ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

18 december 2014*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor diensten — Richtlijn 92/50/EEG — Artikelen 1, sub c, en 37 — Richtlijn 2004/18/EG — Artikelen 1, lid 8, eerste alinea, en 55 — Begrippen ‚dienstverlener' en ‚ondernemer' — Openbaar universitair ziekenhuis — Bedrijf met rechtspersoonlijkheid en autonomie op het gebied van de bedrijfsvoering en de organisatie — Activiteit waarmee niet hoofdzakelijk winst wordt nagestreefd — Institutioneel doel bestaande in het aanbieden van gezondheidsdiensten — Mogelijkheid om soortgelijke diensten op de markt aan te bieden — Toelating tot deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht"

In zaak C-568/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissing van 28 juni 2013, ingekomen bij het Hof op 6 november 2013, in de procedure

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze

tegen

Data Medical Service Srl,

in tegenwoordigheid van:

Regione Lombardia,

Bio-Development Srl,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (rapporteur) en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: V. Tourrès, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 oktober 2014,

* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

— Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, vertegenwoordigd door P. Stolzi, avvocato,

— Data Medical Service Srl, vertegenwoordigd door T. Ugoccioni, avvocato,

— Bio-Development Srl, vertegenwoordigd door E. D'Amico en T. Ugoccioni, avvocati,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 1, sub c, en 37 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) en van de artikelen 1, lid 8, eerste alinea, en 55 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 Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (universitair ziekenhuis van Careggi; hierna: „Azienda") en Data Medical Service Srl (hierna: „Data Medical Service"), over de rechtmatigheid van de uitsluiting van deelname van eerstbedoelde entiteit aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor diensten.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 bepaalde:

„[...] onder *‚dienstverleners'* [wordt] verstaan: natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden. [...]"

4 Artikel 37 van die richtlijn luidde:

„Indien voor een bepaalde opdracht aanbiedingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze aanbiedingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de betrokken aanbieding en onderzoekt hij de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen.

De aanbestedende dienst kan toelichtingen in aanmerking nemen die verband houden met de opzet van de dienstverlening, de gekozen technische oplossingen, de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor het verrichten van de dienst of de originaliteit van het door de inschrijver voorgestelde ontwerp.

Indien in het bestek en de andere stukken is bepaald dat de opdracht aan de laagste inschrijver wordt gegund, is de aanbestedende dienst verplicht de Commissie mee te delen welke te laag beoordeelde aanbiedingen zijn afgewezen."

5 Punt 1 van de considerans van richtlijn 2004/18 vermeldt dat in deze richtlijn ter wille van de duidelijkheid wordt overgegaan tot omwerking in één tekst van de vroegere richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten voor diensten, leveringen en werken, en dat de richtlijn is gebaseerd op de rechtspraak van het Hof.

6 Punt 4 van de considerans van die richtlijn 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."

7 Artikel 1, lid 8, eerste en tweede alinea, van die richtlijn bepaalt:

„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."

8 Artikel 55 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Abnormaal lage inschrijvingen", is in de volgende bewoordingen gesteld:

„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."

Italiaans recht

9 Uit artikel 3 van decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria (wetsbesluit nr. 502 betreffende de hervorming op gezondheidsgebied) van 30 december 1992 (gewoon supplement bij GURI nr. 305 van 30 december 1992), zoals uitgelegd door de Corte costituzionale (Italiaans grondwettelijk hof), blijkt dat gezondheidsinstellingen op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen zijn „die hun in hoofdzaak technische taken verrichten onder de rechtsvorm van openbare instellingen met autonomie op het gebied van de bedrijfsvoering, op basis van de algemene aanwijzingen in de regionale gezondheidsplannen en de toepassingsinstructies die hun door de Giunte regionali [regionale raden] worden gegeven".

10 Artikel 3, lid 1 bis, van dat wetsbesluit bepaalt:

„Met het oog op het nastreven van hun institutionele doelstellingen nemen de lokale gezondheidscentra de vorm aan van instellingen met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid en autonomie op het gebied van de bedrijfsvoering; hun organisatie en werking worden geregeld door een privaatrechtelijke atto aziendale [document waarin de verantwoordelijkheden ter zake van het beheer van de instelling worden omschreven, met name op het financiële vlak], met inachtneming van de in regionale voorschriften vastgestelde beginselen en criteria. De atto aziendale legt de operationele structuren met beheers- en technisch-professionele autonomie vast, die uitgebreid rekening en verantwoording dienen af te leggen."

11 Richtlijn 92/50 is in Italiaans recht omgezet bij wetsbesluit nr. 157 van 17 maart 1995 (gewoon supplement bij GURI nr. 104 van 6 mei 1995).

12 Artikel 2, lid 1, van dat besluit bepaalt:

„Als aanbestedende diensten worden beschouwd: de bestuurslichamen van de Staat, de regio's, de autonome provincies Trento en Bolzano, de territoriale openbare lichamen, de andere openbare lichamen zonder winstoogmerk, de publiekrechtelijke instellingen ongeacht de benaming ervan."

13 Artikel 5, lid 2, sub h, van voormeld decreet bepaalt dat het decreet niet van toepassing is op „overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een openbaar lichaam dat zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 2, op basis van een alleenrecht dat het uit hoofde van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, mits deze maatregelen verenigbaar zijn met het Verdrag".

14 Richtlijn 2004/18 is in Italiaans recht omgezet bij wetsbesluit nr. 163/2006 van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), waarbij de voorschriften op het gebied van overheidsopdrachten zijn gecodificeerd.

15 Artikel 19, lid 2, van dat besluit luidt:

„De onderhavige wet is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst of openbare instelling worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genieten, mits deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag."

16 Artikel 34, lid 1, van voormeld besluit wijst de entiteiten aan die mogen deelnemen aan procedures voor de gunning van overheidsopdrachten, en is in de volgende bewoordingen gesteld:

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

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

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

c) consortia, inter alia opgericht als joint-venture-ondernemingen in de zin van artikel 2615 ter van het burgerlijk wetboek, tussen individuele aannemers, waaronder 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 bedoelde entiteiten [...];

e) gewone consortia van concurrenten bedoeld in artikel 2602 van het burgerlijk wetboek, gevormd tussen de sub a, b en c van dit lid bedoelde entiteiten, met inbegrip van die welke de vorm hebben van een vennootschap in de zin van artikel 2615 ter van het burgerlijk wetboek [...];

e bis) samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen die partij zijn bij een netwerkovereenkomst in de zin van artikel 3, lid 4 ter, van besluitwet nr. 5 van 10 februari 2009 [...];

f) entiteiten die een Europees economisch samenwerkingsverband (EESV) in de zin van wetsbesluit nr. 240 van 23 juli 1991 zijn aangegaan [...];

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

17 Punt f bis is in artikel 34, lid 1, van wetsbesluit nr. 163/2006 ingevoegd door de vaststelling van wetsbesluit nr. 152 van 11 september 2008 (gewoon supplement bij GURI nr. 231 van 2 oktober 2008), naar aanleiding van een niet-nakomingsprocedure die tegen de Italiaanse Republiek was ingeleid door de Commissie, die erop had gewezen dat de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten niet toestaan de mogelijkheid om deel te nemen aan aanbestedingen te beperken tot bepaalde categorieën ondernemingen.

18 De artikelen 86 tot en met 88 van wetsbesluit nr. 163/2006 voorzien in mechanismen om na te gaan of een aanbieding abnormaal is, op basis waarvan de aanbestedende dienst kan beslissen om een inschrijver uit te sluiten van de procedure voor de gunning van de betrokken opdracht.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

19 Middels een op 5 oktober 2005 bekendgemaakte aankondiging heeft de Regione Lombardia een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de gunning, op basis van het criterium van de economisch voordeligste offerte, van een opdracht voor het gedurende drie jaar verlenen van een dienst bestaande in het verwerken van gegevens voor de externe beoordeling van de kwaliteit van geneesmiddelen. De Azienda, die in Toscane is gevestigd en daar haar activiteiten uitoefent, heeft deelgenomen aan die aanbesteding en werd als eerste gerangschikt, vooral gelet op de prijs waartegen zij haar diensten aanbood, die 59 % lager was dan die van de inschrijver die als tweede werd gerangschikt, Data Medical Service. Nadat was nagegaan of de aanbieding abnormaal was, is de opdracht bij besluit van de Regione Lombardia van 26 mei 2006 gegund aan de Azienda.

20 Data Medical Service is bij het Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (bestuursrechtbank van de regio Lombardije) opgekomen tegen het besluit waarbij de opdracht is gegund, waarbij zij aanvoerde dat de gekozen inschrijver had moeten worden uitgesloten omdat volgens de toepasselijke wetgeving een openbare instelling niet mag deelnemen aan een aanbesteding, en in elk geval omdat haar prijsaanbieding abnormaal laag was, gelet op de omvang van het prijsverschil.

21 Bij vonnis van 24 november 2006 heeft het Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia het eerste middel aanvaard. Op basis van een gezamenlijke lezing van artikel 5, lid 2, sub h, van wetsbesluit nr. 157/1995 en van de artikelen 19 en 34 van wetsbesluit nr. 163/2006, was deze rechterlijke instantie van oordeel dat zelfs indien die twee laatste bepalingen ratione temporis niet van toepassing waren op het onderhavige geval, het openbare instellingen zoals de Azienda formeel verboden is deel te nemen aan gunningsprocedures voor overheidsopdrachten, en deze instellingen een opdracht slechts onder bepaalde voorwaarden bij wege van rechtstreekse plaatsing kunnen verkrijgen. De Azienda, in haar hoedanigheid van openbaar lichaam met als enige doel het beheer van het openbare ziekenhuis van Florence, zou immers niet kunnen handelen in omstandigheden van vrije mededinging met particulieren.

22 De Azienda heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (raad van state), de hoogste bestuursrechtelijke instantie in Italië.

23 Die rechterlijke instantie merkt om te beginnen op dat niettegenstaande het feit dat de betrokken opdracht inmiddels volledig is uitgevoerd, de Azienda nog steeds een belang heeft bij de vaststelling dat zij gerechtigd is deel te nemen aan openbare aanbestedingen.

24 De Consiglio di Stato merkt vervolgens op dat in casu ten eerste de vraag rijst naar de juiste afbakening van het begrip „ondernemer” in de zin van het Unierecht, en naar de mogelijkheid dat ook openbare universitaire ziekenhuizen daaronder kunnen vallen. Wat de aard betreft van die instellingen in het kader van het proces van „aziendalizzazione”, dit is de overgang naar een op bedrijfsmatige leest geschoeid model, wijst de Consiglio di Stato erop dat dit proces heeft geleid tot de omvorming van de bestaande „lokale gezondheidscentra” – aanvankelijk op gemeentelijk niveau werkzame bestuurslichamen – tot ondernemingen met rechtspersoonlijkheid en autonomie op het gebied van de bedrijfsvoering, dit is autonomie op het gebied van organisatie, vermogen, boekhouding en beheer, wat een deel van de nationale rechtsleer en rechtspraak ertoe heeft gebracht de openbare gezondheidsinstellingen, daaronder begrepen de ziekenhuizen, aan te merken als „op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen”. Het openbare karakter van die instellingen staat echter buiten kijf. Met hun activiteit wordt niet hoofdzakelijk winst nagestreefd en zij beschikken over bestuurlijke bevoegdheden in strikte zin, met name op het gebied van toezicht en het opleggen van sancties.

25 De Consiglio di Stato twijfelt of in die omstandigheden nog steeds mag worden gesteld, zoals het Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia dit doet, dat het dergelijke instellingen – in hun hoedanigheid van op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen – in het Italiaanse recht categoriek verboden is om als „gewone concurrent” deel te nemen aan aanbestedingen. In dat verband verwijst de Consiglio di Stato naar de rechtspraak van het Hof, met name naar de arresten ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) en Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817), waaruit zou blijken dat elk lichaam dat zich in staat acht om een overheidsopdracht uit te voeren, gerechtigd is deel te nemen, ongeacht zijn privaat- dan wel publiekrechtelijke statuut.

26 Die rechtspraak wordt gevolgd door een groot gedeelte van de Italiaanse rechterlijke instanties, die bovendien erop hebben gewezen dat de lijst in artikel 34 van wetsbesluit nr. 163/2006 niet als uitputtend kan worden beschouwd. Volgens de Consiglio di Stato staat die communautaire en nationale rechtspraak eraan in de weg dat artikel 5, lid 2, sub b, van wetsbesluit nr. 157/1995 en

artikel 34 van wetsbesluit nr. 163/2006 aldus worden uitgelegd dat zij a priori uitsluiten dat een ziekenhuisinstelling deelneemt aan een openbare aanbesteding. Een dergelijk principieel verbod heeft volgens de Consiglio di Stato geen bestaansreden meer.

27 Dat betekent evenwel niet dat het dergelijke ondernemingen onvoorwaardelijk is toegestaan deel te nemen aan procedures voor de gunning van overheidsopdrachten. Volgens de Consiglio di Stato zijn in voormelde rechtspraak in dat verband twee beperkingen gesteld, te weten dat, ten eerste, de werkzaamheid waarop de betrokken aanbesteding betrekking heeft moet bijdragen tot de verwezenlijking van de institutionele doelstellingen van het betrokken openbare lichaam, en dat, ten tweede, die activiteit niet door een specifiek nationaal voorschrift wordt verboden, in het bijzonder wegens het eventueel mededingingsverstorende effect ervan.

28 Wat de eerste beperking betreft, is de Consiglio di Stato van oordeel dat openbare ziekenhuizen, en zeker universitaire ziekenhuizen, ook belangrijke onderwijs- en onderzoekstaken hebben, dit zijn institutionele doelstellingen met betrekking waartoe kan worden gesteld dat zij betrekking hebben op de dienst waarover het gaat in de aanbesteding in de voor hem dienende zaak, namelijk de verwerking van gegevens. Wat de tweede beperking betreft, is de Consiglio di Stato van oordeel dat de mogelijkheid voor een door de overheid gefinancierd lichaam om vrij deel te nemen aan openbare aanbestedingen het probleem doet ontstaan van de gelijke behandeling van ongelijke concurrenten, namelijk enerzijds degenen die alleen op de markt kunnen handelen en anderzijds degenen die ook kunnen rekenen op overheidsfinanciering en om die reden in staat zijn aanbiedingen in te dienen die geen enkele privaatrechtelijke persoon ooit had kunnen indienen. Bijgevolg moeten er volgens de Consiglio di Stato correctiemechanismen worden gezocht om de aanvankelijke ongelijkheid tussen de verschillende marktdeelnemers weg te werken, welke mechanismen verder moeten gaan dan de procedures voor de verificatie van het eventueel abnormale karakter van de aanbiedingen.

29 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) Staat artikel 1 van richtlijn [92/50], mede gelezen tegen de achtergrond van het latere artikel 1, lid 8, van richtlijn [2004/18], in de weg aan een interne regeling die aldus werd uitgelegd dat [de Azienda], als ziekenhuisinstelling die naar de aard ervan een op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam is, van deelneming aan de aanbestedingen wordt uitgesloten?

2) 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 [de Azienda], [die] 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 corrigerende maatregelen om een dergelijke distorsie van de mededinging te voorkomen?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

30 Deze vraag vloeit voort uit de door de verwijzende rechter geuite twijfels of de toepasselijke Italiaanse regeling, in die zin uitgelegd dat zij voorziet in een algemeen verbod voor alle openbare instellingen, en dus ook voor de openbare universitaire ziekenhuizen zoals de Azienda, om deel te nemen aan gunningsprocedures voor overheidsopdrachten, kan worden geacht in overeenstemming te zijn met de relevante rechtspraak van het Hof op het gebied van overheidsopdrachten.

31 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een openbaar ziekenhuis, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, wordt uitgesloten van deelname aan gunningsprocedures voor overheidsopdrachten wegens zijn hoedanigheid van op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam.

32 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat ofschoon in de vraag van de verwijzende rechter zowel wordt verwezen naar artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 als naar artikel 1, lid 8, eerste alinea, van richtlijn 2004/18, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht ratione temporis wordt beheerst door richtlijn 92/50. Uit punt 19 van het onderhavige arrest blijkt immers dat de Regione Lombardia de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure heeft uitgeschreven middels een op 5 oktober 2005 bekendgemaakte aankondiging. Ingevolge de artikelen 80 en 82 van richtlijn 2004/18, heeft deze richtlijn richtlijn 92/50 pas ingetrokken per 31 januari 2006. De procedure voor het plaatsen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht wordt dus geregeld door de voorschriften die golden op de datum van bekendmaking van het aanbestedingsbericht.

33 Vervolgens dient te worden opgemerkt dat de mogelijkheid voor openbare lichamen om, naast particuliere ondernemers, deel te nemen aan aanbestedingen, reeds duidelijk blijkt uit de bewoordingen van artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50, dat bepaalt dat onder „dienstverleners" alle natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden, worden verstaan. Bovendien heeft het Hof een dergelijke deelnamemogelijkheid erkend in het arrest Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punt 51), en dit bevestigd in de latere arresten ARGE (EU:C:2000:677, punt 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, punt 38) en Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (EU:C:2012:817, punt 26).

34 Het Hof heeft in dat verband ook benadrukt dat een van de doelstellingen van de Unierechtelijke bepalingen inzake aanbestedingen de openstelling is voor een zo ruim mogelijke mededinging (zie in die zin arrest Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, EU:C:2007:786, punt 39), welke openstelling ook in het eigen belang van de betrokken aanbestedende dienst is, die aldus met betrekking tot de voordeligste en meest aan de behoeften van het betreffende publiek aangepaste aanbieding over een ruimere keuze beschikt. Een restrictieve uitlegging van het begrip „ondernemer" zou tot gevolg hebben dat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten en lichamen die bij hun handelen niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet zouden worden beschouwd als „overheidsopdrachten", en dus onderhands zouden kunnen worden gesloten, waardoor zij buiten het bereik van de Unierechtelijke voorschriften inzake gelijke behandeling en transparantie zouden blijven, wat indruist tegen de doelstelling van die regels (zie in die zin arrest CoNISMa, EU:C:2009:807, punten 37 en 43).

35 Het Hof kwam bijgevolg tot de conclusie dat zowel uit de voorschriften van de Unie als uit de rechtspraak blijkt dat iedere persoon of instantie mag inschrijven of zich als gegadigde mag opgeven, wanneer deze zich, gelet op de in de aankondiging van opdracht vermelde voorwaarden, in staat acht om de betrokken opdracht 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 (zie in die zin arrest CoNISMa, EU:C:2009:807, punt 42).

36 Bovendien hebben de lidstaten blijkens de bewoordingen van artikel 26, lid 2, van richtlijn 92/50 inderdaad de mogelijkheid om bepaalde categorieën ondernemers al dan niet te machtigen tot het uitvoeren van bepaalde verrichtingen. Zij kunnen 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. Met name kunnen zij 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 dat recht weigeren wanneer zulks niet het geval is. Wanneer en voor zover dergelijke lichamen gerechtigd zijn om bepaalde diensten tegen vergoeding op de markt aan te bieden, ook al is dit slechts occasioneel, kunnen de lidstaten 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 artikel 1, sub a en c, van richtlijn 92/50 (zie, wat de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 2004/18 betreft, arresten CoNISMa, EU:C:2009:807, punten 47-49, en Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., EU:C:2012:817, punt 27).

37 Zoals de vertegenwoordiger van de Italiaanse regering ter terechtzitting voor het Hof heeft verklaard, is het de openbare universitaire ziekenhuizen zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, als „op bedrijfsmatige leest geschoeide openbare lichamen", zoals zij in de betrokken lidstaat worden aangemerkt, toegestaan om tegen vergoeding op de markt actief te zijn in sectoren die verenigbaar zijn met hun institutionele en statutaire opdracht. In het hoofdgeding lijken de diensten waarop de overheidsopdracht in kwestie betrekking heeft bovendien niet onverenigbaar te zijn met de institutionele en statutaire doelstellingen van de Azienda. In die omstandigheden, die door de verwijzende rechter moeten worden nagegaan, kan de Azienda, ingevolge de in punt 36 van het onderhavige arrest bedoelde rechtspraak van het Hof, niet worden verhinderd deel te nemen aan die opdracht.

38 Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een openbaar ziekenhuis, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, wordt uitgesloten van deelname aan gunningsprocedures voor overheidsopdrachten wegens zijn hoedanigheid van op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam, indien en voor zover het die instelling overeenkomstig haar institutionele en statutaire doelstellingen is toegestaan op de markt actief te zijn.

Tweede vraag

39 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 92/50, en in het bijzonder de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid waarop deze richtlijn berust, aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die een openbaar ziekenhuis, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, toestaat deel te nemen aan een aanbesteding en een aanbieding in te dienen waar geen enkele concurrent tegen op kan bieden als gevolg van de overheidsfinanciering die het ontvangt, zonder dat is voorzien in correctiemaatregelen om eventuele daaruit voortvloeiende verstoringen van de mededinging te voorkomen.

40 In het kader van de motivering van die vraag betwijfelt de Consiglio di Stato of de in artikel 37 van richtlijn 92/50 bedoelde verificatieprocedure voor abnormaal lage inschrijvingen kan worden beschouwd als een toereikend middel om dergelijke verstoringen van de mededinging te voorkomen.

41 In dat verband en ook al acht de verwijzende rechter het wenselijk correctiemechanismen te zoeken die de aanvankelijke ongelijkheid tussen de verschillende marktdeelnemers moeten wegwerken en verder moeten gaan dan de procedures voor de verificatie van het eventueel abnormale karakter van de aanbiedingen, moet worden vastgesteld dat de Uniewetgever, hoewel hij zich bewust was van de verschillende aard van de concurrenten die deelnemen aan een overheidsopdracht, niet heeft voorzien in andere mechanismen dan de verificatie en eventuele afwijzing van abnormaal lage aanbiedingen.

42 Bovendien zij eraan herinnerd dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en transparantie in hun handelen moeten betrachten.

43 Op grond van de bepalingen van richtlijn 92/50 en de rechtspraak van het Hof kan een inschrijver echter niet a priori en zonder verder onderzoek worden uitgesloten van deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht om de enkele reden dat hij als gevolg van de door hem

ontvangen overheidssubsidies, in staat is aanbiedingen te doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van inschrijvers die geen subsidie ontvangen (zie in die zin arresten ARGE, EU:C:2000:677, punten 25-27, en CoNISMa, EU:C:2009:807, punten 34 en 40).

44 In bepaalde bijzondere omstandigheden is de aanbestedende dienst evenwel verplicht, of heeft hij althans de mogelijkheid, 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 arresten ARGE, EU:C:2000:677, punt 29, en CoNISMa, EU:C:2009:807, punt 33).

45 In dat verband kan, zoals de Commissie ter terechtzitting voor het Hof heeft opgemerkt, de omstandigheid dat de betrokken openbare instelling beschikt over een gescheiden boekhouding voor haar activiteiten op de markt en voor haar andere activiteiten, het mogelijk maken na te gaan of een aanbieding abnormaal laag is als gevolg van een element van staatssteun. Uit het feit dat er geen gescheiden boekhouding voorhanden is, mag een aanbestedende dienst echter niet afleiden dat een dergelijke aanbieding mogelijk is gemaakt door de ontvangst van een subsidie of van met het Verdrag onverenigbare staatssteun.

46 Er zij nog op gewezen dat uit de bewoordingen van artikel 37, leden 1 en 3, van richtlijn 92/50 blijkt dat een abnormaal lage aanbieding niet alleen kan worden afgewezen wanneer het feit dat in de aanbieding een lage prijs wordt voorgesteld, wordt verklaard door de ontvangst van staatssteun die onrechtmatig of onverenigbaar met de interne markt is. Dit is immers meer algemeen mogelijk.

47 Enerzijds volgt uit de bewoordingen van die bepaling dat de aanbestedende dienst bij het onderzoek of een aanbieding abnormaal laag is, verplicht is om gegadigde te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat zijn inschrijving serieus is (zie in die zin arrest SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 28).

48 Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt bijgevolg een vereiste van richtlijn 92/50 om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen (zie in die zin arrest SAG ELV Slovensko e.a., EU:C:2012:191, punt 29).

49 Anderzijds moet worden opgemerkt dat artikel 37 van richtlijn 92/50 het begrip „abnormaal lage aanbieding” niet definieert. Het staat dus aan de lidstaten en met name aan de aanbestedende diensten om de berekeningswijze te bepalen van een drempel die resulteert in een „abnormaal lage aanbieding” als bedoeld in dat artikel (zie in die zin arrest Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, EU:C:2001:640, punt 67).

50 Daarbij zij aangetekend dat de Uniewetgever in die bepaling heeft gepreciseerd dat „in verhouding tot de te verrichten dienst” moet worden beoordeeld of een aanbieding abnormaal laag is. Teneinde een gezonde mededinging te waarborgen kan de aanbestedende dienst in het kader van zijn onderzoek of een aanbieding abnormaal laag is, dus niet alleen rekening houden met de in artikel 37, lid 2, van richtlijn 92/50 bedoelde omstandigheden, maar ook met alle elementen die relevant zijn voor de betrokken dienst (zie in die zin arrest SAG ELV Slovensko e.a., EU:C:2012:191, punten 29 en 30).

51 Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de bepalingen van richtlijn 92/50, en in het bijzonder de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid waarop deze richtlijn berust, aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die een openbaar ziekenhuis, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, dat deelneemt aan een aanbesteding, toestaat een aanbieding in te dienen waar geen enkele concurrent tegen op kan bieden als gevolg van de overheidsfinanciering die het ontvangt. Wanneer de

aanbestedende dienst op grond van artikel 37 van die richtlijn onderzoekt of een aanbieding abnormaal laag is, kan hij evenwel, met het oog op de mogelijkheid om de aanbieding af te wijzen, rekening houden met het feit dat een dergelijke instelling overheidsfinanciering heeft ontvangen.

Kosten

52 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) **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 staat in de weg aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een openbaar ziekenhuis, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, wordt uitgesloten van deelname aan gunningsprocedures voor overheidsopdrachten wegens zijn hoedanigheid van op bedrijfsmatige leest geschoeid openbaar lichaam, indien en voor zover het die instelling overeenkomstig haar institutionele en statutaire doelstellingen is toegestaan op de markt actief te zijn.**

2) **De bepalingen van richtlijn 92/50, en in het bijzonder de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid waarop deze richtlijn berust, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die een openbaar ziekenhuis, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde instelling, dat deelneemt aan een aanbesteding, toestaat een aanbieding in te dienen waar geen enkele concurrent tegen op kan bieden als gevolg van de overheidsfinanciering die het ontvangt. Wanneer de aanbestedende dienst op grond van artikel 37 van die richtlijn onderzoekt of een aanbieding abnormaal laag is, kan hij evenwel, met het oog op de mogelijkheid om de aanbieding af te wijzen, rekening houden met het feit dat een dergelijke instelling overheidsfinanciering heeft ontvangen.**

ondertekeningen