ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

23 december 2009 *

In zaak C-305/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissing van 23 juni 2008, ingekomen bij het Hof op 4 juli 2008, in de procedure

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

tegen

Regione Marche,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president van de Derde kamer, waarnemend voor de president van de Vierde kamer, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (rapporteur), G. Arestis en J. Malenovský, rechters,

* Procestaal: Italiaans.

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: R. Grass,

gelet op de opmerkingen van:

— Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), vertegenwoordigd door I. Deluigi, avvocato,

— de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek als gemachtigde,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door C. Zadra en D. Recchia als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 september 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 2, sub a, en lid 8, eerste en tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (nationaal interuniversitair consortium voor de mariene wetenschappen; hierna: „CoNISMa") en de Regione Marche, betreffende het besluit van deze laatste om voornoemd consortium niet toe te laten tot een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor diensten.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

3 Punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/18 luidt:

„De lidstaten dienen erop toe te zien dat deelname van een publiekrechtelijke instelling als inschrijver op een overheidsopdracht geen concurrentieverstorende gevolgen heeft voor particuliere inschrijvers."

4 Artikel 1, lid 2, sub a, van die richtlijn bepaalt:

„‚Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn."

5 In artikel 1, lid 8, van de richtlijn is bepaald:

„De termen ‚aannemer', ‚leverancier' of ‚dienstverlener' omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of 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.

De term ‚ondernemer' dekt zowel de termen ‚aannemer', ‚leverancier' als ‚dienstverlener'. De term ‚ondernemer' wordt louter ter vereenvoudiging van de tekst gebruikt.

[…]"

6 Artikel 1, lid 9, van de richtlijn luidt als volgt:

„Als ‚aanbestedende diensten' worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt iedere instelling verstaan

a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,

b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en

c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuurs-

orgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[…]”

7 Artikel 4 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Ondernemers”, bepaalt:

„1. Gegadigden of inschrijvers die krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, gerechtigd zijn de verrichting in kwestie uit te voeren, mogen niet worden afgewezen louter op grond van het feit dat zij krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin de opdracht wordt gegund, hetzij een natuurlijke persoon, hetzij een rechtspersoon zouden moeten zijn.

[…]

2. Combinaties van ondernemers mogen inschrijven of zich als gegadigde opgeven. Voor de indiening van een inschrijving of een verzoek tot deelneming kan de aanbestedende dienst van de combinaties van ondernemers niet verlangen dat zij een bepaalde rechtsvorm zouden hebben, maar van de combinatie waaraan de opdracht wordt gegund kan wel worden geëist dat zij een bepaalde rechtsvorm zal aannemen, mits dit voor de goede uitvoering van de opdracht nodig is.”

8 Artikel 44 van de richtlijn, met als opschrift „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten", bepaalt in lid 1:

„Opdrachten worden gegund op basis van de in artikel 53 en 55 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 24, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 45 en 46 uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3."

9 Artikel 55 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Abnormaal lage inschrijvingen", luidt:

„1. Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving.

Deze preciseringen kunnen met name verband houden met:

a) de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

b) de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

c) de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver;

d) de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

e) de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.

2. De aanbestedende dienst onderzoekt in overleg met de inschrijver de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen.

3. Wanneer een aanbestedende dienst constateert dat een inschrijving abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, kan de inschrijving alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen wanneer de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie een inschrijving afwijst, stelt hij daarvan de Commissie in kennis."

Nationale regeling

10 Artikel 3, leden 19 en 22, van decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit tot vaststelling van het wetboek voor overheidsopdrachten voor werken, voor diensten en voor leveringen ter uitvoering

van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, supplemento ordinario bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006; hierna: „decreto legislativo nr. 163/2006"), bepaalt:

„19. De termen ‚aannemer', ‚leverancier' en ‚dienstverlener' omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk lichaam zonder rechtspersoonlijkheid, daaronder begrepen een Europees economisch samenwerkingsverband (EESV) in de zin van decreto legislativo nr. 240 van 23 juli 1991, die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden, de levering van producten of de verlening van diensten op de markt aanbiedt.

[…]

22. De term ‚ondernemer' dekt zowel de termen ‚aannemer', ‚leverancier' als ‚dienstverlener', alsook een combinatie of consortium van hen."

11 Artikel 34 van decreto legislativo nr. 163/2006, met als opschrift „Personen aan wie overheidsopdrachten kunnen worden gegund (artikelen 4 en 5 van richtlijn 2004/18)", luidt:

„1. Behoudens de uitdrukkelijk bepaalde beperkingen, kunnen de volgende entiteiten deelnemen aan de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten:

a) individuele marktdeelnemers, waaronder ambachtslieden, handelsondernemingen en coöperaties;

b) consortia van productie- en arbeidscoöperaties […] en consortia van ambachtslieden […];

c) permanente consortia, inter alia opgericht als joint venture ondernemingen in de zin van artikel 2615 ter van het burgerlijk wetboek, tussen individuele aannemers (met inbegrip van ambachtslieden), handelsondernemingen, productie- en arbeidscoöperaties, in overeenstemming met het bepaalde in artikel 36;

d) tijdelijke combinaties van concurrenten, gevormd door de sub a, b en c genoemde entiteiten […];

e) in artikel 2602 van het burgerlijk wetboek bedoelde gewone consortia van concurrenten, gevormd tussen de sub a, b en c van dit lid genoemde entiteiten, met inbegrip van die welke de vorm hebben van een vennootschap […];

f) entiteiten die een Europees economisch samenwerkingsverband (EESV) zijn aangegaan […];

[…]"

12 Na de feiten van het hoofdgeding is bij decreto legislativo nr. 152 van 11 september 2008 (GURI nr. 231 van 2 oktober 2008) aan voormelde lijst het volgende punt toegevoegd:

„f bis) ondernemers in de zin van artikel 3, lid 22, die in andere lidstaten zijn gevestigd en in overeenstemming met het in de betrokken lidstaat geldende recht zijn opgericht."

13 Ten slotte bepaalt artikel 2082 Codice civile (Italiaans burgerlijk wetboek) dat onder „ondernemer" wordt verstaan hij die beroepsmatig en op georganiseerde wijze een economische activiteit uitoefent met het oog op de vervaardiging en de ruil van goederen of diensten.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

14 Blijkens de verwijzingsbeslissing heeft de Regione Marche een openbare aanbesteding uitgeschreven voor het plaatsen van een markt voor dienstverlening bestaande in de seismostratigrafische kartering van de zeebodem, het verrichten van kernboringen en het nemen van monsters op zee in de kuststrook die loopt van Pesaro tot Civitanova Marche.

15 CoNISMa heeft zich voor die aanbestedingsprocedure opgegeven als gegadigde. De aanbestedende dienst heeft voorbehoud gemaakt bij de toelaatbaarheid van CoNISMa tot de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht, en besloot vervolgens, bij besluiten van 4, 18 en 23 april 2007, om CoNISMa uit te sluiten van de procedure.

16 CoNISMa heeft tegen die uitsluiting buitengewoon beroep ingesteld bij de president van de Italiaanse Republiek (een bijzondere procedure in de Italiaanse rechtsorde), waarbij het aanvoerde dat artikel 34 van decreto legislativo nr. 163/2006 inbreuk maakt op de bepalingen van richtlijn 2004/18 wanneer die bepaling in die zin wordt uitgelegd dat zij voorziet in een limitatieve opsomming waarin de universiteiten en de onderzoeksinstituten niet zijn opgenomen, en dat die instellingen dus niet kunnen deelnemen aan de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht. In het kader van dat buitengewoon beroep heeft het Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio (ministerie van Milieu en Bescherming van het Grondgebied) verzocht om het advies van de Consiglio di Stato, zoals in de toepasselijke nationale voorschriften is bepaald.

17 De verwijzende rechter merkt op dat hij voor het uitbrengen van zijn advies moet vaststellen of een interuniversitaire combinatie zoals CoNISMa kan worden geacht een „ondernemer" in de zin van richtlijn 2004/18 te zijn, en derhalve of zij mag deelnemen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening zoals de procedure die in het hoofdgeding aan de orde is. De verwijzende rechter uit dienaangaande twijfels op grond van de volgende overwegingen.

18 De Consiglio di Stato merkt om te beginnen op dat CoNISMa een combinatie („consorzio", consortium) is van vierentwintig Italiaanse universiteiten en drie ministeries. Volgens zijn statuten heeft het consortium geen winstoogmerk en heeft het tot doel het verrichten van onderzoek en van andere wetenschappelijke en toegepaste activiteiten op het gebied van de mariene wetenschappen te bevorderen en te coördineren bij de universiteiten die deel uitmaken van het consortium. Het kan deelnemen aan aanbestedingen en andere selectieprocedures die worden uitgeschreven door overheidsinstanties of vennootschappen in de openbare of particuliere sector. De activiteiten van het consortium worden hoofdzakelijk gefinancierd door fondsen verstrekt door het Ministero dell'Università e della Ricerca (ministerie van Hoger Onderwijs en Onderzoek), door andere overheidsinstanties alsook door Italiaanse of buitenlandse openbare of particuliere lichamen.

19 De Consiglio di Stato verwijst in de eerste plaats naar artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), die is vervangen bij richtlijn 2004/18, waarin het heet dat „onder ‚dienstverleners' [wordt] verstaan: natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden". Hij merkt op dat deze formulering ertoe lijkt te strekken de kring van personen die kunnen worden toegelaten tot de onderhandelingen met de aanbestedende diensten te beperken tot enkel die personen die „institutioneel" de

activiteit uitoefenen die overeenkomt met de in het kader van de betrokken opdracht uit te voeren prestatie. Volgens die benadering kunnen, naast particuliere ondernemers, slechts die openbare lichamen aan aanbestedingsprocedures deelnemen die, in overeenstemming met de taak die hun door de rechtsorde is toevertrouwd, met winstoogmerk de prestaties leveren waarop de opdracht betrekking heeft, universitaire instellingen dus niet. Die benadering lijkt te worden bevestigd door het arrest van het Hof van 18 januari 2007, Auroux e.a. (C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punt 44), volgens hetwelk het communautaire aanbestedingsrecht op de betrokkene „als marktdeelnemer" van toepassing was. Diezelfde benadering lijkt ook te zijn gevolgd in artikel 3, lid 19, van decreto legislativo nr. 163/2006, waarin het heet dat de dienstverlener een ondernemer is die „de verlening van diensten op de markt aanbiedt".

20 In de tweede plaats merkt de verwijzende rechter op dat dienaangaande in de Italiaanse rechtspraak verschillende standpunten worden ingenomen. Bepaalde rechterlijke instanties zijn van oordeel dat aan openbare aanbestedingen kan worden deelgenomen door natuurlijke of rechtspersonen die een onderneming drijven, alsook door openbare lichamen die de levering van het soort diensten waarop de aanbesteding betrekking heeft, als institutionele doelstelling hebben. Vanuit dat oogpunt kunnen universiteiten niet tot de voornoemde categorieën van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke ondernemers behoren, omdat hun institutionele doelstelling bestaat in het aanbieden van onderwijs en het verrichten van onderzoek. Volgens een andere benadering kunnen openbare universiteiten en combinaties van deze universiteiten deelnemen aan openbare aanbestedingen voor diensten, mits de betrokken dienstverlening verenigbaar is met hun institutionele doelstellingen en statutaire voorschriften.

21 De Consiglio di Stato verwijst in de derde plaats naar het standpunt van de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen), die onderscheid maakt tussen ondernemers en personen, zoals niet-economische openbare lichamen, universiteiten en universitaire vakgroepen, die niet in eerstbedoelde categorie vallen, omdat zij andere doelstellingen hebben dan het uitoefenen van een economische activiteit, die door de productie van rijkdom wordt gekenmerkt. Die lichamen mogen dus niet deelnemen aan openbare aanbestedingen, behalve indien zij daarvoor vennootschappen oprichten, waartoe zij op grond van de bij de nationale wetgeving verleende universitaire autonomie gerechtigd zijn. Dat standpunt zou worden bevestigd door artikel 34 van decreto legislativo nr. 163/2006, dat een limitatieve opsomming bevat van de personen die kunnen deelnemen aan aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten.

22 Tot staving van zijn bezwaren verwijst de Consiglio di Stato in de laatste plaats naar de rechtspraak van het Hof volgens welke de communautaire bepalingen inzake aanbestedingen moeten worden uitgelegd aan de hand van een functioneel criterium waardoor ontwijkingen van het fundamentele beginsel van daadwerkelijke mededinging kunnen worden vermeden (arrest van 13 december 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, Jurispr. blz. I-11173). Wat meer in het bijzonder de openbare aanbestedingen voor diensten betreft, heeft het Hof volgens de Consiglio di Stato gewezen op het hoofddoel van de gemeenschapsregels op dat gebied, te weten het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste en zo ruim mogelijke mededinging in alle lidstaten (arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punten 44 en 47).

23 In het licht van die rechtspraak merkt de Consiglio di Stato op dat de toelating van universiteiten, onderzoeksinstituten en hun combinaties tot openbare aanbestedingsprocedures in twee opzichten het beginsel van mededinging kan schenden. Enerzijds bestaat immers het gevaar dat daardoor bepaalde soorten overheidsopdrachten aan de vrije markt worden onttrokken doordat de toegang tot deze opdrachten voor een groot aantal gewone ondernemingen feitelijk moeilijker zou worden. Anderzijds geniet de gekozen opdrachtnemer een onrechtmatig voordeel door de gegarandeerde economische zekerheid in de vorm van een constante en voorzienbare overheidsfinanciering, die andere ondernemers niet hebben. De Consiglio di Stato merkt evenwel op dat een restrictieve uitlegging van het begrip „ondernemer", die gepaard zou gaan met een stabiele positie van de ondernemer „op de markt" en die bijgevolg universiteiten, onderzoeksinstituten en hun combinaties zou beletten deel te nemen aan openbare aanbestedingen, zeer schadelijk zou zijn voor de samenwerking tussen openbare en particuliere lichamen en tussen onderzoeks- en ondernemingsactiviteiten, en uiteindelijk de vrije mededinging zou inperken.

24 Gelet op een en ander, heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moeten de bepalingen van richtlijn 2004/18[…] aldus worden uitgelegd dat zij verbieden dat een consortium (‚consorzio'), dat enkel bestaat uit Italiaanse universiteiten en overheidsinstanties, […], deelneemt aan een aanbesteding van diensten als het verzamelen van geofysische gegevens en het nemen van monsters op zee?

2) Zijn de bepalingen van Italiaans recht in artikel 3, leden 22 en 19, en in artikel 34 van […] decreto legislativo nr. 163/2006, volgens welke ‚[d]e term „ondernemer" zowel de termen „aannemer", „leverancier" als „dienstverlener", alsook een combinatie of consortium van hen [dekt]' en ‚[d]e termen „aannemer", „leverancier" of „dienstverlener" elke natuurlijke of rechtspersoon of elk lichaam zonder rechtspersoonlijkheid, daaronder begrepen een Europees economisch samenwerkingsverband (EESV) […], [omvatten] die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden, de levering van producten of de verlening van diensten op de markt aanbiedt', in strijd met richtlijn 2004/18[…], indien zij aldus worden uitgelegd dat zij de deelname beperken tot professionele aanbieders van deze activiteit, onder uitsluiting van lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, bijvoorbeeld onderzoek?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

25 Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof de Consiglio di Stato, wanneer hij een advies uitbrengt in het kader van een buitengewoon beroep zoals dat van het hoofdgeding, een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG is (arrest van 16 oktober 1997, Garofalo e.a., C-69/96–C-79/96, Jurispr. blz. I-5603, punt 27).

Eerste vraag

26 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een combinatie die uitsluitend uit universiteiten en overheidsinstanties bestaat, deelneemt aan een openbare aanbesteding van diensten.

27 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat het bij de door de nationale rechter bedoelde bepalingen van richtlijn 2004/18 met name gaat om artikel 1, lid 2, sub a, en lid 8, eerste en tweede alinea, van deze richtlijn, omdat daarin wordt verwezen naar het begrip „ondernemer". Volgens het verzoek streeft de betrokken combinatie bovendien hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst na, is zij niet georganiseerd als een onderneming en is zij niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig.

28 Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden, dient om te beginnen erop te worden gewezen dat de bepalingen van richtlijn 2004/18 enerzijds het begrip „ondernemer" niet definiëren en anderzijds geen onderscheid maken tussen de inschrijvers naar gelang zij al dan niet hoofdzakelijk winst nastreven, en evenmin met zoveel woorden voorzien in de uitsluiting van lichamen als die waarover het in het hoofdgeding gaat. Die bepalingen, bezien tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof, bevatten evenwel voldoende elementen om een nuttig antwoord te geven aan de verwijzende rechter.

29 Zo vermeldt punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/18 de mogelijkheid voor een „publiekrechtelijke instelling" om deel te nemen als inschrijver op een overheidsopdracht.

30 Evenzo verleent artikel 1, lid 8, eerste en tweede alinea, van die richtlijn de hoedanigheid van „ondernemer" niet alleen aan elke natuurlijke of rechtspersoon die diensten op de markt aanbiedt, maar ook — uitdrukkelijk — aan elk openbaar lichaam dat of elke combinatie van deze lichamen die diensten op de markt aanbiedt. Het begrip „openbaar lichaam" kan tevens lichamen omvatten die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn.

31 Bovendien verbiedt artikel 4 van die richtlijn, met als opschrift „Ondernemers", in lid 1 de lidstaten om vast te stellen dat gegadigden of inschrijvers die overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, gerechtigd zijn de verrichting waarop de aankondiging van opdracht betrekking heeft uit te voeren, worden afgewezen louter

op grond van het feit dat zij krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin de opdracht wordt gegund, hetzij een natuurlijke persoon, hetzij een rechtspersoon zouden moeten zijn. Ook in die bepaling wordt geen onderscheid gemaakt tussen de gegadigden of inschrijvers op basis van hun publiek- dan wel privaatrechtelijke statuut.

32 Wat de door de verwijzende rechter ter sprake gebrachte kwestie betreft, dat de mededinging zou kunnen worden verstoord ingevolge de deelname aan een openbare aanbesteding door lichamen, zoals de verzoeker in het hoofdgeding, die zich ingevolge de hun toegekende openbare middelen in een bevoorrechte positie bevinden ten opzichte van particuliere ondernemers, zij erop gewezen dat punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/18 voorziet in de verplichting voor de lidstaten om erop toe te zien dat de deelname van een publiekrechtelijke instelling aan een openbare aanbesteding geen dergelijke verstoring tot gevolg heeft. Die verplichting geldt ook voor lichamen zoals voornoemde verzoeker.

33 In dat verband zij tevens herinnerd aan de krachtens artikel 55, lid 3, van richtlijn 2004/18 op een aanbestedende dienst rustende verplichtingen en aan de mogelijkheden waarover hij op grond van die bepaling beschikt in geval van abnormaal lage inschrijvingen als gevolg van het feit dat een inschrijver overheidssteun heeft gekregen. Het Hof heeft overigens erkend dat de aanbestedende dienst in bepaalde bijzondere omstandigheden verplicht is, of althans de mogelijkheid heeft, rekening te houden met het feit dat subsidie en in het bijzonder niet met het Verdrag verenigbare steun is toegekend, om in voorkomend geval de inschrijvers die deze ontvangen, uit te sluiten (zie in die zin arrest van 7 december 2000, ARGE, C-94/99, Jurispr. blz. I-11037, punt 29).

34 De mogelijkheid dat een ondernemer zich als gevolg van overheidsfinanciering of staatssteun in een bevoorrechte positie bevindt, kan evenwel niet rechtvaardigen dat lichamen zoals de verzoeker in het hoofdgeding a priori en zonder enig nader onderzoek worden uitgesloten van deelname aan een overheidsopdracht.

35 Uit bovenstaande overwegingen volgt dat de gemeenschapswetgever het begrip „ondernemer die diensten op de markt aanbiedt" niet heeft willen beperken tot enkel die markdeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd, en evenmin bepaalde voorwaarden heeft willen opleggen die de toegang tot aanbestedingsprocedures kunnen beperken op grond van de rechtsvorm en de interne organisatie van de marktdeelnemers.

36 Deze uitleg wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof.

37 Zo heeft het Hof geoordeeld dat een van de doelstellingen van de communautaire bepalingen inzake aanbestedingen de openstelling is voor een zo ruim mogelijke mededinging (zie met name in die zin arrest Bayerischer Rundfunk e.a., reeds aangehaald, punt 39), en dat het in het belang van het gemeenschapsrecht is om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een aanbesteding te waarborgen (arrest van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, Jurispr. blz. I-4219, punt 26). Hieraan moet worden toegevoegd dat deze openstelling voor een zo ruim mogelijke mededinging niet enkel vanuit het oogpunt van het belang van de Gemeenschap bij het vrije verkeer van goederen en diensten wordt nagestreefd, maar ook in het eigen belang van de betrokken aanbestedende dienst, die aldus met betrekking tot de voordeligste en meest aan de behoeften van het betreffende publiek aangepaste aanbieding over een ruimere keuze beschikt (zie in die zin, betreffende abnormaal lage inschrijvingen, arrest van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, Jurispr. blz. I-3565, punt 29).

38 In die geest van de openstelling van de overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke concurrentie heeft het Hof tevens geoordeeld dat de op dat gebied geldende gemeenschapsvoorschriften van toepassing zijn wanneer het lichaam waarmee een aanbestedende dienst een overeenkomst onder bezwarende titel wenst te sluiten zelf een aanbestedende dienst is (zie in die zin arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 is een aanbestedende dienst een instantie die een functie van algemeen belang vervult die niet van industriële of commerciële aard is. Een dergelijke instantie oefent niet hoofdzakelijk een winstgevende activiteit op de markt uit.

39 Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat de communautaire voorschriften zich verzetten tegen elke nationale wettelijke regeling die gegadigden of inschrijvers die krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, gerechtigd zijn de betrokken dienst te verlenen, uitsluit van de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening waarvan de waarde de toepassingsdrempel van de richtlijnen overschrijdt, louter op grond dat die gegadigden of inschrijvers niet de rechtsvorm hebben die met een bepaalde categorie van rechtspersonen overeenkomt (zie in die zin arrest van 18 december 2007, Frigerio Luigi & C., C-357/06, Jurispr. blz. I-12311, punt 22).

40 Bovendien zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof, enerzijds, het beginsel van gelijke behandeling niet wordt geschonden door het loutere feit dat de aanbestedende diensten tot een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten lichamen toelaten die subsidie ontvangen, waardoor zij aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen, en, anderzijds, de communautaire wetgever, indien hij de aanbestedende diensten had willen verplichten deze inschrijvers uit te sluiten, dat uitdrukkelijk zou hebben verklaard (arrest ARGE, reeds aangehaald, punten 25 en 26).

41 Ten slotte heeft het Hof tevens geoordeeld dat de communautaire voorschriften niet vereisten dat de persoon die een overeenkomst met een aanbestedende dienst sluit, in staat is de overeengekomen prestatie in eigen beheer met zijn eigen middelen te verrichten om als aannemer, en dus als ondernemer, te kunnen worden aangemerkt; hij behoeft enkel in staat te zijn de betrokken prestatie te laten uitvoeren door de daartoe vereiste garanties te bieden (zie in die zin arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 90).

42 Zowel uit de communautaire voorschriften als uit de rechtspraak van het Hof blijkt dus dat iedere persoon of instantie mag inschrijven of zich als gegadigde opgeven, wanneer deze zich, gelet op de in de aankondiging van 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 de vraag of hij op systematische basis dan wel slechts occasioneel actief is op de markt, en of hij met overheidsgeld wordt gesubsidieerd. Zoals de Tsjechische regering terecht opmerkt, wordt in een latere fase van de aanbestedingsprocedure aan de hand van de

criteria van de artikelen 44 tot en met 52 van richtlijn 2004/18 beoordeeld of die instantie werkelijk in staat is te voldoen aan de in aankondiging van opdracht vastgestelde voorwaarden.

43 Daaraan dient te worden toegevoegd dat een restrictieve uitlegging van het begrip „ondernemer" tot gevolg zou hebben dat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten en lichamen die bij hun handelen niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet zouden worden beschouwd als „overheidsopdrachten", dat zij onderhands zouden kunnen worden gesloten en dat zij buiten het bereik van de communautaire voorschriften inzake gelijke behandeling en transparantie zouden blijven, wat indruist tegen de doelstelling van die regels.

44 Zoals de verwijzende rechter benadrukt, zou een dergelijke uitlegging bovendien schadelijk zijn voor de samenwerking tussen openbare en particuliere lichamen alsook tussen onderzoeks- en ondernemingsactiviteiten, en de vrije mededinging inperken.

45 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de bepalingen van richtlijn 2004/18, en met name die van artikel 1, lid 2, sub a, en lid 8, eerste en tweede alinea, ervan, waarin naar het begrip „ondernemer" wordt verwezen, aldus moeten worden uitgelegd dat op grond daarvan aan een openbare aanbesteding van diensten kan worden deelgenomen door lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en evenmin op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten alsook combinaties bestaande uit universiteiten en overheidsinstanties.

Tweede vraag

46 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/18, en met name artikel 1, lid 2, sub a, en lid 8, eerste en tweede alinea, ervan in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling tot omzetting van deze richtlijn in nationaal recht, wanneer die regeling aldus wordt uitgelegd dat zij de deelname aan procedures voor het

plaatsen van overheidsopdrachten beperkt tot dienstverleners die systematisch en beroepsmatig diensten aanbieden op de markt, met uitsluiting van lichamen, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven.

47 In dat verband moet worden opgemerkt dat de lidstaten blijkens de bewoordingen van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2004/18 de mogelijkheid hebben om bepaalde categorieën ondernemers al dan niet te machtigen tot het uitvoeren van bepaalde verrichtingen.

48 Bijgevolg kunnen de lidstaten, zoals de Commissie terecht opmerkt, de activiteiten reglementeren van lichamen, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten, die geen winst nastreven en als voornaamste doel hebben het verstrekken van onderwijs en het verrichten van onderzoek. Zij kunnen met name dergelijke lichamen het recht verlenen om op de markt actief te worden indien de betrokken activiteit verenigbaar is met hun institutionele en statutaire doelstellingen, en hun bedoeld recht weigeren wanneer zulks niet het geval is.

49 Wanneer en voor zover dergelijke lichamen gerechtigd zijn om bepaalde diensten op de markt aan te bieden, kan de nationale regeling tot omzetting van richtlijn 2004/18 in nationaal recht hun evenwel niet verbieden om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die betrekking hebben op het verrichten van diezelfde diensten. Een dergelijk verbod zou immers niet verenigbaar zijn met de bepalingen van richtlijn 2004/18, zoals deze in het kader van het onderzoek van de eerste prejudiciële vraag zijn uitgelegd.

50 In een dergelijk geval moet de verwijzende rechter zijn nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van richtlijn 2004/18 uitleggen, teneinde de daarmee beoogde resultaten te bereiken, waarbij hij de voorkeur geeft aan een uitlegging van de nationale voorschriften die zoveel mogelijk in overeenstemming is met dat doel, om aldus te komen tot een uitlegging die verenigbaar is met de bepalingen

van die richtlijn, en zonodig elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten (zie arrest van 22 december 2008, Magoora, C-414/07, Jurispr. blz. I-10921, punt 44).

51 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord 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.

Kosten

52 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **De bepalingen van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, en met name die van artikel 1, lid 2, sub a, en lid 8, eerste en tweede alinea, ervan, waarin naar het begrip „ondernemer" wordt verwezen, moeten aldus worden uitgelegd dat op grond daarvan aan een openbare aanbesteding van diensten kan worden deelgenomen door lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en evenmin op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn, zoals**

universiteiten en onderzoeksinstituten alsook combinaties bestaande uit universiteiten en overheidsinstanties.

2) Richtlijn 2004/18 moet aldus 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.

ondertekeningen