



Datum van inontvangstneming : 10/12/2013

**Zaak C-568/13**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

6 november 2013

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeschikking:**

28 juni 2013

**Verzoekende partij:**

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze

**Verwerende partij:**

Data Medical Service srl

---

[OMISSIS]

**De Consiglio di Stato**

[OMISSIS]

geeft de volgende

**BESCHIKKING**

op de hogere voorziening [OMISSIS] ingesteld door:

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze [OMISSIS]

**tegen**

Data Medical Service Srl [OMISSIS]

**in tegenwoordigheid van**

Regione Lombardia [OMISSIS] [vertegenwoordigers van de partijen]

**streckende tot herziening**

**[Or. 2]**

van het arrest van het TAR LOMBARDIA – MILANO [OMISSIS] dat tussen bovengenoemde partijen is geweest in een geding over de openbare aanbesteding betreffende het verlenen van een dienst bestaande in het gedurende drie jaar verwerken van gegevens voor de externe kwaliteitsbeoordeling, en betreffende het verstrekken van controle materiaal.

[OMISSIS] [procedurele overwegingen]:

Gelet op de volgende overwegingen, feitelijk en rechtens:

- 1 Rekwirante, de Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi, in het kader waarvan ten tijde van de feiten het Centro Regionale di riferimento per la sicurezza e la qualità in laboratorio (Regionaal referentiecentrum voor de veiligheid en de kwaliteit van de werkzaamheden in laboratoria) werkzaam was, nam deel aan de in 2005 door de Regione Lombardia uitgeschreven openbare aanbesteding als bedoeld in decreto legislativo (wetsbesluit) 157/1995 voor de plaatsing, aan de hand van het criterium van de economisch voordeligste offerte, van een opdracht voor het verlenen van een dienst bestaande in het gedurende drie jaar verwerken van gegevens voor de externe beoordeling van de kwaliteit van geneesmiddelen. Zij werd als eerste gerangschikt, vooral dankzij het feit dat haar prijs 59 % lager was dan die van de anderen.

- 2 Data Medical Service srl, die als tweede was gerangschikt, kwam op tegen de plaatsing van de opdracht. Zij voerde aan dat rekwirante had moeten worden uitgesloten **[Or. 3]** op grond dat een openbaar lichaam niet aan een openbare aanbesteding mag deelnemen, en in elk geval omdat haar economische offerte abnormaal laag was, gelet op de omvang van het prijsverschil.
- 3 Het TAR aanvaardde het eerste middel op grond van de overweging dat, zoals blijkt uit artikel 19 juncto artikel 34 van de Codice dei contratti (Wetboek van overeenkomsten) (ofschoon die *ratione temporis* niet van toepassing waren), het voor openbare lichamen daadwerkelijk is verboden deel te nemen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, en dat deze lichamen een dergelijke opdracht slechts onder bepaalde voorwaarden bij wege van rechtstreekse plaatsing kunnen verkrijgen.
- 4 Met de onderhavige hogere voorziening wordt opgekomen tegen dat arrest, op grond dat het begrip ondernemer daarin ten onrechte zo extensief is uitgelegd dat daaronder ook de op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen, en dus ook de onder die categorie vallende gezondheidsbedrijven en ziekenhuisbedrijven, vallen.

4.1. Data Medical Service is als verweerster opgetreden en heeft geantwoord met een doortimmerde memorie waarin zij de verschillende in eerste aanleg aangevoerde middelen betreffende andere gronden voor de uitsluiting van rekwirante heeft herhaald en onder meer heeft aangevoerd dat deze de vereiste monsters niet had overgelegd en met gebruikmaking van haar positie van openbaar lichaam een „buitensporig” lage prijs had gevraagd.

4.2. [OMISSIS] Met het oog op de openbare terechtzitting heeft de raadslieden van de partijen nieuwe memories neergelegd, waarin zij er ook op wijzen dat in de loop van het geding de opdracht voor drie jaar volledig is uitgevoerd.

**[Or. 4]**

- 5 De verwijzende rechter merkt om te beginnen op dat, nu er al enkele jaren verstreken zijn sedert de feiten van de zaak en de opdracht volledig is uitgevoerd, rekwirante geen belang meer heeft bij een bescherming in natura, dat wil zeggen bij plaatsing en uitvoering van de opdracht. Dit neemt echter niet weg dat de Azienda ospedaliera in het onderhavige geval een aanzienlijk en voorafgaand „immaterieel” belang behoudt bij de vaststelling dat zij aan de openbare aanbestedingen kan deelnemen, en een juridisch belang in de strikte zin van het woord op vergoeding van de schade die is voortgevloeid uit het feit dat zij de plaatsing van de opdracht in het kader van het destijds uitgeschreven openbare aanbesteding is misgelopen.
- 6 De eerste vraag die moet worden beantwoord, is aldus of het een universitair ziekenhuisbedrijf verboden is deel te nemen aan openbare aanbestedingen. Deze vraag maakt deel uit van een ruimere thematiek die betrekking heeft op het

bepalen van de justitiabelen die aan de aanbestedingsprocedures mogen deelnemen, en dus op de juiste afbakening van het communautaire begrip ondernemer en op de mogelijkheid dat ook al dan niet op bedrijfsmatige leest geschoeide openbaren lichamen daaronder kunnen vallen.

6.1. Uitgegaan dient te worden van een verdere premisse, die hier dient te worden gepreciseerd en betrekking heeft op de aard van de universitaire ziekenhuisbedrijven in het kader van het op bedrijfsmatige leest schoeien van openbare lichamen, dat in Italië in de laatste twintig jaar ook de gemeentelijke gezondheidscentra en andere zorgverstrekkers heeft betroffen.

Deze evolutie, die is begonnen met decreto legislativo 502/1992 en is voortgezet met decreto legislativo 229/1999, heeft geleid tot de omvorming van de voorheen bestaande gemeentelijke gezondheidscentra – aanvankelijk op gemeentelijk niveau werkzame bestuurslichamen **[Or. 5]** – tot bedrijven met rechtspersoonlijkheid en autonomie op het gebied van de bedrijfsvoering; tot de toekenning aan deze bedrijven van autonomie op het gebied van organisatie, vermogen, boekhouding, beheer en technische hulpmiddelen (art. 3, lid 1 bis, van decreto legislativo 502/1992); tot de uitdrukkelijke bepaling dat deze bij hun activiteiten de criteria doeltreffendheid, efficiëntie en spaarzaamheid dienen te hanteren met inachtneming van de grenzen van hun begroting, door te zorgen voor evenwicht tussen de kosten en de inkomsten, daaronder begrepen de overdrachten van financiële middelen, en in de regel met gebruikmaking van privaatrechtelijke handelingen moeten kunnen handelen.

6.2. Opgemerkt zij echter dat, nog steeds in Italië, het op bedrijfsmatige leest schoeien van de gemeentelijke gezondheidscentra – dat onder meer was opgezet, althans was bedoeld, om de invloed van de politiek op de gezondheidszorg te verminderen – zowel werd gekenmerkt door de toenemende onafhankelijkheid van de zorgverstrekker ten aanzien van het territoriale referentielichaam als door de invoering van instrumenten van particuliere bedrijfsvoering. Als gevolg daarvan hebben de gemeentelijke gezondheidscentra, althans formeel, de hoedanigheid van orgaan van een ander lichaam (eerst de gemeente en vervolgens de regio) verloren en zijn het specifieke rechtssubjecten geworden met een zelfstandigheid die, gelet op het reeds aangehaalde artikel 3, lid 1 bis, van decreto legislativo 502/1992, een deel van de nationale rechtsleer en rechtspraak ertoe hebben gebracht de gezondheidsbedrijven, daaronder begrepen de ziekenhuisbedrijven, als op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen aan te merken. **[OMISSIS] [Or. 6] [OMISSIS]**. [aanhaling van nationale rechtspraak].

Dat het bij dergelijke rechtssubjecten om openbare lichamen gaat, blijkt ontegenzeggelijk uit een aantal elementen, zoals het feit dat zij verplicht zijn datgene te doen waarvoor zij zijn ingesteld, namelijk het verstrekken van zorg en bijstand, de wijze van financiering ervan, waarop ik later zal ingaan, de omstandigheid dat hun activiteit niet vooral het maken van winst beoogt, maar is gericht op het

verwezenlijken en bereiken van het doel waarvoor zij zijn ingesteld, en ten slotte de omstandigheid dat zij beschikken over een aantal bestuurlijke bevoegdheden in strikte zin, vooral op het gebied van toezicht en bestraffing.

Juist op grond van deze elementen geeft een ander deel van de rechtsleer, dat de nadruk legt op de grenzen en de invloeden waaronder de zelfstandigheid van de gezondheidsbedrijven „lijdt”, er voor de voorkeur aan, deze aan te merken als instrumentele openbare lichamen van de regio of als onontbeerlijke openbare lichamen.

6.3. Los van de terminologische kwesties gaat het „op bedrijfsmatige leest schoeien” immers gepaard met een grote zeggenschap van de regio’s over de ASL (Aziende sanitarie locali, gemeentelijke gezondheidsbedrijven), een zeggenschap die niet alleen blijkt bij de aanwijzing (of de afzetting) van de directeur-generaal, het leidinggevend orgaan dat instaat voor de bedrijfsvoering, maar ook, zo niet vooral, bij vaststelling van zowel de doelstellingen en de projecten als de financiële middelen en de toedeling daarvan aan de verschillende bedrijven.

Wat in het bijzonder dit laatste betreft, dient te worden gespecificeerd [**Or. 7**] dat tot in 1998 de nationale gezondheidsdienst in Italië door de Staat uit de algemene belastinginkomsten werd gefinancierd; dat vanaf decreto legislativo 56/2000 het in de eerste plaats bevoegde bestuursniveau (de regio) ook de hoofdverantwoordelijke voor de financiering van de gezondheidsdiensten is geworden; en dat de regio’s, die dienen te zorgen voor de middelen om de gezondheidszorg te kunnen verstrekken, daarvoor drie financieringsbronnen gebruiken: eigen inkomsten (uit belastingen of uit andere oorsprong), toeslagen op de vastgestelde belastingen [OMISSIS], btw, [OMISSIS], IRFEP (Imposta sul reddito delle persone fisiche – Belasting op de inkomsten van natuurlijke personen) en (in voorkomend geval) solidariteitsbelasting in de zin van artikel 119, tweede en derde alinea, van de grondwet.

[OMISSIS] [geschiedkundige overwegingen]

6.4. Het aanvankelijk bij de hervorming van 1992 ingevoerde model beruiste immers op de grondgedachte dat, gezien vanuit de aanbodzijde, de overheidsinstellingen en de particuliere ondernemingen in wezen op gelijke voet competitief prestaties zouden aanbieden aan de degenen die bijstand nodig hebben, en gezien vanuit de vraagzijde, de gebruiker vrij zou kunnen kiezen tot welke verstrekker hij zich wendt voor de bijstand die hij nodig heeft.

Van meet af aan was echter voorzien in toezicht op de algemene omvang [**Or. 8**] van de vraag, waarbij het juist aan de dienst planning van de gezondheidszorg werd overgelaten, onder meer eenvormige niveaus van gezondheidsbijstand vast te stellen (onder voorbehoud van de bevoegdheid van de regio’s om op eigen kosten te voorzien in hogere niveaus) en diagnose- en behandelingsprotocollen op te stellen, waaraan de eerstelijnsartsen zich dan dienen te houden bij het

voorschrijven van prestaties. Wat de kostprijs van deze prestaties betreft, werden tarieven vastgesteld volgens welke, in een stelsel dat in wezen neerkwam op een monopolie, de ten laste van de gezondheidsdienst komende prestaties worden betaald.

Niet minder strikt [is] het toezicht gezien vanuit de vraagzijde. Dit betreft de vaststelling van en het toezicht op de „minimumkwaliteitstandaarden”, de regeling van de erkenning van de particuliere structuren [OMISSIS] [geschiedkundige overwegingen] en de vereffening van de kosten op basis van (ook voor de overheidsinstellingen) de vergoeding van de daadwerkelijke verstrekte prestaties.

6.5. Kortom, in Italië zijn bij de hervorming van de gezondheidszorg elementen van mededinging in het beheer van de betrokken diensten ingevoerd, die afwijken van de regeling van een strikt overheidsmonopolie, zonder dat daarbij een zuiver marktmechanisme is ingesteld. De gemengde publiek-privaatrechtelijke regeling is veeleer een correctief dat verband houdt met de invoering van op efficiëntie gerichte beheersmechanismen en met planning van de prestatieverlening **[Or. 9]**. Aangenomen wordt dat er immers nog steeds dwingende redenen van economische aard zijn die rechtvaardigen dat gezondheidsdiensten aan het spel van de vrije markt worden onttrokken, waarbij kan worden gedacht aan soorten van „goederen” waarvoor, wegens de bijzondere kenmerken ervan, een doeltreffende toewijzing van de beschikbare middelen in een economische context waar mededinging heerst, niet mogelijk is, maar die veeleer aanleiding geven tot relevante gevallen van „falen van de markt” [OMISSIS]. [aanhalen van nationale rechtspraak]

6.6. Indien dit een eerste conclusie is en indien kan worden aangenomen dat ook de ziekenhuisbedrijven, de universitaire ziekenhuisbedrijven daaronder begrepen (zie artikel 4 van decreto legislativo 502/1992), (op bedrijfsmatige leest geschoeide) openbare lichamen zijn, kan moeilijk worden (volgehouden), zoals in het bestreden arrest in eerste aanleg is gebeurd, dat het dergelijke ziekenhuisbedrijven absoluut, nagenoeg ontologisch, is verboden als „gewone” concurrenten deel te nemen aan de openbare aanbestedingen.

6.7. Er dient immers te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Hof van Justitie (in het bijzonder aan het arrest van 23 december 2009 in zaak C-305/08), die, zij het in een periode na de bekendmaking van het in onderhavige zaak bestreden arrest, ook op het interne niveau belangrijke openingen heeft gecreëerd [OMISSIS]. [aanhalen van nationale rechtspraak]

### **[Or. 10]**

Het Hof van Justitie heeft, net als in een aantal eerdere arresten, geoordeeld dat iedere persoon of elk lichaam mag inschrijven of zich als gegadigde mag opgeven, wanneer hij/het zich, gelet op de in de aankondiging van de opdracht vermelde voorwaarden, in staat acht om de betrokken opdracht – in eigen beheer of via

onderaanbesteding – uit te voeren, ongeacht zijn privaat- dan wel publiekrechtelijke statuut, en tevens ongeacht of hij/het regelmatig dan wel slechts occasioneel actief is op de markt, en of hij/het met overheidsgeld wordt gesubsidieerd. Of dat lichaam werkelijk in staat is te voldoen aan de in de aankondiging van de opdracht gestelde voorwaarden, dient in een latere fase van de procedure te worden beoordeeld aan de hand van de criteria van de artikelen 44 tot en met 52 van richtlijn 2004/18 (cf. arresten van 18 december 2007, zaak C-357/06, 12 juli 2001, zaak C-399/98, en 7 december 2000, zaak C-94/99).

Verder heeft het Hof herinnerd aan artikel 4, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG en daarna gepreciseerd dat de lidstaten vrij kunnen beslissen of zij bepaalde rechtssubjecten – zoals in dat geval de universiteiten en onderzoeksinstituten, die geen winst nastreven en als voornaamste doel hebben het verstrekken van onderwijs en het verrichten van onderzoek – toestaan om op de markt actief te worden wanneer de betrokken activiteit verenigbaar is met hun institutionele en statutaire doelstellingen, en, nadat die toestemming is verleend, die lichamen niet [kunnen] uitsluiten van deelneming aan de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Vervolgens **[Or. 11]** heeft het, tegen de achtergrond van de huidige wettelijke regeling, geconcludeerd dat „richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een uitlegging van een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die eraan in de weg staat dat lichamen, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten, die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, deelnemen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, terwijl dergelijke lichamen op grond van het nationale recht wel gerechtigd zijn de diensten waarop die opdracht betrekking heeft, aan te bieden”.

6.8. Bijgevolg dient akte te worden genomen van het feit, dat vooral onder impuls van de Europese rechter, de groep van tot openbare aanbestedingen toegelaten rechtssubjecten ook door de nationale rechter is verruimd. Deze laatste heeft erop gewezen dat de in artikel 34 van de Codice dei contratti opgenomen lijst – die overigens ten verfolge op een aanmaningsbrief van de Commissie van 30 januari 2008 aanzienlijk is gewijzigd bij artikel 1, lid 1, sub g, van decreto legislativo 152/2008 houdende invoeging van een sub f bis – niet als uitputtend kan worden beschouwd. Deze conclusie vindt ook steun in andere bepalingen van de Codice dei contratti, waarin de termen aannemer, leverancier of dienstverlener in het kader de overheidsopdrachten worden gedefinieerd (art. 3, leden 19 en 20) en meer nog in artikel 1, sub 8, van richtlijn 2004/18/EG, waarin wordt verduidelijkt dat de term „ondernemer” de termen aannemer, leverancier en dienstverlener dekt en ziet op „elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of **[Or. 12]** elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt”.

6.9. Op die manier sluit het beginsel van een maximale deelneming aan de aanbestedingen aan bij (en maakt het gebruik van) een regel van contractuele



vrijheid en van neutraliteit van de vorm bij het uitoefenen van een economische activiteit betreft, waarvan kan worden aangenomen dat hij reeds lang ingang heeft gevonden in het positieve recht van (verschillende) lidstaten [OMISSIS] [geschiedkundige overwegingen]

7 Dit alles zou tot de conclusie moeten leiden, dat het algemene verbod geen bestaansreden meer heeft, wat echter niet hetzelfde is als een toelating zonder enig onderscheid.

8 Tot nog toe zijn worden in de Europese en de nationale rechtspraak twee grenzen gesteld:

a) dat de werkzaamheid waarvoor een openbare aanbesteding is uitgeschreven, bijdraagt tot de verwezenlijking van het institutionele doel van het openbaar lichaam;

b) dat er geen specifieke bepaling bestaat die een dergelijke werkzaamheid verbiedt, in het bijzonder omdat deze tot distorsie van de mededinging zou kunnen leiden.

8.1. Wat het eerste punt betreft, dient allereerst de nadruk te worden gelegd op de vrijheid van bedrijfsvoering van de gezondheidsbedrijven [OMISSIS] [Or.13] [OMISSIS] en op het feit dat deze vooral (zij het, zoals reeds gezegd, niet uitsluitend) privaatrechtelijke handelingen verrichten en – zij het specialistische – materiële prestaties verrichten. Vervolgens dient te worden beklemtoond dat de ziekenhuisbedrijven, en zeker de universitaire ziekenhuisbedrijven, ook een belangrijke onderwijs- en onderzoekstaak hebben, en kan worden gesteld dat de dienst waarop de betrokken aanbesteding betrekking heeft – gegevensverwerking – bijdraagt tot de verwezenlijking van deze institutionele doelstellingen.

8.2. Wat het tweede punt betreft, kan weliswaar niet worden getornd aan het beginsel dat het openbare lichamen, en vooral op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen, vrij staat privaatrechtelijke economische initiatieven te nemen (deze vrijheid vloeit in de interne rechtsorde in de eerste plaats voort uit artikel 11 van de Codice civile), maar kan ook niet worden verzwegen dat er in het Italiaanse recht meer en meer een algemene tendens bestaat om „te voorkomen dat – om de gezaghebbende woorden van de [Corte costituzionale] te gebruiken – rechtssubjecten die voorrechten genieten, werkzaam worden op markten waar mededinging heerst” [OMISSIS] [aanhalen van nationale rechtspraak].

8.3. De bekendste voorbeelden van deze tendens, die echter in de periode na de uitschrijving van de betrokken openbare aanbesteding is ontstaan en vooral betrekking had op handelsvennootschappen die geheel of ten dele in handen waren van openbare lichamen, zijn te vinden in art. 13 van decreto-legge (voorlopig wetsbesluit) nr. 223/2006, art. 113, lid 6, van decreto legislativo 267/2000 en art. 23 bis, lid 9, van decreto-legge 112/2008. De laatste twee

bepalingen, die betrekking hebben op plaatselijke openbare diensten, zijn echter ingetrokken en dus niet meer van kracht.

**[Or. 14]**

8.4. Meer in het bijzonder wordt in eerstgenoemd artikel bepaald dat vennootschappen waarvan het kapitaal volledig of ten dele in handen van de overheid is en die door of met deelneming van de regionale en plaatselijke besturen zijn opgericht voor de productie van goederen of het verlenen van diensten die bijdragen aan de specifieke activiteit van die besturen, met uitzondering van plaatselijke openbare diensten, uitsluitend moeten werken met de oprichtende of de deelnemende besturen, geen prestaties kunnen verrichten voor andere publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen, noch bij wege van rechtstreekse gunning noch bij openbare aanbesteding en niet kunnen deelnemen in vennootschappen van andere besturen.

De *ratio* van die bepaling is – via een exclusieve band in het vennootschappelijk doel en een verbod van externe activiteiten – te voorkomen dat dergelijke rechtssubjecten het vrije spel van de mededinging kunnen verstoren door het feit dat zij over meer informatie beschikken en door hun banden met het openbare lichaam waarvan zij profiteren.

8.5. Het antwoord op de vraag of een dergelijke bepaling moet worden begrepen als een afwijking van een algemeen beginsel van tegenovergestelde strekking, zoals de vrijheid om overeenkomsten te sluiten, dan wel als de uitdrukking van een ruimere regel die de mededinging beoogt te beschermen en gelijke behandeling beoogt te verzekeren, is niet eenvoudig en ook niet zonder gevolgen.

De moeilijkheid om deze vraag te beantwoorden wordt nog verscherpt door de historische wederwaardigheden van de aangehaalde bepalingen betreffende de plaatselijke openbare diensten, die mede het onderwerp waren van het in 2011 georganiseerde referendum tot afschaffing ervan, waarvan de toelaatbaarheid door het Corte costituzionale juist is bevestigd op basis van de vooronderstelling dat laatstgenoemde beperkingen niet door het **[Or. 15]** gemeenschapsrecht waren opgelegd, maar een in wezen een interne keuze waren om de Europese maatstaven te versterken vooruitlopend op verdergaande regelingen [OMISSIS]. [aanhalen van nationale rechtspraak].

8.6. In de onderhavige zaak rijst de vraag of een door de Regione Toscana gefinancierd en gecontroleerd ziekenhuisbedrijf dat integrerend en noodzakelijk deel uitmaakt van de gezondheidsdienst van deze regio, kan deelnemen aan door een ander lichaam in een andere regio uitgeschreven aanbestedingen, en daarbij, waarschijnlijk profiterend van zijn eigen mededingingsvoordeel, een aanzienlijke lagere prijs kan vragen dan de andere deelnemers.

8.7. Deze vraag heeft een algemener belang dat het geval van het gezondheids- of ziekenhuisbedrijf overschrijdt, daar de geleidelijke uitbreiding

van de kring van rechtssubjecten die aan aanbestedingen mogen deelnemen – bijvoorbeeld tot non-profitorganisaties die doorgaans minder belasting moeten betalen – het risico inhoudt dat de mededinging steeds meer wordt gekenmerkt door een duidelijke ongelijkheid tussen de concurrenten.

Aan dit probleem zal niet kunnen worden ontkomen nu de mogelijkheid voor publiekrechtelijke rechtssubjecten (of particuliere non-profitorganisaties) om gebruik te maken van overeenkomsten en/of contracten in de plaats van de hoofdweg van de aanbestedingsprocedure te kiezen, steeds meer worden beperkt (arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2012, C-159/11). Immers, **[Or. 16]** hoe kleiner het gebied wordt waarop overeenkomsten tussen publiekrechtelijke rechtssubjecten kunnen worden gesloten en hoe groter de noodzaak van plaatsing van echte en specifieke overheidsopdrachten bij wege van openbare aanbestedingen wordt, des te vaker zal het probleem ontstaan van de gelijke behandeling van ongelijke concurrenten, te weten aan de ene kant degene die uitsluitend op de markt kunnen rekenen en aan de andere kant degenen die ook op, min of meer gegarandeerde, overheidsfinanciering of op rechtstreekse opdrachten kunnen rekenen en daardoor op een soort „dubbel spoor” rijden.

8.8. Indien de afschaffing van het oude verbod op deelneming aan aanbestedingsprocedures wordt bevestigd, is het ter voorkoming van mogelijke misbruiken aan de andere kant wellicht onverwijld nodig de controles uit te breiden en te zoeken naar correctiemechanismen om de aanvankelijke ongelijkheid tussen de verschillende marktdeelnemers weg te werken.

- 9 Op grond van een en ander vindt de verwijzende rechterlijke instantie het nodig, te vernemen of de definitie van „dienstverleners” als „natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden” in artikel 1 van richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992, die *ratione temporis* van toepassing is en de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening coördineert (coördineerde) (dat in wezen overeenkomt met het reeds meermaals aangehaalde artikel 1, sub 8, van richtlijn 18/2004), ook ziekenhuisbedrijven zoals de rekwirante in de onderhavige zaak omvat.

9.2. Het standpunt van de verwijzende rechterlijke instantie over het antwoord dat op de eerste **[Or. 17]** prejudiciële vraag dient te worden gegeven – dat hier wordt gegeven overeenkomstig punt 23 van de Informatienota van het Hof van Justitie (PB 2011, C 160, blz. 1) – is dat uit de hierboven aangehaalde overwegingen blijkt dat de rechtspraak in de weg lijkt te staan aan een nationale bepaling, zoals destijds art. 3 van decreto legislativo 157/1992 houdende omzetting van richtlijn 50/1192 in het nationale recht (en thans artikel 34 van decreto legislativo 163/2006 houdende vaststelling van de Codice dei contratti pubblici, die aldus werd opgevat dat een ziekenhuisbedrijf a priori niet mocht deelnemen aan aanbestedingsprocedures.

Daarbij dient te worden gepreciseerd dat, indien een dergelijk verbod bij wege van uitlegging zou kunnen worden afgeleid uit de opzet van het nationale stelsel van gezondheidszorg of naar analogie uit bepalingen betreffende andere publiekrechtelijke lichamen, nog steeds de vraag rijst, of een dergelijk verbod verenigbaar is met de hierboven aangehaalde bepaling van de richtlijn.

9.3. Gelet op een en ander dient aan het Hof van Justitie de volgende vraag te worden gesteld:

„Staat artikel 1 van richtlijn 50/1992, mede gelezen tegen de achtergrond van het latere artikel 1, lid 8, van richtlijn 18/2004, in de weg aan een interne regeling die aldus werd uitgelegd dat rekwirante in de onderhavige zaak, als ziekenhuisbedrijf dat naar de aard ervan een op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam is, van deelneming aan de aanbestedingen wordt uitgesloten?”

- 10 Ingeval het Hof van Justitie op deze eerste prejudiciële vraag zou antwoorden dat de betrokkene niet a priori mag worden uitgesloten van deelneming aan openbare aanbestedingen, zal het moeten onderzoeken of met de beginselen van het Verdrag verenigbaar is een aanbesteding als die welke in het onderhavige geval aan de orde is **[Or. 18]**, waaraan ongelijke rechtssubjecten deelnemen – namelijk enerzijds onder mededingingsvoorwaarden werkzame particulieren en anderzijds een ziekenhuis dat op vaste basis overheidsgeld ontvangt en rechtstreeks met de openbare gezondheidsdienst is belast – waarbij die ongelijkheid een van de deelnemers in staat stelt een economisch overduidelijk veel gunstigere offerte in te dienen, die op het eerste gezicht geen enkele particulier ooit had kunnen indienen.

10.1. Het standpunt van de verwijzende rechterlijke instantie over het antwoord dat op de tweede prejudiciële vraag dient te worden gegeven – dat hier wordt gegeven overeenkomstig punt 23 van de Informatienota van het Hof van Justitie (PB 2011, C 160, blz. 1) – is dat het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten, in het bijzonder de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid, in de weg staat aan een nationale regeling die een rechtssubject als het ziekenhuisbedrijf dat rekwirante is in de onderhavige zaak, dat op vaste basis overheidsgeld ontvangt en rechtstreeks is belast met een openbare dienst, toestaat uit die situatie een doorslaggevend concurrentievoordeel te halen ten opzichte van andere ondernemers, zoals blijkt uit de omvang van het prijsverschil.

10.2. Daarbij dient te worden gepreciseerd dat die ongelijkheid moeilijk zal kunnen worden gecorrigeerd bij wege van een onderzoek naar de abnormaliteit van de offerte, daar het ziekenhuisbedrijf op grond van zijn specifieke organisatie en van de voordelen **[Or. 19]** die de organisatie van de productiefactoren een dergelijk bedrijf biedt, waarschijnlijk een zo lage prijs aankan.

10.3. Gelet op een en ander dient aan het Hof van Justitie de volgende vraag te worden gesteld:

„Staat het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten – in het bijzonder de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid – in de weg aan een nationale regeling die een rechtssubject als het ziekenhuisbedrijf dat rekwirante in de onderhavige zaak is, dat op vaste basis overheidsgeld ontvangt en rechtstreeks is belast met de openbare gezondheidsdienst, toestaat uit die situatie een doorslaggevend concurrentievoordeel te halen ten opzichte van andere ondernemers – zoals blijkt uit de omvang het prijsverschil – zonder dat tegelijkertijd wordt voorzien in maatregelen om een dergelijke distorsie van de mededinging te voorkomen?”

- 11 Gelet op een en ander worden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de twee in de punten 9.3. en 10.3 geformuleerde prejudiciële vragen voorgelegd.
- 12 [OMISSIS] [procedure]
- 13 De behandeling van de onderhavige zaak wordt geschorst in afwachting **[Or. 20]** van de uitkomst van de prejudiciële procedure [OMISSIS].

#### OM DEZE REDENEN

geeft de Consiglio di Stato, afdeling Rechtspraak, (Derde kamer) [OMISSIS] de navolgende beschikking:

- 1) [OMISSIS] het dossier wordt krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie overgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie [OMISSIS];
- 2) de behandeling van de zaak wordt geschorst;
- 3) [OMISSIS] [procedure]

Rome [OMISSIS] 28 juni 2013 [OMISSIS]

**[Or. 21]**

[OMISSIS]