

41 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

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

NOOT

In het onderhavige arrest gaat het hof in op de uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht indien aanbestedende diensten een samenwerkingsverband aangaan. Deze uitzondering is gebaseerd op het arrest van 9 juni 2009, Commissie / Duitsland, C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg).

De lokale gezondheidsdienst (ASL) in Lecce, Italië, had in oktober 2009 het bestek goedgekeurd voor een samenwerkingsovereenkomst met de plaatselijke universiteit voor het onderzoek naar en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuisvoorzieningen in de provincie Lecce. De Italiaanse regelgeving bevat een bepaling dat overheden steeds onderling overeenkomsten kunnen sluiten om de verrichting in onderlinge samenwerking van activiteiten van algemeen belang te regelen. Ook is bepaald dat universiteiten, op voorwaarde dat dit niet in de weg staat aan de vervulling van hun didactische wetenschappelijke functies, onderzoeks- en adviesverleningsactiviteiten verrichten op grond van overeenkomsten met openbare en particuliere lichamen.

De overeenkomst tussen ASL en de universiteit bestaat uit een onderzoeksovereenkomst en een adviesovereenkomst. De onderzoeksovereenkomst omvat het bepalen van de constructie per gebouw, onderzoek naar de stevigheid en aardbevingbestendigheid ervan en rapportage over de onderzoeksbevindingen. De adviesovereenkomst bepaalt dat de overeenkomst een maximale looptijd heeft van 16 maanden, dat de groep constructietechniek opdrachtnemer is en zich kan laten bijstaan door hooggekwalificeerd extern personeel. Ook is opgenomen dat de opdracht in nauwe samenwerking tussen ASL en de universiteit zal worden uitgevoerd om de wetenschappelijke doelstellingen die in het derde deel van de overeenkomst zijn opgenomen te bereiken. Zowel ASL als de universiteit wijzen een persoon aan die wetenschappelijk verantwoordelijk is. Alle resultaten zullen eigendom zijn van ASL en de universiteit zal met toestemming van ASL de resultaten mogen gebruiken voor publicaties en wetenschappelijke mededelingen. De opdrachtsom bedraagt in totaal € 200.000 excl. BTW. De opdrachtsom is tot in detail opgesplitst in kosten en uurtarieven. De uurtarieven variëren van € 45,81 voor een universitair hoofddocent tot € 20,48 voor een laborant.

Verskillende beroepsordes- en verenigingen, alsook ondernemingen hebben tegen de goedkeuring van het bestek geageerd. De rechter in eerste aanleg heeft hen in het gelijk gesteld en heeft geoordeeld dat de onderzoeksopdracht een opdracht voor diensten en ingenieurs betrof (en dus aanbestedingsplichtig was). ASL en de universiteit hebben hoger beroep ingesteld en hebben daar aangevoerd dat hun overeenkomst een samenwerkingsovereenkomst betrof tussen overheden voor activiteiten van algemeen belang. Ook was aangevoerd dat de opdrachtsom enkel kostendekkend was en dat voor de uitvoering proeven en analyses geen standaardmethode of in de wetenschappelijke literatuur vastgelegde procedure bestond.

Aan de orde komen de begrippen 'ondernemer' en 'bezwarende titel'. Het hof overweegt onder verwijzing naar het Teckal-arrest,¹ dat niet van

¹ HvJEU 28 november 1999, C-107/98, Jur. 1999, p. I-8121 (Teckal).

belang is dat de opdrachtnemer een aanbestedende dienst is. Ook behoeft de opdrachtnemer geen winst na te streven of als onderneming georganiseerd te zijn, noch behoeft zij op regelmatige basis op de markt aanwezig te zijn. Dat de vergoeding enkel kostendekkend is, doet niet af aan het feit dat deze kostenvergoeding een bezwarende titel is. Voorts overweegt het hof dat de werkzaamheden die worden uitgevoerd onder wetenschappelijk onderzoek kunnen vallen, maar in ieder geval onder de diensten genoemd in bijlage IIA, categorie 8 of 12 vallen. Het hof memoreert dat op grond van de rechtspraak er twee types overeenkomsten zijn die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsregels vallen. De eerste uitzondering betreft de quasi-in house situatie van het Teckal-arrest. De tweede uitzondering betreft de samenwerking tussen aanbestedende diensten die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust (het genoemde arrest van 9 juni 2009). Het hof wijst er op dat wel voldaan dient te zijn aan *alle* criteria die opgenomen zijn in het arrest van 9 juni 2009. Deze criteria zijn: 1) bij de samenwerking zijn uitsluitend aanbestedende diensten betrokken; 2) er is geen particuliere inbreng; 3) geen enkele particuliere dienstverlener wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten; 4) de samenwerking wordt uitsluitend beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang; en 5) de samenwerking dient om de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op de deelnemende lichamen gezamenlijk rust.

Het hof neemt vervolgens een voorschot op de beoordeling door de verwijzende rechter door op te merken dat de overeenkomst allerlei materiële aspecten omvat die voor een aanzienlijk of zelfs overwegend gedeelte algemene ingenieursdiensten betreffen en niet op één lijn zijn te plaatsen met wetenschappelijk onderzoek. Het hof vervolgt dat het dan ook niet lijkt dat deze samenwerking is aangegaan ter verzekering van een taak van algemeen belang die gezamenlijk op ASL en de universiteit rust. Ook wijst het hof er op dat de overeenkomst particuliere onderne-

mingen kan bevoordelen, omdat de universiteit het recht heeft om bij de opdracht hooggekwalificeerd extern personeel in te schakelen.

W.M. Ritsema van Eck
advocaat Legaltree aanbestedingsrecht

6

Hoge Raad
7 december 2012, nr. 11/02861 en nr. 11/02844,
LJN BW9231 en LJN BW9233
(mr. Bakels, mr. Van Buchem-Spapens, mr.
Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Loth)
Noot mr. M.J. Mutsaers

Beginsel van gelijke behandeling brengt mee dat uitsluitingsgronden ondubbelzinnig in aanbestedingsdocumentatie moeten zijn vermeld. Strekking en reikwijdte gelijkheids- en transparantiebeginsel. Latere aanvulling van de in art. 6 Wira bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk: uitzondering wegens bijzondere redenen of omstandigheden.

[Bao art. 2; Wira art. 5, 6]

De Staat start in 2010 een openbare aanbestedingsprocedure voor zakelijke telefoniediensten over het vaste net van de deelnemende overheden, genaamd OT2010. In het beschrijvend document wordt in het hoofdstuk 'Wet-en Regelgeving' vermeld dat de inschrijver verplicht is te voldoen aan de vigerende regelgeving ook tijdens de looptijd van de overeenkomsten. In een ander hoofdstuk van het document worden de uitsluitingsgronden genoemd. KPN en Tele2 waren zittende leveranciers van de voorganger van OT2010. In het VT-besluit 2008 is aan KPN voor haar dienst, waarmee zij de aansluitingen op haar telefoonnetwerk beschikbaar stelt aan haar concurrenten, een non-discriminatieverplichting opgelegd, die inhoudt dat KPN ten opzichte van derden gelijke voorwaarden hanteert als zij voor haarzelf hanteert. KPN en Tele2 schrijven in juli 2010 in. Eind augustus 2010 bericht het ministerie dat zij voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen. Tele2 verzoekt OPTA handhaving van het VT-besluit omdat KPN haar informatieverplichting zou hebben overtreden. OPTA stelt de betreffende overtreding vast bij besluit van 13 oktober 2012. Het ministerie bericht aan KPN dat haar inschrijving alsnog terzijde is