

## Gunning zonder procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht – Begrip ‘overeenkomsten onder bezwarende titel’ – Begrip ‘openbaar lichaam’

HvJ EU 18-10-2018, ECLI:EU:C:2018:843, m.nt. H.C.E.P.J. Janssen (IBA Molecular Italy)

**Instantie**

Hof van Justitie van de Europese Unie

**Datum**

18 oktober 2018

**Magistraten**

M. Vilaras, J. Malenovský en D. Šváby

**Zaaknummer**

C-606/17

**Noot**

H.C.E.P.J. Janssen

**Annotatorprofiel**

Redactie

**Roepnaam**

IBA Molecular Italy

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS22319:1

**Vakgebied(en)**

Aanbestedingsrecht / Gunning

Aanbestedingsrecht / Overheidsopdrachten

Aanbestedingsrecht / Algemeen

**Brondocumenten**

ECLI:EU:C:2018:843, Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Unie, 18 oktober 2018

**Wetgang**

(Art. 1 lid 2, onder a Richtlijn 2004/18; art. 2 lid 1 onder 5 Richtlijn 2012/24; art. 1.1 Aanbestedingswet 2012)

### Essentie

**Gunning zonder procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht – Begrip ‘overeenkomsten onder bezwarende titel’ – Begrip ‘openbaar lichaam’**

### Samenvatting

*Een subsidie die door een aanbestedende dienst rechtstreeks aan een private ondernemer wordt verstrekt, kan aanbestedingsplichtig zijn. In casu was de subsidie bedoeld om een privaat ziekenhuis gedeeltelijk te compenseren voor het om niet vervaardigen en aan negen publieke ziekenhuizen ter beschikking stellen van een geneesmiddel. De publieke ziekenhuizen hoefden slechts de forfaitair vastgestelde verzendkosten te betalen. Een dergelijke opdracht kan in voorkomend geval niet onderhands aan een private onderneming worden gegund, enkel omdat een nationale wettelijke regeling dit private ziekenhuis met een publieke instelling gelijk stelt. Slechts als voldaan wordt aan de Tickal-criteria of de Hamburg-criteria, zijn de aanbestedingsregels niet van toepassing op tussen twee openbare lichamen gesloten overheidsopdrachten.*

### Partij(en)

Uitspraak betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 6 juli 2017, ingekomen bij het Hof op 20 oktober 2017, in de

procedure  
IBA Molecular Italy Srl  
tegen  
Azienda Ulss n° 3,  
Regione Veneto,  
Ministero della Salute,  
Ospedale dell'Angelo di Mestre,  
in tegenwoordigheid van:  
Istituto Sacro Cuore Don Calabria di Negrar,  
Azienda Ulss n° 22,

## Uitspraak

### Wijst het Hof [...] het navolgende Arrest

#### 1.

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49, 56, 105 VWEU en volgende en de artikelen 1 en 2 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 (PB 2004, L 134, blz. 114).

#### 2.

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen IBA Molecular Italy Srl (hierna: „IBA”) enerzijds en Azienda Ulss n° 3 (plaatselijke gezondheidsdienst nr. 3, Italië), de Regione Veneto (regio Veneto, Italië), het Ministero della Salute (ministerie van Volksgezondheid, Italië) en Ospedale dell'Angelo di Mestre (ziekenhuis Angelo te Mestre, Italië) anderzijds over de rechtstreekse gunning door de plaatselijke gezondheidsdienst nr. 3 en het ziekenhuis Angelo te Mestre van de levering gedurende drie jaar van het radiofarmacon op basis van 18 F-Fluoro-desoxy-glucose, „fluorodeoxyglucose (18F) IBA” genoemd (hierna: „geneesmiddel 18-FDG”), aan Istituto Sacro Cuore Don Calabria di Negrar (hierna: „Sacro Cuore”).

### Toepasselijke bepalingen

#### Unierecht

#### 3.

Onder het opschrift „Definities” bepaalt artikel 1, lid 2, onder a), en lid 9, van richtlijn 2004/18:

#### „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.

[...]

#### 9.

Als ‚aangebestede diensten’ worden 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
- c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen 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.

[...]”

#### 4.

Artikel 2 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, bepaalt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

## Italiaans recht

[...]

## Hoofdgeding en prejudiciële vragen

### 7

IBA is een onderneming die gespecialiseerd is in de productie van radiofarmaca. Zij is in Italië exclusief concessiehouder van het geneesmiddel 18-FDG, een radioactieve merkstof die wordt gebruikt bij een aantal radiologische onderzoeken.

### 8

Op 29 april 2015 is IBA bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) opgekomen tegen de besluiten en de overeenkomsten waarbij de plaatselijke gezondheidsdienst nr. 3 en het ziekenhuis Angelo te Mestre rechtstreeks, zonder voorafgaande procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, aan Sacro Cuore de opdracht hebben gegund voor de levering van het geneesmiddel 18-FDG gedurende drie jaar.

### 9

Hoewel Sacro Cuore een privaatrechtelijke religieus geïnspireerde instelling is, is zij op grond van een speciaal akkoord opgenomen in het openbare stelsel voor gezondheidsplanning van de regio Veneto, als „geclassificeerd” ziekenhuis, dat als zodanig met een publiekrechtelijke instelling is gelijkgesteld.

### 10

In de in het kader van die overheidsopdracht voor levering gesloten overeenkomst is bepaald dat Sacro Cuore het geneesmiddel 18-FDG om niet moet leveren aan negen regionale openbare ziekenhuizen, die de leveringskosten dienen te vergoeden, te weten een forfaitair bedrag van 180 EUR per verzending.

### 11

IBA heeft verzocht dat de rechtstreekse gunning aan Sacro Cuore van de overheidsopdracht voor de levering van het geneesmiddel 18-FDG wordt nietig verklaard en dat vervolgens een aanbestedingsprocedure wordt uitgeschreven voor de levering van dat geneesmiddel. In het kader van die verzoeken is IBA opgekomen tegen de hierna volgende handelingen:

- de verlening van een financiering van 700 000 EUR door de regio Veneto aan Sacro Cuore die bedoeld was om de kosten te dekken van de levering om niet van het geneesmiddel 18-FDG aan alle belanghebbende gezondheidsinstellingen van die regio;
- de door de regio Veneto opgestelde standaardovereenkomst tot regeling van de leveringsbetrekking tussen iedere regionale openbare gezondheidsinstelling en Sacro Cuore, en
- verschillende regionale en overheidshandelingen betreffende de litigieuze gunning en de voorwaarden waaronder het geneesmiddel in kwestie vervaardigd en geleverd wordt.

### 12

Bij vonnis van 26 april 2016 heeft de Tribunale amministrativo regionale del Lazio het beroep van IBA met name om twee redenen verworpen.

### 13

Ten eerste is de betrokken levering van het geneesmiddel 18-FDG in wezen een levering om niet aangezien noch de aan Sacro Cuore toegekende regionale financiering van 700 000 EUR noch de vergoeding van de kosten voor het vervoer van het geneesmiddel een rechtstreekse tegenprestatie vormt.

### 14

Ten tweede, zelfs indien wordt aangenomen dat de overeenkomst tot levering van dat geneesmiddel een overeenkomst onder bezwarende titel is, is de litigieuze gunning een akkoord tussen openbare instanties waarop het Unierecht inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is.

### 15

IBA heeft daarop hoger beroep ingesteld tegen dat vonnis bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië). Die

rechterlijke instantie is in wezen van oordeel dat de rechter in eerste aanleg het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel” onjuist heeft uitgelegd. De Consiglio di Stato is het daarentegen wel eens met de rechter in eerste aanleg dat de litigieuze leveringsovereenkomst een samenwerking tussen openbare entiteiten in het leven roept die niet onder de regeling voor overheidsopdrachten valt.

## 16

In de eerste plaats is de Consiglio di Stato in wezen van oordeel dat Sacro Cuore, behalve de vergoeding van de kosten voor de levering van het geneesmiddel 18â€EDG, formeel gezien geen vergoeding ontvangt als tegenprestatie voor de levering van dat geneesmiddel aan de gezondheidsinstellingen waarvoor het bestemd is.

## 17

Volgens een teleologische uitlegging van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 staat echter vast dat een overeenkomst onder bezwarende titel is gesloten wanneer de ondernemer die het betrokken goed levert een aanzienlijk economisch voordeel ontvangt van een andere overheidsinstantie dan de aanbestedende dienst en redelijkerwijze kan worden aangenomen dat die financiering precies bedoeld is voor de levering van dat goed. In casu is de door de regio Veneto aan Sacro Cuore toegekende financiering van 700 000 EUR daarvoor bestemd.

## 18

In de tweede plaats is de Consiglio di Stato van oordeel dat het Italiaanse wetboek voor overheidsopdrachten en het Unierecht inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn op een procedure als bedoeld in punt 8 van het onderhavige arrest.

## 19

Uit de rechtspraak van het Hof volgt namelijk dat tussen twee overheidsinstanties onder bezwarende titel gesloten overeenkomsten overheidsopdrachten zijn, ook wanneer de overheid die in haar hoedanigheid van particuliere marktdeelnemer handelt, niet hoofdzakelijk een winst oogmerk heeft. Een overeenkomst kan evenmin buiten het begrip „overheidsopdracht” vallen door het enkele feit dat de vergoeding ervan beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verstrekken.

## 20

Bovendien valt het hoofdgeding niet onder een van de twee hypothesen waarin kan worden afgeweken van het op overheidsopdrachten toepasselijke recht. Volgens de verwijzende rechter betreft het in casu geen overeenkomst die door een overheidsinstantie is gesloten met een ander openbaar lichaam dat daarvan rechtens onderscheiden is en waarop die overheidsinstantie „toezicht uitoefent zoals” op haar eigen diensten in de zin van het arrest van 18 november 1999, *Teckal* (Câ€07/98, EU:C:1999:562), en evenmin een overeenkomst die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengt, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust in de zin met name van het arrest van 13 juni 2013, *Piepenbrock* (Câ€86/11, EU:C:2013:385).

## 21

Volgens de Consiglio di Stato moet Sacro Cuore, als geclassificeerd ziekenhuis, in het kader van het hoofdgeding evenwel volledig worden gelijkgesteld met een aanbestedende dienst, ook al is het geen publiekrechtelijk lichaam.

## 22

Ten slotte merkt de verwijzende rechter op dat het Hof zich nog niet heeft gebogen over de zeer specifieke situatie van lichamen zoals „geclassificeerde” ziekenhuizen die functioneel zijn opgenomen in het regionale gezondheidsstelsel terwijl de financiën, de benoeming van bestuurders en de interne functioneringsregels onder particulier beheer blijven staan.

## 23

In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

### „1)

Is de Unieregeling voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en, met name, de artikelen 1 en 2 van richtlijn [2004/18], eveneens van toepassing op complexe operaties waarmee een aanbestedende dienst aan een bepaalde ondernemer rechtstreeks een doelfinanciering wil toekennen die volledig bedoeld is voor de vervaardiging van producten die, zonder verdere aanbestedingsprocedure, om niet moeten worden geleverd aan meerdere overheidsdiensten, die geen vergoeding aan voornoemde leverancier verschuldigd zijn? Staat die Unieregeling derhalve in

de weg aan een nationale regeling volgens welke een rechtstreekse doelfinanciering kan worden verleend voor de vervaardiging van producten die zonder verdere aanbestedingsprocedure moeten worden geleverd aan meerdere overheidsdiensten, die geen vergoeding aan voornoemde leverancier verschuldigd zijn?

2)

Staan de Unieregeling voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en, met name, de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2004/18, en de artikelen 49, 56, 105 VWEU en volgende in de weg aan een nationale regeling die „geclassificeerde” particuliere ziekenhuizen gelijkstelt aan openbare ziekenhuizen – door hen op te nemen in het stelsel van de nationale openbare gezondheidsplanning, waarvoor bijzondere overeenkomsten gelden die afwijken van de gebruikelijke accrediteringsbetrekkingen met andere particuliere ondernemers die deelnemen aan het stelsel van gezondheidszorgverlening, terwijl niet is voldaan aan de voorwaarden om als publiekrechtelijk lichaam te worden erkend en aan de vereisten voor rechtstreekse gunning, volgens het model van inhouse-providing – waardoor zij worden onttrokken aan de nationale en de Unieregeling inzake overheidsopdrachten, ook indien aan deze ziekenhuizen de opdracht is gegeven om openbare gezondheidsinstellingen bepaalde voor het verstrekken van gezondheidszorg noodzakelijke producten om niet te vervaardigen en leveren, terwijl zij tevens overheidsfinanciering ontvangen die bestemd is voor de verrichting van deze leveringen?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### Eerste vraag

24

Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „overeenkomsten onder bezwarende titel” ook ziet op het besluit waarbij een aanbestedende dienst aan een bepaalde ondernemer rechtstreeks, en dus zonder een aanbestedingsprocedure uit te schrijven, een financiering toekent die volledig bedoeld is voor de vervaardiging van producten die deze ondernemer om niet moet leveren aan meerdere overheidsdiensten, die geen andere vergoeding aan voornoemde leverancier verschuldigd zijn dan een forfaitair bedrag van 180 EUR leveringskosten per verzending.

25

Om te beginnen blijkt in het hoofdgeding dat de regio Veneto en Sacro Cuore een overeenkomst hebben gesloten waarbij Sacro Cuore zich ertoe verbindt het geneesmiddel 18-FDG om niet te vervaardigen en te verstrekken aan regionale openbare ziekenhuizen, die evenwel de forfaitaire leveringskosten van 180 EUR per verzending dienen te betalen. Daartoe kent die regio aan Sacro Cuore een financiering van 700 000 EUR toe die volledig bedoeld is voor het vervaardigen van dat geneesmiddel.

26

Het lijkt geen twijfel dat het hier een overeenkomst onder bezwarende titel betreft.

27

Overeenkomstig artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 is slechts sprake van een overheidsopdracht wanneer een overeenkomst tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten „onder bezwarende titel” is gesloten.

28

Volgens de gebruikelijke juridische betekenis van de woorden „onder bezwarende titel” wordt daarmee een overeenkomst bedoeld waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie.

29

Een overeenkomst die voorziet in een uitwisseling van prestaties valt dus onder het begrip „overheidsopdracht”, zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de gedeeltelijke terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten (zie in die zin arresten van 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-659/11, EU:C:2012:817, punt 29, en 13 juni 2013, *Piepenbrock*, C-686/11, EU:C:2013:385, punt 31).

30

In het hoofdgeding moet bij de beoordeling van de vraag of de overeenkomst voor het vervaardigen en leveren van een geneesmiddel onder bezwarende titel is gesloten, dus in aanmerking worden genomen dat de leverancier van dat geneesmiddel een vergoeding ontvangt in de vorm van een financiering van 700 000 EUR van de regio Veneto.

31

Derhalve valt een overeenkomst als aan de orde in het hoofdgeding waarbij een ondernemer zich ertoe verbindt een product te vervaardigen en te leveren aan meerdere overheidsdiensten in ruil voor een financiering die volledig bedoeld is om dit doel te verwezenlijken, onder het begrip overeenkomst „onder bezwarende titel” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18, ook al worden de kosten voor het vervaardigen en het leveren van dit product niet volledig gedekt door die financiering of door de leveringskosten die aan die overheidsinstanties kunnen worden aangerekend.

32

Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „overeenkomsten onder bezwarende titel” ook ziet op het besluit waarbij een aanbestedende dienst aan een bepaalde ondernemer rechtstreeks, en dus zonder een aanbestedingsprocedure uit te schrijven, een financiering toekent die volledig bedoeld is voor de vervaardiging van producten die deze ondernemer om niet moet leveren aan meerdere overheidsdiensten, die geen andere vergoeding aan voornoemde leverancier verschuldigd zijn dan een forfaitair bedrag van 180 EUR leveringskosten per verzending.

## Tweede vraag

33

Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 2, onder a), en artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die „geclassificeerde” particuliere ziekenhuizen gelijkstelt aan openbare ziekenhuizen – door hen op te nemen in het stelsel van de nationale openbare gezondheidsplanning, waarvoor bijzondere overeenkomsten gelden die afwijken van de gebruikelijke accrediteringsbetrekkingen met andere particuliere ondernemers die deelnemen aan het stelsel van gezondheidszorgverlening – waardoor zij worden onttrokken aan de nationale en de Unieregeling inzake overheidsopdrachten, ook indien aan deze ziekenhuizen de opdracht is gegeven om bepaalde voor het verstrekken van gezondheidszorg noodzakelijke producten om niet te vervaardigen voor en te leveren aan openbare gezondheidsinstellingen, in ruil voor een overheidsfinanciering die is bedoeld voor het vervaardigen en het leveren van die producten.

34

In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 een onder bezwarende titel gesloten overeenkomst slechts een overheidsopdracht is en dus onder de betreffende Unieregeling valt, indien zij tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten.

35

Uit vaste rechtspraak blijkt dat twee types door openbare lichamen gesloten overeenkomsten niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen (arrest van 19 december 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-59/11, EU:C:2012:817, punt 31).

36

Het betreft ten eerste overeenkomsten die zijn gesloten tussen een overheidsdienst die voldoet aan de voorwaarden die in artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 zijn gesteld om als „aangebestedende dienst” in de zin van dat artikel te worden beschouwd, en een persoon die juridisch daarvan onderscheiden is, wanneer die dienst op die persoon toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en die persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de dienst of de diensten die hem beheersen (zie in die zin arresten van 18 november 1999, *Teckal*, C-107/98, EU:C:1999:562, punt 50, en 11 januari 2005, *Stadt Halle* en *RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, punt 49).

37

In dat verband volstaat de vaststelling dat uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens volgt dat noch de regio Veneto noch de in punt 8 van het onderhavige arrest genoemde aanbestedende diensten toezicht uitoefenen op Sacro Cuore zoals op hun eigen diensten.

38

Een nationale regeling als die van het hoofdgeding kan dus niet bepalen dat overeenkomsten tussen een instelling als Sacro Cuore en een overheidsdienst op grond van de in punt 36 van het onderhavige arrest genoemde uitzondering van de werkingssfeer van de regeling inzake overheidsopdrachten zijn uitgesloten.

39

Ten tweede is het Unierecht inzake overheidsopdrachten ook niet van toepassing op onder bezwarende titel gesloten overeenkomsten die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust, voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang (zie in die zin arresten van 9 juni 2009, *Commissie/Duitsland*, C-480/06, EU:C:2009:357, punten 44 en 47, en 13 juni 2013, *Piepenbrock*, C-886/11, EU:C:2013:385, punten 36 en 37).

#### 40

Aangezien alle in het vorige punt van het onderhavige arrest vermelde criteria cumulatief zijn, kan een opdracht tussen openbare lichamen enkel buiten de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen krachtens deze uitzondering indien de overeenkomst waarin deze opdracht wordt vastgesteld aan al deze criteria voldoet (zie in die zin arrest van 13 juni 2013, *Piepenbrock*, C-886/11, EU:C:2013:385, punt 38).

#### 41

Volgens het eerste criterium moet het juist een vorm van samenwerking tussen openbare lichamen betreffen.

#### 42

Het staat vast dat in casu kennelijk niet aan dit criterium is voldaan. „Geclassificeerde” ziekenhuizen als Sacro Cuore zijn namelijk rechtspersonen, waarvan de financiën, de benoeming van bestuurders en de interne functioneringsregels onder particulier beheer blijven staan, zoals volgt uit punt 37 van het onderhavige arrest.

Bijgevolg moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, onder a), en artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die „geclassificeerde” particuliere ziekenhuizen gelijkstelt aan openbare ziekenhuizen – door hen op te nemen in het stelsel van de nationale openbare gezondheidsplanning, waarvoor bijzondere overeenkomsten gelden die afwijken van de gebruikelijke accrediteringsbetrekkingen met andere particuliere ondernemers die deelnemen aan het stelsel van gezondheidszorgverlening – waardoor zij worden onttrokken aan de nationale en de Unieregeling inzake overheidsopdrachten, ook indien aan deze ziekenhuizen de opdracht is gegeven om bepaalde voor het verstrekken van gezondheidszorg noodzakelijke producten om niet te vervaardigen voor en te leveren aan openbare gezondheidsinstellingen, in ruil voor een overheidsfinanciering die is bedoeld voor het vervaardigen en het leveren van die producten.

### Kosten

#### 44

Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter 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 (Achtste kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 1, lid 2, onder a), 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, moet aldus worden uitgelegd dat het begrip „overeenkomsten onder bezwarende titel” ook ziet op het besluit waarbij een aanbestedende dienst aan een bepaalde ondernemer rechtstreeks, en dus zonder een aanbestedingsprocedure uit te schrijven, een financiering toekent die volledig bedoeld is voor de vervaardiging van producten die deze ondernemer om niet moet leveren aan meerdere overheidsdiensten, die geen andere vergoeding aan voornoemde leverancier verschuldigd zijn dan een forfaitair bedrag van 180 EUR leveringskosten per verzending.
- 2) Artikel 1, lid 2, onder a), en artikel 2 van richtlijn 2004/18 moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die „geclassificeerde” particuliere ziekenhuizen gelijkstelt aan openbare ziekenhuizen – door hen op te nemen in het stelsel van de nationale openbare gezondheidsplanning, waarvoor bijzondere overeenkomsten gelden die afwijken van de gebruikelijke accrediteringsbetrekkingen met andere particuliere ondernemers die deelnemen aan het stelsel van gezondheidszorgverlening – waardoor zij worden onttrokken aan de nationale en de Unieregeling inzake overheidsopdrachten, ook indien aan deze ziekenhuizen de opdracht is gegeven om bepaalde voor het verstrekken van gezondheidszorg noodzakelijke producten om niet te vervaardigen voor en te leveren aan openbare gezondheidsinstellingen, in ruil voor een overheidsfinanciering die is bedoeld voor het vervaardigen en het leveren van die producten.

## Noot

Auteur: H.C.E.P.J. Janssen<sup>[1]</sup>

## Naschrift

### 1. De casus

Het feitencomplex van de onderhavige zaak is eigenlijk vrij simpel. Azienda ULSS n° 3, de gezondheidsdienst van de Italiaanse regio Veneto had samen met het Dell'Angelo ziekenhuis het particuliere Sacro Cuore ziekenhuis zonder enige vorm van aanbesteding opdracht gegeven om gedurende drie jaar het geneesmiddel 18-FDG om niet te produceren en aan negen lokale openbare ziekenhuizen ter beschikking te stellen (r.o. 2 en 25). Laatstbedoelde ziekenhuizen hoefden slechts de leveringskosten te vergoeden, te weten een forfaitair bedrag van € 180 per levering (r.o. 10). Het Sacro Cuore ziekenhuis kreeg van de regio Veneto een subsidie van € 700.000. Deze subsidie was volledig bedoeld om de kosten te vergoeden die samenhangen met de productie van onderhavig geneesmiddel (r.o. 11).

IBA, de exclusieve concessiehouder van het geneesmiddel 18-FDG in Italië, maakte bezwaar tegen de opdracht- en de subsidieverlening aan het Sacro Cuore ziekenhuis. Nadat de rechter in eerste aanleg het beroep van IBA had verworpen, kwam de zaak terecht bij de hoogste bestuursrechter in Italië, de Raad van State. Die twijfelde of de subsidie aan het Sacro Cuore ziekenhuis kon worden aangemerkt als een tegenprestatie voor de levering van het geneesmiddel aan de negen lokale openbare ziekenhuizen. Daarom wilde de Raad van State ten eerste weten of het geheel aan afspraken met het Sacro Cuore ziekenhuis kwalificeerde als een overeenkomst onder bezwarende titel. Verder stelde de Raad van State vast dat het Sacro Cuore ziekenhuis door de Italiaanse overheid op basis van een nationale wettelijke regeling met openbare ziekenhuizen was gelijk gesteld. Bijgevolg was het Sacro Cuore ziekenhuis, vergelijkbaar met de openbare ziekenhuizen, onttrokken aan de nationale en de Europese regels inzake overheidsopdrachten. In verband hiermee wilde de Raad van State op de tweede plaats weten of de opdracht tot het leveren van het geneesmiddel 18-FDG rechtstreeks aan het Sacro Cuore ziekenhuis kon worden gegund, terwijl niet voldaan was aan de vereisten voor quasi inbesteden.

### 2. Overheidsopdracht

Beide vragen van de Italiaanse Raad van State hebben in wezen betrekking op het begrip “overheidsopdracht”. Gelet op artikel 1 lid 2 onder a Richtlijn 2004/18 (thans artikel 2 lid 1 onder 5 Richtlijn 2014/24), bestaat een overheidsopdracht uit vier elementen:

- (i) een schriftelijke overeenkomst;
- (ii) onder bezwarende titel;
- (iii) tussen ondernemers en een of meer aanbestedende diensten;
- (iv) met als onderwerp werken, leveringen en/of diensten.

#### (i) Schriftelijke overeenkomst

Hoe de juridische relatie tussen de regio Veneto, de regionale gezondheidsdienst en het Dell'Angelo ziekenhuis enerzijds en het Sacro Cuore ziekenhuis anderzijds precies is vormgegeven, blijkt niet uit het arrest. Het lijkt te gaan om een samenstel van (i) een subsidiebesluit; (ii) een standaard leveringsovereenkomst; en (iii) verschillende regionale en overheidshandelingen (r.o. 11). Ofschoon het Hof bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag uitsluitend refereert aan het subsidiebesluit (r.o. 24 en 32), heeft het Hof vermoedelijk het genoemde samenstel van regelingen voor ogen gehad (r.o. 25).

Om van een “overeenkomst” in de zin van de aanbestedingsregels te kunnen spreken, is de kwalificatie onder nationaal recht irrelevant.<sup>[2]</sup> In principe kan elke regeling waarmee een aanbestedende dienst een werk, levering en/of diensten beoogt te verkrijgen, als overeenkomst worden beschouwd.<sup>[3]</sup> Zo bezien kunnen ook bestuursrechtelijke subsidiebesluiten een overeenkomst vormen als ze voor een aanbestedende dienst het middel vormen voor de aanschaf van een werk, levering en/of dienst. Met dit in het achterhoofd, kan een samenstel van regelingen eveneens een overeenkomst vormen. Dit is het geval als onderdelen van een transactie onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen.<sup>[4]</sup> In het onderhavige geval stond vast dat de subsidie volledig was bedoeld voor de productie en levering van het geneesmiddel 18-FDG. Gelet daarop ligt het voor de hand aan te nemen dat de subsidie niet los kon worden gezien van zowel de opdrachtverlening, als de verschillende regionale en overheidshandelingen. Dit samenstel vormde daarmee de overeenkomst in de zin van de Richtlijn.

#### (ii) Tegen bezwarende titel

De rechter in eerste aanleg meende dat van een bezwarende titel geen sprake was, omdat de subsidie geen “rechtstreekse

*tegenprestatie*” vormde voor de levering van het medicijn aan negen lokale openbare ziekenhuizen (r.o. 13). Deze ontbrekende rechtstreeksheid van de tegenprestatie lijkt voor de Raad van State de reden te zijn geweest om de eerste prejudiciële vraag te stellen (r.o. 17). Toch komt dit aspect niet expliciet terug in deze vraag. Het Hof besteedt er evenmin aandacht aan, maar richt zich meteen op de bezwarendheid van de titel.

Zonder aan eerdere jurisprudentie te refereren,<sup>[5]</sup> merkt het Hof op dat met “ *bezwarende titel*” een “ *tegenprestatie*” wordt bedoeld die de aanbestedende dienst levert voor de uitvoering van de (in rechte afdwingbare)<sup>[6]</sup> opdracht door de opdrachtnemer (r.o. 28). De door de regio Veneto toegekende subsidie kan worden beschouwd als tegenprestatie, aangezien deze volledig was bedoeld om het Sacro Cuore ziekenhuis te compenseren voor het om niet vervaardigen en tegen leveringskosten ter beschikking moeten stellen van het geneesmiddel 18-FDG (r.o. 25). Dat met deze subsidie de kosten van het Sacro Cuore ziekenhuis “ *niet volledig*” worden gedekt, is volgens het Hof irrelevant (r.o. 31). Opmerkelijk is in dit kader de verwijzing naar de arresten *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* en *Piepenbrock* (r.o. 29). In deze arresten oordeelde het Hof namelijk dat een vergoeding die “ *beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten*”,<sup>[7]</sup> en bijgevolg geen winstelement bevat, toch een bezwarende titel oplevert. In het onderhavige geval gaat het Hof een stap verder: naast een ontbrekend winstelement, hoeven kennelijk evenmin alle kosten vergoed te worden. Geheel nieuw lijkt dit ook weer niet. Een aanwijzing dat de vergoeding van een deel van de kosten volstaat om te kunnen spreken van een bezwarende titel kan gevonden worden in het *Auroux* arrest.<sup>[8]</sup> Al moet er wel op worden gewezen dat de aanbestedende dienst in die zaak, naast “ *een gedeelte van de kosten*”, ook een serie andere (ongetwijfeld op geld waardeerbare) verplichtingen op zich nam.<sup>[9]</sup>

Het arrest roept wel nog de vraag op welk deel van de kosten vergoed moet worden om nog van een bezwarende titel te kunnen spreken. In mijn visie zal de vergoeding ten minste zodanig moeten zijn dat deze, uiteraard samen met zowel de overige verplichtingen van de aanbestedende dienst als de te vergeven opdracht, voor marktdeelnemers een economisch voordeel oplevert. Bij gebreke van een dergelijk voordeel, wordt een marktdeelnemer door een discriminerende gunning ten opzichte van andere marktdeelnemers immers niet begunstigd.<sup>[10]</sup> Helaas wordt uit het arrest niet duidelijk of het moet gaan om een “ *aanzienlijk*” voordeel,<sup>[11]</sup> zoals de Raad van State lijkt te impliceren (r.o. 17). Mogelijk volstaat zelfs elk voordeel. Dan hebben we nog de rechtstreeksheid van de tegenprestatie die in de visie van de rechter in eerste aanleg ontbrak. Hiermee heeft deze rechter waarschijnlijk duidelijk willen maken dat een overeenkomst onder bezwarende titel een “ *rechtstreeks economisch belang*” van de aanbestedende dienst vereist.<sup>[12]</sup> In de onderhavige zaak lijken in plaats van de regio Veneto de negen lokale openbare ziekenhuizen “ *rechtstreeks*” belanghebbende bij de opdracht te zijn. Bij gebreke van een motivering, is helaas niet kenbaar hoe het Hof over dit aspect denkt. Mogelijk hoeft de regio Veneto vanwege de subsidie aan het Sacro Cuore ziekenhuis, de negen lokale openbare ziekenhuizen niet meer te compenseren voor de aanschaf van het geneesmiddel 18-FDG. Dit zou eventueel kunnen kwalificeren als een rechtstreeks economisch belang van de regio Veneto.<sup>[13]</sup> Het rechtstreeks economisch belang is sowieso een lastig criterium. Vaak is namelijk de gemeenschap in het algemeen het meest gebaat bij een overheidsopdracht.<sup>[14]</sup> Gelet op het doel van de aanbestedingsregels, kan aan de andere kant ook worden betoogd dat het economisch belang eigenlijk relevant is voor de vraag of sprake is van een werk, levering of dienst en niet voor de bezwarendheid van de titel.<sup>[15]</sup>

### (iii) Tussen aanbestedende dienst en een onderneming

De tweede prejudiciële vraag is bedoeld om vast te stellen of de opdracht tot levering van het geneesmiddel 18-FDG zonder aanbesteding aan het Sacro Cuore ziekenhuis kon worden gegund, nu dit ziekenhuis op basis van een nationale wettelijke regeling met particuliere ziekenhuizen was gelijkgesteld. De Raad van State merkt hierbij op dat het Sacro Cuore ziekenhuis niet kwalificeert als een “ *publiekrechtelijke lichaam*”, terwijl evenmin voldaan is aan eisen voor quasi inbesteden (r.o. 23).

Het Hof kiest voor een formele benadering. Slechts in twee gevallen zijn de aanbestedingsregels niet van toepassing op de opdrachtverlening tussen twee overheidslichamen, namelijk bij (r.o. 35-36):

- (i) quasi inbesteden; of
- (ii) samenwerking tussen overheden.

De basis voor quasi inbesteden is gelegd in het befaamde *Teckal* arrest.<sup>[16]</sup> Een aanbestedende dienst kan aan een juridisch van haar gescheiden dienst onderhands een overheidsopdracht verstrekken wanneer (i) de aanbestedende dienst op de andere dienst toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten; en (ii) die andere dienst tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst die haar beheerst. Het Hof heeft weinig woorden nodig om vast te stellen dat aan het eerste vereiste niet is voldaan. De regio Veneto oefent immers op het Sacro Cuore ziekenhuis geen toezicht uit als op de eigen diensten. Dit betekent dat er van quasi inbesteden geen sprake is. Dat had de Raad van State dus goed gezien.

De aanbestedingsregels zijn evenmin van toepassing op samenwerking tussen overheden, mits voldaan wordt aan de aan zogenaamde *Hamburg-criteria*:<sup>[17]</sup> de samenwerking tussen overheden (r.o. 39):

- (i) dient ertoe te strekken de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op de overheden gezamenlijk rust;
- (ii) mag geen particuliere inbreng omvatten;

- (iii) mag geen particuliere dienstverrichter bevoordelen tegenover zijn concurrenten; en
- (iv) moet worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Aangezien het gaat om cumulatieve criteria (r.o. 40), is het Hof ook snel klaar met deze toets. Het Sacro Cuore ziekenhuis is een rechtspersoon “ waarvan de financiën, de benoeming van bestuurders en de interne functioneringsregels onder particulier beheer” staan. De samenwerking omvat derhalve particuliere inbreng, met als gevolg dat de samenwerking niet kwalificeert als samenwerking tussen overheden.

Het arrest maakt dus duidelijk dat een particuliere dienstverrichter niet door middel van een nationale wettelijke regeling aan de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels kan worden onttrokken. De enige manier om deze dienstverrichter daarvan uit te zonderen, is te voldoen aan de (i) *Teckal*-criteria; of (ii) de *Hamburg*-criteria.

#### (iv) Met als onderwerp werken, leveringen en/of diensten

Aan het laatste criterium wordt in het arrest nauwelijks aandacht besteed. Zowel de Raad van State lijken te hebben aangenomen dat de productie en levering van medicijnen kwalificeert als een levering in de zin van artikel 1 lid 1 onder (c) Richtlijn 2004/18 (thans artikel 2 lid 8 Richtlijn 2014). Dit ligt ook wel voor de hand, aangezien de negen regionale ziekenhuizen de beschikking krijgen over het geneesmiddel 18-FDG.

### 3. Commentaar

Veelal wordt aangenomen dat het belangrijkste onderscheid tussen een overheidsopdracht en een subsidie wordt gevormd door de “ uitvoeringsplicht” en de “ marktconforme vergoeding”. Indien beide elementen aanwezig zijn, is er waarschijnlijk sprake van een overheidsopdracht.<sup>[1]</sup> Het besproken arrest laat echter zien dat een overheidsopdracht geen marktconforme vergoeding vereist. De vergoeding die de aanbestedende dienst betaalt hoeft geen winstelement te bevatten. Het onderhavige arrest laat zien dat evenmin alle kosten vergoed hoeven te worden. We houden daarmee alleen nog de uitvoeringsplicht als belangrijk onderscheidend element over. Maar ook dit element is dun. Gelet op artikel 4:36 lid 2 Awb kan een subsidieontvanger bijvoorbeeld verplicht worden een gesubsidieerde activiteit daadwerkelijk te verrichten. Het onderhavige arrest lijkt bovendien te impliceren dat de aanbestedende dienst die de vergoeding betaalt geen rechtstreeks belang bij de verleende opdracht hoeft te hebben. Dit vertroebelt het onderscheid tussen overheidsopdracht en subsidie verder. Alles bij elkaar is het in de praktijk dus goed opletten of een subsidie niet kwalificeert als een overheidsopdracht die mogelijk aanbesteed moet worden.

Voetnoten

[1]

H.C.E.P.J. Janssen is advocaat of counsel bij Kneppelhout & Korthals N.V.

[2]

Hof 18 januari 2007 (*Auroux*), zaak C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, r.o. 40 en Hof 18 december 2007 (*Correos*) zaak C-220/06, ECLI:EU:C:2007:815, r.o. 50.

[3]

In deze zin: S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement – part I*, Sweet & Maxwell, derde druk 2014, p. 388.

[4]

Hof 6 mei 2010 (*Club Hotel Loutratiki*), gevoegde zaken C-45/08 en C-49/08, ECLI:EU:C:2010:247, r.o. 48, thans min of meer gecodificeerd in artikel 3 Richtlijn 2014/24.

[5]

Gewezen kan worden op de navolgende arresten: Hof 12 juli 2001 (*La Scala*), zaak C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, r.o. 77, Hof 18 januari 2008 (*Arroux*), zaak C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, r.o. 45 en Hof 25 maart 2010 (*Helmut Müller*), zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, r.o. 48.

[6]

Hof 25 maart 2010 (*Helmut Müller*), zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, r.o. 62.

[7]

Hof 19 december 2012 (*Azienda Sanitaria Locale di Lecce*), zaak C-59/11, ECLI:EU:C:2012:817, r.o. 29.

[8]

Hof 18 januari 2007 (*Auroux*), zaak C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, r.o. 45.

[9]

Voor een beschrijving zie: A-G J. Kokot conclusie 15 juni 2006 (*Auroux*), zaak C-220/05, ECLI:EU:C:2006:410, randnr. 58.

[10]

Zie voor deze benadering A-G P. Léger conclusie 7 december 2000 (*La Scala*), zaak C-399/98, ECLI:EU:C:2000:671, randnr. 94 en S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement – part I*, Sweet & Maxwell, derde druk 2014, p. 394-395.

[11]

In de Italiaanse versie van het arrest wordt gesproken over een “*vantaggio economico significativo*”. Het zou dus ook kunnen gaan om een “*significant*” voordeel.

[12]

Hof 25 maart 2010 (*Helmut Müller*), zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, r.o. 48-49 en Hof 15 juli 2010 (*Commissie/Duitsland*), zaak C-471/08, ECLI:EU:C:2010:426, r.o. 75.

[13]

Zie naar analogie: Hof 25 maart 2010 (*Helmut Müller*), zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, r.o. 52.

[14]

In deze zin R. Caranta, ‘The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works’, *CMLR* 2015, p. 435, voetnoot 250.

[15]

Zie voor deze benadering: S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement – part I*, Sweet & Maxwell, derde druk 2014, p. 397, 404 en 567-568.

[16]

Zie voor een bespreking van de *Teckal*-criteria: R.J.M.H. de Greef & F.H.K. Theissen in *Gst.* 2013/41. De *Teckal*-criteria zijn min of meer gecodificeerd in artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24.

[17]

Zie voor een bespreking van de *Hamburg*-criteria: R.J.M.H. de Greef & F.H.K. Theissen in *Gst.* 2013/48. De *Hamburg*-criteria zijn min of meer gecodificeerd in artikel 12 lid 4 Richtlijn 2014/24.

[18]

Zie: A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2015, p. 157.