



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 23 mei 2012¹

Zaak C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
tegen
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Ingegneri,
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecinco-economica (OICE),
Etacons srl,
Ing. Vito Prato Engineering srl,
Barletti – Del Grosso e Associati srl,
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

[verzoek van de Consiglio di Stato (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Aanbestedingsrecht — Publiek-publieke samenwerking — Richtlijn 2004/18/EG — Achterwege laten van een openbare aanbestedingsprocedure — Dienstverrichting, inhoudende het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van bepaalde ziekenhuizen — Overeenkomsten tussen een aanbestedende dienst en een universiteit met publiekrechtelijk statuut — Overeenkomsten onder bezwarende titel, waarbij de vergoeding niet hoger is dan de kosten van de uitvoering van de prestatie — Hoedanigheid van marktpartij”

I – Inleiding

1. In de onderhavige prejudiciële procedure krachtens artikel 267 VWEU legt de Consiglio di Stato (hierna: „verwijzende rechter”) het Hof een vraag voor met betrekking tot de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.²

2. Het prejudiciële verzoek vindt plaats in het kader van een geding tussen de Azienda Sanitaria Locale di Lecce (lokale gezondheidsdienst te Lecce [Italië]; hierna: „ASL Lecce”) en een reeks van ingenieurs- en architectenorganisaties naar aanleiding van een door de ASL Lecce en de Università del Salento (universiteit van Salento [Italië]; hierna: „universiteit”) gesloten overeenkomst inzake een opdracht onder bezwarende titel voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsbestendigheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce. Voornoemde ingenieurs- en architectenorganisaties, die niet bij dit project betrokken zijn geworden, verwijten de

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits

² — PB L 134, blz. 114.

ASL Lecce de opdracht zonder het volgen van een openbare aanbestedingsprocedure en dus onrechtmatig aan de universiteit te hebben gegund. De ASL Lecce brengt hiertegen in dat de overeenkomst valt onder de samenwerking tussen en coördinatie van openbare lichamen, aangezien deze is gesloten ter verwezenlijking van een doel van algemeen belang.

3. Het Hof wordt met deze zaak opnieuw in de gelegenheid gesteld zijn rechtspraak op het gebied van het aanbestedingsrecht verder te ontwikkelen. Uitgaande van zijn arrest *Commissie/Duitsland*³ dient het Hof zich uit te spreken over de vraag, of in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin een universiteit met publiekrechtelijk statuut van een openbaar lichaam de opdracht voor advieswerkzaamheden krijgt, de toepassing van het aanbestedingsrecht gerechtvaardigd lijkt. Hierbij moeten verschillende aspecten in het oog worden gehouden, bijvoorbeeld de bevoegdheid van de universiteit om als marktpartij op te treden alsmede de kostendekkende aard van de ontvangen tegenprestatie.

II – Rechtskader

A – *Unierecht*

4. Artikel 1, leden 2, 8 en 9 van richtlijn 2004/18 bepaalt het volgende:

„2.

- a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.[...]
- d) ‚Opdrachten voor diensten’ zijn andere opdrachten dan de opdrachten voor werken of leveringen die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II vermelde diensten.

[...]

8. De termen ‚aannemer’, ‚leverancier’ of ‚dienstverlener’ omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt.

De term ‚ondernemer’ dekt zowel de termen ‚aannemer’, ‚leverancier’ als ‚dienstverlener’.

[...]

9. Volgens artikel 1, lid 9, van de richtlijn worden als ‚aangebestede diensten’ aangemerkt: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling’ wordt iedere instelling verstaan

- a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
- b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en

3 — Arrest van 9 juni 2009, C-480/06, Jurispr. blz. I-4747.

- c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[...]”

5. Volgens artikel 7 ervan is deze richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten, waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw”) groter is dan het drempelbedrag van 206 000 EUR, voor zover het hierbij gaat om overheidsopdrachten voor leveringen en voor diensten geplaatst door andere aanbestedende diensten dan die welke in bijlage IV zijn vermeld. Volgens artikel 9 van de richtlijn moet de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht gebaseerd zijn op het totale bedrag, exclusief btw, zoals geraamd door de aanbestedende dienst. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract.

6. Artikel 16, sub f, van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten betreffende diensten voor onderzoek en ontwikkeling, met uitzondering van die waarvan de resultaten in hun geheel aan de aanbestedende dienst toekomen voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, mits de dienstverlening volledig door de aanbestedende dienst wordt beloond.

7. Artikel 20 van die richtlijn bepaalt dat de opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II A vermelde diensten overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 worden geplaatst. Ingevolge artikel 28 maken de aanbestedende diensten bij het plaatsen van hun overheidsopdrachten gebruik van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast. Bijlage II A vermeldt onder andere de navolgende categorieën diensten: „Onderzoeks- en ontwikkelingswerk” (categorie 8) en „Diensten van architecten; diensten van ingenieurs en geïntegreerde diensten van ingenieurs; diensten in verband met stedenbouw en landschapsarchitectuur; aanverwante diensten in verband met wetenschappelijke en technische adviezen; diensten voor technische keuring en controle” (categorie 12).

B – Nationaal recht

8. Artikel 15, lid 1, van wet nr. 241 van 7 augustus 1990, waarbij nieuwe bepalingen op het gebied van zowel de administratieve procedure als de toegang tot de administratieve documenten zijn ingevoerd (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)⁴, bepaalt dat overheden steeds onderling overeenkomsten kunnen sluiten om de verrichting in onderlinge samenwerking van activiteiten van algemeen belang te regelen.

9. Artikel 66 van de verordening van de president van de Republiek (Decreto del Presidente della Repubblica) nr. 382/1980 bepaalt het volgende:

„De universiteiten kunnen, op voorwaarde dat dit niet in de weg staat aan de vervulling van hun didactische en wetenschappelijke taak, onderzoeks- en adviesverleningsactiviteiten verrichten op grond van overeenkomsten met openbare en particuliere lichamen. De uitvoering van die overeenkomsten wordt over het algemeen toevertrouwd aan de respectieve vakgebieden of, bij gebreke hiervan, aan de instituten of de universitaire ziekenhuizen of aan individuele docenten die voltijds werken.

4 — GURI nr. 192 van 18 augustus 1990.

De opbrengsten van de prestaties van de overeenkomsten bedoeld in het vorige lid worden verdeeld volgens een reglement.

[...]

Het docerend en niet-docerend personeel dat meewerkt aan die prestaties kan worden vergoed tot een totaal jaarlijks bedrag van niet meer dan 30 % van het totale salaris. Hoe dan ook mag het aldus aan het personeel betaalde bedrag niet groter zijn dan 50 % van de globale opbrengsten van de prestaties.

Het in de tweede alinea bedoelde reglement bepaalt het bedrag dat moet worden bestemd voor algemene kosten van de universiteit alsmede de criteria voor de toekenning aan het personeel van het in de derde alinea bedoelde bedrag.

[...]

De opbrengsten die voortkomen uit de in de vorige alinea bedoelde activiteit vormen inkomsten in de begroting van de universiteit.”

10. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt voorts dat de universiteiten krachtens de specifieke, hun werkzaamheden betreffende rechtsvoorschriften de hoofdcentra van wetenschappelijk onderzoek zijn.

III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

11. Via het door de directeur-generaal van de ASL Lecce op 7 oktober 2009 goedgekeurde aanbestedingsbestek en het daaropvolgende als „adviesverleningsovereenkomst” aangeduide contract is een schriftelijke overeenkomst tussen twee overheden gesloten, namelijk tussen de voormelde ASL Lecce en de universiteit, voor de uitvoering tegen vergoeding van activiteiten inzake het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid (dat wil zeggen de kwetsbaarheid van een constructie in geval van een aardbeving) van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce, te verrichten tegen de achtergrond van de recente nationale bepalingen op het gebied van de veiligheid van constructies, in het bijzonder strategische gebouwen.

12. In het aanbestedingsbestek werd de te leveren prestatie als volgt aangeduid:

- specificatie van het soort constructie, van de gebruikte bouwmaterialen en van de gehanteerde berekeningsmethoden; beknopt onderzoek van de feitelijke toestand ten opzichte van de beschikbaar gestelde projectdocumentatie;
- beoordeling van de stevigheid van de constructie, beknopte beoordeling van de algehele kwetsbaarheid van het gebouw in geval van aardbevingen, eventuele plaatselijke analyses met betrekking tot bouwkundige elementen of subsystemen die van belang zijn voor de bepaling van de algehele kwetsbaarheid bij aardbevingen;
- uitwerking van de in het vorige streepje bedoelde resultaten en opstelling van technische werkbladen ten behoeve van bouwkundige beoordelingen; in het bijzonder: rapporten over het geconstateerde soort gebouw, de gebruikte materialen en de staat van onderhoud van de constructie, met bijzondere nadruk op de aspecten die een grote invloed hebben op de bouwkundige kwetsbaarheid bij aardbevingen in het gebied waar de constructie is gelegen; technische werkbladen met de classificatie van de kwetsbaarheid van de ziekenhuizen in geval van aardbevingen; technische rapporten over de bouwkundige elementen of subsystemen met een hogere mate van kwetsbaarheid in geval van aardbevingen; voorlopige suggesties en beknopte

beschrijving van de aanpassings- of verbeteringswerkzaamheden met het oog op een betere aardbevingsbestendigheid, met bijzondere nadruk op de voordelen en de beperkingen uit technisch en economisch oogpunt van de diverse in aanmerking komende procedés.

13. Volgens de adviesverleningsovereenkomst diende de activiteit in nauwe samenwerking tussen de door de ASL Lecce opgerichte werkgroep en de universitaire werkgroep te worden verricht, eventueel met behulp van hooggekwalificeerd extern personeel. De wetenschappelijke verantwoordelijkheid berustte bij twee personen aangewezen door respectievelijk de aanbestedende dienst en de betrokken vakgroep. De eigendom van de uit het onderzoek voortkomende resultaten kwam toe aan de ASL Lecce, waarbij deze laatste echter de verplichting had om de vakgroep uitdrukkelijk te vermelden indien de resultaten in technisch-wetenschappelijke kring werden gepubliceerd. Voor de gehele dienstverrichting diende de ASL Lecce aan de universiteit een bedrag van 200 000 EUR exclusief btw te betalen, te voldoen in vier termijnen. In geval van voortijdige ontbinding van de overeenkomst zou de universiteit recht hebben op een bedrag ter hoogte van de tot dat moment verrichte werkzaamheden en de opgekomen kosten.

14. Op drie beroepen, respectievelijk ingesteld door de Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (orde van ingenieurs van de provincie Lecce), de Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE) (vereniging van de organisaties van ingenieurs, architectuur en technisch-economische adviesverlening), samen met de ondernemingen Etacons srl, Vito Prato Engineering srl, Barletti – del Grosso & associati srl – en de Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce (orde van architecten van de provincie Lecce), heeft het Tribunale Amministrativo Regionale Puglia de rechtstreekse gunning van voormelde opdracht aan de universiteit onrechtmatig verklaard op grond dat de openbare aanbestedingsprocedures niet waren gevolgd.

15. De ASL Lecce en de universiteit zijn tegen die uitspraken opgekomen bij de verwijzende rechter. In zijn verwijzingsbeslissing twijfelt deze rechter of het sluiten van een overeenkomst als de litigieuze in strijd is met richtlijn 2004/18. Dienaangaande vraagt hij zich af of de overeenkomst beantwoordt aan de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde voorwaarden voor samenwerking tussen overheden. Er zouden weliswaar bepaalde aanknopingspunten zijn die hiervoor pleiten, maar zekerheid hieromtrent zou er niet zijn, temeer omdat andere aspecten op het tegendeel wijzen. Aangezien de rechtspraak van het Hof geen beslissende uitleggingsaanwijzingen zou bevatten, heeft de Consiglio di Stato de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staat richtlijn 2004/18 [...], in het bijzonder artikel 1, lid 2, sub a en d, artikel 2, artikel 28 en bijlage II, categorieën 8 en 12, in de weg aan een nationale regeling op basis waarvan schriftelijke overeenkomsten tussen twee aanbestedende diensten kunnen worden gesloten voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen, te verrichten tegen de achtergrond van de nationale bepalingen inzake de veiligheid van constructies en in het bijzonder strategische gebouwen, tegen een vergoeding die niet hoger is dan de kosten van de uitvoering van de prestatie, indien de uitvoerende overheidsdienst de hoedanigheid van ondernemer kan hebben?”

IV – Procesverloop voor het Hof

16. De verwijzingsbeschikking van 9 november 2010 is ingeschreven ter griffie van het Hof op 1 april 2011.

17. De ASL Lecce, de universiteit, de Consiglio Nazionale degli Ingegneri (hierna: „CNI”), de Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (hierna: „OICE”), de Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori (hierna: „CNAPPC”), de Italiaanse, de Tsjechische, de Poolse, de Zweedse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof genoemde termijn.

18. Ter terechtzitting van 27 maart 2012 zijn de vertegenwoordigers van de ASL Lecce, de universiteit, de CNI, de OICE, de CNAPPC, de Italiaanse, de Poolse en de Zweedse regering alsmede de Commissie verschenen om opmerkingen te maken.

V – Belangrijkste opmerkingen van de deelnemers aan de procedure

19. Ik zal mij in het kader van mijn uiteenzettingen buigen over de opmerkingen van de deelnemers aan de procedure.

VI – Juridische beoordeling

A – Algemeen

20. Volgens de bewoordingen van de prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de geldende nationale bepalingen als verenigbaar met richtlijn 2004/18 kunnen worden aangemerkt voor zover zij overeenkomsten als die in het hoofdgeding toelaten. Bezieet men evenwel de rechtsproblematiek van de onderhavige zaak in haar gehele samenhang dan moet worden geconstateerd dat de door het Hof te beantwoorden hoofdvraag is of de litigieuze overeenkomst verenigbaar is met richtlijn 2004/18. Om de nationale rechter een voor de beslechting van het hoofdgeding nuttig antwoord te geven, lijkt het mij zinvol om het zwaartepunt van de analyse naar dit aspect te verplaatsen. Derhalve zal ik mij in het kader van mijn onderzoek buigen over de vraag of in het hoofdgeding inbreuk is gemaakt op richtlijn 2004/18. Mijns inziens bestaat er geen dwingende noodzaak om hiertoe de prejudiciële vraag te herformuleren, temeer omdat uit de constatering van een mogelijke inbreuk indirect blijkt of het geldende nationale recht strookt met het Unierecht. Mocht uit het onderzoek blijken dat de litigieuze overeenkomst niet in lijn is met richtlijn 2004/18, dan kan de in Italië bestaande juridische situatie ook niet als in overeenstemming met het Unierecht worden aangemerkt.

21. Richtlijn 2004/18 zou in de weg staan aan een overeenkomst als die tussen de ASL Lecce en de universiteit, ingeval de opdracht voor de uitvoering tegen vergoeding van activiteiten inzake het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van bepaalde ziekenhuizen volgens het Unierecht openbaar had moeten worden aanbesteed, aangezien in het hoofdgeding een aanbesteding niet heeft plaatsgevonden. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, is de litigieuze opdracht in plaats daarvan rechtstreeks aan de universiteit gegund. Zou blijken dat sprake is van een aanbestedingsverplichting, dan moet voorts worden nagegaan of in voorkomend geval het achterwege laten van een openbare aanbesteding toelaatbaar is op grond van een uitzondering, waarbij in het hoofdgeding zowel de in richtlijn 2004/18 zelf neergelegde uitsluitingen als de in de rechtspraak van het Hof tot ontwikkeling gekomen rechtsfiguur van de samenwerking tussen overheden voor de vervulling van een taak van algemeen belang in aanmerking komen.

B – Toepasselijkheid van richtlijn 2004/18

22. Een en ander vereist evenwel dat de litigieuze overeenkomst in het geheel binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Dit vormt het eerste onderdeel van mijn onderzoek, waarover ik mij hierna zal buigen.

1. Voorwaarde van een overheidsopdracht

a) Verlening van diensten

23. Enkel een „overheidsopdracht” kan binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijn vallen. Wellicht kan de litigieuze overeenkomst onder een van de in artikel 1, lid 2, van de richtlijn opgesomde soorten overheidsopdrachten worden gerangschikt. Mijns inziens komt, gelet op de beschikbare feitelijke informatie, een indeling onder „overheidsopdrachten voor diensten” in de zin van de definitie in artikel 1, lid 2, sub d, in aanmerking. Overheidsopdrachten voor diensten worden hierin gedefinieerd als „andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten”. De werkzaamheden die de universiteit volgens de overeenkomst dient uit te voeren, komen wat hun voorwerp betreft overeen met de in categorie 12 in bijlage II A genoemde vorm van diensten („diensten van architecten; diensten van ingenieurs en geïntegreerde diensten van ingenieurs bij kant-en-klaar opgeleverde projecten; diensten in verband met stedenbouw en landschapsarchitectuur; diensten in verband met aanverwante wetenschappelijke en technische adviezen; diensten voor keuring en controle”). Het gaat namelijk om complexe technische werkzaamheden, waarbij zowel de naleving van bouwkundige voorschriften alsook de kwetsbaarheid van gebouwen bij aardbevingen wordt onderzocht. Zij houden duidelijk verband met architectuur en vergen omvangrijke adviesactiviteiten door ter zake deskundige medewerkers van de universiteit.

b) Overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer

24. Voorts gaat de definitie van „overheidsopdrachten voor diensten”, voor zover deze is gebaseerd op het begrip „overheidsopdrachten” in artikel 1, lid 2, sub a, van de richtlijn, uit van een schriftelijke overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer.

25. Aan de wettelijke voorwaarde van de opschriftstelling is voldaan, aangezien de op 29 oktober 2009 gesloten „adviesverleningsovereenkomst” op schrift is vastgelegd.

26. Volgens artikel 1, lid 9, van de richtlijn worden als „aangebestede diensten” aangemerkt: „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen”. In zijn eigenschap als deel van het openbaar bestuur voldoet de ASL Lecce aan de voorwaarden om als aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn te worden aangemerkt.

27. Wat een mogelijke kwalificatie van de universiteit als „ondernemer” betreft, moet worden geconstateerd dat dit begrip ingevolge artikel 1, lid 9, van de richtlijn ook „dienstverleners” omvat. Hieronder moet worden verstaan „elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die [...] diensten op de markt aanbiedt”. De Università del Salento zelf heeft, zoals uit haar schriftelijke opmerkingen⁵ blijkt, een publiekrechtelijke status. Relevant in dit verband is artikel 66 van het decreto del presidente de la Repubblica (DPR) nr. 382/1980, aangezien deze bepaling universiteiten machtigt om overeenkomsten en afspraken met openbare en particuliere lichamen aan te gaan ter verrichting van onderzoeks- en adviesverleningsactiviteiten. Hieruit kan worden afgeleid dat volgens nationaal recht universiteiten niet alleen centra van onderwijs en onderzoek zijn, maar ook als ondernemer in de zin van bovenstaande definitie mogen optreden.

5 — Blz. 2 van de schriftuur van de universiteit.

28. Ik verwijs naar het arrest CoNISMa⁶, waarin het Hof heeft verklaard dat universiteiten als ondernemers ook aan aanbestedingsprocedures mogen deelnemen. Voorts heeft het Hof in dit arrest verklaard dat de kwalificatie als ondernemer niet noodzakelijkerwijs beperkt is tot enkel die marktdeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd.⁷ Veeleer mag iedere persoon of instantie inschrijven of zich als gegadigde opgeven, wanneer deze zich in staat acht om de betrokken opdracht uit te voeren, ongeacht zijn privaat- dan wel publiekrechtelijke status, en tevens ongeacht de vraag of hij op systematische basis dan wel slechts occasioneel actief is op de markt, en of hij met overheidsgeld wordt gesubsidieerd.⁸ Het Hof heeft bovendien verklaard dat een restrictieve uitlegging van het begrip „ondernemer” tot gevolg zou hebben dat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten en lichamen die bij hun handelen niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet zouden worden beschouwd als „overheidsopdrachten”, dat zij onderhands zouden kunnen worden gesloten en dat zij buiten het bereik van de Unierechtelijke voorschriften inzake gelijke behandeling en transparantie zouden blijven, wat indruist tegen de doelstelling van die regels.

29. Bijgevolg moet de tussen de ASL Lecce en de universiteit tot stand gekomen afspraak als een schriftelijke overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer worden beschouwd.

c) Diensten onder bezwarende titel

30. Een verdere voorwaarde voor de kwalificatie van een overeenkomst als „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van de richtlijn is dat zij onder bezwarende titel moet zijn gesloten. Het begrip „onder bezwarende titel” vereist dat tegenover de prestatie van de inschrijver ook een vergoedingsverplichting van de opdrachtgever staat. Naast de deelname van twee personen is hierbij ook de wederkerigheid in de vorm van een materiële prestatieruil bedoeld. Deze wederkerigheid van de contractuele relatie is een noodzakelijk constitutief element van een aanbestedingsverplichting.

31. In het hoofdgeding was de ASL Lecce volgens de litigieuze overeenkomst weliswaar gehouden om de universiteit een vergoeding te betalen. In casu gold evenwel de bijzonderheid dat de toegezegde vergoeding niet hoger zou zijn dan de kosten van de uitvoering van de prestatie. Tegen deze achtergrond rijst de vraag of ook kostendekkende vergoedingen onder het begrip „onder bezwarende titel” vallen. Mijns inziens pleit een aantal argumenten voor een ruime uitlegging van dit begrip, en zulks in die zin dat elke vorm van vergoeding die een geldelijke waarde kan vertegenwoordigen hieronder dient te vallen.

32. Zoals de nationale rechter in zijn verwijzingsbeslissing⁹ terecht opmerkt, betekent de enkele afwezigheid van winst namelijk niet dat de overeenkomst om niet is. Vanuit economisch oogpunt blijft de overeenkomst wel degelijk onder bezwarende titel gesloten, temeer omdat de ontvanger een op geld waardeerbare prestatie¹⁰ ontvangt en zij bijgevolg in beginsel binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 kan vallen. Los hiervan kan het standpunt worden verdedigd dat enkel met een ruime opvatting van het begrip „onder bezwarende titel” recht wordt gedaan aan het doel van de aanbestedingsrichtlijnen, namelijk het openen van de markten voor echte mededinging.¹¹ Alleen op

6 — Arrest van 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, Jurispr. blz. I-12129).

7 — Ibidem, punt 35.

8 — Ibidem, punt 42.

9 — Zie blz. 22, punt 34, van de verwijzingsbeslissing.

10 — Zie Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (uitg. Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), deel B5, punt 24, blz. 4, die het standpunt huldigt dat het kenmerk van een vergoeding in beginsel bij elk op geld waardeerbaar voordeel als vervuld moet worden aangemerkt. Zo ook Eisner, C., „Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil 1)”, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, blz. 190, die van mening is dat, zodra daadwerkelijk een vergoeding voor een prestatie is overeengekomen, de betrokken verrichting aan de aanbestedingsrechtelijke bepalingen moet worden getoetst.

11 — Zie Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, deel 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg, 2007, blz. 617, punt 2012.

deze wijze kan het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijnen worden gewaarborgd en ontduiking van het aanbestedingsrecht, bijvoorbeeld door het overeenkomen van andere vormen van vergoeding waaruit niet zonder meer een winstoommerk blijkt, zoals in geval van ruilovereenkomsten of wanneer contractpartijen afzien van de over en weer bestaande rechten, worden verhinderd.¹²

33. Een dergelijke opvatting van het begrip „onder bezwarende titel” is tevens in lijn met de ruime definitie die het Hof geeft van het begrip „vergoeding” voor het vrij verrichten van diensten als bedoeld in artikel 56 VWEU.¹³ Gelet op het feit dat richtlijn 2004/18 blijkens haar rechtsgrondslag in artikel 95 EG (thans artikel 114 VWEU) tot doel heeft bij te dragen aan de verwezenlijking van de fundamentele vrijheden op de interne markt, hetgeen in punt 2 van de considerans tot uitdrukking wordt gebracht, lijkt een ruime uitlegging van het begrip „onder bezwarende titel” consequent. Overeenkomstig deze ruime uitlegging mag met betrekking tot degene die moet presteren het behalen van winst niet als dwingende voorwaarde gelden. Aan het vereiste van een overeenkomst onder bezwarende titel is ook dan voldaan, wanneer de presterende partij enkel een kostendekkende betaling in de vorm van een kostenvergoeding ontvangt. Bijgevolg moeten ook de zogenoemde loutere vergoedingen onder het begrip „onder bezwarende titel” vallen.¹⁴

34. Bijgevolg is de litigieuze overeenkomst naar haar aard een overeenkomst onder bezwarende titel en is in het hoofdgeding sprake van een „overheidsopdracht voor diensten” in de zin van de in artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 opgenomen definitie.

2. Bereiken van de respectieve drempelwaarde

a) Onderschrijding van de toepasselijke drempelwaarde?

35. De aanbestedingsrichtlijnen met hun strikte procedurevoorschriften gelden niet voor elke kleine opdracht. Veeleer moet de geldelijke tegenwaarde van de betrokken opdracht een bepaalde drempelwaarde bereiken om onder de aanbestedingsnormen te vallen. Reeds uit het oogpunt van proportionaliteit moeten de voor een deel zeer arbeidsintensieve aanbestedingsprocedures niet voor elke opdracht van geringe omvang van toepassing zijn. Bovendien is het niet erg aannemelijk dat bij een opdracht met een geringe waarde sprake is van een serieus te nemen grensoverschrijdend handelsbelang.

36. Hiermee bewerkstelligen de drempelwaarden een verdeling van het aanbestedingsrecht in twee klassen. Bij overschrijding van de drempelwaarden moeten gedetailleerde richtlijnbevestigingen in acht worden genomen. Onder de drempelwaarden is enkel het primaire aanbestedingsrecht van de Unie met de uit de rechtspraak van het Hof af te leiden ongeschreven beginselen van toepassing. Deze tweedeling is in de onderhavige zaak relevant, omdat de drempelwaarde in het hoofdgeding mogelijk niet is bereikt, hetgeen nader zal moeten worden onderzocht.

37. Ingevolge artikel 9, lid 1, van richtlijn 2004/18 moet de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht gebaseerd zijn op het totale bedrag, exclusief btw, zoals geraamd door de aanbestedende dienst. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract. Uit het dossier blijkt dat de ASL Lecce zich tot betaling van een tegenprestatie van 200 000 EUR, exclusief btw, heeft verplicht. Uitgaande van dit bedrag als basis van de contractueel overeengekomen dienstverrichtingen, moet worden geconstateerd dat hiermee niet de drempelwaarde van 206 000 EUR wordt bereikt, zoals

12 — Ibidem.

13 — Zie arrest van 27 september 1988, Humbel & Edel (263/86, Jurispr. blz. 5365, punt 18). Volgens Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (uitg. Heinz Mayer), Wenen, 2003, artikel 49 EG, punt 8, blz. 5, is de kostendekkende aard van een tegenprestatie al voldoende om te kunnen spreken van een overeenkomst onder bezwarende titel.

14 — Frenz, W., aangehaald in voetnoot 11, blz. 618, punt 2013.

die in artikel 7, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 in de op 29 oktober 2009, dat wil zeggen de ten tijde van de afsluiting van de litigieuze overeenkomst van toepassing zijnde versie, is neergelegd. Bijgevolg zou de verenigbaarheid van de litigieuze overeenkomst met het aanbestedingsrecht van de Unie ook niet mogen worden getoetst aan richtlijn 2004/18. Als maatstaf zou enkel het primaire recht, met name de bepalingen inzake de fundamentele vrijheden, in aanmerking mogen komen.

38. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen uiteenzet¹⁵, mag van de andere kant niet uit het oog worden verloren dat de drempelwaarde niet lang daarna naar 193 000 EUR is verlaagd, en wel bij verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 met ingang van 1 januari 2010.¹⁶ Hiermee zou de geraamde waarde van de diensten de nieuwe drempelwaarde overschrijden. Dit doet de vraag rijzen van welke drempelwaarde in het hoofdgeding moet worden uitgegaan. Dit is evenwel verbonden met de vraag welke versie van richtlijn 2004/18 in het hoofdgeding van toepassing is. Om die vraag te kunnen beantwoorden, moet worden nagegaan welk tijdstip doorslaggevend is voor de toepassing van een aanbestedingsrichtlijn.

39. Richtlijn 2004/18 bevat een reeks van bepalingen die de rechtsbeoefenaar dienen te helpen bij de bepaling van het doorslaggevende tijdstip voor de berekening van de waarde van de opdracht. Zo is bijvoorbeeld ingevolge artikel 9, lid 2, van de richtlijn het tijdstip van verzending van de aankondiging van de opdracht doorslaggevend of, wanneer deze aankondiging niet vereist is, het tijdstip waarop de procedure voor de gunning van de opdracht door de aanbestedende dienst wordt ingeleid. Men zou dus in beginsel van deze bepalingen kunnen uitgaan om de temporele toepasselijkheid van de doorslaggevende versie van richtlijn 2004/18 te bepalen. Dienaangaande moet evenwel worden geconstateerd dat deze bepalingen uitgaan van een situatie, waarin daadwerkelijk een aanbestedingsprocedure is gevolgd. Zij bevatten evenwel geen aanwijzingen voor gevallen waarin – zoals in het hoofdgeding – een aanbesteding om welke reden dan ook achterwege is gebleven. Aangezien ter zake van laatstgenoemde situatie uitdrukkelijke bepalingen ontbreken, dient een aantal fundamentele overwegingen te worden gemaakt om voor deze situatie een oplossing te vinden die hieraan in voldoende mate recht doet.

40. In mijn conclusie in de zaak Commissie/Duitsland¹⁷ heb ik gewezen op de omstandigheid dat de in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen drempelbedragen geregeld worden aangepast. Daarom zijn duidelijke regels nodig om de van toepassing zijnde drempelwaarde te bepalen. Dit is de reden waarom ik in die conclusie heb voorgesteld om in het geval van een achterwege gebleven aanbesteding uit te gaan van het tijdstip van de contractuele onderhandelingen als doorslaggevend tijdstip voor de bepaling van de toepasselijke drempelwaarde en daarmee indirect ook voor de temporele toepasselijkheid van een aanbestedingsrichtlijn.¹⁸ Dit lijkt plausibel, temeer omdat het belangrijk is uit te gaan van een tijdstip waarop voldoende zekerheid bestaat met betrekking tot de totale omvang van het volume van de opdracht alsmede de vermoedelijke waarde ervan. De hierboven genoemde regelingen in artikel 9, lid 2, van richtlijn 2004/18 zijn op dezelfde gedachte gebaseerd. Aangezien ervan moet worden uitgegaan dat op zijn laatst op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst definitieve zekerheid bestond over de vermoedelijke waarde van de opdracht, zou dit in het hoofdgeding het doorslaggevende tijdstip moeten zijn. Dit betekent dat in het hoofdgeding richtlijn 2004/18 in haar oudere versie van toepassing is. Aangezien de waarde van de contractueel overeengekomen dienstverrichting onder de hierin bepaalde drempelwaarde ligt, zou, zoals ik reeds heb uiteengezet, de verenigbaarheid van de litigieuze overeenkomst met het aanbestedingsrecht van de Unie in beginsel enkel aan de hand van het primaire recht moeten worden onderzocht.

15 — Voetnoot 22 van de schriftuur van de Commissie.

16 — Verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB L 314, blz. 64).

17 — Conclusie van 14 april 2010, Commissie/Duitsland (C-271/08, arrest van 15 juli 2010, Jurispr. blz. I-7091, punt 143).

18 — Ibidem.

41. In de Verdragen zijn weliswaar geen uitdrukkelijke voorschriften inzake het aanbestedingsrecht te vinden.¹⁹ Het Hof heeft niettemin uit de fundamentele vrijheden, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het algemene beginsel van gelijke behandeling aanbestedingsrechtelijke beginselen afgeleid en naargelang het te beoordelen individuele geval concrete aanbestedingsrechtelijke vereisten geformuleerd die door de aanbestedende dienst in acht moeten worden genomen. Zo vereist het primairrechtelijke beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de aanbesteding van overheidsopdrachten bijvoorbeeld dat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding over dezelfde kansen moeten beschikken, ongeacht hun nationaliteit.²⁰ De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit houden met name een transparantieplichting in die erop neerkomt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gewaarborgd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.²¹

42. De verwijzende rechter verstrekt evenwel niet de feitelijke informatie en toelichtingen die noodzakelijk zijn om na te gaan of de uit het primaire recht afkomstige aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht zijn genomen. Dit houdt niet in de laatste plaats verband met het feit dat deze zijn prejudiciële verzoek om uitlegging van het Unierecht heeft beperkt tot richtlijn 2004/18. De uiteenzettingen van de verwijzende rechter hebben dienovereenkomstig uitsluitend betrekking op aspecten die relevant zijn voor een uitlegging van deze handeling van secundair recht.

43. Het Hof heeft met betrekking tot de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen gewezen op het vereiste van een toereikende omschrijving in de verwijzingsbeslissing van het feitelijk en juridisch kader van het hoofdgeding. Dit vereiste heeft tot doel, enerzijds, het Hof in staat te stellen, tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het Unierecht te komen²², en anderzijds, de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid te bieden, overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie opmerkingen te maken.²³ Aan beide doelen wordt, in elk geval wat het hoofdgeding betreft, evenwel pas recht gedaan wanneer de verwijzende rechter een overeenkomstig verzoek tot uitlegging van het primaire recht aan het Hof voorlegt en zijn weergave van het feitelijk en juridisch kader van het hoofdgeding met overeenkomstige uiteenzettingen aanvult. Het verdient bijgevolg aanbeveling om de verwijzende rechter op de mogelijkheid van een nieuw prejudicieel verzoek te wijzen.

44. Een nieuw prejudicieel verzoek komt evenwel pas dan in aanmerking wanneer definitief vaststaat dat de toepasselijke drempelwaarde inderdaad niet is overschreden. Het staat aan de nationale rechter om het noodzakelijke feitenonderzoek te verrichten om met zekerheid uit te sluiten dat niet nog andere bedragen als onderdeel van de overeengekomen tegenprestatie in aanmerking moeten worden genomen. Met name moet worden nagegaan hoe de waarde van de opdracht van de ASL Lecce is berekend. De nationale rechter zal zich moeten buigen over een reeks van vragen, onder andere of inschrijvingsposten mogelijk te laag zijn gehouden, of contractueel is bepaald dat dergelijke posten

19 — Zie Frenz, W., aangehaald in voetnoot 11, blz. 533, punt 1721.

20 — Arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 48).

21 — Arresten van 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 21), en 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, Jurispr. blz. I-9913, punt 49). Zie met betrekking tot deze verhouding tussen het verbod van ongelijke behandeling en het vereiste van transparantie arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 60 e.v.); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 17 e.v.); 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punten 30 e.v.), en 21 februari 2008, Commissie/Italië (C-412/04, Jurispr. blz. I-619, punt 66).

22 — Zie arrest van 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90-C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 6).

23 — Zie arresten van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 40), en 25 maart 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a. (C-480/00-C-482/00, C-484/00, C-489/00-C-491/00, C-497/00-C-499/00, Jurispr. blz. I-2943, punt 73).

naderhand aan de werkelijke kosten zouden worden aangepast en of tussen de contractpartijen een verdeling van de opdrachten, inclusief een gescheiden berekening van de posten is overeengekomen.²⁴ Dat de drempelwaarde in het hoofdinging net niet is bereikt, maakt de beantwoording van deze vragen des te urgenter.

b) Vermoeden van relevantie van de prejudiciële vraag voor de beslechting van het geding

45. Mocht de waarde van de opdracht inderdaad onder de in het hoofdinging relevante drempelwaarde van 206 000 EUR liggen, dan zou deze omstandigheid de vraag kunnen doen rijzen of de prejudiciële vraag relevant is voor de beslechting van het hoofdinging, temeer omdat zij uitdrukkelijk de uitlegging van richtlijn 2004/18 in plaats van het toepasselijke primaire recht tot voorwerp heeft. De prejudiciële vraag zou mogelijk in zoverre niet relevant voor de beslechting van het hoofdinging kunnen zijn, dat niet volstrekt duidelijk is wat de samenhang ervan is met de werkelijkheid, dat wil zeggen het voorwerp van het hoofdinging.

46. Volgens vaste rechtspraak is het in het kader van de in artikel 267 VWEU geregelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechter uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, gelet op de bijzonderheden van het geval, de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen alsmede de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.²⁵ Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht uitspraak te doen.²⁶

47. Bijgevolg kan het vermoeden van relevantie dat op de prejudiciële vragen van nationale rechterlijke instanties rust, slechts in uitzonderingsgevallen worden opgeheven, namelijk wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van de in die vragen genoemde bepalingen van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdinging.²⁷ Het laatstgenoemde is evenwel niet van toepassing op het hoofdinging, temeer omdat niet kan worden uitgesloten dat de verwijzende rechter na beoordeling van alle omstandigheden van het hoofdinging, met name de wijze waarop de waarde van de opdracht van de ASL Lecce is berekend²⁸, tot de conclusie komt dat richtlijn 2004/18 uiteindelijk toch van toepassing is in het hoofdinging, omdat de toepasselijke drempelwaarde is overschreden.

48. Bijgevolg dient het Hof gevolg te geven aan het verzoek van de verwijzende rechter en richtlijn 2004/18 uit te leggen.

24 — In verband met deze berekeningsmethoden bevatten alle aanbestedingsrichtlijnen uitdrukkelijk genormeerde ontduikingsverboden. In de eerste plaats mogen opdrachten niet worden gesplitst om ze te onttrekken aan de toepassing van de toepasselijke richtlijn. In de tweede plaats verbieden de richtlijnen ontduiking door het kiezen van de berekeningsmethode. Daarenboven kan uit de ontduikingsverboden een algemeen verbod van te lage raming die het gevolg is van opzet of grove nalatigheid worden afgeleid (zie Frenz, W., aangehaald in voetnoot 11, blz. 209, punt 822, en Trepte, P., *Public Procurement in the EU*, 2e druk, Oxford, 2007, blz. 262 e.v.).

25 — Volgens deze rechtspraak heeft de nationale rechter rechtstreeks kennis van de feiten van het geding en van de door partijen aangevoerde argumenten en is hij het best in staat om, met volledige kennis van zaken, het belang van de in het bij hem aanhangige geding opgeworpen rechtsvragen te beoordelen en te beslissen, of een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis noodzakelijk is (zie arrest van 22 juni 2000, *Marca Mode*, C-425/98, Jurispr. blz. I-4861, punt 21).

26 — Zie onder andere arresten van 13 maart 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38); 22 mei 2003, *Korhonen e.a.* (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321, punt 19); 19 april 2007, *Asemfo* (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 30), en 1 oktober 2009, *Gottwald* (C-103/08, Jurispr. blz. I-9117, punt 16).

27 — Zie onder andere arresten van 15 december 1995, *Bosman* (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61); 1 april 2008, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering* (C-212/06, Jurispr. blz. I-1683, punt 29), en arrest *Gottwald* (aangehaald in voetnoot 26, punt 17).

28 — Zie punt 44 van deze conclusie.

3. Ontbrekende relevantie van een uitzondering

49. Terwijl met de drempelwaarde een eerste zuiver financiële afbakening van het aanbestedingsrecht wordt gemaakt, bevatten de richtlijnen bovendien uitdrukkelijke uitsluitingsbepalingen voor specifieke gebieden. Hiervan moeten worden onderscheiden de ongeschreven uitzonderingen die het Hof in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld en die in wezen situaties betreffen, waarin regionale respectievelijk lokale overheidsdiensten samen taken in het algemeen belang uitoefenen. De uitzonderingsbepalingen zijn bedoeld om de aanbestedingsrichtlijnen met een hogere mate van precisie hun werking te laten ontplooiën. In het bijzonder dienen die gebieden te worden uitgezonderd van de werkingsfeer van het aanbestedingsrecht, waarop geen aanbestedingsspecifieke gevaren voor de mededinging bestaan, een grensoverschrijdend handelsbelang ontbreekt of een toepassing van het aanbestedingsrecht onvoldoende recht zou doen aan de eigenheden en bijzondere behoeften van het gebied waarvoor de uitzondering bestaat.²⁹

50. Los van de vraag welke soort uitzondering in een bepaald geval van toepassing is, moet in het oog worden gehouden dat vanwege het doel van aanbestedingsrichtlijnen de aanbesteding van overheidsopdrachten in alle lidstaten aan uniforme regelingen te onderwerpen en de aanbesteding van overheidsopdrachten in het algemeen voor mededinging open te stellen, de uitzonderingsbepalingen van de richtlijnen limitatief en bovendien in beginsel strikt moeten worden uitgelegd.³⁰

51. In het hoofdgeding komen zowel gecodificeerde als ongeschreven uitzonderingen in aanmerking, waarvan ik hierna ook in deze systematische volgorde de toepasselijkheid zal onderzoeken.

a) Gecodificeerde uitzonderingen

i) Opdrachten voor diensten op basis van een „alleenrecht”

52. Om te beginnen komt de uitzondering van artikel 18 van richtlijn 2004/18 in aanmerking. Ingevolge deze bepaling „[...] is [deze richtlijn] niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een alleenrecht dat deze uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genieten, op voorwaarde dat deze bepalingen met het Verdrag verenigbaar zijn”. Bijgevolg kan deze uitzondering pas van toepassing zijn, wanneer de universiteit een alleenrecht heeft om diensten van het overeengekomen soort te verrichten.

53. Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat, ook al worden de universiteiten door het Italiaanse recht in artikel 6, lid 4, van legge nr. 168/1989 als „hoofdcentra van wetenschappelijk onderzoek” aangewezen en in artikel 15, lid 1, van legge nr. 241/1990 gemachtigd om met andere overheden „steeds onderling overeenkomsten [te] sluiten om de verrichting in onderlinge samenwerking van activiteiten van algemeen belang te regelen”, hieruit geen alleenrecht in bovengenoemde betekenis kan worden afgeleid. Noch het Italiaanse recht, noch het Unierecht kent een wettelijk verankerd alleenrecht van universiteiten om in opdracht van de overheid activiteiten inzake het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsbestendigheid van de ziekenhuisvoorzieningen te verrichten. Ik ben met de Tsjechische regering³¹ van mening dat deze

29 — Zie Frenz, W. (aangehaald in voetnoot 11, blz. 670, punt 2197).

30 — Zie arresten van 10 maart 1987, Commissie/Italië (199/85, Jurispr. blz. 1039, punt 14); 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 43); 17 november 1993, Commissie/Spanje (C-71/92, Jurispr. blz. I-5923, punt 10), en 13 januari 2005, Commissie/Spanje (C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punten 48 en 58).

31 — Zie punten 17 en 18 van de schriftuur van de Tsjechische regering.

activiteiten op grond van hun aard eerder als een bijkomende onderzoeksactiviteit van de universiteit moeten worden beschouwd en geen deel uitmaken van haar kerntaak als centrum van academische kennisoverdracht, ter zake waarvan de universiteit op het gebied van het onderwijsstelsel van elke lidstaat een alleenrecht heeft.

54. Bijgevolg is de uitzondering van artikel 18 van richtlijn 2004/18 in het hoofdgeding niet van toepassing.

ii) Specifieke uitsluiting voor diensten voor onderzoek en ontwikkeling

55. Verder moet worden nagegaan, of de specifieke uitsluiting in artikel 16, sub f, van richtlijn 2004/18 in het hoofdgeding van toepassing is. Ingevolge deze bepaling is deze richtlijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten „betreffende diensten voor onderzoek en ontwikkeling, met uitzondering van die waarvan de resultaten in hun geheel aan de aanbestedende dienst toekomen voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, mits de dienstverlening volledig door de aanbestedende dienst wordt beloond”.

56. Aan laatstgenoemde voorwaarde is in zoverre voldaan dat de ASL Lecce zich contractueel heeft verplicht tot betaling van een tegenprestatie. Onduidelijk is daarentegen of ook de andere voorwaarden vervuld zijn. Immers, ook wanneer volgens de adviesverleningsovereenkomst de eigendom van alle uit de onderzoeksactiviteiten voortkomende resultaten aan de ASL Lecce zou toekomen, zou hij niettemin verplicht zijn om bij publicatie van de resultaten op technisch-wetenschappelijk gebied de vakgroep uitdrukkelijk te vermelden. Hiermee rijst de vraag in hoeverre de ASL Lecce de uitsluitende eigendom van de onderzoeksresultaten toekwam. In beginsel kan niet worden uitgesloten dat dit het geval was. Bij gebreke van nadere feitelijke inlichtingen betreffende de inhoud van de overeenkomst en de hieraan te verbinden rechtsgevolgen naar nationaal recht is het niet mogelijk om met zekerheid vast te stellen of aan deze voorwaarde voor de uitsluiting in de zin van artikel 16, sub f, van richtlijn 2004/18 is voldaan. Dit zou een vaststelling en beoordeling van feiten vergen, waartoe het Hof in het kader van een procedure krachtens artikel 267 VWEU evenwel niet bevoegd is.³² Dit is veeleer een bevoegdheid van de nationale rechter. Bijgevolg staat het aan hem om na te gaan of, gelet op alle omstandigheden van het hoofdgeding, de uitsluiting van artikel 16, sub f, van richtlijn 2004/18 van toepassing is.

b) Ongeschreven uitsluitingen

57. Zoals gezegd zijn in de rechtspraak van het Hof twee andere uitsluitingen tot ontwikkeling gekomen die betrekking hebben op respectievelijk in house-activiteiten en verschillende vormen van publiek-publieke samenwerking.³³ Met het oog op een onderzoek van hun toepasselijkheid op het hoofdgeding lijkt het mij raadzaam de belangrijkste aspecten ervan weer te geven.

32 — Zie arresten van 6 april 1962, Bosch (13/61, Jurispr. blz. 93), en 5 februari 1963, Van Gend en Loos (26/62, Jurispr. blz. 3).

33 — Zie Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten – Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011) 15 def., blz. 24, waarin de in de rechtspraak van het Hof afgebakende situaties worden vermeld. Hierin pleit de Commissie ervoor om bij de uitwerking van de wetgevingsplannen vast te leggen, welke vormen van samenwerking buiten de toepassing van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten dienen te blijven. Hierbij moet ook rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof.

i) In house-activiteiten

58. Het begrip in house-activiteiten impliceert dat sprake is van een prestatie over en weer binnen één en hetzelfde rechtssubject. In house-activiteiten vormen derhalve geen aanschaffingsrelevante activiteiten, aangezien een aanbestedende dienst de prestatie met eigen middelen levert. Zoals het Hof in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau³⁴ heeft verklaard, is dit uit het oogpunt van het aanbestedingsrecht toelaatbaar. In voornoemd arrest heeft het Hof verklaard dat „[e]en overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, [...] zijn taken van algemeen belang [kan] vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren”. Volgens het Hof „[kan] [er] [i]n dat geval [...] geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is”. De Unierechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten zijn derhalve niet van toepassing op dergelijke situaties.³⁵

59. In het kader van dit soort constellaties dienen zich ook die gevallen aan, waarin een publiekrechtelijk lichaam een opdracht aan een weliswaar zelfstandige rechtspersoon verleent, maar waarbij deze persoon in een bijzondere relatie tot het aanbestedend lichaam staat.³⁶ Ook bij deze problematiek gaat het uiteindelijk om de vraag of er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dienaangaande rijst in de eerste plaats de vraag of hierbij twee verschillende personen betrokken zijn die respectievelijk als aanbestedende dienst en als inschrijver kunnen optreden. Terwijl de vraag of het om één en dezelfde persoon gaat reeds op grond van hun beider juridische zelfstandigheid ontkennend kan worden beantwoord, is de vraag of zij in een concrete situatie respectievelijk de hoedanigheid van aanbestedende dienst en inschrijver hebben vaak lastig te beantwoorden. Onder omstandigheden kunnen beide personen ter zake van een bepaalde overeenkomst zodanig nauwe banden met elkaar hebben dat bij gebreke van een opdracht geen sprake kan zijn van een aanbestedingsverplichting.

60. Om te kunnen spreken van een aanbestedingsverplichting is het volgens het Hof in beginsel voldoende, dat de overeenkomst is gesloten tussen een aanbestedende dienst en een juridisch hiervan verschillende persoon. Sinds het richtingwijzende arrest Teckal³⁷ gaat het Hof evenwel uit van de ontbrekende noodzaak van een aanbesteding en bijgevolg dus van in house-achtige activiteiten „wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen”.³⁸

61. Wat het hoofdgeding betreft, is evenwel geen van beide situaties aan de orde. In de eerste plaats is de overeenkomst waar het in casu om gaat tussen twee verschillende rechtssubjecten gesloten. In de tweede plaats staat het volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter³⁹ vast dat de universiteit aan geen enkele vorm van controle door de ASL Lecce is onderworpen. Bijgevolg kan geen sprake zijn van in house-activiteiten.

34 — Arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1).

35 — Ibidem, punt 48.

36 — Zie Holoubek, M., *EU-Kommentar* (uitg. Jürgen Schwarze), 2e druk, artikel 49/50 EG-Verdrag, punt 151, blz. 753, die erop wijst dat in de rechtspraak van het Hof zowel de opdrachtachtige relatie binnen een rechtspersoon zelf, als de opdrachtverhouding tussen de overheid en op afstand hiervan geplaatste entiteiten van de werkingssfeer van zowel de aanbestedingsrichtlijnen als de fundamentele vrijheden is uitgesloten.

37 — Aangehaald in voetnoot 30.

38 — Zie arresten Teckal (aangehaald in voetnoot 30, punt 50); Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 34, punt 49), en Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 3, punt 34).

39 — Zie punt 35 van de verwijzingsbeslissing.

ii) Intercommunale samenwerking

62. Een andere ongeschreven uitzondering vloeit voort uit de in de rechtspraak geformuleerde beginselen die in het arrest Commissie/Duitsland⁴⁰ hun neerslag hebben gevonden.⁴¹ Uit dit arrest kan worden afgeleid onder welke omstandigheden en in welke vormen de intercommunale samenwerking moet worden uitgesloten van de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht.⁴² Niet in de laatste plaats hierom verdient het aanbeveling de feiten die aan dit arrest ten gronde lagen, alsmede de argumenten van het Hof kort samen te vatten.

– De argumentatie van het Hof in het arrest Commissie/Duitsland

63. In die niet-nakomingsprocedure ging het om de gunning door de Nedersaksische Landkreise (bestuursdistricten) Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. en Stade van een opdracht voor de verwijdering van afvalstoffen aan de Stadtreinigung Hamburg, een overheidsonderneming in de vorm van een publiekrechtelijke instelling, zonder dat een Europese aanbestedingsprocedure had plaatsgevonden. Als tegenprestatie was een jaarlijkse vergoeding overeengekomen met een mechanisme voor prijsaanpassing op basis van de hoeveelheid aangeleverd afval. De overeenkomst was gesloten voor een duur van twintig jaar. Partijen waren overeengekomen om uiterlijk vijf jaar voor het einde van de overeenkomst onderhandelingen te beginnen met het oog op de verlenging ervan.

64. Het Hof heeft het beroep van de Commissie verworpen, omdat het in de sluiting van de overeenkomst betreffende de verwijdering van afvalstoffen, zonder dat een aanbestedingsprocedure en een Europese aanbesteding had plaatsgevonden, geen inbreuk op richtlijn 92/50/EEG heeft gezien. Een mogelijke aanbestedingsverplichting heeft het Hof ontkend op grond dat, kort gezegd, de litigieuze overeenkomst een samenwerking tussen territoriale lichamen tot stand brengt die ertoe strekt, de uitvoering te verzekeren van een op hen gezamenlijk rustende taak van algemeen belang, te weten de verwijdering van afvalstoffen.⁴³ Om tot deze slotsom te komen, heeft het Hof het Verdrag onderworpen aan een uitgebreide analyse, in het kader waarvan het die aspecten heeft onderscheiden die volgens hem kenmerkend zijn voor de intercommunale samenwerking. Deze aspecten vormen, zoals ik hierna nog zal uiteenzetten, tegelijkertijd de criteria aan de hand waarvan kan worden nagegaan of een bepaalde overeenkomst tussen openbare lichamen onder de ongeschreven uitzondering van de intercommunale samenwerking vallen. Zij vormen met andere woorden de constituerende elementen van de uitsluiting.

65. Opmerkelijk is dat intercommunale samenwerking volgens het Hof gekenmerkt wordt door het streven van alle betrokken territoriale lichamen om gezamenlijk ervoor te zorgen dat een taak van algemeen belang doeltreffend wordt vervuld. Ter rechtvaardiging van de uitsluiting van dit gebied van de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht wordt aangevoerd – zoals reeds in het arrest Coditel Brabant⁴⁴ –, dat een overheidsinstantie de mogelijkheid heeft, haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen middelen en ook in samenwerking met andere overheidsinstanties, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren. Deze zelfstandigheid vereist volgens de rechtspraak van het Hof evenwel dat een aanbestedende dienst ook

40 — Aangehaald in voetnoot 3.

41 — Zie Chaminade, A., „Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales”, *La Semaine Juridique – édition générale*, 2010, punt 363, blz. 662, die het heeft over een doorontwikkeling van de rechtspraak van het Hof sinds de arresten betreffende in house-activiteiten. Zie Ferk, P./Ferk, B., „Osebe javnega prava kot ponudniki”, *Podjetje in delo*, punt 4, blz. 481, die wat het arrest Commissie/Duitsland betreft in zoverre van een aanvulling van de heersende leer inzake in house-activiteiten spreken, dat hierin van een contractuele en niet van een institutionele verhouding tussen de betrokkenen sprake is.

42 — Zie Pirker, B., „La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission/Allemagne”, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, punt 3, blz. 574, en Broussy, E./Donnat, F./Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, blz. 1542, die van mening zijn dat het arrest Commissie/Duitsland een nieuwe uitzondering met betrekking tot het aanbestedingsrecht fundeert.

43 — Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 3, punt 37).

44 — Zie arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 48).

de vrijheid moet hebben om samen te werken met andere overheidsinstanties en zo de respectieve eigen middelen te bundelen.⁴⁵ Uitgaande van deze argumentatie laat het Hof overheidsinstanties ook de vrijheid om te kiezen in welke rechtsvorm zij bij de gezamenlijke vervulling van hun openbare taken wensen samen te werken, hetzij, zoals in casu, enkel op basis van een gewone overeenkomst, hetzij op geïnstitutionaliseerde⁴⁶ wijze door middel van een met dit doel in het leven geroepen publiekrechtelijk lichaam. Tot staving hiervan heeft het Hof enerzijds het formele argument aangevoerd dat het Unierecht de overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft voor de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang.⁴⁷ Anderzijds heeft het Hof teleologisch ook geen noodzaak van een bepaalde rechtsvorm voor de samenwerking gezien, zolang de mededinging op de interne aanbestedingsmarkt niet wordt vervalst doordat een particuliere onderneming wordt bevoordeeld tegenover haar concurrenten.⁴⁸

– De door het Hof geformuleerde criteria

66. Anders dan in de rechtspraak met betrekking tot de in house-activiteiten, waarin het Hof reeds in het arrest Teckal de twee doorslaggevende criteria kernachtig heeft samengevat, bevat dit richtingwijzend arrest geen vergelijkbare pregnante formules voor de beantwoording van de vraag onder welke voorwaarden, los van het concrete geval waarin dit arrest is gewezen, een niet-aanbestedingsplichtige intercommunale samenwerking in algemene zin toelaatbaar kan zijn. Niettemin kan, zoals gezegd, uit de argumentatie van het Hof een reeks van cumulatieve, beslissende criteria worden afgeleid. Dienovereenkomstig sluit het Hof de intercommunale samenwerking aan de hand van de volgende criteria uit van de aanbestedingsverplichting:

- vervulling van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang respectievelijk van taken die samenhangen met de verwezenlijking van doelen van openbaar belang;
- door uitsluitend publieke instanties zonder deelneming van particulieren;
- op contractuele basis of door middel van een geïnstitutionaliseerde rechtsvorm zoals een doelcorporatie;
- geen particuliere onderneming wordt met het oog op de afsluiting van de overeenkomst bevoordeeld tegenover haar concurrenten;
- de overeenkomst heeft niet tot doel het aanbestedingsrecht te ontduiken.

67. Tegen een directe toepassing van deze rechtspraak op het hoofdeding zou in beginsel kunnen worden ingebracht dat het in casu – anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Duitsland – niet om een samenwerking tussen territoriale lichamen gaat. In de onderhavige zaak draait het inderdaad om een contractuele overeenkomst tussen een dienst van een territoriaal lichaam en een publiekrechtelijke instelling. Tegen deze achtergrond zou moeten worden nagegaan, in hoeverre het mogelijk is om op basis van deze rechtspraak uit te gaan van een uitzondering die samenwerkingsvormen als de hier bedoelde omvat.

45 – Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 3, punt 45).

46 – Zie Steiner, M., „Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?“, *European Law Reporter*, 2009, blz. 283, die met betrekking tot het feitencomplex dat aan het arrest Commissie/Duitsland ten gronde lag, spreekt van een feitelijk „geïnstitutionaliseerde coöperatie“.

47 – Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 3, punt 47).

48 – Ibidem.

iii) Rechtsfiguur van de „publiek-publieke samenwerking”

– Uitbreiding van de uitzondering tot verschillende vormen van samenwerking tussen overheidsinstanties

68. Uit een zorgvuldige lezing van het arrest Commissie/Duitsland blijkt evenwel dat de door het Hof geformuleerde uitzondering niet principieel in de weg staat aan dergelijke vormen van samenwerking.

69. Tot staving van deze stelling kan in de eerste plaats worden aangevoerd dat in die zaak sprake was van een overeenkomst tussen de Stadtreinigung Hamburg en vier aangrenzende Landkreise, waarbij moet worden gewezen op de omstandigheid dat het bij de Stadtreinigung Hamburg ging om een publiekrechtelijke instelling en niet om een territoriaal lichaam.⁴⁹ In de tweede plaats moet in aanmerking worden genomen dat het Hof in zijn arrest vaak het neutrale begrip „overheidsinstantie” gebruikt⁵⁰, waarmee het te verstaan geeft dat een samenwerking, als voorwaarde voor de toepassing van een ongeschreven uitzondering, niet alleen openstaat voor territoriale lichamen.⁵¹ Een beperking van de uitzondering tot enkel de samenwerking van territoriale lichamen zou gelet op de verschillende inrichting van de bestuursorganisaties in de respectieve lidstaten ook te formalistisch en nauwelijks plausibel zijn. Tegen deze achtergrond is het veeleer logisch om deze ongeschreven uitzondering in ruimere zin op te vatten en dus eerder van een „samenwerking tussen overheidsinstanties” te spreken.

70. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan dat deze ongeschreven uitzondering in beginsel ook een situatie kan omvatten, waarin een gezondheidsdienst en een universiteit in een contractuele relatie tot elkaar staan.

– Vervulling van de criteria in het hoofdgeding

71. De ASL Lecce en de universiteit kunnen pas een beroep doen op deze ongeschreven uitzondering, wanneer de bovengenoemde criteria, die constituerend zijn voor een samenwerking tussen overheidsinstanties, zijn vervuld. Aangezien het buiten kijf staat dat in casu sprake is van een contractuele overeenkomst tussen zuiver publieke instanties zonder enige vorm van particuliere deelneming, zijn verschillende criteria tegelijk vervuld. Andere criteria daarentegen roepen problemen op en vergen nader onderzoek.

Vervulling van een taak van algemeen belang

72. Een van de meest omstreden vragen die in casu rijzen is of de litigieuze overeenkomst door beide partijen is gesloten ter vervulling van een taak *van algemeen belang*.

73. Zoals ik reeds heb uiteengezet werd aan de universiteit de opdracht gegund voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsbestendigheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce. Deze werkzaamheden dienden te worden verricht in lijn met de nationale bepalingen inzake de veiligheid van constructies en in het bijzonder strategische gebouwen. Zoals de ASL Lecce⁵² in haar schriftelijke opmerkingen heeft uiteengezet, waren de resultaten van dit onderzoek bestemd om te dienen als basis voor toekomstige eigen projecten ter verbetering van de bestendigheid van de

49 — In die zin Wagner, S., „Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, blz. 328.

50 — Zie arrest Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 3, punten 34, 44, 45 en 47).

51 — In die zin Öhler, M./Gruber, C., „Zusammenarbeit’ iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt”, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, blz. 288.

52 — Zie blz. 3 van de schriftuur van de ASL Lecce.

betrokken constructies. Hieruit volgt dat de ASL Lecce met de opdracht voor de verrichting van het onderzoek eigenlijk een verplichting wilde nakomen die hem door het nationale recht ter verzekering van de veiligheid van ziekenhuizen is opgelegd. Een dergelijke taak is van algemeen belang en valt onder de bevoegdheid van de staat.

74. Bijgevolg werd de litigieuze overeenkomst door beide partijen gesloten ter vervulling van een taak van algemeen belang.

Samenwerking ter vervulling van een gemeenschappelijke overheidstaak

75. Bovendien moet de samenwerking plaatsvinden ter vervulling van een *gemeenschappelijke* overheidstaak.⁵³ Bijgevolg volstaat het niet dat de wettelijke verplichting tot vervulling van de overheidstaak in kwestie maar voor één van de betrokken overheidsinstanties geldt, terwijl de andere partij enkel bijstand bij de uitvoering verleent en deze externe taak op basis van een opdracht op zich neemt. Gelet op de etymologie van het woord „samenwerking” lijkt dit plausibel. De kern van een dergelijke samenwerking is immers een gemeenschappelijke strategie tussen partners die berust op de onderlinge uitwisseling en de afstemming van de respectieve belangen. Het eenzijdige nastreven van eigen belangen door een van de deelnemers kan nauwelijks als „samenwerking” in de bovengenoemde zin worden aangemerkt.⁵⁴

76. Concrete aanknopingspunten voor een dergelijk vereiste van een echte samenwerking tussen overheidsinstanties zijn te vinden in het arrest Commissie/Duitsland⁵⁵, waarin het Hof zich boog over een bijzondere vorm van samenwerking tussen vier territoriale lichamen en een overheidsinstantie die hen in staat stelde om samen een op alle rustende taak van algemeen belang, te weten de verwijdering van afvalstoffen, te vervullen. Op dit aspect is door het Hof uitdrukkelijk gewezen. Zoals het Hof heeft verklaard wordt de relatie tussen de contractpartijen gekenmerkt door de erkenning van wederzijdse rechten en verplichtingen. Bovendien waren de contractpartijen verplicht om elkaar bij te staan en rekening met elkaar te houden. Het arrest berustte bijgevolg op een ruilverhouding die verder reikte dan het verrichten van diensten tegen de enkele betaling van een vergoeding.⁵⁶

77. Zoals de Poolse regering⁵⁷, de CNI⁵⁸, en de Commissie⁵⁹ terecht hebben geconstateerd, verschilt het hoofdgeding echter in zoverre fundamenteel van de hierboven geschetste situatie dat de doelen van de betrokken overheidsinstanties niet dezelfde zijn. Enkel de ASL Lecce heeft een wettelijke verplichting tot het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen; de universiteit daarentegen heeft wetenschappelijk onderzoek tot wettelijke taak. Deze rol wordt aangevuld met de traditionele functie van centrum van academische kennisoverdracht, waarop ik reeds heb gewezen.⁶⁰ Tegen deze achtergrond lijkt het duidelijk dat het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen niet kan worden aangemerkt als vallend onder de eigenlijke bevoegdheid van een universiteit. Uit de concrete aspecten van het hoofdgeding blijkt namelijk dat de universiteit geen overeenkomstige wettelijke taak heeft. Dit is reeds in het kader van het onderzoek van artikel 18 van richtlijn 2004/18 geconstateerd.⁶¹

53 — Zie Struve, T., „Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, blz. 807, en Veldboer, W., „Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Arrest „Hamburger Stadtreinigung”, *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, blz. 360.

54 — Zie Öhler, M./Gruber, C. (aangehaald in voetnoot 51, blz. 289) die van mening zijn dat de overeenkomst tussen overheidsinstanties een „coöperatief karakter” moet hebben.

55 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 37.

56 — In die zin Struve, T. (aangehaald in voetnoot 53).

57 — Zie punt 22 van de schriftuur van de Poolse regering.

58 — Zie blz. 6 van de schriftuur van de CNI, waarbij deze zelfs betwist dat het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsbestendigheid van ziekenhuisvoorzieningen in het geheel een wettelijke taak van de ASL Lecce is.

59 — Zie punt 86 van de schriftuur van de Commissie.

60 — Zie punt 53 van deze conclusie.

61 — Ibidem.

Net zo min zijn er aanknopingspunten voor dat de universiteit uit zichzelf deze taak op zich zou nemen. Desalniettemin beschikt zij zowel over de noodzakelijke vakinhoudelijke kennis, alsook over de personele en materiële middelen om zich van deze taak te kwijten. Van deze middelen maakt de ASL Lecce gebruik om zijn taak van algemeen belang te vervullen. In zekere zin is de ASL Lecce de partij die profijt trekt uit de middelen van de universiteit. Uiteindelijk worden echter alleen de belangen van de ASL Lecce nagestreefd.

78. In dit verband is de aard van de verhouding van beide deelnemers van belang. Een samenwerking tussen overheidsinstanties kan, zoals uit het arrest Commissie/Duitsland kan worden afgeleid, verschillend zijn ingericht: of op geïnstitutionaliseerde wijze door het in het leven roepen van een op de behoeften van de deelnemers toegesneden structuur, waaraan bevoegdheden worden overgedragen, respectievelijk door middel waarvan bevoegdheden gezamenlijk worden uitgeoefend, dan wel ook op contractuele basis door het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst respectievelijk een overeenkomst inzake de vervulling van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang.⁶² Hiervan is in het hoofdgeding geen sprake. Met de tussen de ASL Lecce en de universiteit gesloten adviesverleningsovereenkomst wordt noch de grondslag noch het juridisch kader voor een samenwerking ten dienste van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang vastgelegd. De overeenkomst heeft in plaats daarvan betrekking op een dienstverrichting in de vorm van advisering door deskundigen, waarvoor een vergoeding moet worden betaald. Het komt er uiteindelijk op neer dat de ASL Lecce een onderzoek van de universiteit „koopt”, temeer omdat hij het exclusieve eigendomsrecht hierop verkrijgt en hierover naar eigen goeddunken kan beschikken. Voor dit onderzoek krijgt de universiteit op haar beurt een vergoeding, waarbij opnieuw erop moet worden gewezen dat het kostendekkende karakter van de tegenprestatie niet afdoet aan het feit dat de dienstverrichting onder bezwarende titel plaatsvindt.⁶³

79. Hier komt nog bij dat de litigieuze adviesverleningsovereenkomst, anders dan de contractuele overeenkomst waar het in het arrest Commissie/Duitsland om ging, geen verplichting bevat om elkaar bijstand te verlenen. Hieraan wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat de overeengekomen werkzaamheden dienden plaats te vinden in nauwe samenwerking tussen de door de ASL Lecce aangewezen werkgroep en de werkgroep van de universiteit, aangezien volgens de overeenkomst ook van extern personeel gebruik mocht worden gemaakt. De wederkerige verplichting om elkaar bijstand te verlenen was bijgevolg beperkt en diende kennelijk niet verder te gaan dan hetgeen nodig was om de universitaire werkgroep in staat te stellen het onderzoek uit te voeren.

80. Los hiervan kan uit de schriftelijke opmerkingen van de ASL Lecce⁶⁴ worden opgemaakt dat tussen de twee werkgroepen, die zijn gevormd door hem en de universiteit ter vervulling van de beweerde gemeenschappelijke taak van algemeen belang, geen werkelijke uitwisseling plaatsvond. Veeleer diende zich de werkgroep van de ASL Lecce op basis van de verkregen bevindingen, dat wil zeggen na uitvoering van het onderzoek door de universiteit, te buigen over de uitwerking van de concepten voor de verhoging van de bestendigheid van de onderzochte constructies. Dit feit biedt steun aan de reeds geuite aanname dat de ASL Lecce een adviesopdracht heeft verstrekt en hiervoor heeft betaald.

81. Gelet op het voorgaande moet worden geconstateerd dat de litigieuze adviesverleningsovereenkomst niet de basis vormt van een echte samenwerking tussen de deelnemende overheidsinstanties in de zin van de rechtspraak die strekt tot vervulling van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang. Het gaat veeleer om een dienstverrichtingsovereenkomst onder bezwarende titel.

Geen bevoordeling van een particuliere onderneming ten opzichte van haar concurrenten

62 — In die zin Dreyfus, J.-D.; Rodrigues, S., „La coopération intercommunale confortée par la CJCE?”, *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, blz. 1720.

63 — Zie punt 34 van deze conclusie.

64 — Zie blz. 3 van de schriftuur van de ASL Lecce.

82. Voorts mocht volgens de door het Hof geformuleerde criteria geen particuliere onderneming met het oog op de afsluiting van de adviesverleningsovereenkomst worden bevoordeeld tegenover haar concurrenten.

83. Zoals ik in het begin heb geconstateerd, is de universiteit als „ondernemer” in de zin van artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 opgetreden.⁶⁵ Daarom nam zij vanuit het oogpunt van het aanbestedingsrecht dezelfde juridische positie in als een particuliere onderneming. Gelet op het feit dat deze opdracht zonder een openbare aanbesteding aan de universiteit is gegund, is zij bevoordeeld ten opzichte van de betrokken ingenieurs- en architectenbureaus die wellicht even goed in staat zouden zijn geweest om het litigieuze onderzoek uit te voeren.

84. Dit criterium vereist uiteraard dat er ook potentiële concurrenten zijn. Dienaangaande moet worden geconstateerd dat de ASL Lecce in haar schriftelijke opmerkingen niet uitdrukkelijk betwist dat ook andere ondernemers het litigieuze onderzoek hadden kunnen uitvoeren. Weliswaar worden de efficiëntie, de beschikbare middelen en de competentie van de universiteit geprezen⁶⁶, maar van andere ondernemers zoals ingenieurs- en architectenbureaus wordt niet gezegd dat zij in beginsel niet capabel zouden zijn. Een bewering van die strekking kan gelet op de uiteenzettingen van de CNI⁶⁷ tot staving van de stelling dat dergelijke activiteiten veeleer binnen de eigenlijke competentie van ingenieurs en architecten vallen, ook nauwelijks staande worden gehouden. Voor zover de ASL Lecce ter terechtzitting zijn standpunt in die zin heeft gepreciseerd dat ingenieurs- respectievelijk architectenbureaus de complexe taakstelling niet zouden hebben aangekund, heeft hij niettemin op een vraag van het Hof ter zake niet kunnen ontkennen dat wellicht ook andere universiteiten en particuliere onderzoeksinstituten in binnen- en buitenland aan de taakstelling hadden kunnen voldoen.

85. De uiteindelijke beantwoording van deze vraag staat evenwel aan de voor de feiten bevoegde nationale rechter. Hierbij moet deze nagaan of de voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsbestendigheid noodzakelijke stappen inderdaad dermate complex waren dat enkel de voornoemde universiteit – en geen enkele andere – hiervoor geschikt was. Wat de onderhavige prejudiciële procedure betreft volstaat de constatering dat de ASL Lecce naar alle waarschijnlijkheid had kunnen kiezen uit verschillende mogelijke concurrenten, wanneer hij een overheidsopdracht ter verrichting van het genoemde onderzoek had aanbesteed.

86. Bijgevolg is de universiteit met het oog op de sluiting van de overeenkomst bevoordeeld ten opzichte van mogelijke concurrenten, waarmee een verdere voorwaarde voor de toepassing van de ongeschreven uitzondering niet is vervuld.

Geen ontduiking van het aanbestedingsrecht

87. Verder geldt voor de toepassing van de ongeschreven uitzondering op het hoofdgeding de voorwaarde dat met de sluiting van de overeenkomst de regels van het aanbestedingsrecht niet zijn ontdoken.

88. Wat deze voorwaarde betreft ben ik met de Poolse regering⁶⁸ van mening dat reeds sprake is van concurrentievervalsing door het enkele feit dat de opdracht niet is aanbesteed, hoewel het litigieuze onderzoek naar alle waarschijnlijkheid ook had kunnen worden uitgevoerd door die ingenieurs- en architectenorganisaties die in een concurrentieverhouding met de universiteit stonden. In dit verband mag niet onvermeld blijven dat het juist voor de ASL Lecce als aanbestedende dienst van belang zou zijn geweest om de opdracht voor een zo ruim mogelijk aantal concurrenten open te stellen. Zoals het

65 — Zie punten 27 en 28 van deze conclusie.

66 — Zie blz. 23 e.v. van de schriftuur van de ASL Lecce.

67 — Zie blz. 2 van de schriftuur van de CNI.

68 — Zie punt 23 van de schriftuur van de Poolse regering.

Hof in het arrest CoNISMa⁶⁹ heeft verklaard, is de openstelling voor een zo ruim mogelijke mededinging een van de doelstellingen van de communautaire bepalingen inzake aanbestedingen. Deze openstelling wordt niet alleen nagestreefd in het belang van de Unie bij het vrije verkeer van goederen en diensten⁷⁰, maar in het eigen belang van de betrokken aanbestedende dienst die op deze wijze met het oog op het economisch meest gunstige en het aan de behoeften van de overheidsinstantie meest tegemoet komende aanbod een ruimere keuze heeft. Van deze mogelijkheid heeft de ASL Lecce zichzelf beroofd door potentiële aanbieders niet de gelegenheid te bieden om een aanbod te doen.

89. Tegen deze achtergrond lijkt het argument van de ASL Lecce⁷¹ dat de gunning van de opdracht aan de universiteit hem een aanzienlijke kostenbesparing heeft opgeleverd, niet te overtuigen, temeer omdat hij bij gebreke van een openbare aanbesteding geen mogelijkheid had om kennis te nemen van inschrijvingen van andere potentiële concurrenten. Niet alleen is de ASL Lecce het bewijs voor deze bewering schuldig gebleven, hij heeft zelfs niet eens aannemelijk kunnen maken hoe hij is uitgekomen op een te verwachten bedrag van 800 000 EUR dat volgens hem door andere concurrenten – voor zover deze in staat zouden zijn geweest om het onderzoek uit te voeren – zou zijn gevraagd. De niet met feiten gestaafde aanname dat enkel de universiteit het litigieuze onderzoek tegen een dergelijk lage prijs had kunnen uitvoeren, geeft blijk van een miskennis van het doel van het aanbestedingsrecht.

90. Zou men aanbestedende diensten toestaan zich – buiten het kader van de publiek-publieke samenwerking om – tot andere overheidsinstanties te wenden om diensten in te kopen zonder inachtneming van de aanbestedingsregels, dan moet worden gevreesd dat deze regels op de lange duur zouden kunnen worden ontdoken, waarmee het doel van de Unie de vrijheid van vestiging en dienstverrichting alsmede een onbelemmerde mededinging binnen de interne markt te waarborgen uiteindelijk zou worden verijdeld. Om dit te voorkomen moet streng worden gecontroleerd of is voldaan aan de door het Hof in het arrest Commissie/Duitsland geformuleerde criteria.

91. Bijgevolg constateer ik dat de tussen de ASL Lecce en de universiteit gesloten overeenkomst tot doel had het aanbestedingsrecht te ontduiken. Ook dit feit pleit tegen een toepassing van de ongeschreven uitzondering.

– Argumenten tegen een kwalificatie als „publiek-publieke samenwerking”

92. Uit het voorgaande is gebleken dat wat het hoofdinging betreft een reeks van criteria voor de kwalificatie van de samenwerking van de betrokken overheidsinstanties als een „publiek-publieke samenwerking” niet is vervuld. Dit geldt vooral voor het vereiste van een samenwerking ter vervulling van een gemeenschappelijke taak van algemeen belang.⁷² Er is geen sprake van een echte „samenwerking” in de gebruikelijke zin van het woord, en evenmin streven de betrokkenen een gemeenschappelijk, wettelijk voorgeschreven doel na. Er is veeleer sprake van een situatie, waarin een overheidsinstantie kostenbesparend gebruik maakt van de middelen van een andere overheidsinstantie. Juridisch gezien gaat het om een dienstenovereenkomst onder bezwarende titel. Tegen een uitsluiting van het feitencomplex waar het in deze zaak om gaat van de werkingsfeer van het aanbestedingsrecht

69 — Aangehaald in voetnoot 6, punt 37.

70 — Het aanbestedingsrecht legt in het belang van de mededinging de eigen zelfstandige handelingsvrijheid van overheidsinstanties aan banden, juist wat de keuze van een contractpartij betreft. Zie met betrekking tot de invloed van de doelstellingen inzake het interne-marktbeleid op het privaatrecht Wendehorst, C., „Methodenlehre und Privatrecht in Europa”, *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wenen, 2011, blz. 829.

71 — Zie blz. 15 van de schriftuur van de ASL Lecce.

72 — Zie punt 81 van deze conclusie.

pleit voorts de omstandigheid dat de universiteit met het oog op de sluiting van de overeenkomst is bevoorreed ten opzichte van potentiële concurrenten⁷³ en dat de litigieuze overeenkomst tot doel had het aanbestedingsrecht te ontduiken⁷⁴. Bijgevolg kan geen sprake zijn van een „publiek-publieke samenwerking”.

c) Voorlopige conclusie

93. Gelet op het voorgaande moet worden geconstateerd dat geen element van toepassing is dat de werking van richtlijn 2004/18 zou uitsluiten.

4. Samenvatting

94. Alles overziend is de litigieuze opdracht voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsbestendigheid van bepaalde ziekenhuizen een aanbestedingsplichtige opdracht, waarop richtlijn 2004/18 van toepassing is. Aangezien in het hoofdeding een aanbesteding achterwege is gebleven, is sprake van een inbreuk op de richtlijn. Omdat het nationale recht overeenkomsten als die tussen de ASL Lecce en de universiteit toelaat, stroken ook deze nationale bepalingen niet met de richtlijn.

95. Bijgevolg moet richtlijn 2004/18, in het bijzonder artikel 1, lid 2, sub a en d, artikel 2, artikel 28 en bijlage II, categorieën 8 en 12, aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale regeling op basis waarvan tussen een openbare aanbestedende dienst en een universiteit met publiekrechtelijke status schriftelijke overeenkomsten kunnen worden gesloten voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen, te verrichten tegen de achtergrond van de nationale bepalingen inzake de veiligheid van constructies en in het bijzonder strategische gebouwen, tegen een vergoeding die niet hoger is dan de kosten van de uitvoering van de prestatie, indien de universiteit die de opdracht uitvoert de hoedanigheid van ondernemer kan hebben.

VII – Conclusie

96. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, in het bijzonder artikel 1, lid 2, sub a en d, artikel 2, artikel 28 en bijlage II, categorieën 8 en 12, moet aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale regeling op basis waarvan tussen een openbare aanbestedende dienst en een universiteit met publiekrechtelijke status schriftelijke overeenkomsten kunnen worden gesloten voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen, te verrichten tegen de achtergrond van de nationale bepalingen inzake de veiligheid van constructies en in het bijzonder strategische gebouwen, tegen een vergoeding die niet hoger is dan de kosten van de uitvoering van de prestatie, indien de universiteit die de opdracht uitvoert de hoedanigheid van ondernemer kan hebben.”

73 — Zie punt 86 van deze conclusie.

74 — Zie punt 91 van deze conclusie.