

## Europees Hof spreekt zich uit over uitsluiting meerdere inschrijvingen bij verbonden ondernemingen

In aanbestedingsprocedures was het tot voor kort niet mogelijk om met meerdere ondernemingen binnen één concern deel te nemen aan één en dezelfde aanbesteding. Dit om inschrijvingsafspraken (collusie) tegen te gaan. Deze kunnen ontstaan wanneer zogenaamde verbonden ondernemingen (ondernemingen waarop andere ondernemingen een overheersende invloed kunnen uitoefenen) aan één en dezelfde aanbestedingsprocedure willen deelnemen. Dit is al geruime tijd een punt van discussie binnen de aannemings- en advieswereld.

In dit artikel gaan wij in op twee recente uitspraken van het Europees Hof van Justitie in relatie tot dit aspect. De uitspraken zijn gedaan in zaken waarover de Italiaanse rechter prejudiciële vragen had gesteld. Deze richtten zich op de verenigbaarheid van Italiaanse wetgeving op dit onderwerp met de Europese aanbestedingsregelgeving.

Het betreft de arresten van het hof van 19 mei 2009 (C-538/07 Assitur) en van 23 december 2009 (C-376/08, Serrantoni).

### Assitur-zaak

Deze zaak betrof de aanbesteding van postdiensten waarbij van één inschrijver het aandelenkapitaal volledig in handen van een andere inschrijver bleek te zijn. De volgende bepaling uit Italiaanse wetgeving over opdrachten voor openbare werken stond hier ter discussie:

*'Ondernemingen waartussen en van de in artikel 2359 van het burgerlijk wetboek bedoelde afhankelijkheidsrelatie bestaat mogen niet deelnemen aan een en dezelfde aanbestedingsprocedure.'*

Artikel 2359 geeft aan wat afhankelijke en verbonden vennootschappen zijn. Het handelt een onweerlegbaar vermoeden dat de offerte van de afhankelijke vennootschap bekend is bij de bovenliggende vennoot-



schap. In de visie van de wetgever is men in een dergelijke situatie niet in staat om offertes in te dienen met de noodzakelijke onafhankelijkheid, degelijkheid en betrouwbaarheid. De rechter vraagt zich hier af of een dergelijke bepaling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht waarin is bepaald dat een zo groot mogelijk aantal ondernemingen aan een aanbesteding moet kunnen deelnemen. >

In deze Actueel November 2010:

- 1 Europees Hof spreekt zich uit over uitsluiting meerdere inschrijvingen bij verbonden ondernemingen
- 4 AT Osborne betrokken bij windenergie op zee
- 5 Stand van zaken nieuwe Aanbestedingswet
- 6 Aanvulling op en nuancering van de Reiswijzer 2009
- 8 Geen aanbestedingsplicht voor zorgorganisaties in de AWBZ



**AT OSBORNE**

CONSULTANTS & MANAGERS



> *Vervolg pag 1 - Uitspraak Europees Hof*

### Antwoord van het Europees Hof

Het Hof stelt als eerste dat artikel 29 van richtlijn 92/50, waarnaar in deze zaak wordt verwezen, bepalingen bevat die toezien op de professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid en de professionele kwaliteiten van de deelnemer. Dit neemt niet weg dat lidstaten volgens het Hof de bevoegdheid hebben om naast deze uitsluitingsgronden ook andere voorschriften te handhaven of uit te vaardigen.

Hierbij is van belang dat het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers en transparantie in acht wordt genomen. Bovendien moet de lidstaat het evenredigheidsbeginsel in acht nemen, in de zin dat de aanvullende maatregel in verhouding moet staan tot het te beschermen belang.

Het Hof stelt vast dat de ter discussie staande maatregel duidelijk tot doel heeft mogelijke collusie tussen inschrijvers in eenzelfde aanbestedingsprocedure uit te sluiten en daarmee de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen. Artikel 29 van de richtlijn laat dit toe.

Vervolgens stelt het Hof de vraag of deze voorwaarde niet verder gaat dan nood-

zakelijk om het gewenste doel te bereiken. De toets aan het evenredigheidsbeginsel.

De aanbestedingsregels zijn vastgesteld voor de verwezenlijking van de interne markt met waarborgen voor het vrije verkeer en het beëindigen van mededingingsbeperkingen. Om dit te bereiken moeten de regels ook zodanig zijn dat een zo groot mogelijke deelneming van inschrijvers wordt gewaarborgd.

Het Hof stelt vast dat systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen om deel te nemen aan eenzelfde aanbestedingsprocedure tegen de hiervoor bedoelde doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht in gaat. Hier ontstaat een aanzienlijke vermindering van de mededinging, zonder dat daarbij wordt gelet op het gedrag van de betrokken verbonden ondernemingen. Een onweerlegbaar vermoeden lijdt immers zonder meer tot uitsluiting omdat de betrokken ondernemingen niet kunnen aantonen dat zich in hun geval geen ongeoorloofde of ongewenste praktijken kunnen voordoen.

Dit gaat wat betreft het Hof verder dan nodig is voor de bescherming van de gelijke behandeling en de transparantie en is daar-

mee in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Het is volgens het Hof namelijk niet uit te sluiten dat door specifiek tussen de betreffende ondernemingen bestaande regelingen of contractuele bepalingen de onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid voldoende zijn gewaarborgd.

Om dit vast te kunnen stellen is de aanbestedende dienst gehouden hiernaar onderzoek te doen. Interessant is het standpunt van het Hof op dit punt, dat de vaststelling van enige invloed, in welke vorm dan ook, volstaat voor uitsluiting van de ondernemingen aan de aanbesteding. De loutere vaststelling van een afhankelijkheidsverhouding volstaat hiervoor echter niet als niet ook is vastgesteld dat die verhouding het gedrag van betrokken ondernemingen in de aanbestedingsprocedure heeft beïnvloed.

### Serrantoni

Een vergelijkbare situatie doet zich voor in de Serrantoni-zaak. Hier ging het om uitsluiting van deelname aan eenzelfde aanbestedingsprocedure van een duurzaam consortium en de leden van dat consortium. In Italië spreekt men van een duurzaam consortium wanneer er sprake is van een samenwerkingsverband van ondernemingen die zijn overeengekomen voor



ten minste vijf jaar gezamenlijk deel te nemen aan overheidsopdrachten en daarvoor een gezamenlijke ondernemingsstructuur in het leven hebben geroepen.

Een dergelijk consortium moet bij deelname aan een aanbesteding vermelden voor welke leden van het consortium zij meedingt. Die leden mogen niet ook nog zelf deelnemen aan dezelfde aanbestedingsprocedure. Deze regel is niet van toepassing op andere vormen van consortia.

In dit geval hadden Serrantoni en het consortium waarvan zij deel uitmaakte beide ingeschreven op dezelfde aanbesteding. De aanbestedende dienst heeft dan ook besloten beide partijen uit te sluiten. Een saillant detail is dat de aanbesteder hiervan aangifte heeft gedaan, omdat een dergelijk handelen in Italië strafbaar is.

### **Beoordeling Hof**

De lidstaten hebben een zekere eigen bevoegdheid om aanvullend op de richtlijn maatregelen te treffen die de gelijke behandeling en de transparantie bevorderen. Deze maatregelen dienen getoetst te worden aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij de lidstaten niet verder mogen gaan dan noodzakelijk om het doel te bereiken.

Met betrekking tot deze casus stelt het Hof als eerste vast dat het onderscheid tussen de verschillende types consortia op dit punt, waarbij in de situatie van het consortium van Serrantoni automatische uitsluiting plaatsvindt, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

Bovendien is een regel met automatische uitsluiting in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Partijen moeten de mogelijkheid krijgen om aan te tonen dat zij hun offertes volkomen onafhankelijk hebben opgesteld en dat er dus geen gevaar is voor beïnvloeding van de mededinging. Hoewel de bestrijding van collusie een rechtmatig doel is, gaat deze ook in de situatie Serrantoni verder dan noodzakelijk om dat doel te bereiken. Deze uitspraak is in lijn met die van de Assitur-zaak. ■

*mr. Dik van Manen*

## **➤ Concluderend**

Een absoluut verbod op deelname van verbonden ondernemingen in één en dezelfde aanbestedingsprocedure is volgens het Hof niet toegestaan. Aan de deelnemers moet de gelegenheid worden geboden aan te tonen dat de afhankelijkheidsverhouding hun gedrag in de procedure niet heeft beïnvloed.

## **Wat betekent dit voor uw aanbestedingsprocedure?**

*Het voorgaande heeft in elk geval als effect dat de tot voorheen gebruikelijke regeling dat van verschillende ondernemingen uit één concern er slechts één zou mogen meedoen in een en dezelfde aanbesteding, niet meer op deze manier gehandhaafd kan blijven.*

*Deze ondernemingen zullen in de gelegenheid moeten worden gesteld om aan te tonen dat zij hun inschrijvingen onafhankelijk zullen opstellen en dat er geen gevaar bestaat dat de mededinging tussen inschrijvers wordt beïnvloed.*

*De vraag is vervolgens hoe dit aangetoond kan worden. Wij stellen ons daarbij voor dat ondernemingen duidelijk zullen moeten aantonen dat de structuur van het concern zodanig is dat ondernemingen zelfstandig opereren in de markt met een eigen omzetverantwoordelijkheid, dat er geen centrale aansturing van het indienen van offertes plaatsvindt onder regie van de moeder en dat ook overigens het organisatiemodel duidelijk maakt dat onderlinge afstemming is uitgesloten.*

*In hoeverre verklaringen door ondernemers op dit punt het gewenste inzicht zullen bieden en in hoeverre het al dan niet afwijzen van meerdere ondernemingen uit één concern op basis van deze argumenten houdbaar zal zijn, moet toekomstige jurisprudentie uit gaan wijzen.*

# AT Osborne betrokken bij windenergie op zee

In 2009 heeft de minister van Verkeer en Waterstaat 12 vergunningen verleend voor windturbineparken op de Noordzee, gelegen in de exclusieve economische zone, op meer dan 12 nautische mijlen van de kust. Elke vergunning beslaat een oppervlak van ten hoogste 50 km<sup>2</sup> van de Noordzee. De vergunningen zijn 'goed' voor meer dan 3000 MegaWatt (MW) windenergie.

Aan de besluitvorming is een lang voorbereidingstraject vooraf gegaan. De besluiten zijn tot stand gekomen door inzet van Rijkswaterstaat en de Dienst Noordzee. De Dienst Noordzee is als uitvoeringsorganisatie belast met het beheer van de Noordzee. Deze zag zich aanvankelijk geconfronteerd met meer dan 70 initiatieven voor windturbineparken op de Noordzee. Voor uiteindelijk 17 van deze initiatieven is in 2009 de openbare voorbereidingsprocedure doorlopen wat geleid heeft tot 17 besluiten. Los hiervan verstrekt de minister van Economische Zaken op basis van een tenderregeling subsidie voor ongeveer 950 MW aan vergunde windturbineparken.

In 2009 is AT Osborne gevraagd om juridische kennis van en ervaring met het proces van vergunningverlening in te brengen bij de afdeling juridische zaken van de Dienst Noordzee. AT Osborne is in staat gebleken om drie vaardige juristen te laten bijdragen in het project.

Met de windturbineparken zijn grote belangen gemoeid. Dit geldt niet alleen voor de overheid die beleidsmatig streeft naar het op korte termijn realiseren van 950 MW windenergie op zee, maar ook voor de investerende (markt) partijen en huidige gebruikers van de zee. In het besluitvormingsproces moesten onder meer afwegingen worden gemaakt over scheepvaart-, mijnbouw-, luchtvaartveiligheid en ecologische belangen.

De reden van Rijkswaterstaat om te kiezen voor juristen van Legal & Contracting was



de vakinhoudelijke kennis van het bijzondere en algemene bestuursrecht, de vergunningverlening, organisatorisch inzicht en de (juridische) proceservaring. Aanvankelijk was expertise nodig voor de vergunningverlening, vervolgens voor het opstellen van verweerschriften en het optreden ter zitting.

Wind op zee en de afweging ten opzichte van 'de belangen van de zee' is een relatief nieuw onderwerp in Nederland. Werkende weg tekende zich het toetsingskader duidelijker af en kwamen redenerlijnen tot stand over de af te wegen aspecten. Standaardmethoden bleken niet voorhanden. Op een aantal fronten moest geconstateerd worden dat actuele en toepasbare kennis niet aanwezig was. Meerdere malen zijn snelkooksessies ingezet.

Vanuit haar kennis en ervaring kan AT Osborne een belangrijke bijdrage leveren zowel aan het proces van vergunningverlening als bij gerechtelijke procedures. AT Osborne kan leunen op juristen met ervaring vanuit de praktijk van de advocatuur.

In het proces van totstandkoming van de vergunningen spelen diverse factoren een rol. Globaal beschouwd kan men zeggen dat bij de voorbereiding politieke afwegingen, bestuurlijke, technisch-inhoudelijke, financiële (uitvoerbaarheid) en juridische factoren het beeld bepalen. Naarmate het proces

opschuift naar de gerechtelijke procedures, worden de juridisch-procesmatige afwegingen meer leidend. Binnen een organisatie vertaalt zich dit veelal in een verschuiving binnen de verantwoordelijke organisatieonderdelen.

Wind op zee is een ambitieus project. Werken aan de realisatie van groene energie, bezig zijn met het recht van de zee en opereren in een dynamische omgeving en schuivende panelen, zijn een professionele uitdaging voor de juristen van Legal & Contracting. Het bestuurlijk-politieke klimaat voor duurzame energiebronnen op de lange termijn zorgt daarnaast voor een eigen dynamiek in het project. Binnen de afdeling Juridische Zaken van de Dienst Noordzee werd nog een uitdaging gesteld. Geen genoeg nemen met voor de hand liggende oplossingen, organiseren van een brede blik op het project en geen vragen overslaan. Het laten aansluiten van kennis en kunde en een juiste teamsamenstelling gingen onderdeel uitmaken van het project.

Er staat een stevig team juristen dat enthousiast en met de nodige ambitie het project vorm geeft binnen de Dienst Noordzee. Wij zetten graag onze kennis en ervaring in op zowel inhoudelijk als procedureel opzicht binnen uw organisatie. ■

*mr. Ingrid Klein-Hendriks*

# Stand van zaken nieuwe Aanbestedingswet

**De ministerraad heeft op 25 juni 2010 op voorstel van minister Van der Hoeven van Economische Zaken ingestemd met toezending aan de Tweede Kamer van het wetsvoorstel voor de nieuwe aanbestedingswet. Een eerdere poging hiertoe is door de Eerste Kamer verworpen.**

## Aanbestedingswet

De aanbestedingswet beoogt een duidelijk en eenvormig kader te bieden voor aanbesteden. De wet is erop gericht dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoopt tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding. Daarbij is het belangrijk dat ondernemers een goede en eerlijke kans maken op het verkrijgen van een opdracht. In de aanbestedingswet zijn maatregelen opgenomen die de totstandkoming van optimale concurrentie bevorderen, de lasten van het aanbesteden verminderen, de aanbestedingspraktijk waar nodig uniformeren, en de klachtenafhandeling vergemakkelijken. Zo komt er één formulier waarmee bedrijven zich kunnen aanmelden voor een aanbesteding. De bewijsstukken hoeven dan alleen door de bedrijven die in aanmerking komen voor de inschrijving, ingediend te worden. Daarnaast wordt gewerkt aan de invoering van TenderNed. Een site waar ondernemers alle opdrachten voor aan-

bestedingen kunnen vinden en hierop elektronisch kunnen inschrijven.

Het wetsvoorstel biedt ruimte aan maatwerk zodat opdrachtgevers kunnen inspelen op de diversiteit in de aanbestedingswereld en het innovatievermogen van het bedrijfsleven optimaal kunnen benutten.

De nieuwe aanbestedingswet geldt voor alle overheidsopdrachten: onder en boven de Europese grens.

## Onder het drempelbedrag

Aanbestedende diensten en het bedrijfsleven moeten afspraken gaan maken over procedures bij aanbesteden onder de Europese grens. Onder de Europese grens hanteren aanbestedende diensten vaak eigen regels. Deze vrijheid behouden zij, maar via het wetsvoorstel en aanvullende maatregelen wenst het ministerie meer uniformering van deze regels. Aanbestedende diensten en bedrijfsleven krijgen hiervoor vier jaar de tijd. Lukt dit niet, dan komt het kabinet met eigen regels.

## Aanvullend beleid

Niet alles zal in regelgeving vorm gegeven worden. In aanvulling op de nieuwe Aanbestedingswet stelt het ministerie van Economische Zaken nieuwe beleidsmaatregelen voor. Die moeten richting geven aan de

praktijk van aanbesteden en verdere professionalisering ondersteunen en stimuleren. Dit aanvullend beleid wordt in nauwe samenwerking met PIANOo (Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers), aanbestedende diensten en ondernemers ontwikkeld.

## Klachtenafhandeling

Naast het wetsvoorstel wordt een regeling voor laagdrempelige klachtenafhandeling geïntroduceerd, zodat ondernemers met klachten over onredelijke eisen niet direct naar de rechter hoeven te stappen. De klachtenregeling zal in overleg met werkgeversorganisaties, het Rijk en de gemeenten verder uitgewerkt worden. ■

*mr. Ingrid Dolmans-Budé*



## AT Osborne Academy

Vanuit de AT Osborne Academy verzorgen wij trainingen in bestaande en nieuwe regelgeving, zoals de Wabo, de Crisis- en herstelwet, aanbestedingsrecht en procesrecht voor overheden. Iedere training is maatwerk en garandeert een adequate kennisoverdracht. Onze trainingen zijn toegespitst op uw praktijk en zijn nuttig voor het beter structureren van uw interne processen. Voor meer informatie zie [www.atosborne.nl](http://www.atosborne.nl)

## Step Inhouse dag

Op woensdag 17 november 2010 organiseert AT Osborne L&C wederom een Step Inhouse dag. Step staat voor Stichting Student en Praktijk, een landelijke organisatie die studenten in de eindfase van hun studie kennis laat maken met topbedrijven en -kantoren. De vorige Step Inhouse dag vond plaats op 26 mei 2010 en is door de deelnemers beoordeeld met een 8.6. Ook als werkgever zijn we door de deelnemers met een 8.6 beoordeeld. Een resultaat waar wij erg trots op zijn! Omdat wij aan projecten werken en veelal buiten de deur, vinden wij het leuk om de

deelnemers aan zo'n Inhouse dag dat ook echt te laten ervaren. En wat is spannender dan een bezoek aan een bouwput van de NoordZuidlijn? Voor verdere informatie over de eerstvolgende dag, waarvan de inschrijvingstermijn inmiddels is gesloten, verwijzen wij u graag naar onze website.

Vanaf maart 2011 kunnen studenten zich inschrijven voor de voorjaarscyclus via de website van STEP ([www.stepweb.nl](http://www.stepweb.nl)).

Kent u iemand die interesse heeft? Onze contactpersoon is Annelot Zweedijk ([azw@atosborne.nl](mailto:azw@atosborne.nl)).

Het Arrest Müller van HvJ EU (25 maart 2010):

## Aanvulling op en nuancering van de Reiswijzer 2009

In de vorige L&C Actueel die u van ons hebt ontvangen, schreef collega Esther Akkerman over de publicatie (eind 2009) van de Reiswijzer door o.a. het Ministerie van VROM, de NEPROM en de VNG. De Reiswijzer is bedoeld als een hulpmiddel bij het in juiste juridische banen leiden van gebiedsontwikkeling. De rol van de (centrale) overheid en van marktpartijen en met name de vraag wanneer een aanbestedingsplicht bestaat, wordt in de Reiswijzer besproken.

Esther Akkerman stipte in haar artikel al aan dat het voor de Nederlandse praktijk van belang is de Europese ontwikkelingen op dit vlak te blijven volgen, omdat de Europese Commissie ten aanzien van de aanbestedingsplicht nog niet tot een eindoordeel is gekomen. Twee casus waarop zij u in haar artikel attendeerde, zijn 'Doornakkers Centrum Eindhoven' en 'Helmut Müller GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben' (Duitsland). In laatstgenoemde procedure heeft het Europese Hof van Justitie (hierna HvJ EU) op 25 maart 2010 uitspraak gedaan. Dit arrest wordt aangehaald als het Müller-arrest.

### Het Müller-arrest, de casus

De casus die aanleiding was voor het Müller-arrest, is kort gezegd als volgt: de *Bundesanstalt* (de instelling voor beheer van openbaar onroerend erfgoed) heeft met twee marktpartijen gesproken over de verkoop en ontwikkeling van een in onbruik gebrakt kazerneterrein. Beide partijen (kortweg GSSI en Müller) doen een bod en dienen een exploitatievoorstel in. De *Bundesanstalt* en de Duitse gemeente Wildeshausen beoordelen beide biedingen. Er wordt voor gekozen het kazerneterrein aan GSSI te verkopen. In die overeenkomst is geen bepaling opgenomen over het toekomstig gebruik van de grond. Maar de gemeente is wel bereid een nieuw bestemmingsplan vast te stellen.

Müller vecht deze verkoop aan en stelt dat een aanbesteding had moeten plaatsvinden omdat sprake zou zijn van een overheidsopdracht voor werken (in de vorm van een concessie). In het Müller-arrest geeft het HvJ EU antwoord op vier prejudiciële vragen die door het Oberlandesgericht Düsseldorf zijn gesteld.

### Overheidsopdracht voor werken: overeenkomst onder bezwarende titel? Rechtstreeks economisch belang

Eén van de elementen van een overheidsopdracht voor werken, is het bestaan van een overeenkomst onder bezwarende titel. De Reiswijzer gaat niet uitvoerig op dit punt in, maar naar aanleiding van de prejudiciële vragen doet het HvJ EU dit wel. Het HvJ EU stelt dat bepalend is of de prestatie van de marktpartij een rechtstreeks economisch belang inhoudt voor de aanbestedende dienst. Het HvJ zet uiteen op welke vier manieren zich dat voor kan doen:

- 1 wanneer de aanbestedende dienst de eigendom verkrijgt;
- 2 wanneer de aanbestedende dienst de beschikkingmacht verkrijgt doordat het gerealiseerde een openbare bestemming krijgt;
- 3 wanneer de aanbestedende dienst economisch voordeel kan halen uit toekomstig gebruik (of toekomstige overdracht) van het gerealiseerde;

4 wanneer de aanbestedende dienst financieel deelneemt in de ontwikkeling door risico te dragen (in het geval van mislukken van de ontwikkeling).

Wanneer de te realiseren werken beogen te voldoen aan een openbaar doel van algemeen belang dat onder de zorg of plicht van de aanbestedende dienst valt, is ook sprake van een rechtstreeks economisch belang.

### Overheidsopdracht voor werken: overeenkomst onder bezwarende titel? De afdwingbare verbintenis

Het HvJ EU oordeelt in het Müller-arrest dat sprake moet zijn van een contractueel overeengekomen bouwplicht. Deze plicht moet naar het recht van het betreffende land afdwingbaar zijn. De bepaling dat gronden teruggelieferd moeten worden indien niet tot realisatie wordt overgegaan, kwalificeert niet als een bouwplicht (immers – deze bepaling leidt niet afdwingbaar tot realisatie).

### Het laten uitvoeren van een werk conform eisen vastgesteld door de aanbestedende dienst?

De Duitse gemeente Wildeshausen had geen programma van eisen, ontwerp of bestek opgesteld, maar zich bereid verklaard de conceptplannen van GSSI te onderzoeken en een procedure op te starten voor vaststelling van een daarmee over-





*Per 1 juli 2010 is mr. Anita Nijboer in dienst getreden bij de business unit Legal & Contracting van AT Osborne.*

*Anita adviseert zowel private partijen als overheden over de toepassing en handhaving van relevante regelgeving op het terrein van ruimtelijke ordening, milieu en MER, flora en fauna en natuurbescherming, luchtkwaliteit, water en duurzaamheid. Zij biedt juridische ondersteuning bij ruimtelijke projecten en bij het aanvragen en opstellen van vergunningen, besluiten en contracten. Ook verleent zij bijstand bij bestuursrechtelijke procedures.*

*Anita heeft zeven jaar gewerkt als advocaat in het omgevingsrecht, het (Europees) bestuursrecht en het algemeen civiel recht. Zij heeft ruime ervaring met het van start tot finish begeleiden van overheden en projectontwikkelaars bij complexe ruimtelijke projecten. Eerder stond zij diverse natuur- en milieuorganisaties bij. Anita heeft zeer veel proceservaring bij de Rechtbank en de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.*

*Naast haar werkzaamheden als advocaat heeft Anita diverse cursussen en lezingen gegeven op het gebied van het omgevingsrecht. Zo heeft zij als gastdocent aan de Universiteit van Amsterdam lesgegeven over het natuurbeschermingsrecht, flora- en faunawetgeving en het ruimtelijk ordeningsrecht. Ook heeft zij voor Reed Elsevier lesgegeven over juridische aspecten bij het leggen en hebben van kabels en leidingen in de grond. Anita is medeauteur van het boek "Het recht van kabels en leidingen" dat in 2009 is uitgegeven.*

eenstemmend bestemmingsplan. Is in dat geval sprake van 'het laten uitvoeren van een werk dat voldoet aan door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen'? Het HvJ EU oordeelt dat de uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw (inhoudelijke sturing via publiekrechtelijke bevoegdheden) niet als zodanig hoeft te gelden. Ook niet wanneer die inhoudelijke sturing door middel van een contract (privaatrechtelijk) plaatsheeft. Het gaat, volgens het HvJ EU, om de positie van de aanbestedende dienst bij de sturing, niet om het detailniveau van de inmenging. Sprake is van het vaststellen van eisen door de aanbestedende dienst wanneer deze (i) kenmerken van het te realiseren werk definieert of (ii) een beslissende invloed op het ontwerp uitoefent.

### **Opracht in de vorm van een concessie bij eigendom marktpartij?**

De vierde prejudiciële vraag in het Müller-arrest betreft de vraag of sprake kan zijn van een concessie wanneer de bij de ontwikkeling betrokken gronden eigendom zijn van de marktpartij en de ontwikkeling voor rekening en risico van die marktpartij plaatsvindt. Het verschil tussen een opdracht en een concessie is erin gelegen dat de tegenprestatie bij een concessie bestaat uit het recht de te realiseren werken te exploiteren. Eigendom omvat het recht van exploitatie. Wanneer een marktpartij eigenaar is van de bij de ontwikkeling betrokken gronden, is het voor de aanbestedende dienst dus niet mogelijk te beschikken over het exploitatierecht. Bij de eigendomspositie van de marktpartij kan derhalve geen sprake zijn van een concessie.

### **Conclusie**

Met het Müller-arrest heeft het HvJ EU een aanvulling op de Reiswijzer gegeven ten aanzien van het criterium 'onder bezwaren-

de titel'. Voor de aanbestedende dienst moet sprake zijn van een rechtstreeks economisch belang. Ten aanzien van het criterium 'door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' biedt het Müller-arrest een nuancering ten opzichte van de Reiswijzer. Niet zozeer is van belang of de eisen via privaat- of publiekrechtelijke weg worden gesteld en dat de eventueel privaatrechtelijk gestelde eisen niet verder gaan dan de publiekrechtelijke mogelijkheden. Bepalend is de mate van invloed van de aanbestedende dienst op het ontwerp.

De eisen van rechtstreeks economisch belang, een afdwingbare verbintenis tot realisatie en door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen zijn cumulatief voor de vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht (of concessie) voor werken.

### **Tot slot**

Op 3 juni 2010 is bekend geworden dat de Europese Commissie de Nederlandse Staat voor het HvJ EU zal brengen in verband met de casus 'Doornakkers Centrum Eindhoven' (de andere casus waar Esther Akkerman u in haar artikel in de voorgaande L&C Actueel op attendeerde). Zodra zich in die casus interessante juridische ontwikkelingen voordoen, zullen wij u hiervan weer op de hoogte stellen. ■

*mr. Annelot Zweedijk*

# Geen aanbestedingsplicht voor zorgorganisaties in de AWBZ

Verpleeg- en verzorgingshuizen zijn geen aanbestedende dienst in de zin van Europese aanbestedingsregels. Dat blijkt uit de uitspraak in een kort geding van de Rechtbank Den Bosch in het geschil tussen Mediq apotheken en de Stichting Schakelring uit Waalwijk.

Na zich een aantal malen uitgesproken te hebben over de vraag of een ziekenhuis aangemerkt kan worden als een aanbestedende dienst, is het nu voor het eerst dat een rechter een uitspraak doet over de aanbestedingsplicht van een zorgorganisatie die vanuit de AWBZ gefinancierd wordt. In de zogenaamde Amphia-zaak concludeerde de Hoge Raad dat ziekenhuizen niet gehouden zijn aanbestedingsregels toe te passen. Net als in de Amphia-zaak toetste de rechter in de Schakelring-zaak of de zorg in hoofdzaak door de Staat of een andere publiekrechtelijke instelling wordt gefinancierd. Als het antwoord op deze vraag positief is, dan zal vaak sprake zijn van een aanbestedingsplicht.

Volgens de Hoge Raad was bij het Amphia Ziekenhuis geen sprake van overheidsfinan-



ciering. Hiervan is op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie alleen sprake als tegenover de vergoeding geen specifieke prestatie staat. Dit was bij het Amphia Ziekenhuis niet het geval. Tegenover de door de (toenmalige) Ziekenfondswet verstrekte gelden stond namelijk wel een specifieke tegenprestatie, te weten zorg die zij krachtens gesloten overeenkomsten diende te verlenen.

Bij de Schakelring-zaak volgt de rechter een vergelijkbare argumentatie. Schakelring verricht een specifieke tegenprestatie voor de gelden die zij van het Zorgkantoor ontvangt.

De aanspraak op zorg wordt in de relatie met de verzekeraar concreet gemaakt en geïndividualiseerd. Zorgverlening, declaratie en verantwoording vinden plaats op basis van een per cliënt gekozen ZorgZwaarte-Pakket.

De rechter oordeelt dat door de aanwezigheid van een specifieke tegenprestatie geen sprake kan zijn van openbare financiering, en concludeert op grond daarvan dat er geen sprake is van een aanbestedingsplicht. ■

*mr. Ingrid Dolmans-Budé*

'Actueel' is een uitgave van AT Osborne B.V. November 2010

**Concept en ontwerp**  
FUNCKE communications  
& design, Haarlem

**Druk**  
Lenoirschuring,  
Amstelveen

J.F. Kennedylaan 100  
3741 EH Baarn  
Postbus 168  
3740 AD Baarn

T 31 (0)35 543 43 43  
F 31 (0)35 543 43 44  
W [www.atosborne.nl](http://www.atosborne.nl)

Voor meer informatie neem contact op met Mr. M.L.A. van 't Hoff,  
Business manager Legal & Contracting  
E [info@atosborne.nl](mailto:info@atosborne.nl)



**AT OSBORNE**  
CONSULTANTS & MANAGERS