

## COLOFON

### Redactie:

mr. I.A.H. Doimans-Budé  
AT Osborne bv, Utrecht

mr. R.D. Luteijn

Lexecon bv, Amsterdam

prof. mr. G.W.A. van de Meent

Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters

Bartels Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten,  
4-Hertogenbosch

mr. Waterman

Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk  
voor Overheidsopdrachtgevers (PIANOs),  
4-Gravenhage

prof. mr. W.G. Ph.E. Wedekind

Emeritus hoogleraar aanbestedingsrecht  
(Universiteit van Amsterdam)

mr. A.W. van Wijngaarden

International Tender Services NV, Roanne

Sinds 1982: **Geleidelijke invoer**  
in via online

Uitgever: Helena Herfald

tel. 070 441 51 28

### Abonnementsafdelingen:

Abonnementen € 16,- j.

Losse nummers € 1,-

Read Business Information bv

Postbus 808, 7000 AV Dordrecht

tel. (0314) 358 358

fax (0314) 358 01

e-mail: [abonnement@read.nl](mailto:abonnement@read.nl)

De Nederlandse Staat heeft het recht om op het gebied van aanbestedingen te interveniëren.

International Tender Services NV is een bedrijf dat zich richt op het aanbestedingsproces. Het bedrijf heeft een netwerk van adviseurs en is actief in de aanbestedingsmarkt.

Aan de hand van deze aflevering wordt de aanbestedingsmarkt in Nederland en de rol van de Staat besproken. Het artikel behandelt de recente ontwikkelingen in de aanbestedingswetgeving.

De aflevering is een onderdeel van de Tender Nieuwsbrief, een tijdschrift dat zich richt op aanbestedingszaken.

De aflevering is een onderdeel van de Tender Nieuwsbrief, een tijdschrift dat zich richt op aanbestedingszaken. Het artikel behandelt de recente ontwikkelingen in de aanbestedingswetgeving.

Aan de hand van deze aflevering wordt de aanbestedingsmarkt in Nederland en de rol van de Staat besproken. Het artikel behandelt de recente ontwikkelingen in de aanbestedingswetgeving.

De aflevering is een onderdeel van de Tender Nieuwsbrief, een tijdschrift dat zich richt op aanbestedingszaken. Het artikel behandelt de recente ontwikkelingen in de aanbestedingswetgeving.

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van  
Read Business bv,  
4-Gravenhage  
© 2007  
ISSN 1884-2838

Vervolg van pagina 5 >

De voordracht van Wim van Veelen gaf een interessante inzicht in het project Vathorst. Alhoewel de Europese ingebrekestelling niet openbaar is, kon van Veelen toch een aardig inzicht geven. Bovendien is in de juridische en andere literatuur al zoveel over dit project bekend geworden, inclusief de standpunten van de Commissie, dat het gebrek aan openbaarheid maar van relatieve aard is. Een van de interessantste door de Commissie ingenomen standpunten in dit dossier betreft de omstandigheid dat de verkoop van gronden met bouwplicht (inclusief enige mate van specificatie van de te realiseren werken) door de Commissie als een overheidsopdracht voor een werk wordt gekwalificeerd: de omstandigheid dat de private ontwikkelaar van particuliere huizenkopers een koopsom ontvangt, ziet de Commissie in de verhouding tussen overheid en ontwikkelaar als de 'bezwarende titel'. Een standpunt dat wordt bestreden, maar dat ook in Roanne/Auroux aan de orde is.

## Concurrentie

Roanne/Auroux heeft ook de vraag aan de orde gesteld of het – tot dan toe – gebruikelijke 'doorleggen' van de aanbestedingsverplichting nog was toegestaan. Alhoewel men ook op dit punt van mening kan (blijven) verschillen lijkt het aan-

besteden namens c.q. op naam van de overheid nog alleszins mogelijk te zijn.

Al met al een boeiende en interessante dag. De praktische constatering is overigens wel dat in de dagelijkse praktijk een veelheid door de overheid georganiseerde ontwikkelcompetities, grondbiedingen, prijsvragen, ontwerpwedstrijden e.d. valt waar te nemen. Ofwel: weliswaar wordt in veel van die gevallen niet strikt conform de Richtlijn gehandeld, er wordt in ieder geval wel concurrentie uitgelokt. Overigens: binnenlandse concurrentie. Voor zover bekend zijn er geen projecten in Nederland waar buitenlandse ontwikkelaars in betrokken zijn. Voor de euro-scepticus eens te meer een reden om te wijzen op het 'doorgeslagen' Brusselse beleid: aardig in theorie, in de praktijk relatief. Wordt vervolgd.

mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

## Noten

- 1 Zie in dit verband bijvoorbeeld het themanummer van de Tender Nieuwsbrief uit 2006 (no. 7) over projectontwikkeling en aanbesteding.
- 2 HvJ EG 18.1.2007. Zie o.a. Tender Nieuwsbrief no. 7, 2006 en Tender Nieuwsbrief no. 3.

## DE ZAAK

# Italiaanse toestanden

**Op 13 september 2007 heeft het Hof van Justitie EG in een zaak tussen de Europese Commissie en Italië bepaald – in navolging van eerdere uitspraken – dat dienstenconcessies terzake het beheer van weddenschappen op paardenrennen niet zomaar uit de hand kunnen worden gegund, maar dat krachtens het transparantiebeginsel een passende mate van openbaarheid moet worden betracht. Een nadere analyse van deze uitspraak.<sup>1</sup>**

## Feiten

In het onderhavige geval betrof het de concessie voor het beheer van paardenwedenschappen in Italië. Deze concessie was van oudsher in handen van de zogenaamde 'UNIRE'. Deze entiteit – waarvan niet duidelijk is of het ging om een 'private' of 'publieke' entiteit – genereerde inkomsten door weddenschappen aan te gaan op het gebied van paardenrennen. Op zeker moment wenste de Italiaanse regering het beheer en

de structuur van deze kansspel-'business' te reorganiseren en te komen tot uitgifte van 1000 concessies. Hiervan werden er uiteindelijk 671 aanbesteed, doch de van oudsher bij UNIRE aanwezige 329 reeds bestaande concessies werden keer op keer verlengd en waren derhalve geen voorwerp van aanbesteding.

De Commissie stelde zich op het standpunt dat zodanige, herhaaldelijke verlenging strijdig was

met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met het uit de artikelen 43 en 49 voortvloeiende transparantiebeginsel, inhoudend dat de uitgifte van deze concessies diende te worden gepubliceerd en middels een onpartijdige selectie zouden worden gegund.

De Italiaanse regering beriep zich op de uitzonderingsgronden zoals vervat in de artikelen 45 en 46 EG: in dit geval was naar het oordeel van Italië sprake was een algemeen belang in verband met fraudebestrijding, voorkoming van geldverkwisting en consumentenbescherming. Voorts was verlenging in de ogen van Italië noodzakelijk om de continuïteit en financiële stabiliteit van UNIRE te garanderen.

## Hof van Justitie EG

Niet onverwacht maakt het HvJ EG korte metten met een en ander. Het HvJ EG stelde vast dat in casu sprake is van een dienstenconcessie, zulks in navolging van de Commissie. Weliswaar valt een dergelijke concessie niet onder het bereik van de (oude) Richtlijn Diensten 92/50, maar de fundamentele verdragsregels moeten desalniettemin geëerbiedigd worden. In een dergelijk geval zijn (met name) de artikelen 43 en 49 van het Verdrag van belang, evenals het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, zijnde een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling. Een en ander houdt, aldus het HvJ EG, een transparantieplichting in. Dit houdt op haar beurt, aldus het HvJ EG, in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

De argumentatie van de Italiaanse regering werd verworpen. Het HvJ EG onderkent dat de artikelen 45 en 46 van het Verdrag voorzien in uitzonderingsbepalingen maar verwerpt dit verweer omdat de Italiaanse regering in het geheel niet duidelijk heeft gemaakt hoe door het zonder aanbesteding gunnen (lees: verlengen) van 329 concessies illegale activiteiten in die sector zou kunnen worden tegengaan. Het tweede verweer wordt evenzeer verworpen door het HvJ EG: de door Italië gevoelde noodzaak om stabiliteit en continuïteit te bieden aan concessiehouder UNIRE is geen dwingende reden van algemeen belang die rechtvaardigt dat de 329 concessies zonder verdere aanbesteding worden verlengd.

## Commentaar

De uitkomst is niet verrassend. De uitspraak

ligt in de lijn van eerdere uitspraken van het HvJ EG. En zo zachtjes aan kan men wellicht van 'Italiaanse toestanden' spreken. Immers, in de afgelopen jaren heeft het HvJ EG zich herhaaldelijk moeten en mogen uitspreken over de verlenging van (diensten)concessies zonder dat daar enige vorm van aanbesteding aan vooraf ging. Weliswaar is 'het' ooit begonnen met zaken als 'Unitron'<sup>2</sup> en – met name 'Telaustria'<sup>3</sup> – maar de meest recente zaken kwamen alle uit Italië.

De zaak 'CoNaMe'<sup>4</sup> betrof de uitgifte van een gasconcessie in het Noorden van Italië, waarbij het HvJ EG oordeelde dat het transparantiebeginsel was geschonden.

De zaak 'Parking Brixen'<sup>5</sup> ging over de uitgifte van een parkeerconcessie in de Noord-Italiaanse stad Brixen (Bressanone), waarbij het HvJ EG eveneens oordeelde dat het transparantiebeginsel was geschonden.

Idem de zaak 'ANAV',<sup>6</sup> waarbij de uitgifte van een vervoersconcessie aan de orde was in de gemeente Bari, gelegen in zuidelijk Italië. Overigens ging het in deze zaak met name om de vraag of een gunning zonder aanbesteding de toets der kritiek kon doorstaan omdat, zo werd betoogd, gegund werd aan een aan de gemeente gelieerde vennootschap.

Ook in een andere zaak tussen de Commissie en Italië was de vraag aan de orde of een 'concessie' overeenkomstig de Europese regelgeving was aanbesteed.<sup>7</sup> Het betrof de uitgifte van een afvalinzamelingsconcessie door de regio Sicilië, zij het dat, ondanks het gebruik van het woord 'concessie', feitelijk sprake was van een 'gewone' overheidsopdracht voor diensten die had moeten worden aanbesteed overeenkomstig de (oude) Richtlijn Diensten (92/50).

En in het verlengde van voorgaande zaken kan wellicht ook nog de zaak 'Carbotermo'<sup>8</sup> worden genoemd. Weliswaar betrof het hier niet de uitgifte van een (diensten)concessie, maar in deze zaak speelden wel een aantal vergelijkbare vragen als in de andere hierboven genoemde zaken.

Toeval of niet: allemaal Italiaanse zaken waarbij hoofdzakelijk dienstenconcessies aan de orde waren. En in alle gevallen werd Italië door het HvJ EG veroordeeld.

Samenvattend waren in deze zaken de argumenten van Italië dat:

(a) ofwel sprake was een dienstenconcessie en dat de oude Richtlijn Diensten 92/50 bijgevolg

niet behoefde te worden toegepast (terwijl het HvJ EG oordeelde dat wél sprake was van een 'gewone' overheidsopdracht);  
(b) ofwel dat sprake was toelaatbare onderhandse gunning aan een 'eigen' vennootschap (terwijl het HvJ EG oordeelde dat de betreffende overheidsinstelling niet een toezicht op die vennootschap kon uitoefenen als ware het een eigen interne dienst, bijgevolg waarvan de argumentatie werd verworpen);

(c) ofwel dat sprake was van toepasselijkheid van een der uitzonderingsbepalingen van het Verdrag, te weten de artikelen 45 en 46 (terwijl het HvJ EG weliswaar aanvaardde dat sprake kan zijn van uitzonderingen, maar deze in het specifieke geval werden verworpen bij gebrek aan een feitelijke, overtuigende onderbouwing).

Men zou denken dat men in Italië – en elders in Europa – voldoende lessen heeft geleerd. Als al geen sprake is van een 'gewone' overheidsopdracht voor diensten, zal al gauw sprake zijn van een dienstenconcessie, zodat tenminste een publicatieplicht en onpartijdige behandeling geldt. Van toezicht op een 'eigen' vennootschap als ware het een eigen interne dienst is niet spoedig sprake en al gauw zal een verplichting tot publicatie annex aanbesteding aan de orde zijn. Uitzonderingsbepalingen zoals vervat in het Verdrag worden restrictief toegepast.

mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

## Noten

- 1 HvJ EG 13 september 2007 (C-260/04). Voorafgaand aan deze uitspraak deed het HvJ EG op 6 maart 2007 een drietal uitspraken in hoeverre het de lid-staten is toegestaan beperkingen te stellen aan de hoeveelheid aanbieders van kansspelen. Zie HvJ EG 6.3.2007, zake C-338/04, C-359/04 en C-360/04.
- 2 HvJ EG 18.11.1999 (C-275/98).
- 3 HvJ EG 7.12.2000 (C-324/98).
- 4 HvJ EG 21.7.2005 (C-231/03).
- 5 HvJ EG 13.10.2005 (C-458/03).
- 6 HvJ EG 6.4.2006 (C-410/04).
- 7 HvJ EG 18.7.2007 (C-382/05).
- 8 HvJ EG 11.5.2006 (C-340/04).