen zijn dat met de betrokken opdracht is gemoeid, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken. Het bestaan van een dergelijk belang zou eveneens kunnen worden uitgesloten wanneer bijvoorbeeld de betrokken opdracht een zeer geringe economische betekenis heeft. Er dient echter rekening mee te worden gehouden dat in sommige gevallen de grenzen door agglomeraties op het grondgebied van verschillende lidstaten heen lopen en dat in dergelijke omstandigheden zelfs opdrachten van geringe waarde een duidelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 17 juli 2008 (arrest ASM Brescia SpA) (zaak C-347/06)**

Hoewel een openbardienstconcessie niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen betreffende de verschillende categorieën overheidsopdrachten valt, moeten de overheidsinstanties die een dergelijke concessie willen verlenen, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht nemen. Met name wanneer een dergelijke concessie een duidelijk grensover-

schrijdend belang heeft, levert de verlening ervan aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die in deze concessie geïnteresseerd zouden kunnen zijn. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk in het nadeel is van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, die immers alle worden uitgesloten, een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Voorts verzet artikel 86, lid 1, EG zich ertegen dat de lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, een nationale regeling handhaven die in strijd is met de artikelen 43 EG en 49 EG.

Een dergelijke ongelijke behandeling kan evenwel gerechtvaardigd worden door de noodzaak het rechtszekerheidsbeginsel in acht te nemen en moet in acht worden genomen door iedere nationale instantie die belast is met de toepassing van het gemeenschapsrecht. Dit beginsel maakt deel uit van de communautaire rechtsorde en moet in acht worden genomen door iedere nationale instantie die belast is met de toepassing van het gemeenschapsrecht.

Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 16 december 2008 (arrest Michaniki) (zaak C-213/07)**

Het beginsel van gelijke behandeling en de eruit voortvloeiende transparantieplicht, die onder meer betekenen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst, vormen namelijk de grondslag van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, en de plicht van de aanbestedende diensten om de eerbiediging daarvan te verzekeren beantwoordt aan de hoofddoelstelling van die richtlijnen.

1.4. Transparantieplicht

- **arrest Hof van Justitie d.d. 24 januari 2008 (arrest Lianakis) (zaak C-532/06)**

Krachtens artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 moeten de aanbestedende diensten ervoor zorgen dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd. Het hiermee bevestigde beginsel van gelijke behandeling impliceert eveneens een transparantieverplichting. Bovendien bepaalt artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50 dat, indien de opdracht moet worden gegend aan de inschrijver

met de economisch voordeligste aanbieding, de aanbestedende dienst in het bestek of in de aankondiging van de opdracht de gunningscriteria moet vermelden die zij voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht.

Volgens de rechtspraak verlangt deze laatste bepaling, gelezen tegen de achtergrond van het in artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de transparantieverplichting die eruit voortvloeit, dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden. De potentiële inschrijvers moeten bij de voorbereiding van hun offertes immers kennis kunnen nemen van het bestaan en de strekking van deze elementen. Derhalve kan een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht.

Deze uitlegging wordt bevestigd door het doel van richtlijn 92/50, die ertoe strekt belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten op te heffen en dus de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden. Daartoe moeten de inschrijvers zich gedurende de volledige procedure in een positie van gelijkheid bevinden, hetgeen impliceert dat de criteria en de voorwaarden die voor elke opdracht gelden, door de aanbestedende diensten passend moeten worden bekendgemaakt.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 21 februari 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-412/04)**

Zie gelijke behandeling.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 12 maart 2008 (arrest Evropaïki Dynamiki) (zaak T-345/03)**

Uit de rechtspraak volgt dat het beginsel van gelijke behandeling tot transparantie verplicht, opdat de naleving ervan zou kunnen worden gecontroleerd.

Het beginsel van doorzichtigheid, dat het corollarium vormt van het beginsel van gelijke behandeling, heeft in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze.

Het beginsel van doorzichtigheid vereist dus eveneens dat alle technische informatie die relevant is voor een goed begrip van de aankondiging van opdracht of van het bestek zo snel mogelijk ter beschikking wordt gesteld van alle aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen, opdat, enerzijds, alle

behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 10 april 2008 (arrest Ing. Aigner) (zaak C-393/06)**

De beginselen van rechtszekerheid, doorzichtigheid en voorspelbaarheid gelden voor de toepassing van procedures voor alle overheidsopdrachten.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 13 november 2008 (arrest Coditel) (zaak C-324/07)**

De transparantieverplichting houdt in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de openbaredienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 16 december 2008 (Arrest Michaniki) (zaak C-213/07)**

Zie gelijke behandeling.

2. Het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering

2.1. Nutssectoren

- **arrest Hof van Justitie d.d. 10 april 2008 (arrest Ing. Aigner) (zaak C-393/06)**

Voor opdrachten die door een entiteit met de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen 2004/17 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, worden geplaatst en die verband houden met de uitoefening van activiteiten van deze entiteit in een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde sectoren, moeten de procedures van deze richtlijn gelden. Daarentegen gelden voor alle andere opdrachten die door deze entiteit worden geplaatst in verband met de uitoefening van andere activiteiten, de procedures van richtlijn 2004/18. Elk van deze twee richtlijnen is van toepassing zonder onderscheid tussen de activiteiten welke die entiteit uitoefent ter vervulling van haar taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefent onder mededingingsvoorwaarden, zelfs in geval van een boekhouding waarin de scheiding wordt nagestreefd van

de sectoren waarbinnen zij werkzaam is, om kruiselingse financiering tussen deze sectoren te voorkomen.

2.2. Het personeel toepassingsgebied

2.2.1. Publiekrechtelijke instellingen

- **arrest Hof van Justitie d.d. 10 april 2008 (arrest Ing. Aigner) (zaak C-393/06)**

Volgens artikel 2, lid 1, sub a, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, wordt onder „publiekrechtelijke instelling” iedere instelling verstaan welke in de eerste plaats is opgericht met het specifieke doel om te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, welke in de tweede plaats rechtspersoonlijkheid bezit, en waarvan in de derde plaats ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen. Deze drie voorwaarden zijn van cumulatieve aard.

Een entiteit die is opgericht met het specifieke doel om op het grondgebied van een lokaal lichaam te voorzien in de verwarming van woningen, openbare gebouwen, bedrijfsgebouwen of kantoren door het gebruik van energie uit afvalverbranding, die rechtspersoonlijkheid heeft en waarvan het lokale lichaam het kapitaal volledig in handen heeft alsmede toezicht houdt op het economische en het financiële beheer ervan, voldoet aan de laatste twee voorwaarden van die richtlijnen.

Wat de eerste voorwaarde betreft, kan niet worden betwist dat een dergelijke entiteit is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang. Voorzien in de verwarming voor een stedelijke agglomeratie door middel van een milieuvriendelijk procédé, vormt namelijk onmiskenbaar een doel van algemeen belang. Het doet er in dit verband niet toe dat in dergelijke behoeften ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien. Het is van belang dat het gaat om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang doorgaans besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed willen behouden.

Om te bepalen of de betrokken entiteit voorziet in andere behoeften dan die van industriële of commerciële aard, moet rekening worden gehouden met alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken entiteit is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam

is. Vaststaat dat het nastreven van winst niet het hoofddoel ervan vormt. Wat vervolgens de relevante markt betreft, waarmee rekening moet worden gehouden om na te gaan of de betrokken entiteit haar activiteiten al dan niet uitoefent in een concurrentiesituatie, de sector waarvoor deze entiteit is opgericht, te weten die van de levering van stadsverwarming door gebruik van energie uit afvalverbranding, in aanmerking worden genomen. In de desbetreffende sector neemt de betrokken entiteit de facto vrijwel een monopoliepositie in. Bovendien is deze sector zeer autonoom, omdat het systeem voor stadsverwarming zeer moeilijk door andere vormen van energie kan worden vervangen en het betrokken territoriale lichaam ook uit milieuoverwegingen bijzonder belang hecht aan dit verwarmingssysteem, zodat zij niet zou toestaan dat dit systeem zou worden afgeschaft, zelfs niet indien het met verlies zou functioneren. Voor zover de betrokken entiteit de enige onderneming is die in de betrokken sector in dergelijke behoeften van algemeen belang kan voorzien, zou zij zich derhalve bij het plaatsen van haar opdrachten kunnen laten leiden door andere dan economische overwegingen.

In dit verband is irrelevant dat de betrokken entiteit naast haar taak van algemeen belang tevens andere activiteiten met een winstoogmerk verricht, zolang zij zich blijft kwijten van de taken ten behoeve van het algemeen belang die haar specifiek zijn opgedragen. Het aandeel van de met een winstoogmerk uitgeoefende activiteiten in de algehele activiteiten van deze entiteit is voor de kwalificatie ervan als publiekrechtelijke instelling evenmin relevant.

2.3. Het materieel toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering

2.3.1. Algemeen

- **arrest Hof van Justitie d.d. 19 juni 2008 (arrest Pressetext Nachrichtenagentur GmbH) (zaak C-454/06)**

Overheidsopdrachten worden in de regel toegekend aan rechtspersonen. Wanneer een rechtspersoon is opgericht als naamloze vennootschap en aan de beurs is genoteerd, vloeit uit de aard ervan voort dat de samenstelling van haar aandeelhouders elk moment kan wijzigen. Deze situatie doet in beginsel niet af aan de geldigheid van de gunning van een overheidsopdracht aan een dergelijke vennootschap. Dit kan anders liggen in uitzonderlijke gevallen, zoals bij handelingen die zijn bedoeld om de gemeenschapsregels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten te omzeilen.

Vergelijkbare overwegingen gelden binnen het kader van overheidsopdrachten die worden toegekend aan rechtspersonen die niet zijn opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap, maar in de vorm van een geregistreerde coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Eventuele wijzigingen in de samenstelling van de kring van leden van een dergelijke coöperatie brengen in beginsel geen wezenlijke wijziging van de aan haar gegunde opdracht met zich mee.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 19 juni 2008 (arrest Presstext Nachrichtenagentur GmbH) (zaak C-454/06)**

De praktijk om een overeenkomst inzake een overheidsopdracht voor dienstverlening voor onbepaalde tijd af te sluiten, past op zichzelf niet binnen het stelsel en de doelstelling van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten. Een dergelijke praktijk kan namelijk op den duur de mededinging tussen de potentiële dienstverleners belemmeren en de toepassing van de bepalingen van de communautaire richtlijnen inzake de openbaarheid van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten verhinderen.

Het gemeenschapsrecht voorziet bij de huidige stand ervan evenwel niet in een verbod op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening. Ook een clausule waarbij partijen zich ertoe verbinden een voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomst gedurende een bepaalde periode niet te zullen opzeggen, wordt niet reeds op voorhand als strijdig met het communautaire recht inzake overheidsopdrachten aangemerkt.

2.3.2. *Uitvoering van werken, leveringen en diensten*

a) Gemengde opdracht

- **arrest Hof van Justitie d.d. 21 februari 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-412/04)**

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en andere bestanddelen op een ander soort opdracht, het hoofdvoorwerp van de overeenkomst bepaalt welke gemeenschapsrichtlijn inzake overheidsopdrachten in beginsel van toepassing is. Derhalve hangt de werkingssfeer van richtlijn 93/37 inzonderheid van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst af, dat moet worden vastgesteld door middel van een objectief onderzoek van de hele opdracht waarop deze overeenkomst betrekking heeft.

Het hoofdvoorwerp dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die primeren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht, en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien. De respectieve waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor deze vaststelling in aanmerking moeten worden genomen.

b) Werken

- **arrest Hof van Justitie d.d. 21 februari 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-412/04)**

Het begrip „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 ziet op schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een in

dit artikel, sub b, omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II bij deze richtlijn vermelde of in dit artikel, sub c, bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Voorts volgt uit de zestiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50, gelezen in samenhang met artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37, dat een overeenkomst slechts als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien het voorwerp ervan aan de in het vorige punt gegeven definitie beantwoordt, en dat bijkomstige werken die niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, niet de indeling ervan als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen.

2.3.3. *concessie van openbare werken*

- **arrest Hof van Justitie d.d. 13 november 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-437/07)**

De concessie van openbare werken vertoont dezelfde kenmerken als een aanneming van werken, buiten het feit dat de tegenprestatie voor de werken enkel bestaat uit het recht om het werk uit te baten, ofwel dit recht gecombineerd met een prijs.

Er is sprake van een concessie van werken wanneer de overeengekomen verloningsmethode bestaat uit het recht voor de prestant om zijn eigen opdracht uit te baten en tot gevolg heeft dat hij het risico van de uitbating van het werk op zich neemt.

2.3.4. *concessie van diensten*

- **arrest Hof van Justitie d.d. 13 november 2008 (arrest Coditel Brabant NV) (zaak C-324/07)**

Dat de gemeente Ukkel met haar toetreding tot Brutélé deze laatste het beheer van haar kabeltelevisienet heeft toevertrouwd. Uit die beslissing volgt ook dat Brutélé niet wordt vergoed door de gemeente, maar door betalingen van de gebruikers van dat net. Deze wijze van vergoeding kenmerkt een concessie voor openbare diensten

- **arrest Hof van Justitie d.d. 13 november 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-437/07)**

Er is sprake van een concessie van diensten wanneer de overeengekomen verloningsmethode bestaat uit het recht voor de prestant om zijn eigen opdracht uit te baten en tot gevolg heeft dat hij het risico van de uitbating van de dienst op zich neemt. Wanneer dit risico niet wordt overgedragen is men in aanwezigheid van een gewone aanneming van diensten.

2.3.5. *In house*

- **arrest Hof van Justitie d.d. 8 april 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-337/05)**

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een oproep tot inschrijving overeenkomstig de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens gescheiden is van de aanbestedende dienst, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten met de overheidsinstantie of overheidsinstanties waarvan dit lichaam in handen is.

Aangaande de eerste voorwaarde, inzake het toezicht van het overheidsorgaan, zij eraan herinnerd dat 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, hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap hetzelfde toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten.

- **arrest Hof van Justitie d.d. 17 juli 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-371/05)**

Een oproep tot inschrijving overeenkomstig de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten is niet verplicht, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens gescheiden is van de aanbestedende dienst, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten met de overheidsinstantie of overheidsinstanties waarvan dit lichaam in handen is.

Of de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsebepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de betrokken concessiehouder onder een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van dit lichaam. De mogelijkheid dat privé-personen kunnen deelnemen in het kapitaal van de gegadigde volstaat niet om te voldoen aan deze eerste voorwaarde, wanneer zij niet effectief deelnemen in het kapitaal op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst. Determinerend hiervoor is de datum van de gunning van de opdracht. Enkel wanneer in bijzondere omstandigheden reeds bij de gunning duidelijk is dat een privé-deelname in het kapitaal is in het vooruitzicht gesteld,

slechts in dat geval moet men rekening houden met een privé-deelname, die totstandkwam na de gunning van de opdracht.

Wat betreft de tweede voorwaarde moet eraan worden herinnerd dat een onderneming slechts kan worden geacht het merendeel van haar activiteiten voor een overheid te verrichten als haar activiteit zich hoofdzakelijk toespitst op de overheid en elke andere activiteit marginaal is. In geval meerdere lichamen een onderneming controleren, en één van deze lichamen een opdracht toevertrouwt aan de derde, is het voldoende dat het merendeel van de activiteiten van de derde wordt verricht voor al deze lichamen in hun geheel.

– **arrest Hof van Justitie d.d. 13 november 2008 (arrest Coditel Brabant NV) (zaak C-324/07)**

Of de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de betrokken concessiehouder onder een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van dit lichaam. Tot de relevante omstandigheden behoren in de eerste plaats het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder, in de tweede plaats de samenstelling van zijn beslissingsorganen en in de derde plaats de omvang van de bevoegdheden van zijn raad van bestuur.

Wat betreft het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder als beoogd relevante omstandigheid dient te worden opgemerkt dat het uitgesloten is dat een concessieverlenende overheidsinstantie op een concessiehouder toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten, indien een particuliere onderneming een deelneming in het kapitaal van dit lichaam heeft. De omstandigheid dat de concessieverlenende overheidsinstantie samen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van een concessiehoudende vennootschap in handen heeft, lijkt er echter in beginsel op te wijzen – zonder beslissend te zijn – dat die instantie op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.

Wanneer in de tweede plaats de beslissingsorganen van Brutélé bestaan uit afgevaardigden van de overheidsinstanties die bij haar zijn aangesloten, wijst dit erop dat deze instanties controle uitoefenen op de beslissingsorganen van Brutélé en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap.

In de derde plaats blijkt uit het dossier dat de raad van bestuur van Brutélé de meest uitgebreide bevoegdheden heeft. Deze stelt met name de tarieven vast. Hij heeft bovendien de mogelijkheid, maar niet de verplichting, om aan de sector- of ondersectorcomités de oplossing van bepaalde aangelegenheden die aan deze sectoren of ondersectoren eigen zijn, te delegeren.

De vraag rijst of Brutélé daardoor een marktgerichte onderneming is geworden en over een mate van zelfstandigheid beschikt die het toezicht van de bij haar aangesloten overheidsinstanties onzeker maakt.

In dit verband moet worden opgemerkt dat Brutélé niet is opgericht in de vorm van een aandelenvennootschap of een naamloze vennootschap die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven, maar in de vorm van een intercommunale coöperatieve vennootschap die door de wet betreffende de intercommunales wordt beheerst. Bovendien hebben intercommunales krachtens artikel 3 van deze wet geen handelskarakter. Uit bedoelde wet, aangevuld door de statuten van Brutélé, lijkt te volgen dat deze laatste als statutair doel heeft, de taak van gemeentelijk belang te vervullen ter verwezenlijking waarvan zij is opgericht, en dat zij geen ander belang nastreeft dan dat van de bij haar aangesloten overheidsinstanties.

Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter van de feiten met betrekking tot de mate van zelfstandigheid waarover de aan de orde zijnde vennootschap beschikt, kan in omstandigheden zoals die van het hoofdgeding, waarin de beslissingen over de werkzaamheden van een intercommunale coöperatieve vennootschap die uitsluitend in handen is van overheidsinstanties, worden genomen door statutaire organen van die vennootschap die bestaan uit vertegenwoordigers van de aangesloten overheidsinstanties, het toezicht dat deze overheidsinstanties op die beslissingen uitoefenen worden geacht deze instanties in staat te stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.

Wanneer een overheidsinstantie toetreedt tot een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, teneinde aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, kan het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht zoals op hun eigen diensten te worden aangemerkt, door deze instanties gezamenlijk worden uitgeoefend, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing.

2.3.6. *landsverdediging*

- **arrest Hof van Justitie d.d. 8 april 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-337/05)**

Wat voorts de legitieme vereisten van nationaal belang betreft die zijn neergelegd in artikel 296 EG en artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36, omdat deze helikopters „dual-use-goederen” zijn, kan elke lidstaat krachtens artikel 296, lid 1, sub b, EG 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 wapens, munitie en oorlogsmateriaal, evenwel op voorwaarde dat die maatregelen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor producten die niet voor specifiek militaire doeleinden zijn bestemd. Voor de aankoop van materieel waarvan het gebruik voor militaire doeleinden weinig zeker is, moeten derhalve noodzake-

lijkerwijs de regels voor plaatsing van overheidsopdrachten worden gevolgd. De levering van helikopters aan militaire korpsen met het oog op civiel gebruik moet aan dezelfde regels voldoen.

– **arrest Hof van Justitie d.d. 02 oktober 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-157/06)**

Krachtens artikel 296, lid 1, sub b, EG kan elke lidstaat 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 wapens, munitie en oorlogsmateriaal, evenwel op voorwaarde dat die maatregelen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor producten die niet voor specifiek militaire doeleinden zijn bestemd.

Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat de betrokken producten bestemd moeten zijn voor specifiek militaire doeleinden. Hieruit volgt dat voor de aankoop van materieel waarvan het gebruik voor militaire doeleinden weinig zeker is, noodzakelijkerwijs de regels voor plaatsing van overheidsopdrachten moeten worden gevolgd. Indien een nationale regelgeving betrekking heeft op helikopters die zeker voor civiele doeleinden zullen worden ingezet, terwijl de inzet ervan voor militaire doeleinden slechts een mogelijkheid is kan de betreffende lidstaat zich dus niet met succes beroepen op artikel 296, lid 1, sub b, EG, waarnaar in artikel 3 van richtlijn 93/36 wordt verwezen, ter rechtvaardiging van een nationale regeling volgens welke deze helikopters kunnen worden aangekocht volgens de procedure van gunning via onderhandelingen.

Het Hof wijst erop dat de noodzaak om te voorzien in een verplichting tot vertrouwelijke behandeling geenszins belet dat voor de plaatsing van een opdracht gebruik wordt gemaakt van een procedure van oproep tot mededinging. Het beroep op artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 ter rechtvaardiging van een nationale regeling volgens welke de betrokken helikopters kunnen worden aangekocht volgens de procedure van gunning via onderhandelingen lijkt derhalve onevenredig met het doel, de verspreiding van vertrouwelijke informatie over de productie van deze helikopters te voorkomen, indien niet wordt aangetoond dat een dergelijk doel niet had kunnen worden bereikt in het kader van een oproep tot mededinging zoals die waarin deze richtlijn voorziet.

Bijgevolg kan de loutere stelling dat de betrokken leveringen als geheim zijn aangemerkt, dat zij gepaard gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen of dat zij ter bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de staat aan de gemeenschapsregels dienen te worden onttrokken niet volstaan om aan te tonen dat daadwerkelijk uitzonderlijke omstandigheden bestaan die de in artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 bedoelde afwijkingen rechtvaardigen.

2.4. Toepassingsgebied *ratione summae*

- **arrest Hof van Justitie d.d. 21 februari 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-412/04)**

De betrokken aanleg moet derhalve aan de procedures van richtlijn 93/37 worden onderworpen wanneer hij voldoet aan de voorwaarden die in deze richtlijn zijn vastgesteld om de opdracht als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken te kunnen aanmerken, en inzonderheid wanneer het in artikel 1, sub a, van deze richtlijn vereiste contractuele element aanwezig is en de waarde van de werken gelijk is aan of meer bedraagt dan de in artikel 6, lid 1, van deze richtlijn vastgestelde drempel.

Voorts volgt uit artikel 6, lid 3, van richtlijn 93/37 dat wanneer een werk in percelen wordt verdeeld voor elk waarvan een opdracht is geplaatst, de waarde van elk perceel in aanmerking moet worden genomen om te beoordelen of het in lid 1 van dit artikel vermelde bedrag is bereikt, en dus of deze richtlijn op alle percelen moet worden toegepast. Bovendien mogen werken of opdrachten volgens artikel 6, lid 4, van deze richtlijn niet worden gesplitst teneinde deze aan de toepassing ervan te onttrekken.

3. Onverenigbaarheid

- **arrest Hof van Justitie d.d. 16 december 2008 (Arrest Michaniki) (zaak C-213/07)**

In casu had de betrokken lidstaat zich op het standpunt gesteld dat niet kan worden uitgesloten dat een mediaonderneming of een aannemer van openbare werken die banden heeft met de onderneming of met de personen aan wie de onderneming behoort of die haar besturen, in het kader van de deelneming aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht van plan is jegens de aanbestedende dienst gebruik te maken van de mogelijkheid om invloed uit te oefenen die hij ontleent aan zijn positie of zijn connecties in de mediasector, teneinde te trachten het besluit tot gunning van die opdracht op ongeoorloofde wijze te sturen, doordat hij afhankelijk van de uitkomst van dat besluit dreigt met de mogelijkheid van een grootschalige voorlichtingscampagne die zich daarvóór of juist daartegen uitsprekt. Volgens de Griekse wetgeving moet dergelijke onderneming in het algemeen worden uitgesloten van om het even welke overheidsopdracht.

De wil van een lidstaat om de gevaren voor inwerking van de macht van de media op de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te voorkomen, sluit aan bij het doel van algemeen belang dat het behoud van de pluriformiteit en de onafhankelijkheid van de media vormt. Bovendien wordt daarmee in het bijzonder een ander soortgelijk doel gediend, te weten de bestrijding van fraude en corruptie. Hieruit volgt dat het gemeenschapsrecht niet eraan in de weg staat dat nationale maatregelen worden getroffen waarmee in de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering

van werken het gevaar moet worden uitgesloten dat zich praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging kunnen vervalsen – welk gevaar het gevolg zou kunnen zijn van het feit dat een van de inschrijvers een aannemer is die werkzaam is in de mediasector of die banden heeft met een persoon die bij deze sector betrokken is – en waarmee dus fraude en corruptie moeten worden voorkomen of aan banden moeten worden gelegd. Dergelijke maatregelen moeten evenwel verenigbaar zijn met het evenredigheidsbeginsel.

Een nationale bepaling als die aan de orde in het hoofdgeding, waarbij een algemene onverenigbaarheid wordt ingevoerd tussen de sector van de openbare werken en die van de media, heeft evenwel tot gevolg dat aannemers van openbare werken die eveneens bij de mediasector zijn betrokken op grond van een relatie als eigenaar, grootaandeelhouder, vennoot of bestuurder, worden uitgesloten van de gunning van overheidsopdrachten, zonder dat hun een mogelijkheid wordt gelaten om, wanneer zij worden geconfronteerd met bijvoorbeeld door een concurrent verstrekte aanwijzingen, aan te tonen dat er in hun geval geen sprake is van een reëel gevaar.

Een dergelijke bepaling gaat verder dan noodzakelijk is ter bereiking van de aangevoerde doelstellingen van transparantie en gelijke behandeling, doordat een hele categorie van aannemers van openbare werken wordt uitgesloten op basis van het onweerlegbare vermoeden dat wanneer een van de inschrijvers een aannemer is die eveneens is betrokken bij de mediasector, noodzakelijkerwijs de mededinging ten nadele van de overige inschrijvers wordt aangetast. Het wijzen op de mogelijkheid die voortvloeit uit een grondwetsbepaling van een lidstaat dat die geen toepassing vindt op de persoon die, zijnde echtgenoot, verwant, financieel afhankelijke persoon of vennootschap, optreedt als tussenpersoon van een mediaonderneming of een leidinggevende van een dergelijke onderneming, wanneer wordt aangetoond dat de deelneming van deze als tussenpersoon optredende persoon aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht berust op een autonome beslissing die uitsluitend door diens eigen belang is ingegeven.

4. De wijze van gunning van de opdracht / gunningsprocedures

4.1. Algemeen

Hoewel het arrest Pressetext Nachrichtenagentur niet specifiek betrekking heeft op de keuze van een overheid voor één bepaalde gunningsprocedure, hebben de auteurs geoordeeld dit arrest onder deze titel te kunnen plaatsen. Uit dit arrest volgt namelijk in welke omstandigheden bij de wijzigingen van een bestaande overeenkomst, de aanbestedende overheid verplicht is opnieuw te kiezen voor een gunningsprocedure.

– **arrest Hof van Justitie d.d. 19 juni 2008 (arrest Pressetext Nachrichtenagentur GmbH) (C-454/06)**

De begrippen „het plaatsen” in artikel 3, lid 1, en „geplaatst” in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet een situatie omvatten waarin de door de oorspronkelijke dienstverrichter ten behoeve van de aanbestedende dienst verrichte diensten worden overgedragen aan een andere dienstverrichter die is opgericht in de vorm van een kapitaalvennootschap waarvan de oorspronkelijke dienstverrichter enig aandeelhouder is die door middel van instructies de zeggenschap uitoefent over de nieuwe dienstverrichter, voor zover de oorspronkelijke dienstverrichter aansprakelijk blijft voor de naleving van de contractuele verplichtingen.

Wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan vormen namelijk een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. De wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten.

Hoewel de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, dient te worden aangemerkt als een dergelijke wezenlijke wijziging van de betrokken overeenkomst inzake de overheidsopdracht, tenzij deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, worden de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst door een interne reorganisatie van de contractpartner niet wezenlijk gewijzigd. Wanneer de nieuwe contractpartner een 100 % dochtermaatschappij is van de voormalige contractpartner, laatstgenoemde de zeggenschap uitoefent, en deze twee entiteiten met elkaar zijn verbonden door een overeenkomst op grond waarvan winsten en verliezen worden overgedragen, vormt een dergelijke regeling derhalve geen wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de overeenkomst die kan worden aangemerkt als een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50.

De begrippen „het plaatsen” in artikel 3, lid 1, en „geplaatst” in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moeten aldus worden uitgelegd dat daaronder niet vallen een aanpassing van de oorspronkelijke overeenkomst aan gewijzigde externe omstandigheden, zoals de omzetting in euro's van prijzen die oorspronkelijk in de nationale munteenheid waren uitgedrukt, de minimale aanpassing van deze prijzen met het oog op de afronding ervan

en de verwijzing naar een nieuwe prijsindex, die krachtens de oorspronkelijke overeenkomst in de plaats treedt van het eerder vastgestelde indexcijfer.

Wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan vormen namelijk een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. De wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten.

Wanneer naar aanleiding van de omschakeling op de euro een bestaande overeenkomst aldus wordt gewijzigd dat prijzen die oorspronkelijk in de nationale munteenheid waren uitgedrukt, in euro's worden omgezet, vormt dit geen wezenlijke wijziging van de overeenkomst, maar enkel een aanpassing ervan aan gewijzigde externe omstandigheden, op voorwaarde dat de bedragen in euro's worden afgerond conform de geldende bepalingen. Bovendien kan een dergelijke omzetting in euro's van de prijzen van een geldende overeenkomst vergezeld gaan van een aanpassing van hun intrinsieke bedrag, zelfs wanneer deze afronding het door de bepalingen betreffende de invoering van de euro toegestane bedrag overschrijdt, zonder dat dit een nieuwe plaatsing van een opdracht inhoudt, op voorwaarde dat het daarbij gaat om een minimale, objectief verklaarbare aanpassing, hetgeen het geval is wanneer zij bedoeld is om de uitvoering van de opdracht te vergemakkelijken, bijvoorbeeld door de facturering te vereenvoudigen. Wat de herformulering van de indexeringsclausule betreft, moet worden vastgesteld dat de verwijzing naar een nieuwe prijsindex de wezenlijke voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet zodanig wijzigt dat dit een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50 vormt, voor zover deze herformulering enkel een toepassing vormt van de in de basisovereenkomst opgenomen bepalingen inzake de aanpassing van de indexeringsclausule.

De begrippen „het plaatsen” in artikel 3, lid 1, en „geplaatst” in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet een situatie omvatten waarin een aanbestedende dienst tijdens de geldigheidsduur van een voor onbepaalde tijd met de opdrachtnemer gesloten overeenkomst inzake dienstverrichting, met deze opdrachtnemer middels een aanvulling overeenkomt om een clausule inzake afstand van de opzegmogelijkheid die op de datum waarop de nieuwe clausule wordt overeengekomen niet meer geldt, voor drie jaar te vernieuwen, en daarbij met laatstgenoemde op een specifiek gebied hogere kortingen overeenkomt dan die welke oorspronkelijk waren voorzien voor bepaalde hoeveelheidsafhankelijke prijzen.

Aangezien het relevante criterium om te kunnen bepalen of het overeenkomen van een nieuwe clause inzake afstand van de opzegmogelijkheid een nieuwe plaatsing van een opdracht vormt, het antwoord is op de vraag of deze clause dient te worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst, kan een clause die de mededinging niet dreigt te vervalsen in het nadeel van potentiële nieuwe inschrijvers, niet worden aangemerkt als een dergelijke wijziging en, bijgevolg, geen nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50 vormen.

Wat de bij een aanvulling voorziene verhoging van de korting betreft, waarvan het economisch effect vergelijkbaar is met dat van een prijsverlaging, en die, bijgevolg, aldus kan worden uitgelegd dat zij onder de clauses van de basisovereenkomst valt, deze mag niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de overeenkomst en vormt dus geen nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50. Bovendien wordt enerzijds door de verhoging van de korting, die tot gevolg heeft dat de door de opdrachtnemer ontvangen vergoeding wordt verlaagd ten opzichte van die welke oorspronkelijk was vastgesteld, het economisch evenwicht van de overeenkomst niet in het voordeel van de opdrachtnemer gewijzigd. Anderzijds kan het enkele feit dat de aanbestedende dienst een hogere korting ontvangt op een deel van de diensten die het voorwerp van een opdracht vormen, niet leiden tot concurrentievervalsing in het nadeel van potentiële inschrijvers.

4.2. Offerteaanvraag

– **arrest Gerecht d.d. 21 mei 2008 (arrest Belfass SPRL) (zaak T-495/04)**

Voorts herinnert het Gerecht eraan dat krachtens artikel 97, lid 2, van het Financieel Reglement de opdracht kan worden gegund door automatische aanbesteding of door gunning aan de economisch voordeligste inschrijving, en dat, wat betreft die tweede wijze van gunning, artikel 138, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften bepaalt dat de economisch voordeligste inschrijving die is welke de beste verhouding tussen kwaliteit en prijs biedt, rekening gehouden met op grond van het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigde criteria als voorgestelde prijs, technische waarde, esthetisch en functioneel karakter, milieukeurmerken, gebruikskosten, rentabiliteit, uitvoerings- of leveringstermijn, klantenservice en technische bijstand.

4.3. De keuze voor de onderhandelingsprocedure

– **arrest Hof van Justitie d.d. 8 april 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-337/05)**

Uit met name de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 93/36 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen volgt, dat de procedure van gunning via onderhandelingen het karakter van een uitzondering heeft en slechts kan worden toegepast in limitatief opgesomde gevallen. Hiertoe geeft artikel 6, leden 2 en 3, van deze richtlijn een limitatieve en uitdrukkelijke opsomming van de enige

uitzonderingen waarin van de procedure van gunning via onderhandelingen gebruik mag worden gemaakt. Afwijkingen van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten toegekende rechten beogen te verzekeren, moeten immers strikt worden uitgelegd. Omdat anders richtlijn 93/36 haar nuttige werking wordt ontnomen, mogen de lidstaten dus niet bepalen dat gebruik mag worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen in gevallen die niet in deze richtlijn zijn voorzien, of aan de gevallen die in de betrokken richtlijn uitdrukkelijk zijn voorzien, nieuwe voorwaarden verbinden waardoor gebruikmaking van die procedure gemakkelijker wordt. Bovendien dient degene die zich op een afwijking wil beroepen, te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan.

5. Het opstellen van het bestek

5.1. Het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria

- arrest Hof van Justitie d.d. 24 januari 2008 (arrest Lianakis) (zaak C-532/06)

Volgens de rechtspraak sluit richtlijn 92/50 in theorie weliswaar niet uit dat het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers en de gunning van de opdracht gelijktijdig plaatsvinden, maar zijn deze twee verrichtingen afzonderlijke verrichtingen, waarvoor verschillende regels gelden.

De geschiktheid van de inschrijvers wordt door de aanbestedende diensten immers onderzocht overeenkomstig de in de artikelen 31 en 32 van deze richtlijn vermelde criteria betreffende economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid (de zogenaamde „criteria voor kwalitatieve selectie”). De gunning van de opdracht geschiedt daarentegen op basis van de criteria die in artikel 36, lid 1, van diezelfde richtlijn zijn neergelegd, te weten hetzij de laagste prijs, hetzij de economisch voordeligste aanbieding.

5.2. Selectiecriteria: uitsluitingsgronden

- arrest Hof van Justitie d.d. 3 april 2008 (arrest Dirk Rüffert) (zaak C-346/06)

Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, uitgelegd tegen de achtergrond van artikel 49 EG, verzet zich tegen een door een instantie van een lidstaat genomen maatregel van wetgevende aard, krachtens welke de aanbestedende dienst overheidsopdrachten voor werken enkel mag gunnen aan ondernemingen die zich bij de inschrijving schriftelijk verbinden om hun werknemers bij de uitvoering van het werk minstens het loon te betalen dat is vastgesteld in de collectieve arbeidsovereenkomst geldend op de plaats van uitvoering ervan.

– **arrest Hof van Justitie d.d. 16 december 2008 (Arrest Michaniki) (zaak C-213/07)**

In een hoofdstuk inzake criteria voor de „kwalitatieve” selectie worden in artikel 24, eerste alinea, zeven gronden genoemd voor uitsluiting van een aannemer van deelneming, die betrekking hebben op zijn professionele kwaliteiten, meer bepaald zijn professionele integriteit, zijn kredietwaardigheid en zijn economische en financiële draagkracht. Met de Raad van de Europese Unie moet dienaangaande erop worden gewezen dat de aanpak van de gemeenschaps-wetgever erin bestond om enkel uitsluitingsgronden op te nemen die waren gebaseerd op de objectieve vaststelling van feiten of specifieke gedragingen van de betrokken aannemer, waardoor zijn professionele rechtschapenheid in opspraak raakt of zijn economische of financiële vermogen om de werkzaamheden uit hoofde van de overheidsopdracht waarop hij heeft ingeschreven tot een goed einde te brengen, in twijfel wordt getrokken.

In die omstandigheden moet artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 aldus worden opgevat dat daarin limitatief de gronden worden opgesomd waarmee de uitsluiting van een aannemer van deelneming aan een opdracht kan worden gerechtvaardigd om op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband houden met zijn professionele kwaliteiten. Dit artikel staat derhalve eraan in de weg dat de lidstaten of de aanbestedende diensten de daarin opgenomen lijst aanvullen met andere uitsluitingsgronden die zijn gebaseerd op criteria inzake de professionele bekwaamheid. De limitatieve opsomming in artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 sluit evenwel niet de bevoegdheid van de lidstaten uit om materieelrechtelijke voorschriften te handhaven of uit te vaardigen waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat ter zake van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling en het daaruit voortvloeiende beginsel van transparantie in acht worden genomen, die voor de aanbestedende diensten bij elke procedure voor het plaatsen van een dergelijke opdracht gelden.

Artikel 6, lid 6, van richtlijn 93/37 preciseert voorts dat de aanbestedende diensten ervoor zorgen dat er geen discriminatie tussen leveranciers plaatsvindt. Hieruit volgt dat een lidstaat, naast de in artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 limitatief opgesomde uitsluitingsgronden die zijn gebaseerd op objectieve overwegingen van beroepsbekwaamheid, uitsluitingsmaatregelen mag vaststellen waarmee moet worden gewaarborgd dat in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers alsmede het beginsel van transparantie in acht worden genomen. Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is, mogen dergelijke maatregelen evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Gelet op hetgeen voorafgaat, moet artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 aldus worden uitgelegd dat het een limitatieve opsomming bevat van de op objectieve overwegingen van beroepsbekwaamheid gebaseerde gronden waarmee de uitsluiting van een aannemer van deelneming aan een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden gerechtvaardigd. Deze

richtlijn staat echter niet eraan in de weg dat een lidstaat andere uitsluitingsmaatregelen vaststelt die beogen te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van transparantie in acht worden genomen, op voorwaarde dat dergelijke maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

5.3. De keuze van de gunningscriteria

- **arrest Hof van Justitie d.d. 24 januari 2008 (arrest Lianakis) (zaak C-532/06)**

De criteria die door de aanbestedende diensten kunnen in aanmerking worden genomen zijn weliswaar niet limitatief opgesomd en de aanbestedende diensten kunnen dus kiezen welke gunningscriteria zij willen toepassen, maar die keuze kan enkel betrekking hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding. Derhalve zijn uitgesloten als „gunningscriteria” criteria die er niet toe strekken om de economisch voordeligste aanbidding vast te stellen, maar die in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren.

De artikelen 23, lid 1, 32 en 36, lid 1, van richtlijn 92/50 verzetten zich ertegen dat de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure de ervaring van de inschrijvers, hun personeelsbezetting en hun uitrusting alsook de vraag of zij de opdracht op het vastgestelde tijdstip kunnen uitvoeren, niet als „criteria voor kwalitatieve selectie” maar als „gunningscriteria” in aanmerking neemt.

6. Het administratief en technisch onderzoek van de offertes/inschrijvingen

6.1. Algemeen

- **arrest Gerecht d.d. 21 mei 2008 (arrest Belfass SPRL) (zaak T-495/04)**

Een aanbestedende dienst mag krachtens artikel 148 van de uitvoeringsvoorschriften na de opening van de offertes bij wijze van uitzondering met de inschrijver contact opnemen, indien een offerte aanleiding geeft tot een verzoek om opheldering of indien duidelijk materiële fouten in de bewoordingen van de offerte moeten worden verbeterd. Indien de materiële fout niet duidelijk is kan de aanbestedende dienst geen kennelijke beoordelingsfout worden verweten.

6.2. Gelijke behandeling na opening offertes

- **arrest Gerecht d.d. 12 maart 2008 (arrest Evropaïki Dynamiki) (zaak T-345/03)**

De aanloopfase dient het belang van de nieuwe contractant, en stelt hem in staat om zich zeer grondig en tijdig vertrouwd te maken met een technologie

waarmee hij zal moeten werken, terwijl hij nog maar beperkte diensten kan verlenen. Gelet op het voorgaande is het feit dat een dergelijke aanloophase onbezoldigd is niet als zodanig discriminerend.

Volgens verzoekster is het in casu echter de specifieke situatie waarin de huidige contractant verkeert na de bekendmaking van het bestek dat in een onbezoldigde aanloophase voorziet, te weten het feit dat deze de subcontractant zal zijn van een van de op de litigieuze opdracht inschrijvende vennootschappen, die een dergelijk vereiste zijn discriminatoir karakter verleent. Niettemin vereist de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling in deze bijzondere context een afweging van de betrokken belangen. Bijgevolg dienen, teneinde het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers zoveel mogelijk te vrijwaren en gevolgen te voorkomen die indruisen tegen het belang van de dienst van de aanbestedende instelling, de eventuele voordelen voor de huidige contractant of de inschrijver waarmee deze een onderaannemingsovereenkomst heeft gesloten, toch te worden geneutraliseerd, maar slechts voor zover dit vanuit technisch oogpunt eenvoudig te realiseren valt, economisch gezien aanvaardbaar is, en geen inbreuk maakt op de rechten van de huidige contractant of van die inschrijver.

Het Gerecht zal eerst onderzoeken of de gestelde ongelijke behandeling, bestaande in de vertraging bij de mededeling van bepaalde technische informatie aan de niet-winnende inschrijvers, als zodanig een procedurele onregelmatigheid is, omdat informatie die daadwerkelijk nuttig was bij het opstellen van de offertes niet zo snel mogelijk ter beschikking was gesteld van alle inschrijvers. Indien wordt aangetoond dat sprake is van een dergelijke onregelmatigheid, zal het Gerecht vervolgens onderzoeken of de procedure zonder die onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben. Een dergelijke onregelmatigheid kan in dit verband slechts de gelijkheid van kansen van de inschrijvers aantasten indien verzoeksters voldoende onderbouwde uitleg het aannemelijk maakt dat de procedure voor haar een andere afloop had kunnen hebben.

In dat verband moet worden opgemerkt dat de Commissie in het onderhavige geval vanaf het begin van de betrokken aanbestedingsprocedure beschikte over alle informatie betreffende de technische specificaties van de databanken van CORDIS. Zij kon deze informatie dus gemakkelijk ter beschikking stellen van alle inschrijvers in de vorm van een bijlage bij het bestek. Bovendien moet worden vastgesteld dat de aankoop van de Autonomy-software eveneens gemakkelijk, en zonder dat dit extra kosten zou hebben meegebracht, had kunnen worden medegedeeld aan alle potentiële inschrijvers onmiddellijk nadat deze had plaatsgevonden, te weten eind december 2002. Ten slotte moet worden vastgesteld dat verweerster uitdrukkelijk erkent dat er geen specifieke reden, zoals de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, bestond die haar had kunnen verhinderen om de broncode aan derden mede te delen. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers in het onderhavige geval vereiste dat de voordelen voor de huidige contractant of voor de winnende inschrijver werden geneutraliseerd. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de ongelijke behandeling, bestaande in een ver-

traging bij de mededeling van bepaalde technische informatie aan de niet-winnende inschrijvers, een procedurele onregelmatigheid is.

Derhalve moet worden onderzocht of de betrokken aanbestedingsprocedure zonder die onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben. Er zij aan herinnerd dat indien zou blijken dat de met vertraging aan de niet-winnende inschrijvers medegedeelde informatie niet relevant was voor het opstellen van de offertes voor de litigieuze opdracht, deze vertraging hoe dan ook geen voordeel zou inhouden voor de winnende inschrijver, zodat geen sprake zou zijn van een proceduregebrek dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers schendt, zoals verzoekster heeft gesteld. Het feit dat de huidige contractant en de winnende inschrijver over exclusieve kennis beschikten van de technische architectuur van CORDIS, van de toen in gebruik zijnde hard- en software en, vooral, van de broncode, kon de winnende inschrijver althans voor een deel een ongerechtvaardigd voordeel doen genieten bij het begin van de aanbestedingsprocedure. Gegeven het feit dat verweerster niet betwist dat de met vertraging aan de potentiële inschrijvers ter beschikking gestelde technische informatie toegevoegde waarde had kunnen hebben voor de offertes voor de litigieuze opdracht, kan dus niet worden uitgesloten dat de gewraakte handwijze van verweerster de huidige contractant en de winnende inschrijver een voordeel heeft doen genieten bij de inschrijving op de litigieuze opdracht. Bijgevolg heeft de Commissie, doordat zij bepaalde technische informatie niet zo snel mogelijk aan alle inschrijvers heeft medegedeeld, een procedurele onregelmatigheid begaan door voorbij te gaan aan verzoeksters recht om te worden geïnformeerd.

Derhalve moet worden onderzocht of deze onregelmatigheid afbreuk heeft gedaan aan de gelijkheid van kansen van de inschrijvers, doordat de betrokken aanbestedingsprocedure zonder die onregelmatigheid eventueel had kunnen leiden tot de gunning van de litigieuze opdracht aan verzoekster. Dit zou evenwel niet het geval zijn indien, niettegenstaande het feit dat de Commissie heeft nagelaten de volledige technische informatie betreffende de oude versie van CORDIS vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure ter beschikking van alle inschrijvers te stellen, zou blijken dat de achtergehouden informatie niet relevant was voor verzoeksters offerte.

6.3. De beoordeling van de regelmatigheid van de offertes

6.3.1. De beoordeling van de door de inschrijvers aangeboden prijzen (abnormaal hoge of lage prijzen)

- **arrest Hof van Justitie d.d. 15 mei 2008 (arrest Secap SpA) (gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06)**

De fundamentele regels van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting alsmede het algemene verbod van discriminatie verzetten zich tegen een nationale regeling die de aanbestedende diensten, wat opdrachten betreft met een waarde beneden de drempel van artikel 6, lid 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coör-

dinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, en met een duidelijk grensoverschrijdend belang, dwingend ertoe verplicht om ingeval meer dan vijf geldige inschrijvingen zijn ingediend, automatisch de inschrijvingen uit te sluiten die volgens een in deze regeling vastgelegd mathematisch criterium in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag worden geacht, zonder dat die aanbestedende diensten een mogelijkheid wordt gelaten om de samenstelling van deze inschrijvingen te onderzoeken door de betrokken inschrijvers om preciseringen daarover te verzoeken. Dit zou niet het geval zijn indien in een nationale of lokale regeling dan wel door de betrokken aanbestedende dienst, op grond van een excessief groot aantal inschrijvingen waardoor de aanbestedende dienst zou kunnen worden gedwongen tot een contradictoire verificatie van een dusdanig groot aantal inschrijvingen dat dit zijn administratieve mogelijkheden te buiten zou gaan, of de verwezenlijking van het project in gevaar zou kunnen komen wegens de vertraging die deze verificatie met zich zou kunnen brengen, een redelijke drempel zou worden vastgesteld waarboven abnormaal lage inschrijvingen automatisch zouden worden uitgesloten.

– **arrest Gerecht d.d. 21 mei 2008 (arrest Belfass SPRL) (zaak T-495/04)**

Een aanbestedende dienst een hem abnormaal laag voorkomende offerte krachtens artikel 139, lid 1, van de uitvoeringsvoorschriften pas afwijzen nadat hij de inschrijver in de gelegenheid heeft gesteld de kenmerken van zijn offerte te preciseren of toe te lichten. Meer bepaald is het blijkens de rechtspraak essentieel dat elke inschrijver waarvan wordt vermoed dat hij een abnormaal lage offerte heeft ingediend, de mogelijkheid krijgt om zijn standpunt dienaangaande behoorlijk te verdedigen, en elke toelichting op de verschillende elementen van zijn offerte kan verstrekken op een tijdstip waarop hij niet alleen kennis heeft van de op de betrokken opdracht toepasselijke drempel voor abnormaal lage offertes en de omstandigheid dat zijn offerte als abnormaal laag wordt beschouwd, maar ook van de specifieke punten die bij de aanbestedende dienst vragen hebben doen rijzen. Bij dezelfde gelegenheid heeft het Hof verklaard dat het bestaan van een dergelijk daadwerkelijk contradictoir debat een fundamenteel vereiste is om willekeurig optreden van de aanbestedende overheid te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te waarborgen.

7. De gunning van de opdracht / keuze van de mede-contractant

7.1. De motivering van de keuze van de medecontractant

Ter zake nemen de auteurs een aantal arresten op, die weliswaar specifiek betrekking hebben op de motiveringsplicht van de Commissie, wanneer zij overheidsopdrachten uitschrijft, maar die volgens de auteurs ook als richtlijn kunnen gelden voor nationale aanbestedende diensten.

7.1.1. Algemeen

– **arrest Gerecht van Eerste Aanleg d.d. 10 september 2008 (arrest Evropa-iki Dynamiki) (zaak T-465/04)**

De Commissie beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid aangaande de elementen, die zij in ogenschouw kan nemen om een overheidsopdracht via een offerteaanvraag te gunnen. Het rechterlijk toezicht beperkt zich in dat geval tot het nakijken dat de procedure- en motiveringsregels zijn nageleefd, alsook de materiële juistheid van de ingeroepen feiten, de afwezigheid van een kennelijke dwaling in de beoordeling en de machtsafwending.

De Commissie voldoet aan haar motiveringsplicht wanneer zij in de eerste plaats onmiddellijk aan elke gegadigde de weigeringsmotieven meedeelt en daarna aan elke gegadigde, die een regelmatige offerte indiende en die hierom uitdrukkelijk verzoeken, de karakteristieken en de voordelen van de gekozen offerte, alsook de naam van de gekozen kandidaat binnen de 15 kalenderdagen meedeelt. Op grond van de motiveringsverplichting moet immers uit de beslissing op een duidelijke en niet dubbelzinnige wijze de redenering blijken, waardoor enerzijds de belanghebbenden de rechtvaardiging van de genomen beslissing kennen en anderzijds de rechter toelaten zijn toezicht uit te oefenen. De reikwijdte van deze plicht moet worden beoordeeld op grond van de inhoud van de beslissing, de aard van de ingeroepen motieven en het belang dat de geadresseerden kunnen hebben bij te geven uitleg.

– **arrest Gerecht d.d. 08 oktober 2008 (arrest Sogelma) (zaak T-411/06)**

De motivering van een besluit moet de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van het bestreden besluit kunnen kennen en de gemeenschapsrechter zijn toezicht kan uitoefenen.

Niets vereist evenwel dat in het besluit alle gegevens die feitelijk of rechtens relevant zijn, worden vermeld. Bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een besluit toereikend is, moet niet alleen acht worden geslagen op de tekst ervan, maar ook op de context waarin het is genomen en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen. Het besluit behoeft slechts de belangrijkste juridische en feitelijke overwegingen te bevatten; zulks kan in beknopte vorm geschieden, mits de inhoud van het besluit duidelijk en ter zake dienend is.

De motivering voor de annulering van de aanbesteding, dat geen enkele inschrijving voldeed aan de technische vereisten, is weliswaar beknopt, maar duidelijk en ondubbelzinnig. In casu was ook de specifieke motivering waarom de inschrijving van de verzoekende inschrijver niet voldeed, beknopt maar duidelijk en ondubbelzinnig.

7.1.2. *beoordeling van de gunningscriteria*

- **arrest Hof van Justitie d.d. 21 februari 2008 (Commissie / Italië) (zaak C-412/04)**

Aangezien de gunning van het toezicht op de werken conform de in de richtlijnen 92/50 en 93/38 neergelegde regels moet worden verricht, is de rechtstreekse gunning aan de projectontwikkelaar overeenkomstig een nationale bepaling dat de aanbestedende diensten, voor zover zij niet zelf toezicht op de werken kunnen houden, dit dienen uit te besteden conform een vooraf bepaalde rangorde (ofwel aan andere overheidsinstanties, ofwel aan de in de nationale regeling bedoelde projectontwikkelaar ofwel aan andere rechtssubjecten die daartoe worden geselecteerd volgens de procedures van de nationale regeling ter uitvoering van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen op dat gebied, in strijd met deze richtlijnen, voor zover het gaat om opdrachten die op basis van hun bedrag binnen de werkingssfeer van die richtlijnen vallen.

Aangezien de gunning van de inspectie van de werken conform de in de richtlijnen 92/50 en 93/38 neergelegde regels moet worden verricht, is de gunning aan derden conform de regel dat de keuring wordt opgedragen aan een, twee of drie hooggekwalificeerde technische deskundigen uit de eigen gelederen van de aanbestedende dienst, met specifieke deskundigheid waar de aard, de complexiteit en de waarde van de werken betreft, tenzij vaststaat en door de verantwoordelijke voor de procedure formeel wordt bevestigd dat hiervoor geen personeel is, eveneens in strijd met deze richtlijnen, voor zover het gaat om opdrachten die binnen de werkingssfeer van deze richtlijnen vallen.

7.2. **De beslissing geen gevolg aan de gunningsopdracht te geven**

- **beschikking President van het Gerecht d.d. 15 juli 2008 (Besch. Voorz. Antwerpse Bouwwerken NV) (zaak T-195/08 R)**

Een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer wordt geacht artikel 101 van het financieel reglement te kennen, dat bepaalt: „De aanbestedende dienst kan tot op het ogenblik van de ondertekening van het contract van de opdracht afzien of de procedure voor het plaatsen van de opdracht annuleren, zonder dat de gegadigden of inschrijvers aanspraak kunnen maken op enige schade-loosstelling.”

- **arrest Gerecht d.d. 08 oktober 2008 (arrest Sogelma) (zaak T-411/06)**

Na de annulering van een aanbestedingsprocedure is deze procedure beëindigd, zodat de aanbestedende dienst geheel vrij kan beslissen wat hij vervolgens gaat doen. Geen enkele bepaling verleent een marktdeelnemer het recht de inleiding van een procedure van gunning door onderhandelingen te eisen. In casu is het EBW (Europees Bureau voor Wederopbouw) dus niet verplicht een formeel besluit te nemen met betrekking tot het voorstel van een inschrijver voor een dergelijk procedure.

8. Rechtsbescherming

8.1. recht op bescherming van vertrouwelijke gegevens en recht op eerbiediging van de zakengeheimen

- arrest Hof van Justitie d.d. 14 februari 2008 (arrest Varec) (zaak C-450/06)

Dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie in de zin van voornoemd artikel 1, lid 1, de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen moet waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende dienst, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het staat aan deze instantie om te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en, in het geval van een beroep bij een rechter of bij een instantie die een gerecht is in de zin van artikel 234 EG, met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.

8.2. Wachtperiode: effectieve rechtsbescherming

- arrest Hof van Justitie d.d. 3 april 2008 (Commissie / Spanje) (zaak C-444/06)

Een lidstaat die in zijn regelgeving geen verplichte termijn voorziet waarbinnen de aanbestedende dienst alle inschrijvers in kennis moet stellen van de beslissing tot gunning van een opdracht, en geen verplichte wachtperiode voorziet tussen de gunning van een opdracht en de sluiting van de overeenkomst, komt de verplichtingen niet na die op hem rusten krachtens artikel 2, lid 1, sub a en b, van richtlijn 89/665 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50.

Artikel 2, lid 1, sub a en b, juncto lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 moet immers aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het besluit van de aanbestedende dienst dat voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst, waarbij deze dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst zal sluiten, in elk geval een beroep kan worden ingesteld waarmee de verzoeker nietigverklaring van dit besluit kan verkrijgen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, onverminderd de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen. Bovendien veronderstelt de sluitende rechtsbescherming die aldus volgens artikel 2, lid 1, van deze richtlijn vóór de sluiting van de overeenkomst moet zijn gewaarborgd, inzonderheid de verplichting om de inschrijvers vóór de sluiting van de overeenkomst in kennis te stellen van de gunningsbeslissing opdat deze over

een reële beroepsmogelijkheid beschikken. Diezelfde bescherming vereist dat de afgewezen inschrijver over de mogelijkheid beschikt om tijdig de geldigheid van de gunningsbeslissing te onderzoeken. Gelet op de vereisten van het nuttig effect van richtlijn 89/665, die tot doel heeft te waarborgen dat tegen onwettige besluiten van de aanbestedende diensten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, volgt hieruit dat er een redelijke termijn moet liggen tussen het moment waarop de gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijvers wordt meegedeeld, en de sluiting van de overeenkomst, opdat die inschrijvers onder meer een verzoek om voorlopige maatregelen kunnen indienen voordat de overeenkomst wordt gesloten.