



Datum van inontvangstneming : 01/06/2017

Zaak C-216/17

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

24 april 2017

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 maart 2017

Verzoekende partijen:

- in hoger beroep 9816/2016:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust

- in hoger beroep 9837/2016:

Coopservice Soc. coop. a r.l.

Verwerende partijen:

- in hoger beroep 9816/2016:

Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Valcamonica - Sebino

Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda

- in hoger beroep 9837/2016:

Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Valcamonica - Sebino

Andere partijen in de procedure:

- in hoger beroep 9816/2016:

Markas Srl

Coopservice Soc. coop. a r.l.

- in hoger beroep 9837/2016:

Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda

Zanetti Arturo & C. Srl als tijdelijk ondernemingsverband en zelfstandig

Regione Lombardia

Markas Srl zelfstandig en als leidende onderneming en opdrachtgever van een tijdelijk ondernemingsverband

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Twee door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter) gevoegde hogere beroepen tegen het vonnis van het Tribunale amministrativa regionale Lombardia (bestuursrechter in eerste aanleg van Lombardije; hierna: „TAR Lombardia”) nr. 1449 van 7 november 2016 houdende voeging en verwerping van twee beroepen, door respectievelijk de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Italiaanse mededingingsautoriteit, hierna: „AGCM”) en Coopservice Soc. coop. a.r.l. ingesteld tot nietigverklaring van besluit nr. 1158 van de algemeen directeur van de Azienda Socio Sanitaria Territoriale (territoriale gezondheidsdienst, hierna: „ASST”) Valcamonica - Sebino van 30 december 2015, waarbij is besloten om voor het tijdvak van 1 februari 2016 tot en met 15 februari 2021 toe te treden tot de overeenkomst inzake behandeling, inzameling en verwerking van afval die de ASST Garda had ondertekend met het tijdelijk ondernemingsverband van Markas S.r.l. en Zanetti Arturo S.r.l., alsook van andere handelingen, waaronder besluit nr. 828 van 4 november 2011 van de directeur van de ASST Garda, het specifieke bestek van de aanbesteding, inzonderheid het deel met de clausule inzake de aansluiting, en het akkoord tussen de ASST Desenzano del Garda en andere ziekenhuizen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van de bepalingen inzake raamovereenkomsten in de richtlijnen 2004/18/EG en 2014/24/EU, en met name de vraag of die bepalingen in de weg staan aan een nationale uitvoeringsregeling op grond waarvan een aanbestedende dienst met een ondernemer een raamovereenkomst kan sluiten die ingevolge een daarin vervatte uitbreidingsclausule ook bindend is voor andere daarin vermelde aanbestedende diensten, terwijl daarin niet uitdrukkelijk de hoeveelheid prestaties is vermeld die dergelijke andere aanbestedende diensten van deze ondernemer kunnen vragen bij de sluiting van de in deze raamovereenkomst voorziene

aanbestedingsovereenkomsten, ook als deze hoeveelheden impliciet door verwijzing naar de normale behoefte van deze aanbestedende diensten kunnen zijn vermeld.

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

(1) Kunnen de artikelen 2, lid 5¹, en 32 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 33 van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat een raamovereenkomst kan worden gesloten waarin:

een aanbestedende dienst handelt voor zichzelf en voor andere, specifiek vermelde aanbestedende [Or. 20] diensten, die deze raamovereenkomst evenwel niet zelf ondertekenen;

de hoeveelheid prestaties die bij de sluiting van de in de raamovereenkomst voorziene latere overeenkomsten kunnen worden gevraagd door de aanbestedende diensten die de raamovereenkomst niet hebben ondertekend, niet is bepaald?

(2) Indien vraag (1) ontkennend wordt beantwoord,

Kunnen de artikelen 2, lid 5², en 32 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 33 van richtlijn 2014/24/EU dan aldus worden uitgelegd dat een raamovereenkomst kan worden gesloten waarin:

een aanbestedende dienst handelt voor zichzelf en voor andere, specifiek vermelde aanbestedende diensten die deze raamovereenkomst evenwel niet zelf ondertekenen;

de hoeveelheid prestaties die bij de sluiting van de in de raamovereenkomst voorziene latere overeenkomsten kunnen worden gevraagd door de aanbestedende diensten die de raamovereenkomst niet hebben ondertekend wordt bepaald door te verwijzen naar hun normale behoefte?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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. Inzonderheid artikel 1, lid 2, onder d), waarin het begrip „overheidsopdrachten voor diensten” was gedefinieerd, artikel 1, lid 9, dat de „publiekrechtelijke instelling” als een van de

¹ Waarschijnlijk wordt artikel 1, lid 5, bedoeld.

² Waarschijnlijk wordt artikel 1, lid 5, bedoeld.

„aangebestede diensten” vermeldde, artikel 2, lid 5³, waarin het begrip „raamovereenkomst” was neergelegd, artikel 28, eerste en tweede alinea, waarin het beginsel was vastgelegd dat overheidsopdrachten worden geplaatst door middel van openbare aanbestedingen, en artikel 32, leden 1 tot en met 3, waarin raamovereenkomsten nader werden geregeld.

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG. Inzonderheid artikel 1, punten 1, 4 en 9⁴, met de definities van respectievelijk „aangebestede diensten”, „publiekrechtelijke instellingen” en „overheidsopdrachten voor diensten”, artikel 26, lid 1, waarin het beginsel is neergelegd dat bij de plaatsing van overheidsopdrachten openbare procedures worden gevolgd, en artikel 33, leden 1 tot en met 3, waarin de raamovereenkomst is geregeld.

Aangevoerde nationale bepalingen

Artikel 3, leden 1 en *1bis*, van d. lgs. (wetsbesluit) nr. 502 van 30 december 1992, dat de ASST regelt.

D.lgs. nr. 163 van 12 april 2006, tot uitvoering van richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG. Inzonderheid artikel 3, leden 10, 13 en 26, waarin respectievelijk „overheidsopdrachten voor diensten”, „raamovereenkomst” en „publiekrechtelijke instellingen” zijn gedefinieerd, artikel 54, lid 1, waarin het beginsel van de openbare aanbesteding is neergelegd, en artikel 59, leden 2 tot en met 4, waarin de werking van raamovereenkomsten wordt beschreven.

D.lgs. nr. 50 van 18 april 2016, waarbij richtlijn 2014/24/EU in nationaal recht is omgezet. Inzonderheid artikel 3, lid 1, onder i), waarin het begrip „aankoopcentrale” is gedefinieerd, artikel 37, dat het samenvoegen en centraliseren van aankopen regelt, en artikel 54, inzake raamovereenkomsten.

De artikelen 1388 en 1398 van de *codice civile* (burgerlijk wetboek), die respectievelijk door de vertegenwoordiger gesloten overeenkomsten en onbevoegde vertegenwoordiging regelen.

Artikel 1, lid 449, laatste volzin, van wet nr. 296 van 27 december 2006, dat instellingen van de nationale gezondheidsdienst verplicht om aankopen via aankoopcentrales te verrichten.

D.l. (wetsbesluit) nr. 95 van 6 juli 2012, omgezet in wet nr. 135 van 7 augustus 2012. Inzonderheid artikel 1, lid 3, van deze wet, waarbij, behoudens zeer beperkte uitzonderingen, ook instellingen van de SSN (nationale

³ Waarschijnlijk wordt artikel 1, lid 5 bedoeld.

⁴ Waarschijnlijk wordt artikel 2, lid 1, punten 1, 4 en 9 bedoeld.

gezondheidsdienst) worden verplicht om aankopen via aankoopcentrales te verrichten, artikel 2, lid 12, dat bepaalt dat, zonder een nieuwe aanbesteding uit te schrijven en met het oogmerk kosten te besparen, op een later tijdstip verbeteringen kunnen worden aangebracht in de contractvoorwaarden van de oorspronkelijke aanbesteding, en artikel 15, lid 13, onder b), dat bepaalt dat een overeenkomst voor de levering van goederen of verstrekking van diensten kan worden opgezegd indien zij te duur is geworden, en zonder nieuwe aanbesteding een nieuwe overeenkomst kan worden gesloten waarvan de voorwaarden worden vastgesteld op basis van de lopende overeenkomst met andere bedrijven.

Artikel 3, lid 7, van l.r. (regionale wet) nr. 14 van 19 mei 1997, waarmee wordt bevestigd dat de volledige regionale overheid aankopen gecentraliseerd dient te verrichten.

Besluit nr. 2633 van de Giunta regionale (regionale raad) van Lombardia van 6 december 2011, dat gezondheidsdiensten verplicht om de vraag te bundelen.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 In de Italiaanse rechtsorde zijn Aziende socio sanitarie territoriali (ASST) onder de regio's vallende eenheden die de bevolking in het kader van de servizio sanitario nazionale (nationale gezondheidsdienst; SSN) feitelijk zorg aanbieden.
- 2 ASST's vallen onder het begrip „aangebestede diensten” en moeten derhalve in beginsel openbare aanbestedingen uitschrijven om op de markt door middel van aanbestedingsovereenkomsten de voor hun activiteiten benodigde goederen en diensten te verwerven. Ten tijde van de feiten in de onderhavige zaak vonden deze aanbestedingen plaats overeenkomstig het destijds geldende d.lgs. nr. 163 van 12 april 2006, waarbij de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG in nationaal recht zijn omgezet, terwijl zij nu plaatsvinden overeenkomstig d. lgs. nr. 50 van 18 april 2006 tot omzetting van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, die de eerdere richtlijnen hebben vervangen, doch op dezelfde beginselen zijn geïnspireerd.
- 3 In Italië vormen de ASST een van de belangrijkste posten voor overheidsuitgaven. Om budgettaire redenen heeft de wetgever een reeks normatieve handelingen goedgekeurd die tot doel hadden de kosten daarvan te beperken, waardoor ook instellingen van de nationale gezondheidsdienst verplicht werden om, behoudens zeer beperkte uitzonderingen, goederen en diensten gezamenlijk via aankoopcentrales te verwerven. Dat volgt op nationaal niveau uit artikel 1, lid 449, van wet nr. 296 van 27 december 2006 en d.l. nr. 95 van 6 juli 2012, omgezet in l. nr. 135 van 7 augustus 2012, en wat de regio Lombardia betreft, uit artikel 3, lid 7 van regionale wet nr. 14 van 19 mei 1997 en besluit nr. 2633 van de Giunta regionale van 6 december 2011.
- 4 Op de grondslag van deze normatieve context heeft de ASST Desenzano del Garda – waarvoor later de ASST Garda in de plaats is getreden – bij besluit van

haar algemeen directeur nr. 828 van 4 november 2011 middels een niet-openbare procedure een opdracht voor diensten van behandeling, inzameling en verwerking van afval met een looptijd van 108 maanden gegund aan een tijdelijk ondernemingsverband bestaande uit Markas Srl en Zanetti Arturo & C. Srl.

- 5 De ASST Desenzano del Garda had in het bestek van de gegunde opdracht onder § 5 een clause met het opschrift „Uitbreiding van de overeenkomst” opgenomen met het oogmerk de vraag te bundelen, zoals de beschreven bepalingen verlangden. Deze clause is gebaseerd op een overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en andere ziekenhuizen, die tot doel heeft „gezamenlijke aankopen te verrichten” in uitvoering van de beginselen in het Piano sanitario regionale 2002-2004 (regionaal gezondheidsplan) en de daarmee samenhangende besluiten van de Giunta regionale van Lombardije. Deze clause verwijst tevens naar latere besluiten van de Giunta, die „de nadruk leggen op aanbestedingen van bedrijven waarbij latere aansluitingen mogelijk zijn”.
- 6 Op basis van de vermelde overeenkomst bepaalt bovengenoemde clause dat „van begunstigen [...] kan worden gevraagd dat de aanbesteding wordt uitgebreid tot een of meer bedrijven” die in de overeenkomst zijn vermeld. Daarnaast bepaalt de clause dat voor de uitbreiding een looptijd geldt die gelijk is aan de resterende contractuele duur zoals vastgesteld in de oorspronkelijke aanbesteding, en dat elk ziekenhuis zich eenmaal kan aansluiten „onder dezelfde voorwaarden als die van de betrokken gunning”. De clause preciseert eveneens dat de begunstigde niet verplicht is om het verzoek om uitbreiding te aanvaarden, en dat op grond van de uitbreiding een “autonome contractuele betrekking” tot stand komt die los staat van de gunningsovereenkomst. Tot slot bevat de clause een lijst van de ondernemingen die beroep kunnen doen op de uitbreidingsclause, waaronder de lokale gezondheidsdienst van Valcamonica- Sebino, thans ASST Valcamonica, verweerster in hoger beroep.
- 7 Bij besluit van de algemeen directeur nr. 1158 van 30 december 2015 heeft de ASST Valcamonica gebruik gemaakt van de in de beschreven clause voorziene mogelijkheid om zich bij de raamovereenkomst aan te sluiten, en wel voor de periode van februari 2016 tot 15 februari 2021. Voor deze periode heeft zij derhalve een overeenkomst gesloten voor de aanbesteding van haar reinigingsdiensten, zonder naast de oorspronkelijke aanbesteding van de ASST Desenzano del Garda nog een aparte aanbesteding uit te schrijven.
- 8 Tegen het genoemde besluit is in twee afzonderlijke procedures beroep ingesteld bij het TAR Lombardia, en wel door de vertrekkende beheerder en door de AGCM.
- 9 Het TAR Lombardia heeft de beschreven uitbreidingsclause rechtmatig verklaard en deze beroepen verworpen, waarop voornoemde verzoekers in eerste aanleg twee hogere beroepen hebben ingesteld bij de Consiglio di Stato, die de zaken heeft gevoegd.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 10 De AGCM en Coopservice Soc. coop. a r.l. voeren tegen het bestreden vonnis aan dat volgens de basisregels op het gebied van overheidsopdrachten de aansluiting van de ASST Valcamonica - Sebino bij de reeds door de ASST Desenzano del Garda gesloten overeenkomst moet worden beschouwd als een rechtstreekse plaatsing van een opdracht, die in strijd is met de Europese en nationale regelgeving inzake mededinging bij openbare aanbestedingen.
- 11 Markas Srl, andere partij in hoger beroep, heeft verzocht de hogere beroepen te verwerpen op grond dat de contractuele handeling bestaande in de oorspronkelijke raamovereenkomst met de aansluitingsclausule en de erop volgende overeenkomst op basis van een juiste uitlegging van de bepaling inzake de raamovereenkomst in artikel 33 van richtlijn 2014/24/EU toelaatbaar is, en heeft derhalve verzocht om prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267 VWEU.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 12 Volgens de Raad van State bestaat er twijfel over de verenigbaarheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling met het Unierecht.
- 13 De verwijzende rechter merkt op dat de raamovereenkomst zoals geregeld in de artikelen 2, lid 5⁵, en 32, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG verwijst naar een tweeledige contractuele handeling: eerst de eigenlijke raamovereenkomst waarin de voorwaarden voor de later te sluiten overeenkomsten zijn vastgesteld, en vervolgens de afzonderlijke overeenkomsten waarmee de oorspronkelijke overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd. Aldus gesteld vertoont dit concept de volgende bijzonderheden: de ondernemingen die aan de raamovereenkomst deelnemen worden normaal gesproken gekozen door middel van openbare aanbestedingen, terwijl geen aanbesteding vereist is om de overeenkomsten voor de uitvoering van de raamovereenkomst te sluiten met de onderneming die daarbij de enige contractpartij is. Dienaangaande is artikel 32, lid 3, relevant, dat bepaalt: „Als er een raamovereenkomst is gesloten met één enkele ondernemer, worden de op die raamovereenkomst gebaseerde opdrachten gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden”, dus zonder een nieuwe aanbesteding.
- 14 Een ander bijzonder kenmerk komt voort uit door de zinsnede in artikel 2, lid 5⁶, van richtlijn 2004/18/EG, volgens welke de contractpartijen altijd in de raamovereenkomst zijn vastgelegd, doch de beoogde hoeveelheid slechts „in voorkomend geval”. Het is dus kennelijk toegestaan dat de inhoud van de uitvoeringsovereenkomsten niet terug te vinden is in de oorspronkelijke raamovereenkomst.

⁵ Waarschijnlijk wordt artikel 1, lid 5, bedoeld.

⁶ Waarschijnlijk wordt artikel 1, lid 5, bedoeld.

- 15 Volgens de verwijzende rechter kan de specifieke situatie die voorwerp van het hoofdgeding is worden aangemerkt als een raamovereenkomst die de als hoofdcontractant fungerende ASST voor zichzelf en voor de andere in de beschreven uitbreidingsclausule vermelde bedrijven heeft gesloten, zonder dat bij de ondertekening de hoeveelheid is vastgesteld, dat wil zeggen, de exacte omvang van de diensten die de laatstgenoemde ondernemingen nodig kunnen hebben.
- 16 Volgens de verwijzende rechter kunnen namelijk naar nationaal recht de in de uitbreidingsclausule vermelde bedrijven worden aangemerkt als contractpartijen bij de raamovereenkomst die worden vertegenwoordigd door de hoofdcontractant. De hoofdcontractant kan een raamovereenkomst sluiten die ook voor andere bedrijven bindend is – mits zij bij de sluiting van de overeenkomst zijn vermeld – ongeacht of zij daartoe opdracht hebben gegeven. Indien de ondernemingen die de raamovereenkomst niet hebben ondertekend vervolgens een daarop gebaseerde uitvoeringsovereenkomst willen sluiten, bekrachtigen zij daardoor de raamovereenkomst.
- 17 Daarnaast merkt de verwijzende rechter op dat volgens de rechter in eerste aanleg op grond van de litigieuze nationale voorschriften ook een raamovereenkomst mag worden gesloten waarin niet uitdrukkelijk de hoeveelheid prestaties is vastgesteld die de aanbestedende diensten die de raamovereenkomst niet hebben ondertekend kunnen vragen bij de ondertekening van de in de raamovereenkomst vermelde uitvoeringsovereenkomsten, ook als deze hoeveelheden kunnen worden geacht impliciet te zijn vermeld doordat wordt verwezen naar de normale behoefte van deze aanbestedende diensten.
- 18 Een ander argument dat eveneens voor deze uitlegging pleit is de regeling die de centralisatie van aanbestedingen bevordert, omdat daardoor zonder twijfel slechts één aanbesteding wordt ondertekend, namelijk die van de raamovereenkomst, terwijl anders elke betrokken dienst een aanbesteding zou moeten uitschrijven.
- 19 Volgens de Consiglio di Stato valt evenwel te betwijfelen of bovenstaande uitlegging is toegestaan op grond van de Europese regelgeving, die louter bepaalt dat de raamovereenkomst „in voorkomend geval” de hoeveelheid van de vereiste prestaties vaststelt.
- 20 Het Hof van Justitie heeft zich nog niet over dit specifieke punt uitgesproken, aangezien het enige arrest van het Hof over raamovereenkomsten het arrest (Vierde kamer) van 5 maart 1991 in zaak C-330/88 is.
- 21 De vraag is duidelijk relevant voor de beslechting van het geding, omdat de bestreden handeling slechts rechtmatig zou zijn – en de hogere beroepen zouden moeten worden verworpen – indien de uitlegging van de rechter in eerste aanleg juist is. Indien daarentegen mocht worden geoordeeld dat de raamovereenkomst in elk geval moet specificeren welke diensten in de bijbehorende latere overeenkomsten worden gevraagd, moeten de hogere beroepen worden toegewezen en de bestreden handelingen nietig worden verklaard.

- 22 De Consiglio di Stato heeft deze vraag reeds in een aantal andere zaken behandeld, en daarbij geoordeeld dat een raamovereenkomst slechts geldig is indien in de daarin vervatte uitbreidingsclausule zowel het subjectieve aspect – en dus de rechtssubjecten die er beroep op kunnen doen – als het objectieve aspect – dat wil zeggen de „economische waarde” van de mogelijke uitbreiding, ook in de vorm van een maximumbedrag – zijn vastgelegd.
- 23 De verwijzende rechter stelt vast dat bij aanvaarding van de tegengestelde opvatting een onbepaald aantal opdrachten rechtstreeks zou kunnen worden geplaatst, hetgeen zou indruisen tegen de basisbeginselen van Europees recht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten door middel van aanbestedingen en de mededingingsbescherming. Deze opvatting zou tot gevolg hebben dat de zinsnede dat de raamovereenkomst „in voorkomend geval” de hoeveelheid prestaties vastlegt eng moet worden uitgelegd, in die zin dat vastlegging van de hoeveelheid slechts achterwege kan worden gelaten indien de prestaties bepaald dan wel duidelijk en ondubbelzinnig bepaalbaar zijn op basis van de feitelijke situatie of rechtssituatie die de contractpartijen voor ogen hebben, ook al wordt deze in de overeenkomst niet gespecificeerd.
- 24 Deze vraag blijft ook relevant nu d. lgs. 163/2006, dat is ingetrokken bij d. lgs. nr. 50 van 18 april 2016, waarbij richtlijn 2014/24/EU in nationaal recht is omgezet, niet langer van kracht is. In de Italiaanse rechtsorde geldt namelijk het beginsel *tempus regit actum*, op grond waarvan de rechtmatigheid van een bestuursrechtelijke maatregel moet worden vastgesteld aan de hand van de feitelijke toestand en het recht op het tijdstip waarop de maatregel is uitgevaardigd. De hogere beroepen moeten derhalve worden beoordeeld op basis van de ingetrokken bepalingen, waarvan de uitlegging relevant blijft.