



Datum van inontvangstneming : 15/04/2013

Zaak C-113/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

8 maart 2013

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato / Italië

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 januari 2013

Verzoekende partijen:

ASL nr. 5 „Spezzino”

A.N.P.A.S. Associazione Nazionale Pubblica Assistenza – Comitato Regionale Liguria

Regione Liguria

Verwerende partijen:

San Lorenzo Società Cooperativa Sociale

Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus

ITALIAANSE REPUBLIEK

De Consiglio di Stato, afdeling rechtspraak (Derde kamer), geeft de navolgende

BESCHIKKING

betreffende beroep nr. (omissis) 6142 van 2012, ingesteld door:

Asl nr. 5 „Spezzino”, (omissis)

tegen

San Lorenzo Società Cooperativa Sociale en Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus (omissis);

en ten aanzien van

Regione Liguria, (omissis) **[Or.2]** (omissis); A.N.P.A.S., Associazione nazionale pubblica assistenza, (omissis); Cipas, Pa Croce Gialla; Croce Rossa Italiana – Comitato Regionale Liguria, Croce Rossa Italiana – Comitato Provinciale di La Spezia, (omissis); Pubblica Assistenza della Spezia, (omissis);

betreffende beroep nr. (omissis) 6180 van 2012, ingesteld door:

A.N.P.A.S. Associazione Nazionale Pubblica Assistenza – Comitato Regionale Liguria (omissis);

tegen

San Lorenzo Società Cooperativa Sociale en Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus (omissis);

en ten aanzien van

Azienda Sanitaria Locale nr. 5 „Spezzino”, Cipas – Consorzio Italiano **[Or.3]** Pubbliche Assistenze Presso P.A. Croce Verde di Arma, Croce Rossa Italiana – Comitato Regionale Liguria, Croce Rossa Italiana – Comitato Provinciale La Spezia, P.A. Croce Gialla (omissis); Regione Liguria (omissis); Pubblica Assistenza della Spezia (omissis);

betreffende beroep nr. (omissis) 8027 van 2012, ingesteld door:

Regione Liguria (omissis);

tegen

San Lorenzo Società Cooperativa Sociale en Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus (omissis);

en ten aanzien van

Asl nr. 5 Spezzino, C.I.P.A.S., P.A. Croce Gialla, Croce Rossa Italiana – Comitato Regionale Liguria, Croce Rossa Italiana – Comitato **[Or.4]** Provinciale di La Spezia; A.N.P.A.S. (omissis); Pubblica Assistenza della Spezia (omissis);

betreffende de vernietiging

van vonnis nr. 565/2012 van het T.a.r. Liguria, Tweede kamer, uitgesproken tussen partijen, betreffende de goedkeuring van een regionale raamovereenkomst inzake ziekenvervoer.

(omissis) [nationale procedure];

[Or.5]

- 1 De Regione Liguria heeft bij besluit nr. 283 van 9 februari 2010 haar goedkeuring gehecht aan de regionale raamovereenkomst houdende regeling van de betrekkingen tussen verzorgingsinstellingen en ziekenhuizen enerzijds en de vrijwilligersorganisaties en het Italiaanse Rode Kruis anderzijds en de algemene directeurs van de AASSLL belast met de taak, de reeds van kracht zijnde overeenkomsten te verlengen of aan te passen.

In uitvoering van laatstgenoemde opdracht heeft de ASL nr. 5 „Spezzino” bij besluit nr. 940 van 22 december 2010 de raamovereenkomst uitgevoerd en overeenkomsten voor spoedvervoer van zieken gesloten met de vrijwilligersorganisaties die lid zijn van de ANPAS en met het Rode Kruis.

- 2 Het Tar (omissis) [nationale procedure] die uitspraak moest doen op het beroep dat de twee in de sector werkende verwerende coöperatieve vennootschappen, thans rekwiranten genoemd, hebben ingesteld tegen het eerste besluit en tegen het uitvoeringbesluit van de Asl, alsmede tegen de latere handelingen waarbij de voorwaarden voor de toekenning van onkostenvergoedingen zijn gherdefinieerd, heeft het beroep gegrond verklaard.

Uitgaande van het standpunt dat het begrip „onder bezwarende titel” ruim moet worden uitgelegd en dat de aan de orde zijnde raamovereenkomst dus de kenmerken van een openbare aanbesteding vertoont, heeft het Tar het onderhavige geval als een rechtstreekse gunning zonder aanbesteding aangemerkt, die dus in strijd is met de in de artikelen 49, 56 en 105 van het Verdrag verankerde beginselen.

- 3 Met drie afzonderlijke beroepen zijn de Asl, de Regione Liguria en de Anpas opgekomen tegen het vonnis in eerste aanleg. Zij betwistten dat **[Or.6]** de raamovereenkomst een overeenkomst „onder bezwarende titel” is en dat dus gebruik moest worden gemaakt van een procedure van openbare aanbesteding.

3.1. Onder verwijzing, *a contrario*, naar het arrest van het Hof van Justitie van 29 november 2007 in de zaak C-119/06 hebben zij benadrukt dat in de onderhavige zaak de in aanmerking genomen betalingen de vergoeding van de gemaakte kosten niet overschrijden, dat deze niet vooraf en forfaitair zijn bepaald en dat zij bijgevolg geen tegenprestatie vormen voor de diensten van ziekenvervoer op grond waarvan de aan de orde zijnde overeenkomst als een overeenkomst „onder bezwarende titel” kan worden aangemerkt.

3.2. In die omstandigheden hebben rekwiranten ook aangevoerd dat artikel 75 ter van wet nr. 41/2006 van de Regione Liguria verenigbaar is met het Europees recht op grond dat de hierboven bedoelde gunning bij voorrang van diensten aan de

vrijwilligersorganisaties en aan het Rode Kruis uitsluitend voorziet in de toekenning van onkostenvergoedingen.

3.3. Onder verwijzing naar die bepaling hebben zij vervolgens het belang van de tegenpartijen bij het aanvankelijke beroep betwist, aangezien het toewijzen van de beroepen hooguit kan leiden tot het formuleren van nieuwe criteria voor de toekenning van vergoedingen, maar niet tot het uitschrijven van een openbare aanbesteding.

Subsidiair hebben rekwiranten verzocht, de vraag betreffende de uitlegging van artikel 75 ter en de verenigbaarheid van dit artikel met het Europees recht aan het Hof van Justitie voor te leggen.

3.4. (omissis).

3.5. (omissis) **[Or.7]** (omissis).

3.6. (omissis).

4 (omissis) [nationale procedure en beslissing om de drie beroepen samen te behandelen].

4.1. (omissis) [Vooraf zij opgemerkt] dat de coöperatieven, oorspronkelijke verzoeksters in eerste aanleg, primair hebben aangevoerd dat artikel 75 ter van wet nr. 41/2006 van de Regione Liguria, zoals geherformuleerd bij regionale wet nr. 57/2009, onverenigbaar is met het Europees recht, voor zover het bepaalt dat ziekenvervoer bij voorrang en zonder aanbesteding aan de vrijwilligersorganisaties en aan het Italiaanse Rode Kruis wordt gegund.

Voor die onverenigbaarheid wordt uitgegaan van de beginselen van het Verdrag (vrijheid van vestiging en van dienstverrichting, gelijke behandeling en verbod van discriminatie) – die, zoals bekend, gelden voor alle „exclusieve” overheidsopdrachten en dus ook voor gezondheidsdiensten die onder II B [(omissis) (verwijzingen van nationaal belang)] vallen – op grond dat de oorspronkelijke verzoekende coöperatieven als marktdeelnemers net als **[Or.8]** andere marktdeelnemers er alle belang bij hebben dat in plaats van rechtstreekse gunningen die slechts een aantal marktdeelnemers ten goede komen, openbare aanbestedingen worden uitgeschreven, waaraan zij kunnen deelnemen met een *kans* op gunning.

4.2. In dat opzicht betreft het beroep primair de *methode*, dit wil zeggen het feit dat met het oog op de gunning van diensten van ziekenvervoer voor een rechtstreekse selectie wordt geopteerd en niet voor een openbare aanbesteding. Het beroep betreft slechts subsidiair de aard van de „overeenkomsten” die in de onderhavige zaak zijn gesloten met de vrijwilligersorganisaties en met het Rode Kruis, en dus de vraag of de hierboven bedoelde betalingen al dan niet als loutere onkostenvergoeding kunnen worden aangemerkt.

Daaruit volgt dat het feit dat de dienst die door de vrijwilligersorganisaties en door het Rode Kruis wordt geleverd, kosteloos (of, beter gezegd, niet „onder bezwarende titel”) wordt geleverd – zelfs indien dit in de onderhavige zaak zou worden aangetoond – volgens de tegenpartij hoe dan ook geen afbreuk doet aan de discriminerende aard van de gunning, waarop het eerste aangevoerde middel steunt.

4.3 De rechter in eerste aanleg heeft geoordeeld dat, naast de nominalistische verwijzing naar een loutere onkostenvergoeding, de betrokken raamovereenkomst – in het bijzonder onder de talrijke rubrieken van indirecte kosten en bedrijfskosten – in een veel ruimere terugbetaling voorziet en bijgevolg als een overeenkomst onder bezwarende titel moet worden aangemerkt, zodat het beroep niet kan worden toegewezen. (omissis) Voorts heeft hij geoordeeld dat, „zelfs indien het geen **[Or.9]** overeenkomst onder bezwarende titel betreft”, de beginselen van het Verdrag hoe dan ook moeten worden geëerbiedigd.

4.4. Dit verklaart waarom het verweer van huidige rekwiranten zich vooral heeft toegespitst op de vraag naar de aard van de overeenkomst en zij met klem betwisten dat het om een overeenkomst onder bezwarende titel gaat en herhalen dat deze overeenkomst niet verder gaat dan een loutere vergoeding van de gemaakte onkosten.

Dit zou tevens volgens uit later vastgestelde voorschriften (zie besluit nr. 861/2011 van de Giunta Regionale houdende goedkeuring van de bedrijfsbalans) – met inachtneming van beslissing nr. 2090/2011 van de Consiglio di Stato – waarbij een nieuw model van balans is vastgesteld volgens hetwelk de terugbetalingen voortaan alleen nog betrekking hebben op de daadwerkelijke kosten van de dienst om aldus te vermijden dat een te hoge vergoeding wordt toegekend.

- 5 Gelet op het bovenstaande, merkt de verwijzende rechter op dat aangezien in wezen de vraag rijst of artikel 75 ter van bovengenoemde regionale wet al dan niet in strijd is met de beginselen van het Verdrag (betreffende de werking van de Europese Unie), allereerst worden uitgemaakt of de regionale wetgever in de andere gevallen kan afzien van de gunning van de dienst via een voor alle marktdeelnemers toegankelijke openbare aanbesteding door in plaats daarvan een organisatorische oplossing te verkiezen die ongetwijfeld uitsluitend een aantal instellingen bevoordeelt (zoals de vrijwilligersorganisaties, het Italiaanse Rode Kruis en andere erkende publieke instellingen) ten nadele van alle andere.

[Or.10]

5.1. Bij de beantwoording van deze vraag moet overigens in aanmerking worden genomen dat gelet op de richtlijn van 2004 en van de rechtspraak van het Hof van Justitie het communautaire begrip „marktdeelnemer” is geëvolueerd en volgens een inhoudelijke en functionele opvatting is uitgebreid tot de meest ruime

bescherming van de regels van de markt en thans veel verder gaat dan het gebruikelijke begrip van ondernemer en zelfs instellingen – zowel particuliere als publieke – omvat die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven zoals stichtingen, sociale ondernemingen, organisaties zonder winstoogmerk, universiteiten, onderzoeksorganisaties [zie arrest van het Hof van Justitie van 23 december 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (C-305/08) (omissis) (nationale rechtspraak)].

5.2. Tot de categorie van instellingen *zonder winstoogmerk* die onder bepaalde voorwaarden als marktdeelnemers kunnen worden beschouwd en dus aan aanbestedingen mogen deelnemen, behoren immers sinds geruime tijd ook vrijwilligersorganisaties [zie arrest van het Hof van Justitie (Derde kamer) van 29 november 2007, C-119/06, punt 37; (omissis) (nationale rechtspraak)], zodat inmiddels vaststaat dat het ontbreken van winstoogmerk op zich niet uitsluit dat vrijwilligersorganisaties die diensten van spoedvervoer en ziekenvervoer verzekeren, een economische activiteit uitoefenen en met andere marktdeelnemers concurreren.

5.3. (omissis) **[Or.11]** (omissis) [overwegingen van nationaal belang][H]oe meer (wordt erkend dat) vrijwilligersorganisaties (meer in het algemeen instellingen *zonder winstoogmerk*) thans mogen deelnemen aan aanbestedingen onder ogenschijnlijk gelijke voorwaarden als andere marktdeelnemers, des te minder is het thans gerechtvaardigd dat wetsbepalingen toestaan (toestonden) dat zonder mededinging „rechtstreekse” overeenkomsten voor het verrichten van diensten met overheidsinstanties worden gesloten.

5.3. Anders moet worden aangenomen dat dergelijke instellingen twee mogelijkheden hebben: enerzijds een openbare aanbesteding waaraan zij thans onder dezelfde voorwaarden als andere marktdeelnemers mogen deelnemen en anderzijds het traditionele voorrecht van de rechtstreekse gunning, dat zij volledig zouden behouden en dat leidt tot de uitsluiting van alle andere marktdeelnemers, ten opzichte van dewelke een of meerdere particuliere ondernemingen, in de communautaire betekenis, een bevoorrechte positie krijgen.

In dit verband zij gepreciseerd dat de waarborg van het „dubbele spoor” hoe dan ook een voordeel inhoudt, zelfs wanneer dergelijke instellingen de „risico's” van mededinging trotseren, aangezien zij namelijk kunnen rekenen op een soort reservemogelijkheid, die min of meer zeker is en die zij (naast aanzienlijke fiscale voordelen) op grond van het aandeel van rechtstreekse overeenkomsten genieten. Dankzij deze reservemogelijkheid zouden zij bij een aanbesteding in theorie een bod tegen een lagere prijs kunnen formuleren en mededinging **[Or.12]** van de andere marktdeelnemers uitsluiten, juist omdat de terugbetaling van een deel van de onkosten en de algemene kosten hen op een andere wijze wordt gewaarborgd.

5.4. Het betreft een situatie die door het Hof van Justitie nog niet in al haar implicaties is onderzocht en die in zekere zin voortvloeit uit de hierboven in

herinnering gebrachte evolutie van de rechtspraak, die de deur opent voor mededinging tussen „heterogene” instellingen.

5.5. Overigens houdt dit onderwerp nauw verband met het onderwerp betreffende de grenzen en de afbakening van de „onkostenvergoeding”.

Wanneer die vergoeding namelijk, zoals uitdrukkelijk is voorzien in de overeenkomsten die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, ook de indirecte kosten en onkosten omvat van een activiteit, die zoals reeds is uiteengezet, de kenmerken van ondernemerschap in de communautaire zin vertoont, lijkt er op zijn minst een mogelijkheid te bestaan dat die vergoeding voor de instelling *zonder winstoogmerk* die aan een openbare aanbesteding deelneemt, in elk geval een voordeel, of technisch gesproken „staatsteun”, vormt.

6 (omissis) [Or.13] (omissis) [overwegingen van nationaal belang].

6.1. Gelet op bovenstaande overwegingen, rijst bijgevolg de vraag of artikel 75 ter, lid 2, sub a, van regionale wet nr. 41/2006 van de Regione Liguria – die, het zij herhaald, bepaalt dat de dienst bij voorrang rechtstreeks aan een aantal instellingen kan worden gegund – verenigbaar is met bovengenoemde beginselen van het Verdrag.

6.2. In verband met het antwoord dat dient te worden gegeven op de eerste prejudiciële vraag, die overeenkomstig artikel 23 van informatienota nr. 160/01 van 2011 van het Hof van Justitie is gesteld, is de verwijzende rechter van oordeel dat de vaste uitlegging van de artikelen 49, 56, 105 en 106 VWEU zich verzetten tegen een nationale bepaling die bij voorrang bepaalt dat de dienst van ziekenvervoer slechts aan een aantal instellingen wordt gegund.

Dit geldt ook ingeval de dienstverhouding wordt geregeld in een overeenkomst die werkelijk slechts voorziet in de toekenning van een vergoeding voor de daadwerkelijk gemaakte onkosten, aangezien [Or.14] een dergelijke oplossing hoe dan ook discriminerend en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling zou zijn.

6.3. Derhalve wordt het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzetten de artikelen 49, 56, 105 en 106 VWEU zich tegen een nationale bepaling volgens welke het ziekenvervoer bij voorrang wordt gegund aan vrijwilligersorganisaties, aan het Italiaanse Rode Kruis en aan andere erkende openbare instellingen of lichamen, voor zover dit gebeurt op basis van overeenkomsten die slechts voorzien in de toekenning van een vergoeding voor de daadwerkelijk gemaakte kosten?”

7 Indien het Hof van Justitie deze eerste vraag aldus beantwoordt dat een dergelijke wettelijke bepaling verenigbaar is [met het Unierecht], is voor de voorrang van

rechtstreekse gunning hoe dan ook vereist dat de dienst van ziekenvervoer niet onder bezwarende titel wordt verricht en dus dat wordt vastgesteld dat de door de overheid toegekende bedragen alleen de kosten vergoeden.

7.1. De discussie verlegt zich dan naar de vaststelling van de inhoud van de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde overeenkomsten en naar de werkelijke aard van de erin bepaalde tegenprestatie. Hierbij zij evenwel gepreciseerd dat het niet een loutere vaststelling van de feiten betreft, maar dat de oplossing van het probleem ook de beantwoording van een meer algemene rechtsvraag impliceert, die prejudicieel is ten opzichte van de loutere vaststelling van de feiten.

7.2. In dit verband zij er namelijk op gewezen dat in de onderhavige zaak de betrokken overheden – gelet op het reeds **[Or.15]** aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van 29 november 2007 (C-119/06) en (omissis) op de voorlopige maatregel die door de verwijzende rechter is getroffen (nr. 2090/2011) (omissis) – op een later tijdstip de voorwaarden en de procedure voor de raming van de vergoeding hebben gewijzigd (bij besluit nr. 861/2011 van de Giunta regionale), zodat moet worden uitgemaakt of met dergelijke wijzigingen een einde is gemaakt aan de aanvankelijk door de verwijzende rechter in beslissing nr. 2090/2011 geuite twijfel.

7.3. In die omstandigheden benadrukt de verwijzende rechter evenwel dat ook in de nieuwe regeling voor het opmaken van de balans (zie de door de Pubblica Assistenza della Spezia op 13 december 2012 neergelegde balans voor 2012), onder de kostenposten worden begrepen niet alleen de rechtstreekse kosten die verband houden met de afzonderlijke raamovereenkomst, maar ook (zij het op een wijze die evenredig is aan het belang van de betrokken dienst voor het geheel van de activiteiten van de opdrachtnemer) indirecte en algemene kosten, die verband houden met de vaste activiteit van de verenigingen (zoals vergoedingen, bijdragen, servicekosten, verzekeringen alsook algemene kosten en bedrijfskosten). Voorts hebben de rechtstreekse kosten ook betrekking op permanente vaste kosten, zoals personeelskosten, die de marktdeelnemer in elk geval altijd moet betalen, ten belope van een bedrag dat ongeveer een derde van de algemene kosten van de balans van de organisatie vormt.

7.4. Hierbij rijst de vraag of, in het algemeen, het feit dat aan de rechtstreekse opdrachtnemer bedragen worden betaald die verband houden met – rechtstreekse of indirecte – vaste en permanente kosten, verenigbaar is met **[Or.16]** een loutere vergoeding, dan wel veeleer aangeeft dat het gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel, zodat deze vergoeding een werkelijke en eigenlijke tegenprestatie voor de verstrekte diensten van ziekenvervoer vormt, hetgeen impliceert dat de gunning bij aanbesteding dient te gebeuren en dat een nationale regeling die in de rechtstreekse gunning voorziet, onrechtmatig is.

7.5. In verband met het antwoord dat dient te worden gegeven op de tweede prejudiciële vraag, die overeenkomstig artikel 23 van informatienota nr. 160/01

van 2011 van het Hof van Justitie is gesteld, is de verwijzende rechter van oordeel dat het Unierecht inzake openbare aanbestedingen – te weten in de onderhavige zaak, aangezien het exclusieve overeenkomsten betreft, de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid – zich verzet tegen een nationale regeling, die toestaat dat de dienst van ziekenvervoer rechtstreeks wordt gegund, wanneer de betrokken raamovereenkomst een overeenkomst onder bezwarende titel is, omdat daarin is voorzien in de vergoeding van vaste en permanente kosten, die eigen zijn aan de organisatie van een activiteit die de kenmerken van ondernemerschap vertoont.

7.6. Derhalve wordt het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzet het Unierecht inzake openbare aanbestedingen – te weten in de onderhavige zaak, aangezien het exclusieve overeenkomsten betreft, de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid – zich tegen een nationale regeling, die toestaat dat de dienst van ziekenvervoer rechtstreeks wordt gegund, wanneer een raamovereenkomst, zoals de omstreden overeenkomst, die ook voorziet in de vergoeding van vaste en [Or.17] permanente kosten, als een overeenkomst onder bezwarende titel moet worden aangemerkt?”

- 8 Gelet op een en ander wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie derhalve verzocht om een prejudiciële beslissing over de twee hierboven geformuleerde vragen (omissis).
- 9 (omissis)
- 10 (omissis)

(omissis)

(omissis) [formuleringen betreffende de schorsing van de behandeling en het doen toekomen van de stukken aan het Hof van Justitie] 25 januari [Or.18] 2013 (omissis)

(omissis)