

DE INVLOED VAN HET EUROPEES RECHT OP HET NEDERLANDSE AANBESTEDINGSRECHT

1. Inleiding

1.1. Inleiding op het thema

Het spreekt niet vanzelf dat in een bundel over de invloed van het Europees recht op het nationale privaatrecht een heel hoofdstuk wordt besteed aan het aanbestedingsrecht. In de meerderheid van de lidstaten van de Europese Unie is de regulering van de markt voor overheidsopdrachten immers onder het administratieve recht gebracht. Ofschoon ook in Nederland regelmatig wordt gepleit voor een dergelijk systeem, heeft de wetgever niet willen breken met de traditie dat de wijze van verstrekking van overheidsopdrachten niet anders wordt geregeld dan de totstandkoming van overeenkomsten tussen particulieren.²

De doorwerking van het Europees recht in het Nederlandse aanbestedingsrecht is tamelijk moeizaam verlopen. Het tekortschietende of in ieder geval zich traag ontwikkelende besef van de gevolgen van Europese regelgeving voor de nationale rechtspraak is inmiddels een cliché geworden, en behoeft in beginsel ook niet veel verwondering te wekken. Over het algemeen is dit ontbrekende besef mede ingegeven door het aanzienlijke verschil tussen *nieuwe* Europese en *bestaande* nationale rechtsregels en gewoontes. Dat verschil kan in dit verband evenwel in mindere

1 Mr. R.G.T. Bleeker is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam; prof. mr. E.R. Manunza is hoogleraar Europees en Internationaal aanbestedingsrecht, REBO faculteit, Universiteit Utrecht en (co-)directeur *Public Procurement Research Centre*, www.pprc.eu.

2 De begrippen publiekrecht en privaatrecht stammen uit het Romeins recht (zie met name Ulpianus, D 1,1,1,2 in de fraaie uitgave van het Corpus Iuris Civilis die sinds 1993 verschijnt, sinds 2006 bij de KNAW te Amsterdam). De toenmalige begrippen *ius publicum* en *ius privatum* verschillen in diverse opzichten wezenlijk van de betekenis die tegenwoordig aan deze begrippen wordt gegeven. Een algemeen *opinio doctorum* over het huidige onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht bestaat niet op Europees niveau. In het Europees recht geldt dat de afgrenzing tussen publiek- en privaatrecht een kwestie van de lidstaten is. Wat in de ene lidstaat als een overheidstaak wordt gezien, behoeft dat in de andere niet te zijn.

mate als verontschuldiging gelden, want het Nederlandse aanbestedingsrecht heeft als bron van verbintenissen nauwelijks een eigen geschiedenis en is bijna geheel ontwikkeld als gevolg van de invoering op Europees niveau van liberalisering- en harmonisatiemaatregelen. Voordien bestonden wel nationale regelingen, maar daaraan konden gegadigden vrijwel geen rechten ontleen. Om deze reden bleef bijvoorbeeld tot eind jaren tachtig het aantal beroepsprocedures in aanbestedingszaken gering. Ondanks het feit dat het Europees aanbestedingsrecht in Nederland dus niet een bestaand rechtsgebied is binnengedrongen, maar juist een nieuw rechtsgebied heeft gecreëerd, is het besef van de volledige werking van dit onderdeel van het Europees recht na ruim veertig jaar bemoeienis van de Europese wetgever en rechter nog steeds inadequaat.

Dat (zoals hierna zal blijken) in de praktijk nog tamelijk elementaire Europeesrechtelijke misvattingen bestaan, is bovendien te wijten aan het feit dat dit rechtsgebied nog steeds vanuit een 'nationaalrechtelijk' perspectief wordt benaderd, en aan het feit dat voldoende kennis van de algemene leerstukken van het Europees recht nog steeds ontbreekt. Op het terrein van het aanbestedingsrecht in Nederland is dat vanwege de steeds verdergaande Europeanisering temeer van belang. Om de op dit rechtsgebied van toepassing zijnde regelgeving en jurisprudentie op nationaal niveau goed te kunnen interpreteren en toe te passen, dient men ook over kennis te beschikken van de algemene leerstukken van het Europees recht, naast kennis van de materieelrechtelijke aspecten van het aanbestedingsrecht. Zo wordt onvoldoende onderkend dat de relevante aanbestedingsrichtlijnen minimumharmonisatie betreffen, maar op onderdelen volledige en optionele harmoniseringsnormen bevatten (zie hierna paragraaf 5.3). Een belangrijk kenmerk van de Nederlandse aanbestedingspraktijk is ook dat men zich te veel op de materiële aspecten van dit *specifieke* (secundaire) Unierecht concentreert.

Een tweede probleem is *de complexiteit* van het rechtsgebied. Enerzijds beslaat het aanbestedingsrecht namelijk diverse rechtsgebieden; zo zijn in Nederland naast het civiel recht ook het administratief en strafrecht én het mededingingsrecht relevant.³ Dat is overigens ook de reden dat dit rechtsgebied interessant blijft. Anderzijds is sprake van zogenoemd *gestapeld recht*, ofwel recht afkomstig uit een reeks lagen van verschillende rechtsorden, zoals het internationaal recht (bijvoorbeeld de *Agreement on*

3 Zie over de wisselwerking met het administratief en strafrecht hierna de paragraaf 5.3 over de problematiek van de uitsluiting van gegadigden.

Government Procurement),⁴ het Europees recht (Verdragen en afgeleide algemene beginselen, richtlijnen, mededelingen, Groenboeken en vele andere soft-law instrumenten alsmede de jurisprudentie van de Europese rechter),⁵ en het nationale recht. Naast interpretatieproblemen geeft dit gestapeld recht op internationaal en Europees niveau in de praktijk ook problemen ten aanzien van de vraag naar de voorrang van deze rechtsbronnen ten opzichte van elkaar en de vraag of zij directe werking (kunnen) hebben en zo ja, onder welke omstandigheden.

De complexiteit wordt versterkt doordat *de omvang* van het aanbestedingsrecht aan een continue sterke dynamiek onderhevig is. Begin jaren zeventig omvatte dit rechtsgebied alleen leveringen en werken; in de jaren tachtig ook diensten en begin jaren negentig de nutssectoren; vervolgens concessies voor diensten en opdrachten onder de drempelwaarden van de richtlijnen en sinds 2009 ook defensieopdrachten. Daarnaast vallen steeds meer entiteiten en types overeenkomsten onder het aanbestedingsrecht door hantering van een functionele uitleg van het begrip overheid.

Ten slotte wordt het rechtsgebied gecompliceerd door de omstandigheid dat de mogelijkheid (veelal noodzaak) om duidelijke aanwijzingen van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) te verkrijgen op prejudiciële vragen over moeilijke gevallen wordt belemmerd door de Nederlandse wijze van rechtsbescherming. In Nederland worden aanbestedingsgeschillen in de meeste gevallen voorgelegd aan de rechter in kort geding; als men snel recht moet spreken is er geen tijd om het HvJ EU in de nationale procedure te betrekken.⁶ Dat nog afgezien van de trage 'Europese reflex' van Nederlandse rechters, die volgens Arjan Meij,

4 WTO- Agreement on Government Procurement, *PbEG* 3 september 1996, C256/1, gewijzigd bij Protocol van 30 maart 2012.

5 Zie voor vermelding en vindplaats van deze documenten en beschrijving van een aantal daarvan, paragraaf 4 hierna.

6 Aan deze problematiek wijden wij paragraaf 6. Tot 2004 werd overigens een groot deel van de aanbestedingsgeschillen beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw, dat hoogstwaarschijnlijk geen gerecht is in de zin van art. 2 lid 8 van Richtlijn 89/665/EG en om die reden geen prejudiciële vragen kon stellen. Zie daarover R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, 'De nationale rechter en een aantal problemen bij de handhaving van het Europees aanbestedingsrecht', in: *Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen*. W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.V. Weijnen (red.), Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2001, p. 155-181. In de Eerste Kamer is eerder gepleit voor een eenvoudige oplossing van dat defect door aanwijzing bij Amvb (Voorlopig verslag 6 december 2006, EK 30.501, p. 3), inmiddels bevat de Aanbestedingswet ter zake een voorziening (zie hierna paragraaf 6).

voormalig rechter bij het Gerecht van de EU een 'CILFIT-attitude' zouden moeten ontwikkelen.⁷

Bovenstaande omstandigheden leiden er toe dat het de overheid als aanbestede en wetgever vaak onduidelijk is aan welke regels van Europees recht zij gebonden is.⁸

1.2. *Afbakening van het onderwerp*

In dit hoofdstuk komen de belangrijkste Europese en nationale rechtsbronnen van het aanbestedingsrecht als volgt aan de orde. Na een behandeling van de ontwikkeling van aanbestedingsrechtelijke normen die voortvloeien uit het primair Unierecht (paragraaf 2), bespreken wij in het kort hoe het Europees recht invulling geeft aan het begrip 'overheid' (paragraaf 3). De invulling van dit begrip is namelijk noodzakelijk om de vraag te kunnen beantwoorden welke 'overheid' gehouden is de Europese aanbestedingsregels in acht te nemen. Daarna volgt een overzicht van het secundair en tertiair Unierecht, waarbij wij onder tertiair Unierecht verstaan de talrijke soorten soft-law beleidsdocumenten van de Europese instellingen, waarin deze ofwel interpretaties van primair en secundair Unierecht en van rechtspraak van de Europese rechter geven, ofwel het toekomstige Europese beleid op dit terrein bekendmaken (paragraaf 4). In paragraaf 5 komen de Nederlandse regelingen aan de orde, van wetgeving tot reglementen. Paragraaf 6 behandelt de mogelijkheden voor publiek-publieke samenwerking; paragraaf 7 de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen, waarna enkele afsluitende opmerkingen volgen.

Het is onmogelijk om in dit hoofdstuk een overzicht te bieden van de volledige stand van het materiële aanbestedingsrecht. Daarvoor zij verwezen naar het uitstekende handboek op dit gebied.⁹ Wel komen in iedere paragraaf enkele onderdelen van dit materiële recht aan de orde, ter illustratie van de problemen die optreden bij de doorwerking van het Europees recht in de nationale rechtsorde. Buiten beschouwing blijft tot slot een behandeling van toepasselijke internationale regelgeving zoals de WTO overeenkomst.

7 In de Cilfit-rechtspraak heeft het HvJ EU begin jaren tachtig de eisen geformuleerd waaraan voldaan moet zijn, wil een nationale rechter *zonder* prejudiciële verwijzing een Europeesrechtelijk probleem mogen oplossen.

8 Afgezien van onbekendheid speelt ook gebrekkige ambitie een rol, en zelfs opzettelijke ontduiking, blijktens onder meer het Eindrapport van de Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid TK 2002-2003, 28 244, nrs. 5-6.

9 E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht: Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, vierde druk, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2009.

2. De ruime werking van het aanbestedingsrecht

2.1. *Primair Unierecht: Verdrag(en), beginselen en Europese jurisprudentie*

Aan de liberalisering van de markt voor overheidsopdrachten, die circa 2155 miljard euro groot is, is bij de totstandbrenging van één interne (Europese) markt een belangrijke rol toebedacht.¹⁰ De vier vrijheden uit het (thans) Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, ofwel Werkingsverdrag EU (VWEU)¹¹ – in het bijzonder van het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en het recht op vrije vestiging – zijn daarom in 1971 aangescherpt door middel van de Europese richtlijnen overheidsopdrachten, die in 2004 zijn gereviseerd.¹² Deze richtlijnen bestrijken lang niet alle denkbare vormen van overheidsopdrachten; ze zijn (op niet altijd even goede gronden) beperkt in hun werkingssfeer. Het aanbestedingsrecht in ruime zin als aspect van het interne markt-beleid omvat – zoals in paragraaf 1.1 reeds opgemerkt – namelijk veel meer: opdrachten onder de Europese drempelbedragen; bepaalde vormen van concessies; publiek-private samenwerking in de vorm van uitgifte van aandelen; de verkoop van gronden en andere eigendommen van de overheid, etc.¹³ Diverse lidstaten, waaronder Nederland, lijken zo in beslag genomen door de toepassing en omzetting in het nationale recht van de Europese richtlijnen,

10 Mario Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte interne markt*; ten dienste van de Europese economie en samenleving, 9 mei 2010.

11 Door de wijzigingen aangebracht door het op 13 december 2007 ondertekend *Verdrag van Lissabon*, is het Verdrag van Rome thans *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*, ofwel *EU-Werkingsverdrag (2008/C11/47, VWEU)* gaan heten. Zie de geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de Europese Unie (2008) C115/13 en de geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2008)C115/47. De geconsolideerde versies van deze documenten vormen thans de wettelijke basis voor de Europese Unie.

12 Zie hierna uitvoeriger paragraaf 4.2.

13 Te onderscheiden van het aanbestedingsrecht *stricto sensu*; onder dit laatste verstaan wij dat gedeelte van het aanbestedingsrecht dat uitsluitend onder de werkingssfeer van de Europese richtlijnen overheidsopdrachten valt. Voor een behandeling van het aanbestedingsrecht in ruime zin verwijzen wij naar het inleidende hoofdstuk in: E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', p. 49-123 in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2010; zie verder ook de in april 2001 verschenen dissertatie (VU Amsterdam) van Elisabetta Manunza: *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit. Een beschouwing over de vraag of privatiseringsoperaties en de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit een belemmering vormen voor de voltooiing van de Europese markt voor overheidsopdrachten*, reeks Europese Monografieën, deel 68, Kluwer, Deventer, in het bijzonder Deel I.

dat zij uit het oog hebben verloren dat ook deze andere vormen van overheidsbestedingen (aankopen én verkopen) nog altijd aan de algemene regels van de interne markt zijn onderworpen.¹⁴

Deze preoccupatie moet de verklaring zijn voor het feit dat het voor de meeste overheden als een verrassing is gekomen dat het Hof van Justitie van de EU ook verstrekking van overheidsopdrachten die niet onder de werkingssfeer van de richtlijnen vallen, aan het Verdrag toetst, zoals is gebleken in de zaken die wij hierna zullen behandelen. Dat in beginsel op alle overheidsopdrachten rechtsbeginselen van Europese origine van toepassing zijn bleek in de Nederlandse rechtspraak onvoldoende bekend.¹⁵ Het gaat daarbij om uit het verdragsrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit afgeleide beginselen van gelijke behandeling,¹⁶ transparantie,¹⁷ wederzijdse erkenning¹⁸ en proportionaliteit.¹⁹

14 Zie voor een behandeling van het regime waaraan 'verkopen van de overheid' zijn onderworpen hoofdstuk 3 van E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', 2010 eerder aangehaald; zie ook E.R. Manunza, 'De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigingen' in *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, H.J. de Ru, J.A.F. Peter (Red.), Monografieën Overheid en markt, nr. 1, Sdu Uitgevers 2002, p. 109-135; E.R. Manunza, 'Lidstaten niet vrij in privatiseringsbeleid, Voert de EG een neutraal of juist een liberaliseringsbeleid ten aanzien van privatiseringen?', *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 8, nr. 4, augustus 2001, p. 4-8.

15 Zie voor een bespreking van deze beginselen Elisabetta Manunza, o.c. 2001 (*supra* noot 13), p. 140-148.

16 Zie de arresten van het HvJ EG van resp.: 8 oktober 1980, zaak 810/79, *Überschär*, *Jurispr.* 1980, p. 02747; 13 juli 1993, zaak C-330/91, *Commerzbank*, *Jurispr.* 1993, I-4017; 3 februari 1982, gevoegde zaken 62 en 63/81, *Seco en Desquenne*, *Jurispr.* 1982, 00223; 26 februari 1992, zaak C-357/89, *Raulin*, *Jurispr.* 1992, I-1027; 7 juli 1992, zaak C-295/90, *Parlement/Raad*, *Jurispr.* 1992, I-4193; 22 juni 1993, zaak C-243/89, *Storebaelt*, *Jurispr.* 1993, I-3353; 25 april 1996, zaak C-87/94, *Waalse bussen*, *Jurispr.* 1994, I-1395; zie ook: GEA 17 december 1998, zaak T-203/96, *Embassy Limousines & Services*, *Jurispr.* 1998, II-04239; 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, zaak C-458/03, *Jurispr.* 2005 I-08585.

17 HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, *Jurispr.* 1999, p. I-8291, ro. 31; HvJ EG 7 december 2000, *Telaustria*, zaak C-324/98, *Jurispr.* 2000, I-10745; HvJ EG 21 juli 2005, *Coname*, zaak C-231/03, *Jurispr.* 2005, I-7287.

18 Dit beginsel is neergelegd in de jurisprudentie op het gebied van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, met name in de arresten *Vlassopoulou* (van 7 mei 1991, zaak C-340/89, *Jurispr.* 1991, p. I-2357), *Dennemeyer* (van 25 juli 1991, zaak C-76/90, *Jurispr.* 1991, p. I-4221) en *Webb* (zaak 279/80, arrest van 17 december 1981, *Jurispr.* 1981, 3305).

19 HvJ EG 11 juli 1989, zaak 265/87, *Schröder*, *Jurispr.* 1989, 2237, r.o. 21; 27 oktober 1993, zaak 127/92, *Enderby/Frenchay Health Services*, *Jurispr.* 1993, I-5535, r.o. 27; 19 juni 1980, gevoegde zaken 41/79, 121/79 en 796/79, *Testa e.a.*, *Jurispr.* 1980, 1979, r.o. 21. Zie ook: GEA 8 juli 1999, T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV*, *Jurispr.* 1999, p. II-02329, r.o. 108.

De werking van dit Europees *primair* recht roept wel enkele moeilijke vragen op, in het bijzonder voor een lidstaat als Nederland. Enerzijds is het de vraag of deze Verdragsbeginselen ook kunnen gelden in uitsluitend *interne situaties* in een Lidstaat. Anderzijds is het de vraag – die in het bijzonder opkomt als voorgaande vraag bevestigend wordt beantwoord – of het Europees recht een lidstaat die nagelaten heeft op deze terreinen regelgeving vast te stellen, hem daartoe kan verplichten en zo ja, op grond waarvan. Deze kwesties zijn onderwerp geweest van het op 14 november 2005 bij de Raad van State gehouden symposium ‘De EU: de interstatelijkheid voorbij?’.²⁰ Het EU-Werkingsverdrag stelt namelijk als vereiste voor de toepassing van het primaire Unierecht dat er sprake is van een grensoverschrijdend aspect.²¹ In het jaar waarop dit symposium werd georganiseerd waren er belangrijke aanwijzingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie te vinden dat die eis niet meer streng werd toegepast.²² Op bedoeld symposium kwam als algemene conclusie naar voren dat het Hof van Justitie sinds jaren op de meeste terreinen, van het vrij verkeer van goederen tot aan het vrij verkeer van personen, het interstatelijkheids criterium soepeler is gaan toepassen en vaak zelfs helemaal achterwege laat, met als gevolg dat het primaire EU-recht ook in zuivere nationale situaties toepassing vindt.

Voor de hier bedoelde aanbestedingszaken is de ontwikkeling echter veel minder verrassend. Deze beslissingen passen namelijk in de klassieke potentiële belemmeringen-(indirecte discriminatie-)benadering die het Hof al sinds het *Dassonville*-arrest²³ uit 1974 hanteert en waarbij in gevallen als deze het interstatelijkheids criterium snel vervuld wordt geacht.

Ter illustratie van deze belangrijke jurisprudentiële ontwikkeling analyseren wij in de volgende paragraaf enkele zaken op het gebied van het aanbestedingsrecht. Deze vijf zaken (over zuiver interne situaties) zijn door particulieren aangespannen tegen de overheid omdat de opdrachten

20 De bevindingen hiervan zijn verschenen in het boek *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red), Wolf Legal Publishers 2006. Met bijdragen van: L.J. Brinkhorst, B.J. Drijber, L.A. Geelhoed, B. Hessel, H. Hijmans, E.R. Manunza, K.J.M. Mortelmans, L.Y.M. Parret, E.H. Pijnacker Hordijk, L.A.J. Senden, J.A. Winter.

21 Volgens het verbod van discriminatie naar nationaliteit zoals neergelegd in art. 18 VWEU en nader uitgewerkt in de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen (art. 28 VWEU), van werknemers (art. 45 VWEU), van diensten (art. 56 en 57 VWEU) en in de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU).

22 Zie voor een beschrijving van deze jurisprudentie het in noot 20 genoemde boek *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*.

23 HvJ EG *Dassonville*, zaak 8/74, *Jurispr.* 1974, 837.

zonder een vooraf in het openbaar bekendgemaakte aanbestedingsprocedure, dus zonder concurrentie, waren gegund. Een gemeenschappelijke noemer tussen de zaken is voorts dat de opdrachten in het geding niet onder het aanbestedingsrecht *stricto sensu* vallen.²⁴ Alle vijf zaken betroffen namelijk verschillende vormen van concessies, dat wil zeggen opdrachten op basis van een exploitatierecht.²⁵ Die figuur is destijds uit de concept-teksten van de richtlijnen overheidsopdrachten verwijderd omdat ze te pluriform werd geacht voor een gemeenschappelijke regeling. Inmiddels heeft de Europese Commissie op 20 december 2011 in het kader van de modernisering van het juridisch aanbestedingskader een voorstel ingediend voor een richtlijn inzake concessies.²⁶

Het gaat om twee zaken uit 1999, de zaak *RI.SAN. Srl/Comune di Ischia* (hierna: *RI.SAN*) en *Unitron Scandinavia*,²⁷ de zaak *Telaustria* uit 2000, en twee zaken uit 2005, de zaken *Coname* en *Parking Brixen*.²⁸ Met name uit de analyse van de feiten in de Italiaanse zaken *RI.SAN*, *Coname* en *Parking Brixen* blijkt evenwel dat het patroon van dergelijke opdrachten zodanig wezenlijke overeenkomsten vertoont met de klassieke overheidsopdracht dat analoge toepassing zich opdringt.

Voor een goed begrip van de drie Italiaanse casusposities is van belang te weten dat de Italiaanse Wet nr. 142/1990²⁹ houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden zes (limitatief opgesomde) mogelijkheden voor vormen van publiek-publiek en publiek-private samenwerking biedt. Een daarvan is de exploitatie van de dienst in concessie aan derden te verlenen, wanneer daarvoor technische en economische redenen bestaan of dit maatschappelijk wenselijk is (artikel 22, lid

24 Zie *supra* noot 13.

25 Zie voor een omschrijving van de communautairrechtelijke strekking van dat begrip het *Groenboek van de Europese Commissie over Publiek-Private samenwerking en het Unierecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, van 30 april 2004, COM(2004) 327 def.

26 COM(897) def, 20.12.2011, 2011/0438 (COD). De tekst die inmiddels door de Raad aan het Europees Parlement heeft voorgelegd is op 12 juli 2013 aangenomen: 2011/0437 (COM). Het Europees Parlement heeft inmiddels op 14 januari 2014 deze voorstellen voor drie nieuwe richtlijnen aangenomen; de uiteindelijk aangenomen tekst is op het moment van dit schrijven nog niet openbaar.

27 HvJ EG 9 september 1999, *RI.SAN. Srl/Comune di Ischia, Italia Lavoro S.p.a.*, C-108/98, *Jurispr.* 1999, I-5219 en HvJ EG 18 november 1999, *Unitron Scandinavia A/S*, C-275/98, *Jurispr.* 1999, I-8291.

28 Zie voor de vindplaatsen van de laatste drie zaken, de noten 16 en 17 *supra*.

29 Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden, zoals gewijzigd bij Wet van 25 maart 1993, nr. 81 en bij Wet van 15 mei 1997, nr. 127 (*ordinamento delle autonomie locali*). Gepubliceerd in G.U.R.I. van 12 juni 1990.

3, sub c). Een andere mogelijkheid is deze openbare dienst ter uitoefening van een taak van algemeen belang te laten beheren door een aandelenvennootschap, die de constituerende overheden zelf oprichten en waarin zij een meerderheidsparticipatie behouden, wanneer deelneming door andere openbare of particuliere personen wenselijk lijkt wegens de aard van de dienst, zoals in *RI.SAN* (artikel 22, lid 3, sub e).³⁰ In deze situatie richt de overheid samen met een onderneming in het kader van een publiek-private samenwerking een aandelenvennootschap op (mede) voor de uitoefening van een taak van algemeen belang. Bedoelde drie Italiaanse zaken betroffen een van de situaties zoals voorzien in artikel 22 lid 3. In Nederland maakt de wetgever overigens, ondanks het feit dat lokale overheden telkens weer in onzekerheid komen te verkeren over de juridische mogelijkheden van PPS en daarvoor kostbare adviezen moeten inwinnen, nog steeds geen aanstalten om dit steeds belangrijker instrument van beleid wettelijk te regelen.³¹

2.2. *Werking Europese rechtsbeginselen in zuiver interne situaties van de lidstaten*

De zaak *RI.SAN* uit 1999 betrof een concessie voor de inzameling van stedelijk afval, waarin het Hof oordeelde:

“Uit de stukken blijkt echter, dat de vennootschap *RI.SAN.*, die de wettigheid van de door de gemeente verrichte keuze betwist, in Italië is gevestigd en niet met een beroep op de vrijheid van vestiging of het vrij verrichten van diensten op de Italiaanse markt werkzaam is. Een dergelijke situatie heeft dus geen *enkel aanknopingspunt* met de door het Gemeenschapsrecht geregelde situaties op het gebied van het vrije verkeer van personen en diensten.” (r.o. 21-23; cursivering auteurs).

30 Naast deze twee genoemde vormen van beheer van de plaatselijke openbare diensten (diensten van algemeen belang), worden er in artikel 22 Wet nr. 142/1990 drie andere vormen geregeld: a) eigen beheer, wanneer wegens de geringe omvang of de kenmerken van de dienst de oprichting van een instelling of een onderneming niet wenselijk is; b) beheer door speciale ondernemingen, ook voor andere diensten van economisch en commercieel belang; d) beheer door instellingen, voor sociale diensten zonder commercieel belang. Verder kunnen gemeenten en provincies op grond van artikel 25 van dezelfde wet, ook kiezen om de plaatselijke diensten van openbaar belang te laten beheren via een consortium.

31 Ook niet in de Aanbestedingswet 2012, waarin voor de eerste keer een omvattende wettelijke regeling is voorzien. Zie hierover paragraaf 5.5 hierna. Zie over PPS en aanbestedingsrecht Elisabetta Manunza, *Publieke-Private samenwerking en aanbestedingsrecht*, Europa Instituut working paper 02/12, p.1-11: http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_EUROPA/Manunza%20WP%20PPS%20en%20aanbestedingsrecht%2002-12.pdf.

Dat is de klassieke benadering, conform de conclusie van advocaat-generaal Alber.

In *Unitron Scandinavia*, ook uit 1999, ging het om een opdracht voor de levering van oormerken voor varkens van Danske Slagterier³², een Deense concessiehouder, aan twee Deense bedrijven, een soort concessie-overeenkomst die als zodanig niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn Leveringen viel.³³

Het Hof oordeelde:

“het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit mag evenwel niet eng worden uitgelegd. Het verplicht onder meer tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd.” (r.o. 29-32)³⁴

Het tegenovergestelde resultaat dus, maar zonder motivering van deze wending.³⁵

De zaak *Telaustria* uit 2000 betreft de opdracht van de voormalige Oostenrijkse PTT voor de levering van telefoonboeken, via een niet-Europese aanbesteding. Ook hier waren alle betrokken partijen Oostenrijks. *Telaustria* eiste een aanbesteding volgens de Richtlijn Nutssectoren. Het ging om een concessie waarop de Richtlijn niet van toepassing is, maar dan zegt het Hof:

“Ook al zijn dergelijke overeenkomsten bij de huidige stand van het Unierecht van de werkingssfeer van de betreffende richtlijn uitgesloten, dienen de aanbestedende

32 Een goede Europeaan heeft geen vertaling nodig van deze naam, hardop uitspreken volstaat ook hier.

33 De – inmiddels ingetrokken – Richtlijn Werken 93/37/EEG bevatte een bepaling die de lidstaten verplicht de nodige maatregelen te nemen opdat concessiehouders van openbare werken die zelf geen aanbestedende diensten zijn, een aantal bepalingen van de richtlijn in acht nemen wanneer zij opdrachten voor openbare werken boven de drempel bij een derde plaatsten. De regeling is overgenomen in de huidige 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, *PbEG* 2004, L 134/114.

34 Het Hof overwoog wel in de laatste alinea van r.o. 32 dat ‘de aanbestedende dienst onder dergelijke omstandigheden van de betrokken concessiehouder evenwel niet hoeft te verlangen, dat hij bij de plaatsing van die overheidsopdrachten voor leveringen de in de Richtlijn 93/36 geregelde aanbestedingsprocedures in acht neemt’.

35 Zie voor een meer uitvoerige bespreking van deze zaken E.R. Manunza, ‘Alle aanbestedingen zijn interstatelijk’, in: E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red.), *o.c.* 2006, p. 71-91 (zie *supra* noot 20).

diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht te nemen' hetgeen 'met name een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen of het wordt nageleefd" (r.o. 60-61).

Het Hof specificeerde daarbij dat deze verplichting tot transparantie inhoudt dat

"aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst" (r.o. 62).

Over de eis van interstatelijkheid geen woord, noch door de AG, noch door het Hof. Maar door de werking van het transparantiebeginsel als uitvloeisel van het non-discriminatiebeginsel te erkennen in een situatie waarin de Europese richtlijnen niet van toepassing zijn (anders dan in *Unitron Scandinavia*), en vooral de inhoud van dat beginsel, namelijk het garanderen van een passende mate van openbaarheid aan elke *potentiële* inschrijver, wordt het primair Unierecht in aanbestedingszaken stilzwijgend van toepassing verklaard ook in interne situaties.

In 2005 heeft het Hof deze benadering expliciet gemotiveerd in de zaken *Coname* en *Parking Brixen*. In eerstgenoemde zaak verleende de Lombardijse gemeente Cingia de' Botti een onderhandse concessie voor gasdistributie aan Padania Acque SpA, een overheidsbedrijf.³⁶ De ontroonde private concessiehouder Coname verzette zich daartegen. Het Hof overweegt over de artikelen 43 en 49 en het interstatelijkheids criterium:

"(...) aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti in deze concessie geïnteresseerd kan zijn, [levert] de toewijzing, zonder enige transparantie, van deze concessie aan een onderneming in laatstgenoemde lidstaat, [...] een ongelijke behandeling in het nadeel van de onderneming in de andere lidstaat op" (r.o. 17).

"Doordat er geen transparantie heerst, heeft laatstgenoemde onderneming immers geen reële mogelijkheid om haar interesse voor deze concessie te tonen" (r.o. 18).

36 Een besloten vennootschap waarvan het kapitaal in overwegende mate in de handen van de overheid was, en de aandelen in handen van de provincie Cremona en van nagenoeg alle gemeenten die zich in die provincie bevinden. Cingia de' Botti is één van de gemeenten uit de provincie Cremona.

In deze overwegingen vinden wij de rechtvaardiging voor een ruime uitleg van de interstatelijkheidseis: het criterium verliest dus niet zijn geldigheid, maar wordt in de lijn van de potentiële-belemmeringen-(indirecte discriminatie-)rechtspraak van het Hof in gevallen als deze altijd vervuld geacht.

Het Hof herhaalt vervolgens zijn bewoordingen uit het *Telaustria* arrest dat de eisen van transparantie – zonder een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure in te houden – een onderneming in een andere lidstaat dan betrokkene in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse had kunnen tonen (r.o. 21). Als dit achterwege blijft, is er sprake van ongelijke behandeling. En bij afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond vormt een dergelijke ongelijke behandeling – doordat alle in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen worden uitgesloten – een door de artikelen 43 en 49 EG (thans artt. 49 en 56 VWEU) verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.

Het oordeel wordt dus wel interstatelijk gemotiveerd. Het Hof ziet overigens geen redenen voor een dergelijke objectieve rechtvaardiging, zoals bijvoorbeeld

“(…) dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de’ Botti niet geïnteresseerd is in deze concessie, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden.” (r.o. 20; cursivering auteurs).

Het is een duidelijke en goed gemotiveerde uitspraak.³⁷ Dat is helaas anders bij de laatste uitspraak, in de zaak *Parking Brixen* van 13 oktober 2005.

³⁷ Los van de vraag of de erkenning van de opdracht als een concessie wel terecht was. Immers die kwalificatie berust op de premisse van de verwijzende rechter. Het Hof laat de verdere beoordeling van de juistheid daarvan aan de verwijzende rechter over, wat opmerkelijk is, want uit de stukken komt duidelijk naar voren dat de opdracht aan *Padania Acque SpA* op grond van sub e van art. 22, lid 3 van eerdergenoemde de wet nr. 142/1990 is verstrekt, en juist niet op grond van sub c die expliciet in de mogelijkheid voorziet om opdrachten op grond van een concessie te verstrekken. Sub c van art. 22 lid 3 luidt namelijk: ‘(…) de exploitatie van de dienst in concessie aan derden te verlenen, wanneer daarvoor technische en economische redenen bestaan of dit maatschappelijk wenselijk is’.

De Südtiroler gemeente Brixen sloot met *Azienda Servizi Municipalizzati Bressanone SpA*, een speciale onderneming waarvan zij alle aandelen hield, op grond van dezelfde wet als in *RLSAN* en *Coname* – althans de regionale versie daarvan – een overeenkomst voor het beheer van een parkeerterrein. De particuliere onderneming *Parking Brixen* vocht de rechtstreekse gunning aan. De gemeente verweerde zich onder meer met de stelling dat het maatschappelijke kapitaal van *ASM Bressanone SpA* volledig in haar bezit was, zodat er geen sprake van plaatsing van een opdracht bij een derde was, maar van een in-house opdracht.

In deze zaak gaat het Hof veel verder bij de beoordeling van het concept van de interstatelijkheid dan in *Coname*. Het Hof verwijst namelijk naar een algemeen beginsel van gelijke behandeling, dat tot uitdrukking komt in de basisprincipes in het EG-verdrag, de artikelen 43 en 49 (thans artt. 49 en 56 VWEU) en het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit ex artikel 12 (thans art. 18 VWEU) (r.o. 48). Deze benadering kennen we wel uit andere oudere rechtspraak (zoals *Überschär* uit 1980).³⁸ Het Hof draait de logische hiërarchie van de beginselen dus om: het legt aan het gehele Verdrag een algemeen beginsel van gelijke behandeling ten grondslag.

Voorts koppelt het Hof aan dit algemene beginsel het gevolg dat het interstatelijkheidsvereiste niet meer geldt:

“(...) bijgevolg vindt het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers toepassing op openbare dienstenconcessies, ook wanneer van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is” (r.o. 48; cursivering auteurs).

De motivering is op zijn minst apodictisch (en ‘bijgevolg’ is een fraai *non sequitur*).

De motivering van dit verstrekkende oordeel is in termen van logica onbegrijpelijk. Aristoteles, die overigens als eerste het gelijkheidsbeginsel in het recht een centrale plaats gaf, zou deze constructie ongetwijfeld als een ongeldige redenering hebben afgekeurd, want men kan niet uit een bijzonder beginsel een algemeen beginsel afleiden en dan met het algemene beginsel het bijzondere beginsel uitschakelen, althans niet zonder daarvoor een goede reden te geven (*Ethica Nicomachea* V 14, 1137a-32 tot en met 1138a; zie de prachtige vertaling van Christine Pannier en Jean Vertaeghe, Historische Uitgeverij Groningen 1999). Afgezien van al deze motiveringsgebreken is na *Parking Brixen* zonneklaar dat primair

38 HvJ EG 8 oktober 1980, *Überschär*, C-810/79, *Jurispr.* 1980, 2747, r.o. 16.

Unierecht en genoemde beginselen in aanbestedingszaken thans in 'zuiver interne situaties' kunnen worden ingeroepen, als gevolg van twee verschillende factoren.

Enerzijds is beslissend het specifieke kenmerk van het aanbestedingsrecht: overheden die aanbestedingen niet openbaar publiceren, ontnemen ondernemingen de kans om hun goederen en diensten op de interne markt aan te bieden, waardoor zij de interstatelijke handel belemmeren. Dat noemen wij de – aan het aanbestedingsrecht inherente – *pre-interstatelijke* toepassing.³⁹ Anderzijds, ofschoon in bovengenoemde arresten niet gemotiveerd, is in de jurisprudentie van het Hof de tendens waar te nemen om de voorwaarde van grensoverschrijdend verkeer voor de toepassing van het primair Unierecht snel vervuld te achten.⁴⁰

Voor het aanbestedingsrecht heeft dat geleid tot een nadere definiëring door het HvJ EU dat de eis van transparantie geldt in geval van opdrachten met 'een duidelijk grensoverschrijdend belang'.⁴¹ Dat criterium is vervolgens door het Hof in 2008 uitgewerkt met de toelichting dat daarbij van belang zijn de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard van de opdracht en de plaats van uitvoering.⁴² Volgens de Hoge Raad ligt voor concessieovereenkomsten de bewijslast van de stelling dat sprake is van een dergelijk belang bij de eiser, en dient zonder dat bewijs van uitgegaan te worden van het vermoeden dat een dergelijk belang ontbreekt.⁴³ In zijn conclusie voor dat arrest betoogt A-G Keus overigens dat een beroep op schending van het transparantiebeginsel slechts kan worden toegestaan aan belanghebbenden die in een andere Lidstaat zijn gevestigd (sub 2.23), maar het is zeer de vraag of dit standpunt te handhaven is gelet op de hiervoor genoemde voorwaarden die het Hof in 2008 formuleerde maar vooral na het recente arrest in de zaak Belgacom

39 Zie E.R. Manunza: 'Enkele problemen bij de toepassing van het Europees aanbestedingsrecht in de Nederlandse (rechts)praktijk', *SEW*, februari 2004, p. 58-73; en 'Uitbreiding van de aanbestedingsplicht en ander nieuws in het nieuwe aanbestedingsbeleid', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, mei 2005, p. 81-90.

40 Zie hierover de bijdragen van met name Geelhoed, Hijmans, Mortelmans en Senden in: E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red.), *o.c.* 2006 (zie *supra* noot 20).

41 HvJ EG 13 november 2007, zaak *Commissie/Ierland*, C-507/03, *Jurispr.* 2007 I-09777, ('duidelijk belang', hetgeen door de Commissie niet was aangetoond); HvJ EG 21 februari 2008, zaak *Commissie/Italië*, C-412/04, *Jurispr.* 2008 I-00619.

42 HvJ EG 15 mei 2008, *SECAP SpA en Santorso*, gevoegde zaken C-148/06 en C-147/06, *Jurispr.* 2008, I-03565.

43 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Keus die wijst op de hiervoor in noot 42 genoemde uitspraak in de zaak *Commissie/Ierland*.

(C-221/12) van 14 november 2013, nu het Hof overwoog: “Voorts zij gepreciseerd dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Dit geldt in het bijzonder wanneer het geschil, zoals in het hoofdgeding, betrekking heeft op het gebrek aan transparantie dat ten aanzien van de betrokken overeenkomst heerste. In een dergelijk geval hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten”. (r.o. 31).

Het Hof overwoog vervolgens (r.o. 32) dat “zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieverplichting die rust op de instantie die de concessie verleent, bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie”.

2.3. Assimilatie in nationaal recht

2.3.1. Rechtspraak

Nu de introductie van de hiervoor genoemde beginselen in het aanbestedingsrecht in ruime zin, komt de vraag op hoe deze beginselenrechtspraak in de wettelijke kaders van de lidstaten te passen valt.

In Nederland is de aanbesteding van overheidsopdrachten niet via het publiekrecht, maar via het privaatrecht geregeld. Overigens kent ook de Algemene wet bestuursrecht geen formeel gelijkheidsbeginsel, en zelfs geen non-discriminatiebeginsel. In de jurisprudentie speelt het wel een rol.⁴⁴ Ook in het privaatrecht ontbreken bepalingen aangaande dergelijke normen voor overheidshandelen. Toch zijn er aanknopingspunten.

In de zaak *RZG/ComforMed* van 4 april 2003 heeft de Hoge Raad het ‘gelijkheidsbeginsel’ toegepast op een opdracht van RZG (een ziekenfonds in de zin van artikel 43 van de Ziekenfondswet) voor de levering van onderleggers voor incontinentie patiënten, die gelet op het lage bedrag niet onder de werkingssfeer van de toenmalige Richtlijn Leveringen viel.⁴⁵ De Hoge Raad oordeelde namelijk dat: ‘de omstandigheid dat RZG, hoewel de richtlijn haar daartoe niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen

44 Zoals door Van Wijk/Konijnenbelt & Van der Male in *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 15e druk, Den Haag 2011, besproken.

45 HR 4 april 2003, *RZG/ComforMed*, AB 2003, 365 m.nt. Van Ommeren.

overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het oordeel van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist'.⁴⁶

Hier zien we een cruciaal verschil met de hiervoor besproken Europese rechtspraak: deze verplicht overheden tot aanbesteding op grond van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, terwijl de Hoge Raad de plicht voor de aanbesteder RZG om het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen afhankelijk stelt van *de keuze* van RZG voor het houden van de aanbesteding.

De Hoge Raad gaat in een ander opzicht echter aanzienlijk verder dan het Hof, namelijk door het 'gelijkheidsbeginsel' van toepassing te verklaren *zodra* sprake is van een keuze voor aanbesteding. Daardoor committeert niet alleen de overheid, maar in beginsel ook iedere particulier zich aan het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad zorgt in dit opzicht dus voor een veel bredere fundering van dat beginsel in het Nederlandse recht.

Toch dienen enige kanttekeningen te worden geplaatst. Dat de Unierechtsbeginselen zoals het non-discriminatie beginsel en andere daaruit afgeleide beginselen rechtstreekse werking hebben en dat de nationale rechter verplicht is het nationale recht conform deze beginselen te interpreteren, staat al geruime tijd vast. In zoverre is het jammer dat de Hoge Raad niet expliciet of althans door het hanteren van dergelijke beginselen bij deze Europese jurisprudentie heeft aangesloten. De vraag of deze beginselen als zelfstandige beroepsgrond in een interne situatie – zoals in onderhavige zaak – bij de nationale rechter kunnen worden ingeroepen, kon reeds op grond van de arresten van het Hof in de zaken *Telaustria* en *Unitron Scandinavia* positief worden beantwoord; immers deze beslissingen lijken op de nationale rechter ondubbelzinnig een dergelijke ingrijpende plicht te leggen. De Hoge Raad zou dus zelfs gehouden zijn geweest dat uitgangspunt uitdrukkelijk aan zijn oordeel ten grondslag te leggen.⁴⁷

De Hoge Raad erkent hoe dan ook materieel het belang van het communautaire gelijkheidsbeginsel dat hij als het beginsel van *gelijke behandeling van aanbieders* omschrijft. Dat is al een belangrijke verandering.

46 *Idem*, punt. 3.4.4.

47 Zie ook J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, p. 158 e.v.

Naar zijn mening omvat het beginsel het waarborgen van gelijke kansen van de verschillende aanbieders, het verschaffen van gegevens die zij nodig hebben om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke (concurrerende) aanbidding te kunnen doen. In dit opzicht is in de ogen van de Europeesrechtelijke jurist duidelijk dat de Hoge Raad het privaatrechtelijke beginsel van 'redelijkheid en billijkheid' in het licht van het communautaire 'gelijkheidsbeginsel' heeft willen inkleuren en dat hij dit laatste beginsel als verzamelterm hanteert om het Europees beginsel van non-discriminatie naar nationaliteit en de daaruit afgeleide beginselen aan te duiden.

Toch lijkt dit arrest juist door deze alternatieve fundering volgens enkele privaatrechtelijke auteurs problemen te veroorzaken, namelijk door de wijze waarop de Hoge Raad het 'gelijkheidsbeginsel' – een in het civiel recht voornamelijk als zodanig onbekend beginsel – van toepassing verklaart in een civiele procedure.⁴⁸

Lagere rechters hebben inmiddels wel een aanbestedingsplicht willen aannemen voor overheden, maar niet voor particulieren.⁴⁹

De Hoge Raad heeft op 3 mei 2013 de regel geformuleerd dat aanbestedingsrechtelijke beginselen in een private aanbesteding kunnen gelden wanneer die verwachting is gewekt; en dat bij de vaststelling van die verwachting de aanbestedingsvoorwaarden en de overige omstandigheden van het geval van belang zijn, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen.⁵⁰ Volgens de Hoge Raad kunnen partijen in een private verhouding overeenkomen dat die beginselen niet gelden; met de toevoeging dat een dergelijke uitsluiting in bijzondere omstandigheden van het geval in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid.

2.3.2. Vervolg vragen

Verplicht het Europees recht de nalatige nationale overheid tot maatregelen?

De erkenning van de werking van deze beginselen in het aanbestedingsrecht ook in interne situaties leidt natuurlijk tot vervolgvragen.

48 H. Nijholt en W. H. van Boom in hun noten bij het arrest, in resp. *BR* 2003, p. 824-836 en *NTBR* 2003/7, p. 414-415. Vergelijk over het gelijkheidsbeginsel in het privaatrecht A.S. Hartkamp, *Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht*, *WPNR* 6843 (2010), p. 383-387.

49 Zie *Vrzgr. Rb Utrecht* 16 augustus 2005 (ECLI:NL:RBUTR:2005:AU1933) en *Vrzgr. Rb Dordrecht* 15 juni 2006 (ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755).

50 *HR* 3 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ2900.

De eerste van deze vragen is of het Europees recht de nalatige nationale overheid tot maatregelen verplicht. Voor de aangesproken lidstaat Italië in de zaken *Coname* en *Parking Brixen*, vloeit dit voort uit art. 260 VWEU. Zoals reeds in paragraaf 2.1 beschreven, regelt in Italië de Wet nr. 142/1990 het beheer van openbare diensten van algemeen belang. De wet noemt daarvoor zes *limitatief* opgesomde mogelijkheden. In alle drie behandelde Italiaanse zaken waren de opdrachten op grond van deze wet gegund. In Italië is dus – in tegenstelling tot Nederland – de publiek-publiek en de publiek-private samenwerking, als veelvuldig toegepaste vormen van opdrachtverlening, reeds bij wet geregeld. Het Hof heeft in *Parking Brixen* met zoveel woorden geconcludeerd dat het ontbreken van een voorafgaande aanbesteding voor concessies – in de vorm van een PPS zoals in de onderhavige zaak – in strijd is met de art. 43 en 49 EG (thans artt. 49 en 56 VWEU). Uit het feit dat de meermalen genoemde Italiaanse wet de mogelijkheid van onderhandse gunning van dit soort opdrachten bij wet regelt, volgt dat deze wet in strijd is met het Unierecht. De Italiaanse overheid hoefde daarom alleen deze wet op dit onderdeel te wijzigen.

Maar hoe is dat voor een lidstaat als Nederland, die (nog) niet voor deze situatie is veroordeeld? Zoals bijvoorbeeld wegens het feit dat opdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen overheidsopdrachten vallen (zoals opdrachten onder de Europese drempel of voor concessies voor diensten) niet in het openbaar bekend worden gemaakt? Maar ook al zou Nederland worden veroordeeld, dan nog is het de vraag of deze lidstaat op grond van art. 260 VWEU tot het vaststellen van thans ontbrekende regelgeving verplicht mag worden. In Nederland bestaat immers ter zake helemaal geen regelgeving, ondanks het feit dat bijvoorbeeld het instrument van de publiek-private samenwerking zeer veelvuldig wordt toegepast en dat het aantal verstrekte opdrachten in werkelijkheid veel hoger is dan de opdrachten die aan de eerlijke concurrentie zijn opgesteld.⁵¹

51 Zie bijvoorbeeld het rapport *Nalevingsmeting Aanbesteden 2010* (Significant, 14 februari 2012) dat in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken in het laatste decennium regelmatig wordt uitgevoerd naar de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen in Nederland. Daaruit blijkt dat de naleving van deze richtlijnen bij zowel de rijksoverheid als (met name) bij de decentrale overheden nog steeds niet adequaat is. Het gaat alleen om 'klassieke' overheidsopdrachten die door de 'klassieke' overheid worden geplaatst en niet om opdrachten in de vorm van een PPS of in de vorm van een concessie. Het totale bedrag niet openbaar gemaakte opdrachten, is waarschijnlijk dus nog hoger.

Volgens de Hoge Raad vloeit uit art. 228 EG (thans art. 260 VWEU) geen plicht voort om formele wetten uit te vaardigen, in de zin dat een rechter dat niet kan opdragen.⁵²

Zelf zouden wij menen dat uit de gemarkeerde reikwijdte van de verbodsbepalingen en de daarop betrekking hebbende 'vaste' jurisprudentie van het Hof inzake onder ander het beginsel van wederzijdse erkenning uit het *Vlassopoulou*-arrest⁵³ en het beginsel van loyale samenwerking tussen de Unie en de Lidstaten ex art. 4 lid 3 VEU⁵⁴, alles in het licht van de voorrang van Europees recht boven het nationaal recht gezien, wel degelijk voortvloeit dat de overheid *voorzieningen* dient te treffen om niet met het Europees recht in strijd te handelen. Daarmee kunnen ook verdere ingebrekestellingen worden voorkomen en worden overheden behoed voor voortdurende aanspraken van ondernemingen.

In de Aanbestedingswet 2012 is deze rechtspraak inmiddels gecodificeerd in art. 1.7 sub b en c, op basis waarvan bij aanbesteding van overheidsopdrachten respectievelijk concessieovereenkomsten met 'een duidelijk grensoverschrijdend belang' de 'beginselen bij Europese aanbestedingen' van afdeling 1.2.2 van de wet dienen te worden toegepast. Daartoe behoort met name het transparantiebeginsel van art. 1.9, waarvan lid 2 voorschrijft dat 'een passende mate van openbaarheid van de aankondiging' dient te worden verzekerd. Een definitie van het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' heeft de wetgever niet gegeven.

Voor wie geldt de plicht tot aankondiging?

Een andere vervolgvraag is op wie de plicht tot aankondiging wordt gelegd. Volstaan de 'klassieke' overheden of dient een parallel met het veel ruimere begrip 'publiekrechtelijke instelling' uit de richtlijnen te worden gezocht? Het antwoord op deze vraag vinden we in de tweede considerans bij de aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG, want daar staat: 'bij

52 HR 21 maart 2003, *NJ 2003*, 691, *Stichting Waterpakt tegen de Staat der Nederlanden*, m.n. TK, r.o. 3.6: 'Opmerking verdient voorts dat volgens artikel 228 EG het Hof van Justitie wel kan vaststellen dat een Staat een krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen, in welk geval deze Staat gehouden is de maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof, maar dat in dit artikel niet aan het Hof de bevoegdheid is gegeven een Staat te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen.' Over dit arrest is (vooral in negatieve zin) veel geschreven. Zie de conclusie van AG Langemeijer bij het hierboven genoemde Waterpakt-arrest van de Hoge Raad. Cfr. R.A.J. van Gestel en M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijke bevel tot wetgeven, of toch...?', *NJB* 2006, p. 2050-2056.

53 Zie *supra* noot 18.

54 Het oude beginsel van Gemeenschapstrouw ex art. 10 EG.

het plaatsen van overheidsopdrachten die niet onder de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, en die worden afgesloten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en *andere publiekrechtelijke instellingen*, [moeten] de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd [...] worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie' (cursivering auteurs).

De plicht geldt dus voor de overheid in ruime zin. De voorziening in art. 1.7 jo. 1.9 van de Aanbestedingswet, waarin de publicatieverplichting is gelegd op de 'aanbestedende dienst', voldoet aan deze eis.

Welke opdrachten moeten worden gepubliceerd?

Een derde (vervolg)vraag is welke opdrachten moeten worden gepubliceerd. In het Nederlandse aanbestedingsrecht is door diverse auteurs een de minimis-drempel verondersteld; het Hof zegt over de omvang van de te publiceren opdrachten in *Coname* dat in casu: 'blijkens de stukken niet redelijkerwijs [kan] worden aangenomen dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti niet geïnteresseerd is in deze concessie, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden.' (r.o. 20; cursivering auteurs).

Hoe dan ook, bij een aperte schending van het Verdragsbeginsel van non-discriminatie naar nationaliteit, zoals bijvoorbeeld het specifiek verlangen van vestigingseisen bij de realisatie van een bepaalde project of een eis dat alleen materialen met een bepaalde geografische oorsprong dienen te worden gebruikt, blijft voor particulieren de toegang tot de (nationale) rechter onverkort mogelijk, ook in geval van een opdracht van zeer geringe economische betekenis.

Dit standpunt is door het Hof overigens reeds in de zaak *Vestergaard* uit 2001 ingenomen.⁵⁵ In deze zaak ging het om de bouw van 20 sociale woningen door een Deense woningcorporatie met een geringere waarde dan de in de richtlijnen vastgestelde drempel. Om die reden werd geen van de procedures uit de Europese richtlijn overheidsopdrachten gevolgd. Wel werd aan belangstellenden op verzoek een beschrijving toegezonden

55 HvJ EG 3 december 2001, *Vestergaard*, C-59/00, *Jurispr.* 2001, I-9505.

van de werken zoals die uitgevoerd dienden te worden. Daarin was ook de clause opgenomen dat buitendeuren en ramen moesten worden geleverd door de bekende firma 'Hvidbjerg Vinduet, Østergade 24, 7790 Hvidbjerg' (Denemarken). Het Hof overwoog dat:

“het enkele feit dat de Europese wetgever heeft gemeend dat de bijzondere en strenge procedures van die richtlijnen niet geschikt zijn wanneer het gaat om opdrachten van geringe waarde, betekent echter niet dat deze van de toepassing van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten. Ook indien bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten zijn uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin gehouden om de fundamentele regels van het Verdrag in acht te nemen. Hieruit volgt dat, ondanks het feit dat een opdracht voor de uitvoering van werken onder de in richtlijn 93/37 vastgestelde drempelwaarde blijft en dus niet onder de werkingssfeer van deze richtlijn valt, de wettigheid van een clause in het bestek voor deze opdracht moet worden beoordeeld in het licht van de fundamentele regels van het Verdrag, waarvan het in artikel 30 van het Verdrag genoemde vrij verkeer van goederen deel uitmaakt” (r.o. 19-21).

Nadat het HvJ EU had verklaard dat de publicatieverplichting gold in geval van opdrachten met 'een duidelijk grensoverschrijdend belang'⁵⁶, heeft het HvJ EU daarna gepreciseerd dat bij beantwoording van de vraag of van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is onder meer van belang zijn de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard van de opdracht en de plaats van uitvoering.⁵⁷

Voor de werkingssfeer van deze verplichting is ten slotte van belang dat ook andere figuren dan uitsluitend aanbestedingen *stricto sensu* onder deze verplichting zullen vallen, zoals de in onze inleiding genoemde samenwerkingsvormen tussen de overheid en particuliere ondernemingen, die immers onderwerp van de Italiaanse zaken waren.

Hoe dient de aankondiging van de opdracht plaats te vinden?

Een vierde vervolgvraag betreft op welke wijze de aankondiging van de opdracht plaats dient te vinden, om aan het transparantiebeginsel te voldoen. Op plaatselijk, regionaal, nationaal, Europees niveau? De huidige praktijk maakt een eenvoudige oplossing mogelijk, namelijk een aankondiging op een website. Voor zover aankondiging verplicht is ingevolge de Aanbeste-

56 HvJ EG 21 februari 2008, *Commissie/Italië*, zaak C-412/04, *Jurispr.* 2008 I-00619.

57 HvJ EG 15 mei 2008, *SECAP SpA en Santorso*, gevoegde zaken C-148/06 en C-147/06, *Jurispr.* 2008, I-03565.

dingswet dient die publicatie te geschieden via de website www.tenderned.nl (zie hierna paragraaf 5.4), ook kan gebruik worden gemaakt van de reeds langer bestaande website www.aanbestedingskalender.nl.⁵⁸

In augustus 2005 heeft de rechtbank Utrecht een eenvoudige aankondiging op de website van een gemeente, waarop daadwerkelijk reacties waren ontvangen, daartoe voldoende geacht.⁵⁹

Volgens de 'Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie inzake het Unierecht dat van toepassing is op (overheids)opdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen' van 23 juni 2006 kunnen de lidstaten zelf beoordelen wanneer een van de volgende wijzen van bekendmaking het beste aan de door het Hof van Justitie gestelde eisen beantwoordt:

'Daarom kan alleen aan de door het Hof gestelde eisen worden voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst. De aanbestedende dienst moet deze bekendmaking doen om de opdracht voor mededinging open te stellen. De aanbestedende diensten moeten zelf besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten. Zij moeten zich bij hun keus laten leiden door een beoordeling van de relevantie van de opdracht voor de interne markt, met name met het oog op het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de desbetreffende sector. [...] Passende en algemeen gebruikte media zijn bijvoorbeeld [...] Internet [...], Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen, Lokale media [... en] Publicatieblad van de Europese Unie/ TED (Tenders Electronic Daily) [...]'⁶⁰

3. Het begrip 'overheid'

Een van de oorzaken van de slechte naleving van het aanbestedingsrecht in Nederland, is het tekortschietend besef van de volledige werking van het Europees recht. Heden ten dage is bijvoorbeeld nog steeds vaak onduidelijk voor bepaalde aanbestedende 'entiteiten' dat zij op grond van het Europees recht als overheid kunnen worden aangemerkt en dat zij op grond van die kwalificatie ook aanbestedingsplichtig (kunnen) zijn. Daarbij speelt een rol dat het begrip 'overheid' zoals in het Europees recht

58 Zie voor dit platform de overheidssite www.pianoo.nl.

59 Vrzgr Rb Utrecht van 16 augustus 2005 (ECLI:NL:RBUTR:2005:AU1933).

60 Volgens paragraaf 2 van de in noot 99 vermelde Mededeling.

wordt gehanteerd, veelal verschilt van de betekenis die daaraan in de diverse lidstaten wordt toegekend. Het begrip 'overheid' wordt in het Europees recht namelijk 'functioneel' uitgelegd. Dit betekent dat de invulling daarvan veelal *ad hoc* dient te geschieden aan de hand van criteria die vaak zelf nog niet geheel duidelijk of uitgekristalliseerd zijn. Dit maakt het soms voor aanbestedende diensten lastig om vast te stellen welke (Europese) regels op een situatie van toepassing zijn.

In art. 52 VEU jo art. 355 VWEU wordt de geografische werkingssfeer van het Unierecht aangeduid, via een verwijzing naar de lidstaten. Het is de (Lid-)Staat die een sleutelrol heeft bij de totstandkoming,⁶¹ toepassing en handhaving⁶² van het Unierecht. Met name bij de doorwerking van het Unierecht spelen de 'organen van de staat' een even grote rol als de Staat zelf. Zo is de invulling van het begrip 'staat' en de daaruit afgeleide begrippen 'staat als overheid', 'staat als werkgever'⁶³, 'overheidsdienst', 'overheidstaak',⁶⁴ 'staatsonderneming',⁶⁵ 'aangebestedende dienst', 'publiekrechtelijke instelling', '- orgaan', '- lichaam',⁶⁶ van doorslaggevend belang bij de beantwoording van de vraag welke organen van de staat gehouden zijn rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht – zoals ook bij privatiseringsoperaties – toe te passen. Het Unierecht bevat namelijk geen specifieke definitie van wat, in materiële zin, onder nationale overheid moet worden verstaan. Om deze reden zijn al deze begrippen voortdurend onderwerp van interpretatie geweest in de jurisprudentie van het HvJ EU. Bestudering van deze jurisprudentie leert dat er vooralsnog geen uniformiteit bestaat op Europees niveau in de uitleg van dit omstreden begrip.

De functionele benadering van de Europese wetgever – in de richtlijnen overheidsopdrachten – en het Hof brengt mee dat bij de uitleg van dit begrip niet wordt gekozen voor één uniforme, op objectieve en formele criteria gebaseerde definitie die in het Unierecht algemene gelding heeft, maar voor diverse definities die telkens met *ad hoc* opgestelde

61 De lidstaat participeert in het Europese wetgevingsproces, in eerste instantie door deel te nemen aan het wetgevingsproces bij de belangrijkste wetgever op Europees niveau, de Raad van de Europese Unie, waarin hij is vertegenwoordigd, en in tweede instantie omdat hij een fundamentele rol vervult bij de implementatie van richtlijnen en de verdere operationalisering van verordeningen.

62 Onder ander door de nationale rechter.

63 Deze begrippen komen naar voren bij het invoeren van rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen.

64 Deze begrippen komen naar voren bij art. 45 VWEU-zaken.

65 Dit begrip komt naar voren bij art. 106 VWEU-zaken.

66 Deze laatste vier begrippen zijn ontleend aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

criteria worden ingevuld en die om deze reden van elkaar verschillen, afhankelijk van het doel dat in die bepaalde sector wordt nagestreefd.

Een gemeenschappelijk, leidend beginsel in al deze verschillende benaderingen is het effectiviteitsbeginsel. Dit beginsel brengt met zich mee dat een *ruime* interpretatie van het begrip 'overheid' in bepaalde omstandigheden nodig is om simpele ontduiking van EU-discipline tegen te gaan. Hetzelfde beginsel brengt met zich mee dat dit begrip bij uitzonderingen op verdragsbepalingen *eng* dient te worden geïnterpreteerd.⁶⁷

3.1. *Het begrip 'overheid' in het Europees aanbestedingsrecht*

Deze ruime interpretatie geldt natuurlijk ook op het terrein van het Europees aanbestedingsrecht. In het *Beentjes*-arrest (zaak C-31/87) van 20 september 1988 werd het HvJ gevraagd om een beslissing te nemen over de vraag of de (destijds geldende) Richtlijn Werken 71/305/EEG van toepassing was op een openbare aanbesteding van werken door een lichaam als de plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling.⁶⁸ Het Hof stelde vast dat deze commissie een lichaam zonder eigen rechtspersoonlijkheid was, waarvan de taak en de samenstelling bij de wet waren geregeld en waarvan de leden werden aangewezen door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie. Verder was zij in haar functioneren geheel afhankelijk van de centrale commissie, waarvan de leden door de Kroon werden benoemd; de door haar aanbestede werken werden door de overheid gefinancierd en de nakoming van haar verplichtingen werd gegarandeerd door de Staat.

Het Hof besloot dat aan het begrip 'Staat' uit de Richtlijn Werken een *functionele* uitleg moest worden gegeven en dat de commissie voor de ruilverkaveling onder dit begrip viel. Immers het doel van deze richtlijn zou in gevaar komen indien zij moest worden geacht niet van toepassing te zijn enkel omdat het werk werd gegund door een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakte van de overheidsadministratie.

Deze functionele interpretatie betekent praktisch gezien dat men de kenmerken en de functie van de opdrachtgever in beschouwing moet nemen bij het vaststellen of een entiteit als overheid en dus als een

67 Zie voor een bespreking van de gevallen waarin het begrip Staat *ruim* dan wel *eng* dient te worden geïnterpreteerd, Elisabetta Manunza, *o.c.* 2001, p. 66-72 (zie *supra* noot 13).

68 HvJ EG 20 september 1988, *Gebroeders Beentjes BV tegen Staat der Nederlanden*, C-31/87, *Jurispr.* 1988, 4635.

aanbestedende dienst in de zin van de EU-richtlijnen moet worden aangemerkt. Daarbij moet met name worden gelet op de samenstelling en de taak van de entiteit in kwestie, bijvoorbeeld of deze in de wet zijn geregeld, en of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid.⁶⁹

De zogenoemde Algemene Richtlijn definieert als aanbestedende dienst de Staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.⁷⁰ De Richtlijn Nutssectoren kent naast deze diensten ook 'overheidsbedrijven' en bedrijven en instellingen met bijzondere of uitsluitende rechten als aanbestedende diensten.⁷¹

3.2. *Het begrip publiekrechtelijke instelling*

Onder een publiekrechtelijke instelling moet worden verstaan:

'iedere instelling die opgericht is met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard (1), en rechtspersoonlijkheid heeft (2) en waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak of door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen (3)'.

Deze drie vereisten zijn cumulatief.⁷² Hoewel deze definitie gezorgd heeft voor een forse verruiming van de instellingen die onder het Europees begrip 'overheid' vallen, blijft het in de praktijk lastig om vast te stellen wanneer er sprake is van een publiekrechtelijke instelling. De jurisprudentie van het HvJ

⁶⁹ Idem, r.o. 11 en 12.

⁷⁰ Richtlijn 2004/18/EG.

⁷¹ Art. 2 lid 1b en art. 2 lid 2b van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PbEG* 2004, L 134/114 (Richtlijn Nutssectoren).

⁷² De formulering 'en ... en' laat onzes inziens geen ruimte voor twijfels. In deze zin ook het HvJ EU in het *Mannesmann*-arrest r.o. 21 en het *BFI*-arrest r.o. 29. Zie voor de vindplaatsen noot 80 hierna.

EU lijkt op dit punt meer onduidelijkheid dan helderheid te hebben gebracht.⁷³

Na de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Commissie tegen Frankrijk* (van 1 februari 2001) was het bijvoorbeeld de vraag in hoeverre het nog kon worden volgehouden dat het om drie cumulatieve vereisten gaat, nu het Hof oordeelde dat niet alleen het begrip aanbestedende dienst maar ook het begrip publiekrechtelijke instelling een 'functionele' uitleg diende te krijgen.⁷⁴

Een functionele interpretatie van dit begrip betekent echter dat het Hof *alternatief* aan de drie voorwaarden van het begrip publiekrechtelijke instelling – die eigenlijk van cumulatieve aard zijn – zou moeten toetsen en dat het dus *contra legem* zou gaan rechtspreken.⁷⁵ Het Hof leek de 'functionele' interpretatie van het begrip publiekrechtelijke instelling in de *Ente Fiera*-zaken (C-223/99 en C-260/99)⁷⁶ van 10 mei 2001 al weer verlaten te hebben.

Als voorbeeld van de resterende interpretatieproblemen dient de rechtspraak over de eerste voorwaarde: een '(...) instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard'.⁷⁷ Deze zinsnede behelst een autonoom begrip van Europees recht, aldus het Hof in de zaak *Truley* (van

73 Zie voor een uitvoerige behandeling van het begrip publiekrechtelijke instelling: Elisabetta Manunza, o.c., 2001, p. 63-114 (zie *supra* noot 13); en ook 'Geprivatiseerde diensten en het begrip 'publiekrechtelijke instelling' in de EG-richtlijnen Overheidsopdrachten. Een casuïstische of chaotische benadering door het Hof van Justitie van de EG?', *Tijdschrift Privatisering*, nr. 3, juni 2001, p. 4-8; R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, l.c. 2001, p. 155-183 (zie *supra* noot 6).

74 HvJ EG 1 februari 2001, *Commissie tegen Frankrijk*, C-237/99, *Jurispr.* 2001, I-00939, r.o. 43.

75 Zie Elisabetta Manunza, o.c. 2001, p. 94-96 (zie *supra* noot 13) en l.c. *Tijdschrift Privatisering* juni 2001, p. 5-6 (zie *supra* noot 73). Het Hof heeft er vaker blijk van gegeven daar niet voor terug te schrikken.

76 HvJ EG 10 mei 2001, *Agorà Srl en Excelsior Snc de Pedrotti Bruna & C tegen Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Ciftat soc. Coop. Arl.*, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, *Jurispr.* 2001, I-03605. Zie over de *Ente Fiera*-zaken verder R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, l.c. 2001, p. 160-164.

77 Cfr. de stelling dat de voorwaarde van afwezigheid van industriële of commerciële aard niet aan de 'behoefte van algemeen belang' moet worden gekoppeld maar aan de (publiekrechtelijke) instelling zelf. Dit werd gesuggereerd door de Engelse en Franse versie van de tekst van de Richtlijn 89/440/EEG van 18 juli 1989. Zie bijvoorbeeld L. Righi, 'La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi' (Het begrip publiekrechtelijke instelling in het Europees aanbestedingsrecht: publieke vennootschappen en overheidsopdrachten voor dienstverlening), *Rivista Italiana diritto pubblico comunitario* 1996, p. 347 e.v., in het bijzonder p. 359.

27 februari 2003) en is noch in enige Europese regeling, noch in de jurisprudentie van het HvJEU gespecificeerd.⁷⁸ Dat is te betreuren omdat een 'Europese' uitleg van dit begrip, gegeven de geringe onderscheidende werking van deze formulering, noodzakelijk is om in de praktijk te kunnen vaststellen of een entiteit wel of niet als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen dient te worden aangemerkt. In de zaken *Mannesmann, BFI, Ente Fiera* en *Truley* heeft het Hof zich steeds van uitleg onthouden.⁷⁹ Het heeft wel in antwoord op vragen van de nationale rechter een aantal 'aanwijzingen' verstrekt (zoals het die zelf heeft genoemd) teneinde te kunnen vaststellen wanneer er sprake is van 'behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard'.⁸⁰ Maar het HvJEU oordeelt (evenals in art. 106 lid 2 VWEU-zaken) uiterst reactief, door zich te beperken tot vaststelling of er *in casu* al dan niet sprake is van een taak van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard.⁸¹

Zo stelt het HvJEU in het *BFI*-arrest dat het 'ontbreken van mededinging' geen noodzakelijk element is van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling;⁸² maar dat het 'bestaan van een sterke concurrentie' een *aanwijzing* kan zijn voor het feit dat het niet om een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard gaat.⁸³ In het *Truley*-arrest neutraliseert het Hof dat uitgangspunt weer belangrijk

78 HvJ EG 27 februari 2003, C- 373/00, *Jurispr.* I-01931.

79 HvJ EG 15 januari 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AF e.a. tegen Strohal Rotationsdruck GmbH*, C-44/96, *Jurispr.* 1998, I-73 en HvJ EG 10 november 1998, *Gemeenten Arnhem en Rheden tegen BFI*, C-360/96, *Jurispr.* 1998, I-6821.

80 Dit houdt niet vanzelfsprekend in dat deze aanwijzingen *a contrario* toegepast kunnen worden om vast te stellen wanneer er sprake is van een 'behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard' (!) omdat het bij de eerste voorwaarde om drie categorieën behoeften gaat: twee hiervan hebben betrekking op het algemeen belang en een derde heeft betrekking op behoeften die niet van algemeen belang zijn.

81 Zie voor een vergelijking tussen het begrip 'behoeften van algemeen belang' uit de Europese richtlijnen en het begrip 'diensten van algemeen (economisch) belang' uit art. 86 lid 2 EG (thans art. 106 lid 2 VWEU): Elisabetta Manunza, *o.c.* 2001, p. 79-84, 99 en 101-104 (zie *supra* noot 13).

82 R.o. 47, laatste zinsnede: 'Hieruit volgt, dat artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50/EEG op een bepaalde instelling van toepassing kan zijn, zelfs indien particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften voorzien of kunnen voorzien als die instelling, en dat het ontbreken van mededinging geen noodzakelijk element van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling is.'

83 R.o. 49. Deze overweging luidt: 'Het bestaan van een sterke concurrentie, en inzonderheid het feit dat de betrokken instelling op de markt met anderen moet concurreren, kan een aanwijzing zijn voor het feit dat het niet om een behoefte van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard gaat.'

door te overwegen dat het bestaan van een sterke concurrentie, hoewel dit niet volledig irrelevant is, op zich niet de conclusie wettigt, dat er geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan van industriële of commerciële aard. Wel van doorslaggevend belang acht het Hof in het *BFI*-arrest dat het om activiteiten gaat *waarin de Staat om redenen van algemeen belang zelf besluit te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden*.⁸⁴ Nadeel van dat uitgangspunt is dat toetsing door de rechter niet meer goed mogelijk is en dat het de uniforme toepassing van het Unierecht in de lidstaten verhindert. Dezelfde instelling kan zelfs binnen een lidstaat soms wel en soms niet als publiekrechtelijke instelling worden beschouwd (zoals in Nederland bijvoorbeeld het geval is bij instellingen die huisvuil ophalen en verwerken).

Een nuttige verduidelijking is wel te vinden in het arrest van het Hof van 11 juni 2009 (zaak C-300/07, *Jurispr.* 2009 I-04779, Oymanns), waarin het Hof besliste dat ook financiering met middelen van derden kan gelden als financiering in de zin van het hiervoor genoemde tweede element van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling, wanneer die financiering is opgelegd, geregeld en geïnd volgens publiekrechtelijke regels.

De Europese wetgever zou zich ten slotte kunnen afvragen in hoeverre het nuttig is het onderscheid tussen behoeften van algemeen belang al dan niet van commerciële of industriële aard te handhaven. Het oogmerk van dat onderscheid tussen de twee soorten behoeften is niet bekend (in de Richtlijn Nutssectoren wordt een dergelijk onderscheid ook niet gemaakt) en het Hof is er niet in geslaagd een zinvol onderscheid aan te brengen.

In het voorstel voor een nieuwe algemene richtlijn (COM(2011)896) komt de Commissie ten dele aan dit bezwaar tegemoet met een toevoeging aan de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling. Aan het eerste bestanddeel daarvan (zie het begin van deze paragraaf) wordt toegevoegd: 'in deze zin heeft een instelling die in normale marktomstandigheden werkzaam is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteiten verbonden verliezen draagt, niet het doel te voorzien in andere behoeften dan van industriële of commerciële aard'.

84 R.o. 50 en 51, cursivering auteurs.

4. Secundair en tertiair Unierecht

4.1. Liberalisering

De regulering van overheidsopdrachten op Europees niveau maakt onderdeel uit van de totstandbrenging van de Europese interne markt (art. 3 lid 3 VEU en art. 3 lid 1 VWEU).

In de jaren zeventig ontstond in de EG het inzicht dat bij de gewenste openstelling van de interne markt een sleutelrol was weggelegd voor de markt van overheidsopdrachten. In 1971 werd de eerste liberalisatie- en vervolgens een tweetal coördinatie-richtlijnen aangenomen, betreffende de uitvoering van werken en het verrichten van leveringen.⁸⁵ Eind jaren tachtig/ begin jaren negentig zijn deze richtlijnen in het kader van de 'richtlijnengolf' die naar aanleiding van het Witboek Interne Markt en de Europese Akte op gang werd gebracht, inhoudelijk aanzienlijk gewijzigd op die punten waarop duidelijk was geworden dat het gewenste effect van de richtlijnen beperkt was gebleven. Er werden bovendien twee nieuwe richtlijnen aangenomen ter liberalisering van andere sectoren van de overheidsopdrachtenmarkt: een richtlijn gericht op liberalisering van opdrachten in de (tot dan toe uitgesloten) sectoren vervoer, energie, water en telecommunicatie (de zogenoemde nutssectoren). Niet alleen overheidsopdrachtgevers, maar ook particuliere bedrijven die binnen deze sectoren onder bepaalde condities diensten aan het publiek aanboden werden aan de nieuwe regels onderworpen. En een richtlijn voor overheidsopdrachten in de dienstensector in 1992, waarmee de markt voor overheidsopdrachten voor het grootste gedeelte aan gemeenschappelijke voorschriften was onderworpen.

Ter ondersteuning stelde de wetgever in respectievelijk 1989 en 1992 twee richtlijnen vast die een minimumstandaard voor rechtsbescherming in alle lidstaten beoogden te verschaffen, in het bijzonder mogelijkheden om tegen de gang van zaken bij een aanbestedingsprocedure in het geweer te komen en voor de Europese Commissie om toezicht te houden op de correcte toepassing van de regels (voor de nuts- en de overige drie sectoren)⁸⁶.

85 Liberalisatie-richtlijnen leveringen (70/32/EEG), *PbEG* 1970, L13/1 en werken (71/304/EEG), *PbEG* 1971, L185/1; (coördinatie-)richtlijn werken (71/305/EEG), *PbEG* 1971, L185/5-14.

86 De 'algemene' rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG, *PbEG* 1989, L395; rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren (92/13/EEG), *PbEG* 1992, L76/14.

In 1993 zijn de teksten voor de leveringen-, werken-, en nutssector door drie nieuwe richtlijnen 'gecodificeerd'.⁸⁷ In 1997 en 1998 zijn de richtlijnen in overeenstemming gebracht met de Overeenkomst inzake Overheidsopdrachten, ook wel GPA of Government Procurement Agreement genoemd, die in WTO-verband tot stand is gekomen.⁸⁸

4.2. Richtlijnen 2004

De Commissie publiceerde in 1998 een mededeling onder de titel 'De overheidsopdrachten in de Europese Unie', waarin zij haar plannen voor de verdere toekomst bekend maakte. Daarbij stelde zij de noodzaak voorop om het juridische kader van de richtlijnen te vereenvoudigen o.a. door de drie bestaande basisrichtlijnen inzake werken, leveringen en diensten te codificeren en in één tekst samen te vatten, en om de richtlijn nutssectoren te wijzigen wegens de geleidelijke liberalisering van bepaalde sectoren die onder de werkingssfeer van deze richtlijn vallen.⁸⁹ In 2000 diende zij de voorstellen in voor de twee aangekondigde nieuwe richtlijnen, die echter niet slechts een vereenvoudiging, maar ook aanzienlijke wijzigingen bevatten.⁹⁰

Na een intensief debat met het Europees Parlement in het kader van de codecisieprocedure zijn de richtlijnen op 31 maart 2004 vastgesteld.⁹¹ De richtlijnen dienden per 31 januari 2006 in Nederland te zijn geïmplementeerd. Daarin is de wetgever geslaagd door middel van de besluiten Bao en Bass, die hierna (par. 5.3) nog ter sprake komen.

Gedurende de periode tussen de definitieve vaststelling en het verstrijken van de implementatieperiode bleef in beginsel het oude recht

87 Het gaat om de richtlijnen leveringen (93/36/EEG), *PbEG* 1993, L199/1, werken (93/37/EEG), *PbEG* 1993, L199/54 en de richtlijn nutssectoren (water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (93/38/EEG), *PbEG* 1993, L199/84.

88 Richtlijn 97/52/EG, *PbEG* 1997 L328 voor wijzigingen in de zogenoemde 'algemene' richtlijnen (werken, leveringen en diensten). Richtlijn 98/4/EG, *PbEG* 1998 L101/1 voor wijzigingen in de richtlijn nutssectoren. WTO-Agreement on Government Procurement, *PbEG* 3 september 1996, C256/1, gewijzigd bij Protocol van 30 maart 2012.

89 COM(1998), 143 def. van 11 maart 1998.

90 COM(2000), 275 en 276 def. van 10 mei 2000. Die wijzigingen betreffen kernpunten van het systeem van de richtlijnen, zoals bijvoorbeeld de introductie van een geheel nieuwe vijfde aanbestedingsprocedure -de concurrentiegericht dialoog-, een aanzienlijke aanscherping van de gunningscriteria en nieuwe uitsluitingsgronden.

91 Zie noot 33 supra.

van kracht, met dien verstande dat het vertrouwensbeginsel (thans art. 4 lid 3 VEU) tevens vergt dat in die overgangperiode Lidstaten (waarvan in het bijzonder de wetgever) zich onthouden van handelingen die in strijd kunnen zijn met de tekst en doel van de nieuwe richtlijnen. Of de Nederlandse rechter van dat laatste voorschrift voldoende op de hoogte was, valt te betwijfelen.⁹² Ook de begrippen inwerkingtreding (van enerzijds de richtlijn en anderzijds de nationale implementatie) en intrekking (zie bijvoorbeeld art. 83 resp. 80 en 82 van Richtlijn 2004/18/EG) hebben tot misverstanden aanleiding gegeven.

De belangrijkste inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de voorafgaande richtlijnen betreffen de uitsluitingsgronden (hierna behandeld in paragraaf 5.3), de gunningscriteria, alsmede de uitbreiding met enkele procedures (raamovereenkomst, dynamisch aankoopstelsel, inkoopcentrale en concurrentiegerichte dialoog; zie daarover paragraaf 5.2 over implementatie).

Voor het overige is de systematiek van de regulering van overheidsopdrachten gelijk gebleven.⁹³ Die systematiek komt in hoofdlijnen op het volgende neer.⁹⁴

Het uitgangspunt is voor opdrachten met een bepaalde waarde een openbare aanbesteding, al dan niet voorafgegaan door een selectie van gegadigden (die laatste procedure wordt in de Nederlandse vertaling aangeduid met de verwarrende naam niet-openbare procedure; andere taalversies geven een nauwkeuriger aanduiding zoals in het Engels 'restricted'). De instellingen die deze aanbestedingsplicht in acht dienen te nemen zijn omschreven in art. 1 lid 2, en bijlagen III en IV bevatten indicatieve lijsten voor alle lidstaten. In de artikelen 30 en 31 van de algemene richtlijn worden uitzonderingsgronden gegeven, in welke gevallen een onderhandelingsprocedure kan worden gevolgd (resp. met en zonder voorafgaande bekendmaking). Art. 29 omschrijft de (beperkte) toepassingsmogelijkheid voor de nieuwe concurrentiegerichte dialoog.⁹⁵

92 Getuige bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2005, *Bouwrecht* 2005, p. 1112 e.v., met noot J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro.

93 De richtlijnen bevatten in bijlage XII concordantietabellen, die vergelijking met de voorgaande richtlijnen vergemakkelijken.

94 Voor een nauwkeurige uiteenzetting zie het *Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, eerder aangehaald in noot 9.

95 Zie daarvoor ook de 'Explanatory Note' van de Commissie, van 5 oktober 2005; zie hierna ook paragraaf 4.4.

De Richtlijn Nutssectoren staat de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking toe in alle gevallen (art. 40).

Aan de formulering van geschiktheidseisen aan de deelnemers worden grenzen gesteld in de artikelen 48 (vakbekwaamheid) en 47 (financieel en economische draagkracht). Voorts zijn uitsluitingsgronden geformuleerd (limitatief, in art. 45 lid 2, deels dwingend, art. 45 lid 1). De Richtlijn Nutssectoren voorziet ook in een erkenningsregeling voor ondernemingen die aan gestelde geschiktheidseisen voldoen (art. 53).

Bij de formulering van de eisen waaraan de aanbiedingen moeten voldoen, dient de aanbesteder te werk te gaan volgens art. 23, dat voorschriften geeft voor verwijzing naar technische normen. Ten slotte bepaalt art. 55 hoe de gunningscriteria behoren te worden omschreven.

In het navolgende komen enkele onderdelen (uitsluitingsgronden, nieuwe procedures, gunningscriteria) van deze richtlijnen uitvoeriger aan de orde, ter illustratie van de wijze waarop de regels in Nederland geïnterpreteerd dienen te worden.

4.3. Defensierichtlijn

Op 13 juli 2009 is een afzonderlijke richtlijn vastgesteld voor opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied (richtlijn 2009/81/EG). De richtlijn is (te laat) geïmplementeerd met de wet van 28 januari 2013 (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, Stb 2013, 44).

Deze wet is grotendeels geënt op de algemene Aanbestedingswet (zie hierna paragraaf 5.4). Bijzonderheden die voortvloeien uit de richtlijn van 2009 betreffen de uitgezonderde opdrachten van art. 2.16 (bijvoorbeeld informatieverstrekking in strijd met essentieel veiligheidsbelang; activiteiten van inlichtingendiensten), het uitgangspunt van de niet-openbare of onderhandelingsprocedure (art.2.18), bepalingen over gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid (art. 2.68 en 2.69) en de afwijkende gunningscriteria (bevoorradingszekerheid, interoperabiliteit, operationele kenmerken, art. 2.106).

4.4. Voorstel tot een drietal nieuwe richtlijnen ter modernisering van het huidige juridische aanbestedingskader

Onder invloed van een oproep van het Europees Parlement uit 2010 tot vereenvoudiging van de aanbestedingsregels, maar ook in het kader van

een wijziging van het interne marktbeleid naar aanleiding van de economische crisis die de Europese Unie in 2008 getroffen heeft, zijn door de Europese Commissie wijzigingsvoorstellen ontwikkeld voor de algemene richtlijn en de richtlijn nutssectoren.⁹⁶

Dit voorstel voorziet in talrijke veranderingen, variërend van aangescherpte definities (zie bijvoorbeeld hiervoor paragraaf 3.2 over het begrip publiekrechtelijke instelling), het vervallen van het onderscheid tussen diensten die volledig en gedeeltelijk onder de richtlijn vallen (voorheen 'IIA en IIB diensten' geheten), tot de introductie van het begrip 'sociale diensten' (art. 74)⁹⁷ en de procedure van het 'innovatiepartnerschap' (art. 29). Voorts wordt een Europese variant van de eigen verklaring mogelijk gemaakt (het 'aanbestedingspaspoort', art. 59), wordt het eenvoudiger om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure en de concurrentiegerichte dialoog, kunnen decentrale overheden volstaan met uitsluitend een vooraankondiging van de opdracht (art. 46), en worden de gunningscriteria uitgebreid met meer kwalitatieve criteria, zoals de organisatie en de kwaliteit van het personeel van de inschrijvers en met het criterium levenscycluskosten (art. 66). Ook worden elementen uit de rechtspraak van het HvJ EU gecodificeerd, zoals het begrip 'wezenlijke wijziging', dat bovendien tot beter hanteerbare proporties wordt teruggebracht (art. 72).⁹⁸ Dat laatste geldt ook voor het reeds bestaande begrip 'abnormaal lage prijs', een omstandigheid die het een aanbesteder mogelijk maakt geen gebruik te maken van de laagste aanbieding (art. 69). Ook is de jurisprudentie van het HvJ EU over de zogenoemde verticale en

96 Zie over de nieuwe 'sociale' interne markt: *Elisabetta Manunza*, 'Sociale marktwerking', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* april 2010, afl. 2, p. 83-87.

97 Zie over sociale diensten en aanbestedingsrecht *Elisabetta Manunza*, 'De aanbesteding als hefboom', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, december 2011, afl. 6, Jaargang 8 p. 415-419; *Elisabetta Manunza*, 'Waarom minder competitie voor de inkoop van sociale diensten?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, december 2011, afl.6, Jaargang 8, p. 431-438. Zie ook *Elisabetta Manunza and Wouter-Jan Berends*, 'Social services of General Interest and the EU Public Procurement Rules', Chapter 14 in Ulla Neergaard, Markus Krajewski, Erika M. Szyszczak, J.W. van de Gronden (red): *The Role of SSGIs in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser, The Hague, The Netherlands, p. 347-384.

98 Dat begrip is geïntroduceerd in het arrest van het HvJ EU in zaak C-454/06 van 19 juni 2008, *Jurispr.* 2008 I-04401 als een grond om een reeds aanbestede opdracht opnieuw aan concurrentie te onderwerpen.

horizontale publieke-publieke samenwerkingsvormen gecodificeerd en nader verduidelijkt (art. 11).⁹⁹

Behalve een nieuwe algemene richtlijn en een nieuwe richtlijn op het gebied van de nutssectoren zal in 2014 ook een (geheel) nieuwe richtlijn op het gebied van de concessieovereenkomsten worden vastgesteld. Nadat de Commissie in 2008 reeds een interpretatieve mededeling had gepubliceerd over overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op het gebied van de geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking, heeft zij namelijk op 20 december 2011 een voorstel gedaan voor een afzonderlijke richtlijn voor concessieovereenkomsten (COM(2011)897).¹⁰⁰ Dit voorstel voorziet in publicatie van voorgenomen verstrekking van concessies voor leveringen en diensten, die voorheen van de werkingssfeer van de richtlijnen waren uitgezonderd. Het voorstel bevat geen gedetailleerde regels over de te volgen procedure, zoals de algemene richtlijn, maar uitgangspunten die bij de inrichting van een procedure gehanteerd dienen te worden.¹⁰¹ Op 14 januari 2014 zijn deze drie voorstellen door het Europees Parlement aangenomen. Ten tijde van het afsluiten van deze copij was de definitieve tekst van de nieuwe richtlijnen evenwel nog niet bekendgemaakt.

4.5. *Tertiair Unierecht*

De Europese Commissie voorziet de richtlijnen sinds jaar en dag van toelichting in verschillende documenten, die in de eerste plaats van groot belang zijn voor haar eigen handhavingsbeleid. In de tweede plaats is de laatste jaren sprake van een ontwikkeling, waarbij de Commissie door publicatie van documenten invloed wenst uit te oefenen op de uitleg van de richtlijnen (en het EU Werkingsverdrag). Bij deze laatste ontwikkeling past de kanttekening dat uitleg van Unierecht is voorbehouden aan het

99 Zie voor een behandeling van de mogelijkheden die overheidsinstanties hebben om met elkaar samen te werken zonder in strijd te komen met het aanbestedingsrecht: Elisabetta Manunza en Ann-Marie Kulher, 'Kansen bij aanbestedingsregels', p. 103-137 in: B. Hessel, A.M. Kühler, E. Perton, *Pluk de vruchten van de interne markt. Europees beleid als kans voor decentraal beleid*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2011.

100 Mededeling van 5 februari 2008, C(2007)6661.

101 Zie over de nieuwe voorstellen het eerder aangehaald preadvies aan de VBR van Elisabetta Manunza uit 2010; zie ook Elisabetta Manunza, *Een drietal beschouwingen over het nieuwe regelgevende pakket overheidsopdrachten*, Europa Instituut working paper 01/12, p.1-12. Zie: http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_EUROPA/Manunza%20working%20Paper%20Europa%20Instituut%20Naar%20een%20coherente%20EU%20aanbestedingskader.pdf.

HvJEU, zodat lidstaten noch Europese burgers gebonden zijn aan de gepubliceerde visie van de Commissie.¹⁰²

De meeste documenten worden gepubliceerd op de website van de Commissie onder 'key documents', 'guidelines' en 'explanatory notes'.

Onder het eerste lemma is een aantal toelichtingen te vinden, over de over de toepasselijkheid van aanbestedingsregels voor opdrachten met een geringere waarde dan de drempelbedragen van de richtlijnen;¹⁰³ Groen kopen, Een handboek inzake milieuvriendelijke overheidsopdrachten van september 2011; Mededeling van de Commissie krachtens art. 8 van richtlijn 93/38/EG van 30 april 2004 (een lijst van uitgesloten diensten, met name telefonie);¹⁰⁴ Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende het Unierecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren;¹⁰⁵ Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende het Unierecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren;¹⁰⁶ Interpretatieve Mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het Unierecht (2000/C 121/02) van 24 februari 1999, en over overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op het gebied van de geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking.¹⁰⁷ Voorts een drietal omvangrijke Handleidingen bij de vorige algemene richtlijnen voor werken, leveringen en diensten; een viertal Explanatory Notes (niet in het Nederlands) over de concurrentiegerichte dialoog en raamovereenkomsten (bij de algemene richtlijn) en de bijzondere of uitsluitende rechten en activiteiten in de zin van art. 9 (bij de richtlijn nutssectoren). Ten slotte zijn van belang twee Groenboeken: over publiek-private samenwerking,¹⁰⁸ en over diensten van algemeen belang.¹⁰⁹ Bij de interpretatie van dergelijke documenten dient men enkele instructies uit de rechtspraak van het HvJEU in acht te nemen, die wij hierna (in het kader van de bespreking van het ARW 2012) zullen toelichten aan de hand van een Verklaring van de Raad en Commissie (een andere figuur uit de verzameling *soft law* documenten). Helaas zijn ook andere documenten van belang, die niet op deze site zijn verzameld zoals de

102 Zie daarover L.A.J. Senden, *Soft Law in European Community Law*, (diss. Tilburg), Oxford: Hart Publishing 2004 (handelseditie).

103 Interpretatieve mededeling van 24 juli 2006, 2006/C 179/02.

104 2004/C 115/03, en ook een eerdere versie van 1999.

105 COM (2001) 566 van 15 oktober 2001.

106 COM (2001) 274 van 4 juli 2001.

107 Mededeling van 5 februari 2008, C(2007)6661.

108 COM(2004)327 van 4 mei 2004.

109 COM(2003)270 van 21 mei 2003 en COM(2007)724 van 20 november 2007 en laatstelijk een Werkdocument van 14 april 2013, SWD(2013)53.

Mededeling van de Commissie over publiek-private samenwerking en het Unierecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.¹¹⁰

5. Nederlandse regelgeving

5.1. *Traditie*

Om het Nederlandse aanbestedingsbeleid naar de stand van het moment beter te begrijpen is (zoals altijd) een korte terugblik verhelderend.

Het Nederlandse aanbestedingsrecht is bijna geheel ontwikkeld als gevolg van de invoering op Europees niveau van liberalisering- en harmonisatiemaatregelen. Vóór de implementatie van de eerste Europese richtlijnen uit 1971 bestond de regulering van de verstrekking van overheidsopdrachten in Nederland uit enkele bepalingen in de Comptabiliteitswet uit 1927 (voor de Rijksoverheid), de Provinciewet en de Gemeentewet.

Op basis van de Comptabiliteitswet werd in 1973 een Besluit Aanbesteding van Werken (BAW) vastgesteld, dat van kracht bleef toen de Comptabiliteitswet in 1976 werd ingetrokken.¹¹¹ De implementatie van de richtlijnen is voor de rijksoverheid tot 1993 alleen gebaseerd geweest op dit besluit. In dat jaar kreeg de implementatie van de nieuwe richtlijnen (opnieuw) een wet in formele zin als basis door de Raamwet EEG-Voorschriften aanbestedingen, en twee daaronder hangende besluiten (het Besluit overheidsaanbestedingen en het Besluit aanbestedingen nutssector).¹¹² Voor de lagere overheden werd in 1977 de Wet Aanbestedingen van Werken Lagere Publiekrechtelijke Lichamen van kracht, die met de hiervoor genoemde Raamwet eveneens kwam te vervallen.¹¹³

Naast de Raamwet bleef voor de Rijksoverheid het BAW van kracht tot 2001. Op grond van het Besluit dienden de rijksoverheidsdiensten bij aanbestedingen ofwel het aanbestedingsreglement UAR 1986 van toepassing te verklaren, ofwel het UAR-EG 1991 (namelijk wanneer de richtlijn

110 COM(2006) 569 van 15 november 2005, later gevolgd door de Mededeling van 5 februari 2008, C(2007)6661.

111 KB 6 april 1973, *Stb* 202, gewijzigd bij KB 7 april 1987, *Stb* 226.

112 Wet van 31 maart 1993, *Stb*. 212.

113 Wet van 23 november 1977, *Stb*. 669.

van toepassing was). In 2001 is het BAW vervangen door de Beleidsregels aanbesteding van werken.¹¹⁴ Deze beleidsregels zijn per 2004 weer vervangen door nieuwe Beleidsregels.¹¹⁵ Deze laatste Beleidsregels schreven kort gezegd voor dat de Ministeries van Verkeer en Waterstaat, Defensie, VROM en Landbouw, Visserij en Natuurbehoud bij aanbestedingen het Aanbestedingsreglement Werken 2004 (ARW 2004) in acht dienden te nemen. De Beleidsregels zijn opnieuw vastgesteld in 2005, en voorzien nu in toepasselijkheid van het ARW 2005 per 1 december 2005 (zie over dat reglement hierna par. 5.5).¹¹⁶

De Beleidsregels van 2005 bestonden uit een negental bepalingen waarvan art. 2 het uitgangspunt bevatte dat opdrachten openbaar aanbesteed moeten worden en art. 4 een reeks uitzonderingen formuleerde. De belangrijkste daarvan was dat opdrachten waarvan de geschatte waarde minder was dan € 1.500.000 niet openbaar aanbesteed behoeften te worden (lid 2 sub e). Vervolgens gaf ook art. 5 nog een ruime uitzondering voor het geval de aanbesteder een openbare aanbesteding niet doelmatig oordeelde in welk geval de opdracht zelfs zonder enige vorm van mededinging ('uit de hand') kon worden gegund.

Het beginsel van openbare aanbesteding, dat ook in voorgaande nationale regelingen werd geformuleerd, is door dergelijke uitzonderingsbepalingen een papieren tijger gebleven, althans voor opdrachten die niet onder de reikwijdte van de richtlijnen vielen. Nederlandse overheden hebben altijd een sterke voorkeur voor onderhandse opdrachtverstrekking gedemonstreerd.

Voor lagere overheden, alsmede voor alle opdrachten voor leveringen en diensten, en voor aanbestedingen in de nutssector is de Nederlandse regelgeving tot eind 2005 beperkt gebleven tot een verwijzing naar de richtlijnen in genoemde Raamwet.

Vanaf 2005 zijn de hiervoor genoemde richtlijnen uit 2004 geïmplementeerd door middel van een tweetal besluiten, waarover hierna meer.

114 Beleidsregels aanbesteding van werken van 9 mei 2001, *Stcrt* 2001, 113, gewijzigd *Stcrt* 2001, 241.

115 Beleidsregels aanbesteding van werken van 9 juni 2004, *Stcrt* 2004, 126.

116 Beleidsregels aanbesteding van werken van 14 oktober 2005, *Stcrt* 2005, 207.

5.2. Ontwikkeling implementatietechniek richtlijnen

Beleidsregels

Implementatie van (onderdelen van) richtlijnen via beleidsregels is fundamenteel onjuist.¹¹⁷ Een enkel woord over de regelgevingstechniek van de beleidsregel. Dat is een instrument dat al decennia in Nederland wordt gehanteerd, maar pas sinds kort in de Algemene wet bestuursrecht van een wettelijke status is voorzien. Als middel om Europees recht in de nationale rechtsorde om te zetten is het niet altijd geschikt, want in dat geval dient implementatie door middel van *juridisch bindende* wetgeving te geschieden. Aldus wordt namelijk voorkomen dat een bestuursorgaan de bevoegdheid verkrijgt van die regeling af te wijken, hetgeen volgens het Hof van Justitie in strijd is met de beginselen van effectiviteit, rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming. Oostenrijk is in 2004, *nota bene* in een aanbestedingsrechtelijke zaak (namelijk de omzetting van het Alcatel-arrest in Oostenrijks recht), op deze grond door het Hof terecht geweest.¹¹⁸

AmvB's

De noodzakelijke implementatie van de richtlijnen is in de hiervoor geschetste Nederlandse traditie geschied via een eenvoudige wet waarbij de bepalingen van de richtlijn letterlijk in Nederlands recht werden omgezet, de zogenoemde *rechtstreekse verwijzingsmethode*.

Pas bij de implementatie van de richtlijnen uit 2004 heeft de Nederlandse regering met deze minimalistische beleidstraditie gebroken en heeft zij de bepalingen van de richtlijn alle afzonderlijk overgenomen in eigen besluiten, hetgeen voor de Nederlandse praktijk een geheel nieuw systeem oplevert.

Deze breuk met de traditie (alsmede diverse inhoudelijke wijzigingen in aanbestedingsreglementen!) is slechts begrijpelijk wanneer men zich rekenschap geeft van de gebeurtenissen die in het najaar 2001 (en de jaren daarna) in Nederland tot grote opschudding hebben geleid.

117 Zie onder meer HvJ EG 24 juni 2004, *Commissie tegen Oostenrijk*, C-212/02, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005/1. Zie E.R. Manunza, 'Over de beroepstermijn bij Europese aanbestedingen', *Bouwrecht*, 41e jg., nr. 11, november 2004, p. 949-954. Zie ook E.R. Manunza, *l.c.* SEW, februari 2004, p. 58-73 (zie *supra* noot 13).

118 Het Bao bevatte een voorziening ter zake: art. 55, lid 2 stelde een termijn van ten minste 15 dagen na bekendmaking van het gunningsvoornemen waarbinnen gunning van de opdracht niet is toegestaan.

Op 9 november 2001 verscheen in het actualiteitenprogramma Nova van de Nederlandse publieke omroep de heer Ad Bos. Hij vertelde dat Nederlandse aannemers voorafgaand aan vrijwel alle aanbestedingen bijeenkwamen om de prijzen vast te stellen die zij zouden indienen. Daarbij toonde hij enkele pagina's uit een boekhouding, waarin per aanbesteding de deelnemers van de bijeenkomst waren genoteerd en de besproken bedragen, die onderling zouden worden verrekend. Het gaat veel te ver om hier dieper in te gaan op het uiteengezette systeem. Wel is van groot belang dat een Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid (PEC) werd ingesteld die gedurende een halfjaar tientallen verhoren heeft afgenomen en talloze documenten heeft onderzocht, en dat het parlementaire eindrapport een systeem blootgelegd heeft dat indrukwekkend was in omvang en detaillering.¹¹⁹

Het verslag van het Parlement leidde niet alleen tot onderzoeken van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, boetes van honderden miljoenen euro's en strafrechtelijke procedures, maar ook tot de aanbeveling om een samenhangend aanbestedingsbeleid te ontwikkelen. Volgens de PEC was 'een gebrek aan een coherent en transparant wettelijk kader voor aanbesteding' namelijk een van de factoren die had bijgedragen aan het ontstaan van het kartel.¹²⁰

In de nasleep van deze Parlementaire Enquête Bouwnijverheid heeft de regering daarna in 2004 haar ideeën over dat nieuwe aanbestedingsbeleid ontvouwd, onder de titel Visiedocument aanbesteden.¹²¹ In dit Visiedocument werd geconstateerd dat het aanbestedingsrecht in Nederland slecht wordt nageleefd omdat 'de aanbestedingsregels voor betrokkenen moeilijk te vinden zijn en niet duidelijk'. Het kabinet wilde daarom een uniform en helder juridisch kader introduceren in de vorm van een aanbestedingswet. In de overgangperiode naar die wet heeft de regering echter een situatie doen ontstaan die allesbehalve uniform en helder was.

In 2004 voerde de Nederlandse *rijksoverheid* namelijk een geheel nieuw uniform kader in voor nationale en Europese aanbestedingen voor werken (ARW 2004). De *lagere* overheden bleven (zonder goede reden, behalve de Nederlandse decentrale bestuurlijke gewoontes) aangewezen op toepassing van de Richtlijnen en – voor opdrachten voor werken – vrijgelaten

119 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244.

120 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244, nrs. 5-6, p. 297. In het bijzonder noemt de PEC de klacht dat door de methode van *verwijzing* voor implementatie van de richtlijnen vaak onduidelijk was wat de aanbestedingsplicht inhield, hetgeen de naleving belemmerde.

121 *Kamerstukken II 2004/05*, 29 707, nr. 1.

in de eventuele keuze van reglementen (UAR 1986, UAR 2001, UAR-EG 1991, ARW 2004 of ARW 2005; de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ontraadde haar leden overigens nog sterk het ARW 2004 toe te passen!).

Per 1 december 2005 golden vervolgens twee besluiten, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (hierna Bass), waarmee respectievelijk de Europese richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG zijn geïmplementeerd, en werd het ARW 2004 vervangen door het ARW 2005.¹²² Beide besluiten bevatten Nota's van Toelichting, waarin de regering (voor de eerste keer) tamelijk uitvoerig verantwoording aflegt over haar aanbestedingsbeleid.

De besluiten volgden tamelijk nauwgezet de opzet van de richtlijnen. De meeste bepalingen werden letterlijk overgenomen. Een interessant verschil met de oude richtlijnen betrof de implementatietechniek. De Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, die voordien zorgde voor implementatie van de richtlijnen, omvatte niet alleen slechts een verwijzing naar de tekst van de richtlijnen, maar bood bovendien slechts grondslag voor omzetting van die Europese verplichting en geen verdere ruimte om vorm te geven aan nationaal beleid. In de beide besluiten toonde de Nederlandse wetgever zich in dat opzicht wat ambitieuzer. Op diverse plaatsen maakte hij keuzes, en dat niet alleen waar strikt noodzakelijk (zoals bij de vraag of de aankoopcentrales in Nederlands recht moeten worden geïntroduceerd). Daarbij is het volgende van belang. De richtlijnen 2004/17 en 18 bevatten bepalingen die verplichten tot volledige harmonisatie en bepalingen die optionele harmonisatie mogelijk maken.¹²³ In het eerste geval moet de richtlijn nauw worden gevolgd. Het gevolgde systeem in 2005 was de overschrijfmethode; een enkele keer ging de wetgever daarbij wat verder.

122 Het Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *Stbl.* 408, p. 1-117; en het Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit aanbestedingen speciale sectoren), *Stbl.* 2005, 409, p. 1-42. Zie ook het Besluit van 7 december 2005, houdende wijziging van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten tot implementatie van richtlijn 2005/51/EG van de Commissie van 7 september 2005 tot wijziging van bijlage XX bij Richtlijn 2004/17/EG en van bijlage VIII bij Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende overheidsopdrachten en enkele andere wijzigingen, *Stbl.* 2005, 650, p. 1-8.

123 Zie voor een uitvoerige behandeling van de implementatietechniek: Elisabetta Manunza, *l.c. Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005, p. 81-90 (zie *supra* noot 40); en *l.c. SEW* 2004 (zie *supra* noot 40), in het bijzonder paragraaf 5.

De bepalingen die optionele harmonisatie beogen, zijn bijvoorbeeld de keuzebepalingen over mogelijke nieuwe aanbestedingsprocedures. De richtlijnen geven de lidstaten de mogelijkheid gebruik te maken van raamovereenkomsten, aankoopcentrales, dynamische aankoopssystemen, elektronische veilingen en concurrentiegerichte dialoog (zie overweging 16 van de considerans). De considerans zegt daarover met zoveel woorden: 'teneinde rekening te houden met de bestaande verschillen in de lidstaten moeten zij zelf kunnen kiezen of zij bepalen dat de aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van ...' etc. De opzet van de Nederlandse regering was om, in het Bao en het Bass, volledig gebruik te maken van alle beschikbare opties. In dit verband zij vermeld dat in het ARW 2005 wel was afgezien van de mogelijkheid om ook dynamische aankoopssystemen en aankoopcentrales te regelen. Kennelijk achtte men die niet geschikt voor opdrachten voor werken.

Het Bao was de eerste uitgebreide regeling van overheidsaanbestedingen die de Nederlandse wetgever tot stand heeft gebracht. Slechts op zeer ondergeschikte onderdelen bevatte het Bao eigen opvattingen van de wetgever. Zo koos de wetgever ervoor om een zinsnede uit art. 25 van de richtlijn niet over te nemen, die stelt dat het bekendmaken van de beoogde onderaannemer in de inschrijving van de hoofdaannemer, de aansprakelijkheid van deze laatste onverlet laat. Volgens de Nota van Toelichting worden dergelijke contractuele gevolgen door partijen zelf geregeld via het proces van aanbod en aanvaarding, waaruit zou voortvloeien dat '(...) indien een inschrijver niet kan instemmen met de door de aanbieder in het beschrijvend document of aanbestedingsdocument aangegeven aansprakelijkheidsregeling, hij deze regeling uitdrukkelijk dient te verwerpen.'

De praktijk van de aanbestedende diensten (waaronder ook de rijksaanbesteders) is echter volkomen anders. Een van de problemen bij aanbestedingen in Nederland is namelijk dat inschrijvers geen middelen hebben om zich tegen onwenselijke of zelfs onaanvaardbare bedingen te verzetten: commentaar leidt tot ongeldigheid van de aanbiedingen.¹²⁴

124 Zo bevat het ARW 2005 (evenals andere reglementen) de regel dat aan alle eisen van de aanbesteder dient te worden voldaan (art. 2.25.1) en bovendien een verbod op het stellen van voorwaarden (art. 2.25.2). Zie over dit probleem R.G.T. Bleeker, 'Contractsdwang en rechtsbescherming', *Bouwrecht* 2003, p. 773-777. Zie in deze zin ook C.E.C. Jansen en E.R. Manunza, *l.c.* *NJB* 2006, nr. 19, p. 1038-1043 (zie *supra* noot 54).

Raamwet

In 2006 heeft de Nederlandse wetgever gepoogd een integraal en consistent aanbestedingsbeleid in de wet vast te leggen: het Voorstel van wet houdende regels omtrent het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale sectorbedrijven of Aanbestedingswet¹²⁵. Via het wetsvoorstel moet worden voldaan aan Europese en internationale verplichtingen, wordt de grondslag gelegd om bij AmvB de Europese Richtlijnen voor overheidsopdrachten te implementeren én regels ter uitvoering van nationaal aanbestedingsbeleid te kunnen opnemen.

De feitelijke aanbestedingsregelgeving wordt dus vooral in de besluiten opgenomen, waarvoor de nieuwe wet het raamwerk geeft. Deze besluiten zouden gebaseerd worden op het Bao en Bass, aangevuld met het nationale aanbestedingsbeleid. Het wetsvoorstel bestond voor meer dan een derde (10 van de 28 artikelen) uit definitiebepalingen, en overigens uit zes bepalingen die enkele beginselen codificeren (9 t/m 14) en ten slotte uit aanknopingspunten voor verdere regelgeving. Inhoudelijk bevatte het voorstel drie kernpunten, namelijk een verplichte integriteitscreening (zie hiervoor par. 5.3); een regeling voor opdrachten onder de drempel; en een proportionaliteitseis. De wet is op 20 september 2006 door de Tweede Kamer aangenomen. Het voorstel is echter op 8 juli 2008 in de Eerste Kamer gestrand, vanwege bezwaren tegen het uitgangspunt dat de regels met name in uitvoeringsbesluiten zouden worden neergelegd.¹²⁶

De wetgever heeft daarna de opzet van een raamwet verlaten en een voorstel ingediend waarin vrijwel alle aanbestedingsrechtelijke verplichtingen in de wet zelf waren opgenomen (zie hierna paragraaf 5.4).

5.3. *Casus implementatietechniek: de uitsluiting bij ongewenst gedrag van inschrijvers*

Ter illustratie van de Europeesrechtelijke vragen die bij de interpretatie van de geïmplementeerde richtlijnen kunnen rijzen, is het interessant om als voorbeeld aandacht te besteden aan de wijze waarop de wetgever onder het Bao en later onder de Aanbestedingswet de uitsluitingsgronden in de richtlijn behandeld heeft.

125 *Kamerstukken I* 2005/06, 30 501, nr. 1, regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale- sectorbedrijven (Aanbestedingswet).

126 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 501, nr. 38.

In Nederland is in het bijzonder na de Bouwaffaire van 2001 gediscussieerd over de vraag of prijsafspraken bij aanbestedingen gebracht dienden te worden onder de 'ernstige (beroeps)fouten' van art. 45 lid 2 sub d Richtlijn 2004/18/EG dan wel onder de categorie van 'beroepsgedragsregels' van art. 45 lid 2 sub c. In het eerste geval biedt de richtlijn de mogelijkheid om iedere grond die de aanbesteder aannemelijk kan maken als bewijs toe te laten, terwijl in het tweede geval een beslissing met kracht van gewijsde van de bevoegde rechter is vereist. Die vraag was niet slechts actueel omdat er grote hoeveelheden veroordelingen van vrijwel het volledige Nederlandse corps van bouwbedrijven op stapel stonden, maar ook omdat zojuist was ingevoerd de Wet BIBOB (hetgeen staat voor Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur).¹²⁷ Ingevolge die wet kunnen overheden voor enkele categorieën ondernemingen in geval van vergunningsaanvragen of overheidsopdrachten onderworpen worden aan een screening, waarbij diverse gesloten gegevensbestanden worden doorzocht op aanwijzingen voor mogelijk gevaar bij honorering van de vergunningsaanvraag of verstrekking van de opdracht. Die screening zelf geschiedt door een Bureau BIBOB, dat ressorteert onder het Ministerie van Justitie. De bouwsector was een van de aangewezen sectoren.¹²⁸ In de Wet zelf werd de keuze tussen een van beide categorieën delicten nog niet gemaakt. De Beleidsregels integriteit en uitsluiten bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004 (die in 2011 zijn ingetrokken) maakten die keuze wel: de Minister (van Justitie) koos ten aanzien van boetebeschikkingen opgelegd door de Nederlandse Mededingingsautoriteit voor de (ruimere) categorie van de 'ernstige fout'.¹²⁹ Dat is Europeesrechtelijk bijzonder interessant, want hier is aan de orde de vrijheid

127 Onderdelen van deze wet zijn per 1 september 2002 (*Stbl.* 2002, 347 en 502) en per 1 juni 2003 (*Stbl.* 2003, 216) in werking getreden. Zie voor een behandeling van de 'tekortkomingen' van deze wet: R.G.T. Bleeker, 'De wet BIBOB', *Bouwrecht* 2003, p. 90-97. Zie verder ook E.R. Manunza, 'Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht?', *Bouwrecht* september 2003, p. 747-757 en Deel II van E.R. Manunza, *o.c.* 2001 (zie *supra* noot 13).

128 Overigens op destijds zwakke gronden, namelijk op basis van de stelling dat in New York sprake zou zijn van bewezen banden tussen bouwsector en de georganiseerde criminaliteit, zodat een dergelijke band ook in Nederland mogelijk zou zijn. Hoe ingrijpend de mededingingsrechtelijke delicten van de Nederlandse bouwsector ook zijn, van enige band met 'de' onderwereld ontbreekt tot heden ieder spoor.

129 *Stcrt* 2004, 40. Opmerkelijk in dit verband is Vrzgr Maastricht 3 maart 2006 (*Bouwrecht* 2006, p. 668, m.n. S.J.H. Rutten en E.J. Stalenberg), die een boetebeschikking van de NMa niet als een 'ernstige fout' beschouwt, expliciet in afwijking van art. 6 van de Beleidsregels.

van de nationale overheid om begrippen die door de Europese wetgever niet zijn gedefinieerd, van een nationale betekenis te voorzien.

Bij de implementatie van de oude richtlijnen overheidsopdrachten (van voor 2004), en bij de opstelling van de wet BIBOB, was men ten onrechte van het standpunt uitgegaan dat de richtlijnen overheidsopdrachten geen discretionaire bevoegdheid aan de nationale wetgever overlieten om eigen beleid te voeren, omdat deze een 'gesloten, dwingend' stelsel zouden kennen. Later heeft de wetgever dat standpunt verlaten.¹³⁰ Dit verschil in benadering is overigens niet ingegeven door het feit dat het *type harmonisatie* van de nieuwe richtlijnen veranderd is ten opzichte van de oude. Zowel bij de oude als bij de nieuwe richtlijnen is er sprake van minimumharmonisatie. Dit betekent dat richtlijn 2004/18/EG ruimte laat aan de lidstaten voor het voeren van eigen beleid, mits dit niet in strijd is met overige primair en secundair Unierecht. Tegelijkertijd kent de richtlijn ook bepalingen die volledig zijn geharmoniseerd, hetgeen niet betekent dat de lidstaten op dat punt helemaal niets meer mogen. De bepaling in kwestie, art. 45, is hiervan een uitstekend voorbeeld. Deze bepaling bevat een *limitatieve* lijst van uitsluitingsgronden. Technisch gesproken is er op dit punt dus sprake van een *volledig* geharmoniseerd systeem van uitsluitingsgronden. Inschrijvers op een aanbestedingsprocedure mogen *alleen* op deze gronden worden uitgesloten. Maar dit betekent niet dat op het punt van de uitsluiting lidstaten niets meer zelf mogen beslissen, want zij zijn verantwoordelijk voor de *invulling* van de 'communautaire' begrippen die in art. 45 worden genoemd maar daarin niet zijn gedefinieerd. Deze bevoegdheid komt toe aan de lidstaten.

Deze zienswijze was door de Commissie overigens al in ander verband in 2001 bekend gemaakt. Zij vermeldde in twee interpretatieve mededelingen uit dat jaar, betreffende de mogelijkheden om (resp.) milieu- en sociale overwegingen bij de gunning van overheidsopdrachten toe te passen,¹³¹ dat dit begrip als zodanig nog niet in communautaire wetgeving of jurisprudentie was gedefinieerd en dat de lidstaten daarom vrij blijven dit begrip zelf in hun nationale wetgeving in te vullen.¹³²

In de considerans bij Richtlijn 2004/18/EG zelf licht de Europese Commissie toe op welke onderdelen van het aanbestedingsrecht de

130 Zie het 'Visiedocument', *Kamerstukken II* 2003/04, 29 709, nr. 1: 'De ruimte die de richtlijnen overlaten voor nationaal beleid zal hierbij worden benut'.

131 COM(2001) 274 def. van 7 juli 2001, par. 2.1 en COM(2001) 566 def. van 15 oktober 2001, par. 1.3.1.

132 Dit betekent dat, in tegenstelling tot hetgeen in het juridisch deel van het Eindrapport van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid is vermeld, de →

harmonisatiemaatregel betrekking heeft, en op welke onderdelen lidstaten juist ruimte behouden om eigen beleid te voeren. Overweging 43, ten aanzien van de uitsluitingsgronden, luidt: 'De niet-naleving van de milieuwetgeving of van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, ten aanzien waarvan een onherroepelijk vonnis of een beslissing met vergelijkbare werking wegens onwettige afspraken is uitgesproken, kan als een delict dat in strijd is met de beroepsgedragsregels van de ondernemer of als een ernstige fout worden beschouwd, *indien het nationale recht daartoe strekkende bepalingen bevat*' (cursivering auteurs).

De kwestie is in het Bao verder geregeld via een COVOG-verklaring. In art. 46, lid 2 van het Bao stond dat er een centrale instantie is, die de verklaringen zal afgeven ter zake van de hiervoor bedoelde omstandigheden (ernstige fout of handelingen in strijd met de beroepsgedragsregels). Dat orgaan (Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag, afgekort COVOG) heeft ingevolge de Wet op de Justitiële Documentatie inzicht in gegevensbestanden over veroordelingen maar ook lopende onderzoeken, over delicten die niet geheel identiek zijn aan de gronden in de BIBOB Beleidsregels, zodat weigering van afgifte van een COVOG-verklaring niet direct een uitsluitingsgrond oplevert, aldus ook de Nota van toelichting. In zo'n geval dient de aanbieder de beschikking van het COVOG te tonen, waaruit de weigeringsgrond moet blijken.

De toelichting tekent daarbij wel aan dat de uitsluiting proportioneel en niet-discriminatoir moet zijn. De proportie betreft dan de ernst van de overtreding, en de duur van de uitsluiting. Die termijn mag niet op voorhand gefixeerd zijn, aldus de toelichting. Een bandbreedte vaststellen mag wel. Ook nadien door de onderneming getroffen preventie-maatregelen zijn van invloed op de mogelijke uitsluiting. De Nota geeft daarvan ook een voorbeeld: een en ander kan 'er toe leiden dat de aanbestedende dienst om dwingende redenen van algemeen belang niet overgaat tot het uitsluiten van bijvoorbeeld een onderneming die ooit veroordeeld is wegens omkoping, maar in de jaren volgend op die veroordeling aantoonbaar maatregelen heeft genomen om herhaling van strafbare of anderszins onregelmatige gedragingen door werknemers of door de onderneming te voorkomen en voorts op die ene veroordeling geen andere veroordelingen zijn gevolgd.' Dergelijk 'maatwerk' moet natuurlijk

uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' reeds onder de oude richtlijnen overheidsopdrachten kon worden gehanteerd om bijvoorbeeld bedrijven die in strijd met het mededingingsrecht hebben gehandeld van een aanbesteding uit te sluiten. Zie p. 51-53 van het PEC-Eindrapport, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244, nrs. 5-6.

voorkomen dat het voltallige Nederlandse bouwbedrijfsleven voor een aantal jaren buiten spel wordt gezet.

In het voorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet uit 2006 heeft de wetgever een andere benadering gekozen door middel van een verplichte integriteitsscreening.

Met een regeling van de integriteit van de overheid wordt bedoeld: maatregelen om corruptie te voorkomen. Daarmee is niet alleen corruptie door ondernemingen bedoeld maar juist ook corruptie bij de overheid. Een dergelijke regeling is dus ook bedoeld voor de bevordering van het vertrouwen van burgers in de overheid.

In art. 19 wordt de basis gelegd voor dat beleid, op basis van het uitgangspunt dat iedere deelnemer aan een aanbesteding een integriteitsverklaring dient over te leggen, en dat een verzuim dient te leiden tot uitsluiting.

Vermeldenswaardig is dat de Raad van State in zijn advies op het wetsvoorstel op dit punt bezwaren maakte.¹³³ Hij was namelijk van mening dat Richtlijn 2004/18/EG in artikel 45 lid 2 slechts de *mogelijkheid* opent en niet een *verplichting* voor een aanbestedende dienst om van gegadigden of inschrijvers een dergelijke verklaring te vragen. De Raad maakte voorts bezwaar tegen de strenge consequentie die het voorstel verbindt aan het niet overleggen van een (actuele) integriteitsverklaring aanbesteden (COVOG-verklaring), namelijk een verplichte uitsluiting.

De Minister van Economische Zaken heeft de mening van de Raad van State op dit punt op overtuigende wijze weerlegd: art. 45 is een uitstekend voorbeeld van de hierboven (par. 4.3) besproken minimum-harmonisatie-techniek. In lid 2 van deze bepaling is immers de *mogelijkheid* voor lidstaten vervat om een discretionaire bevoegdheid ('kan worden uitgesloten') te hanteren. Het gaat hier om een bevoegdheid die door een lidstaat al dan niet volledig kan worden benut.

In het voorstel kiest de regering voor benutting van deze bevoegdheid in die zin dat er in een systeem wordt voorzien waarin een centraal orgaan een integriteitsverklaring aanbesteden verstrekt wanneer van bepaalde uitsluitingsgronden niet is gebleken. Het ontbreken van deze verklaring heeft uitsluiting van deelneming aan de aanbestedingsprocedure tot gevolg. Die methode past in het systeem van de richtlijn, zoals blijkt uit de opzet van de richtlijn en uit recente rechtspraak van het Hof

133 *Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 4, regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale- sectorbedrijven (Aanbestedingswet), Advies van de Raad van State en nader rapport.*

van Justitie EG daarover, zoals onlangs bevestigd in het arrest *La Cascina* van 9 februari 2006.¹³⁴ In dat arrest merkt het Hof van Justitie van de EG ten aanzien van dezelfde regeling inzake de uitsluitingsgronden uit de oude richtlijn diensten (art. 29) op: 'in deze context van coördinatie voorziet artikel 29 van de richtlijn in zeven gronden voor uitsluiting van de gegadigden van deelneming aan een opdracht, die betrekking hebben op hun professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid. Deze bepaling laat de toepassing van al die gevallen van uitsluiting ter beoordeling van de lidstaten, zoals blijkt uit de uitdrukking "[v]an deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten [...]", die voorkomt in de aanhef van deze bepaling, [...] (r.o. 21)' (cursivering auteurs).

Het Hof maakt dus duidelijk dat de wijze waarop het systeem van de uitsluitingsgronden op nationaal niveau dient te worden toegepast, ter beoordeling van de lidstaten staat (het Hof spreekt van 'ter beoordeling van de lidstaten' en niet van 'ter beoordeling van de aanbestedende diensten'). Het Hof overweegt verder dat de betrokken bepaling 'zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen terecht opmerkt, zelf enkel de grenzen van de bevoegdheid van de lidstaten vaststelt, in die zin dat deze geen andere uitsluitingsgronden mogen vaststellen dan hierin zijn genoemd (r.o. 22).' Het Hof zegt voorts (overweging 23):

'Derhalve voorziet artikel 29 van de richtlijn ter zake niet in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op Europees niveau, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen, door te kiezen voor een zo ruim mogelijke deelneming aan de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten, of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval *strengere* of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in artikel 29 van de richtlijn opgestelde criteria verlichten of versoepelen.'

Het is dus een bevoegdheid van de lidstaten om ten eerste de uitsluitingsgronden wel of niet in de eigen nationale regeling over te nemen, en ten tweede om te bepalen hoever ze daarmee willen gaan ('strengere of minder strenge toepassing').

Deze uitspraak dient te worden gezien tegen de achtergrond dat richtlijnen instrumenten zijn die op grond van het Verdrag tot de lidstaten

134 HvJ EG van 9 februari 2006, *La Cascina Soc. Coop.arl, Zilch Srl tegen Ministero della Difesa, e.a.*, gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, *Jurispr.* 2006 I-01347.

zijn gericht en niet tot aanbestedende diensten (thans art. 288 VWEU) en dat de lidstaat zelf kan bepalen om de mogelijkheid om de discretionaire bevoegdheid zoals in art. 45 lid 2 geformuleerd, op het niveau van de nationale wetgever uit te oefenen en niet op het niveau van de decentrale overheden (lees hier: aanbestedende diensten).

Het uitoefenen van deze bevoegdheid op het niveau van de nationale wetgever als methode van implementatie, valt overigens ons inziens sterk te prefereren boven de mogelijkheid om een discretionaire bevoegdheid bij de aanbestedende diensten te laten. Immers op deze wijze wordt uniforme toepassing van het Unierecht beter gediend en wordt de rechtszekerheid beter gewaarborgd.

In de Aanbestedingswet 2012 die op 1 april 2013 in werking is getreden heeft de wetgever verdere stappen gezet op deze weg.¹³⁵ De wet bevat nu een apart hoofdstuk over de zogenoemde 'gedragsverklaring aanbesteden' (hoofdstuk 4.1), een fenomeen dat niet voorkomt in de richtlijn. Art. 4.7 van de wet bevat een lijst met delicten die tot ontzegging van een dergelijke verklaring zullen leiden. De bevoegdheid om al dan niet tot uitsluiting over te gaan berust conform het systeem van de richtlijn bij de aanbesteder (art. 2.87), maar de wetgever heeft voor veroordelingen van beroepsgedragsregels en voor ernstige fouten in lid 2 in ieder geval een maximale termijn van 4 jaar gesteld. Voor het overige geeft art. 2.88 Aanbestedingswet 2012 voor zowel de verplichte uitsluitingsgronden van art. 2.86 als de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.87 drie gevallen waarin de aanbesteder niet tot uitsluiting behoeft over te gaan: dwingende redenen van algemeen belang (in art. 45 lid 1 van de richtlijn voorzien ten aanzien van verplichte uitsluitingsgronden); door de inschrijver genomen preventieve maatregelen; en disproportionaliteit van de sanctie gelet op de tijd die sinds de veroordeling is verstreken en het voorwerp van de opdracht.

In de wet is voorts voorzien in een zogenoemde 'eigen verklaring', die door de inschrijver moet worden ingediend, waarin onder meer vermeld moet worden of in de vier jaren voorafgaand aan de aanbesteding sprake is geweest van overtreding van beroepsgedragsregels of ernstige fouten.

135 Zie over deze wet Elisabetta Manunza, 'Nieuwe aanbestedingswet. Een gemiste kans voor een betere ordening van de markt voor overheidsopdrachten', *NJB* 29 oktober 2010, afl. 37, p. 2408-2413; Elisabetta Manunza, *Een beschouwing van doel en effectiviteit ex ante van de Aanbestedingswet 2012*, Europa Instituut working paper 04/12, p. 1-9. Zie:

[http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_EUROPA/Manunza%2004%20working%20paper%20Europa%20Instituut%20De%20nieuwe%20Aanbestedingswet%20\(met%20notenapparaat%20WAJ\).pdf](http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_EUROPA/Manunza%2004%20working%20paper%20Europa%20Instituut%20De%20nieuwe%20Aanbestedingswet%20(met%20notenapparaat%20WAJ).pdf).

In het bij wet vastgestelde formulier waarop die opgave dient te worden gedaan heeft de wetgever het mogelijk gemaakt dat de inschrijver, die een dergelijke overtreding of fout meldt, een uiteenzetting kan opnemen die voor de aanbesteder aanleiding kan zijn om toch niet tot uitsluiting over te gaan, bijvoorbeeld inmiddels getroffen preventieve maatregelen. Ook deze uitwerking is in de richtlijnen niet te vinden.

In het decennium dat ligt tussen de invoering van de wet BIBOB en de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 heeft de wetgever derhalve een geheel andere visie ontwikkeld op de beleidsvrijheid bij de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen, in het bijzonder op het onderdeel van de uitsluitingsgronden.

5.4. *Aanbestedingswet 2012*

Nadat de eerste poging om een overkoepelende aanbestedingsregeling tot stand te brengen op 8 juli 2008 in de Eerste Kamer was gestrand (zie hiervoor paragraaf 5.2), is op 1 april 2013 alsnog de Aanbestedingswet 2012 van kracht geworden.¹³⁶ In afwijking van het uitgangspunt van het eerste wetsvoorstel is de Aanbestedingswet 2012 geen raamwet, maar regelt de wet zelf de belangrijkste verplichtingen. De wet is verdeeld in vier delen. Het eerste deel bevat behalve begripsbepalingen de 'beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden'; het tweede deel bevat de implementatie van richtlijn 2004/18/EG (de algemene richtlijn voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten); het derde deel bevat de implementatie van richtlijn 2004/17/EG (de richtlijn voor overheidsopdrachten in de nutssectoren); en het vierde deel bevat met name de regels over de 'gedragsverklaring aanbesteden' (zie hiervoor paragraaf 5.3) en de regels over de rechtsbescherming (zie hierna uitvoeriger paragraaf 6).

In het eerste deel heeft de wetgever niet alleen de beginselen willen codificeren, die in de rechtspraak van de Europese en nationale rechter over aanbestedingen zo'n grote rol spelen (met name de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit; respectievelijk art. 1.8, 1.9 en 1.10); maar ook enkele andere beginselen of uitgangspunten neergelegd.

Zo eist art. 1.4 lid 1 dat de aanbesteder aan de hand van 'objectieve criteria' bepaalt hoe de keuze voor een aanbestedingsprocedure wordt gemaakt, en lid 2 eist dat gestreefd wordt naar een zo groot mogelijke

136 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2102). *Stb.* 2012, 542.

maatschappelijke waarde van de geïnvesteerde publieke middelen Art. 1.5 verlangt dat opdrachten niet 'onnodig' worden samengevoegd. Over beide aspecten van de gekozen procedure dient de aanbesteder verantwoording af te leggen door een afdwingbare motiveringsplicht. Op grond van art. 1.6 moet de aanbesteder voorts zorgen voor een zo groot mogelijke beperking van administratieve lasten voor alle betrokkenen. Een dergelijke poging tot objectivering van doelmatigheidsoverwegingen bij overheidsbeslissingen is in het aanbestedingsrecht zonder weerga. Het zal in belangrijke mate afhankelijk zijn van de bereidheid van ondernemingen om gehanteerde motiveringen ter discussie te stellen, of op basis van deze uitgangspunten methodes ontwikkeld kunnen worden waarmee de nagestreefde doelmatigheid gemeten kan worden.

Een ander opvallend element van dit deel van de wet is de uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel, dat in de parlementaire behandeling van de wet een zeer grote rol heeft gespeeld.¹³⁷ Op grond van art. 1.10 dienen eisen, voorwaarden en criteria in een redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht te worden gebracht (deze regel geldt voor Europese aanbestedingen, op grond van art. 1.13 en 1.16 geldt hetzelfde bij nationale openbare respectievelijk onderhandse aanbestedingen). Opmerkelijk is onder meer dat lid 2 sub h deze verplichting ook uitstrekt tot de contractuele voorwaarden van de opdracht. Aldus wordt voor overheidsopdrachten een maatstaf geïntroduceerd die verwant is aan de grijze en zwarte lijst voor consumententransacties in het BW, nu die maatstaf is uitgewerkt in de zogenoemde Gids Proportionaliteit.¹³⁸ Dat is een 'richtsnoer', dat ingevolge lid 3 via het Aanbestedingsbesluit is vastgesteld, nadat de tekst daarvan tot stand is gekomen in een 'schrijfgroep' bestaande uit afgevaardigden van overheid en bedrijfsleven. Van het grote belang dat de parlementaire wetgever aan deze regeling hechtte getuigt lid 5, waarin beide kamers vier weken inzage wensten in het ontwerp. In deze Gids van 15 januari 2013 zijn twintig voorschriften opgenomen alsmede overwegingen over de proportionaliteit van eisen in alle aspecten van de aanbestedingsprocedure. Vijf van die voorwaarden betreffen de contractuele voorwaarden, en een daarvan bevat het uitgangspunt dat beschikbare contractmodellen die paritair zijn vastgesteld integraal behoren te worden toegepast. Als voorbeeld worden de UAV

137 Zie hierover bijvoorbeeld R.G.T. Bleeker, De wetgever en het bestuur. Over de status van de Gids Proportionaliteit, zwarte en grijze lijsten en de commissie van aanbestedingsexperts, *TBR* 2012, p. 1193 e.v.

138 Zie R.G.T. Bleeker, UAV of AV 2012. Aansprakelijkheid na oplevering, bouwstoffen en de Gids Proportionaliteit, *TBR* 2012, p. 797 e.v.

2012 en de UAVGC 2005 genoemd voor opdrachten tot aanneming van werk. Blijkens de toelichting kan slechts 'projectspecifiek' van deze voorwaarden worden afgeweken, waarmee de motiveringsplicht van art. 1.10 lid 4 ('pas toe of motiveer') lijkt te worden aangescherpt.

Het eerder genoemde Aanbestedingsbesluit bevat behalve de aanwijzing van de Gids Proportionaliteit verder de aanwijzing van het ARW 2012 (zie paragraaf 5.5 hierna), en de vaststelling van modellen voor de zogenoemde 'eigen verklaring', die door gegadigden of inschrijvers kan worden ingediend in plaats van de voorheen vaak gevraagde omvangrijke stukken over financiële draagkracht en technische bekwaamheid.

Ten slotte zij vermeld dat er op basis van het 'flankerend beleid' bij de Aanbestedingswet 2012 nog 'richtsnoeren voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen en diensten' op 13 mei 2013 zijn vastgesteld door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Ook die richtsnoeren zijn geformuleerd door een schrijfgroep bestaande uit vertegenwoordigers van overheid en bedrijfsleven. Deze richtsnoeren bevatten aanbevelingen voor de inrichting van aanbestedingsprocedures in deze sectoren, en geen uitgewerkte regels zoals die gelden voor aanneming van werken (het ARW 2012).

Het derde deel van de Aanbestedingswet 2012 bevat de implementatie van richtlijn 2004/18/EG. Die regeling is grotendeels ontleend aan het eerder geldende Bao (zie hiervoor paragraaf 5.2). Belangrijke wijzigingen ten opzichte van het Bao betreffen de verplichte toepassing van de eigen verklaring (afdeling 2.3.4); de normering van geschiktheidseisen ter zake van technische bekwaamheid (art. 2.90 lid 4: ten hoogste driemaal de waarde van de opdracht) en financiële draagkracht (art. 2.90 lid 3: geen omzeteis behoudens motivering met 'zwaarwegende argumenten'); het uitgangspunt van het gunningscriterium van de 'economisch meest voordelige aanbieder' (art. 2.114, behoudens gemotiveerde afwijking) en de introductie van de 'gedragsverklaring aanbesteden' (zie hiervoor par. 5.3).

Dezelfde wijzigingen gelden voor de regeling van overheidsopdrachten voor de nutssectoren in deel drie van de wet, grotendeels via verwijzingsbepalingen.

5.5. ARW 2012

Van oudsher hanteren ministeries die gebruikmaken van openbare aanbestedingen voor werken daartoe algemene voorwaarden. Ofschoon dat niet de meest aangewezen plaats lijkt voor de regeling van precontractuele verhoudingen, werden die algemene voorwaarden geïncorporeerd in vaststellingsbesluiten, die weliswaar ook geen recht in materiële zin vormden, maar toch enige publiekrechtelijke status aan de bepalingen verleenden. Pas met het hiervoor genoemde BAW van 1973 kregen de voorwaarden een rechtens afdwingbare status. De voorwaarden naar welke in het eerste BAW werd verwezen waren onder meer gebaseerd op de richtlijn van 1971. Dit UAR 1971 was tevens het eerste aanbestedingsreglement dat voor alle zogenoemde bouwministeries gold. Nadien is aldus ook het UAR 1986 vastgesteld, bovendien in overleg met andere overheden en met het bedrijfsleven (in een zogenoemd Breed Overleg). Pas dit reglement bevatte zodanig nauwkeurige normen, dat gegadigden en inschrijvers op basis daarvan beslissingen van aanbesteders konden aanvechten. Dat heeft geleid tot een tamelijk omvangrijke rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, aan welke instituut de geschillenbeslechting was opgedragen. Door de rechtspraak van deze Raad heeft het Nederlandse aanbestedingsrecht vorm gekregen, want tot voor kort werd in andere sectoren dan de bouwnijverheid nauwelijks over aanbestedingen geprocedeerd.¹³⁹

Over de opvolger van het UAR 1986 is langdurig in breed overleg gediscussieerd, uiteindelijk zonder resultaat, want het UAR 2001 is door de Ministeries weer eenzijdig vastgesteld. Dat gold ook voor het ARW 2004 en 2005, over welke reglementen (in de nasleep van de bouwaffaire) ook geen overleg heeft plaatsgevonden; en ten slotte ook voor het huidige ARW 2012.

Behalve deze reglementen voor de opdracht van werken door de rijksoverheid hanteren ook andere overheden eigen reglementen (zoals de Gemeente Rotterdam). De beheerder van Nederlandse railinfrastructuur ProRail hanteert (binnen de kaders van de richtlijn nutssectoren) eveneens een eigen reglement (het ARN 2013).

Voorts maken rijksoverheidsdiensten voor de aanbesteding van diensten gebruik van een reglement (ARVODI 2011). Aangezien het

139 Inmiddels wordt in de dienstensector even frequent geprocedeerd. Over leveringen en aanbestedingen in de nutssector wordt aanmerkelijk minder geprocedeerd. Zie R.G.T. Bleeker, 'De gewone rechter in aanbestedingszaken', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2006, p. 279 e.v.

ARW 2012 het reglement is dat het meest wordt gehanteerd, besteden wij daaraan hierna aandacht. Het ARW is in het Aanbestedingsbesluit vastgesteld als 'richtsnoer' in de zin van art. 1.22 Aanbestedingswet, waarin de voorschriften zijn opgenomen voor overheidsopdrachten voor werken onder de Europese drempels. Krachtens lid 2 van dit artikel dienen die voorschriften te worden gehanteerd tenzij daarvan gemotiveerd wordt afgeweken. Die afwijking dient ingevolge lid 3 te worden gemotiveerd.

Het ARW 2012 is een omvangrijk boekwerk (243 pagina's met kleine letters). Dat komt voornamelijk omdat in elf hoofdstukken de volledige regeling van diverse procedures helemaal wordt uitgeschreven. Dat was in de vorige aanbestedingsreglementen in Nederland niet de gewoonte: daarin werd alleen de openbare aanbesteding geheel uitgeschreven, terwijl de regeling van de overige procedures geschiedde door verwijzing naar overeenkomstige bepalingen uit de openbare aanbesteding. Bovendien bevat iedere pagina van het ARW twee teksten: links staat de Europese aanbesteding afgedrukt, en rechts de Nederlandse (dat wil zeggen de niet door de richtlijn geregeerde procedure).

Wij bespreken hierna slechts enkele onderdelen waarin de opstellers van het ARW de grenzen van het Europeesrechtelijk toelaatbare hebben opgezocht.

In de eerste plaats bevat het ARW in dit verband een regeling van nadere inlichtingen in geval van een gerechtvaardigd commercieel belang (voor de openbare procedure: art. 2.14.1). De opstellers van het ARW vonden dat ter bevordering van innovatie in de bouw ruimte moest worden gevonden voor voorafgaande communicatie tussen een inschrijver en de aanbesteder. In het ARW 2004 had men reeds een dergelijke regeling uitgetoetst in het kader van de regeling van varianten. In het ARW 2005 en thans in het ARW 2013 heeft men voor deze delicate wens het fenomeen van de nadere bilaterale inlichtingen ontwikkeld. Een inschrijver die een vraag heeft over de gestelde eisen, maar die meent dat publieke beantwoording van die vraag schade zou kunnen toebrengen aan zijn gerechtvaardigde commerciële belangen, mag de aanbesteder verzoeken om een vertrouwelijk antwoord op de vraag. De aanbesteder kan dat verzoek honoreren wanneer een dergelijk vertrouwelijk antwoord jegens de concurrentie niet discriminatoir zou zijn, en wanneer het antwoord niet zou leiden tot een wijziging van de eis. Aangezien verificatiemogelijkheden ontbreken (het proces-verbaal met de antwoorden is dus vertrouwelijk) biedt de regeling veel ruimte voor misbruik. De regeling lijkt reeds in strijd met overweging 30 van de Algemene Richtlijn, dat

voorschrijft dat nadere inlichtingen in het bestek of een vergelijkbaar document moeten worden opgenomen.

Dat de mogelijkheden voor verstrekking van inlichtingen beperkt moeten worden uitgelegd blijkt inmiddels ook uit het arrest van het Hof van Justitie EU van 10 mei 2012 in een zaak van de Commissie tegen Nederland (een aanbesteding van de Provincie Noord-Holland, waarin het Max Havelaar-keurmerk werd verlangd voor de levering van koffie, zaak C-368/10, overwegingen 54 en 55).

Desalniettemin heeft de wetgever deze mogelijkheid overgenomen in de Aanbestedingswet 2012 (art. 2.53 lid 3). Wel eist de Aanbestedingswet 2012 dat in het proces-verbaal van aanbesteding wordt vermeld dat vertrouwelijke inlichtingen zijn verstrekt (art. 2.132). In de corresponderende bepaling in het ARW (2.21.2) is deze verplichting ten onrechte niet overgenomen.

De balans tussen innovatiebevordering en eerlijke concurrentie is hier dus teveel naar de eerste kant doorgeslagen.

In de tweede plaats vermelden wij de regeling van de variant. In Nederland was voorheen indiening van een (zoals dat destijds heette) 'alternatief' mogelijk wanneer dat technisch tenminste gelijkwaardig was aan hetgeen was voorgeschreven, betrekking had op een voorgeschreven technische constructie, werkwijze of bouwstof, en een wezenlijke wijziging betekende (art. 17 UAR 2001). Van die mogelijkheid werd veelvuldig gebruik gemaakt, hetgeen onder meer leidde tot tamelijk omvangrijke rechtspraak van de Raad van Arbitrage. Door het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Traunfellner* van 16 oktober 2003 zijn de opstellers gaan twifelen aan de Europese houdbaarheid van dat systeem.¹⁴⁰ In dat arrest oordeelde het Hof dat een Oostenrijkse aanbesteder in zijn bestek niet kon volstaan met verwijzing naar de wet, waarin de regel was neergelegd dat een variant in beschouwing kon worden genomen wanneer die technisch tenminste gelijkwaardig was. Volgens het Hof vloeide uit de letterlijke tekst van (destijds) art. 19 van Richtlijn 93/37/EG voort dat de minimumeisen in het bestek zelf moeten staan. De opstellers van het ARW hebben voor deze beperkte regeling uit de richtlijn gekozen: art. 2.18.3 verplicht de aanbesteder in aankondiging of bestek minimumeisen te formuleren. De praktijk leert dat aanbesteders daar grote moeite mee hebben, terwijl inschrijvers nog niet gewend zijn dat zij ook varianten kunnen indienen (als voorkomende minimumeisen dat niet verhinderen) op financieel, juridisch en temporeel vlak. Als gevolg

140 HvJ EG 16 oktober 2003, *Traunfellner*, C-421/01, *Jurispr.* 2004 I-11941.

van deze gewijzigde opzet worden thans nauwelijks nog varianten ingediend.

In de derde plaats is in het kader van hiervoor vermelde streven om de communicatiemogelijkheden tussen aanbestedder en inschrijvers te optimaliseren van belang de voorziening in art. 2.23.1, onder de titel 'Verduidelijking van de inschrijving'. De voorziening is geënt op een Verklaring van de Raad en Commissie uit 1993.¹⁴¹

Die Verklaring luidde: 'De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, uitgesloten zijn; wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud'.

De opstellers van het ARW hebben die Verklaring als volgt willen codificeren: 'Op verzoek van de aanbestedder kunnen besprekingen met inschrijvers plaatsvinden met het oog op een verduidelijking van de inhoud van hun inschrijving, alsmede van de eisen van de aanbestedder, voor zover dit geen discriminatie veroorzaakt. Onderhandelingen met inschrijvers over fundamentele punten van de opdracht, waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, zijn uitgesloten'.

Een dergelijke mogelijkheid is echter niet opgenomen in de richtlijn zoals die elf jaar na bedoelde Verklaring is vastgesteld. De richtlijn kent slechts de mogelijkheid van een toelichting op de ingediende stukken met betrekking tot de geschiktheid van de inschrijver (en niet ten aanzien van diens inschrijving), zie art. 51 van richtlijn 2004/18/EG. Desalniettemin heeft de wetgever ook op dit punt het ARW gevolgd (art. 2.55 Aanbestedingswet).

Naar de letter genomen (en de ervaring leert dat aanbesteders en hun adviseurs deze regels zo lezen) wordt aldus de mogelijkheid tot onderhandelingen na aanbesteding gesuggereerd, wanneer maar niet over fundamentele punten zoals de prijzen wordt gesproken.

In dit verband is interessant dat de opstellers van het ARW de waarde van een dergelijke verklaring hebben overschat.

141 *Verklaring ad art. 7, lid 4 van richtlijn 93/37/EG*, van 14 juni 1993, van de Raad van de Europese Gemeenschappen, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

Omdat het VWEU geen interpretatiebevoegdheden aan de Raad en/of Commissie attribueert (daartoe is slechts het Hof van Justitie EU ex art. 267 VWEU bevoegd), is het Hof namelijk niet snel geneigd om dergelijke verklaringen in zijn beslissingen te betrekken. Het Hof stelt daarbij enkele cumulatieve eisen, die in het kort op het volgende neerkomen.¹⁴² De verklaring dient in het kader van het wetgevingsproces van de bepaling waarop de verklaring betrekking heeft te zijn aangenomen. Dat is bij de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen dus niet het geval. Van belang is juist, dat de nieuwe richtlijnen zijn vastgesteld door een andere wetgever (in het nieuwe wetgevingsproces heeft het Parlement meer bevoegdheden en daar heeft het ook intensief gebruik van gemaakt). Bovendien is de bepaling waarop de oude verklaring betrekking had (art. 7 lid 4) blijkens eerder genoemde concordantietabel niet gehandhaafd in de nieuwe richtlijn.

Voorts eist het Hof dat in de aangenomen wetgeving zelf verwezen dient te zijn naar de verklaring, hetgeen al niet voor de oude richtlijn het geval was, maar helemaal niet voor de huidige richtlijn. Ten slotte mag een verklaring slechts dienen om een bestaande bepaling te verklaren, maar niet om enige lacune te vullen. Dat laatste lijkt juist wat men heeft beoogd. Daarom is het de vraag in hoeverre aan die verklaring nog betekenis toekomt, nu het arrest van het Hof in de zaak *Waalse Bussen* demonstreert hoe een 'aanvulling' (en die zal vaak moeilijk te onderscheiden zijn van een 'toelichting') een (verboden) 'wijziging' kan opleveren.¹⁴³

Gelet op het bovenstaande, maar ook op het feit dat art. 2.23.1 op gespannen voet staat met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie verdient deze cruciale fase van de aanbesteding dus een andere regeling. De voorziening gaat overigens terug op een bepaling in de eerdere aanbestedingsreglementen, die een bepaling kenden met dezelfde titel (verduidelijking van de aanbidding). De aanbesteder kon ingevolge die bepaling aan de inschrijver die in aanmerking kwam voor gunning een wijziging of aanvulling van de aanbidding vragen. De bepaling is in 1991 overgenomen in het UAR-EG 1991, het reglement dat diende ter uitwerking van de richtlijn van 1989. Op last van de

142 Zie HvJ EG 26 februari 1991 *ex parte Antonissen*, C-292/89, *Jurispr.* 1991, I-745; HvJ EG 19 maart 1996 *Commissie vs. Raad*, C-25/94, *Jurispr.* 1996, I-1469; HvJ EG 29 mei 1997 *VAG Sverige*, C-329/95, *Jurispr.* 1997, 2675; HvJ EG 18 mei 2000 *Commissie vs. België*, C-206/98, *Jurispr.* 2000, I-3509; en L.A.J. Senden, *o.c.* 2004 (diss UvT; zie *supra* noot 102), p. 391 e.v.

143 HvJ EG 25 april 1996, *Commissie/België*, C-87/94, *Jurispr.* 1996 p. I-02043. Overigens hebben de opstellers van het ARW de term 'aanvulling' niet overgenomen uit de verklaring, hetgeen wellicht al twijfel aan de juridische verbindendheid van de verklaring verraadt.

Europese Commissie, die terecht meende dat sprake was van een inbreuk op het non-discriminatiebeginsel, is de bepaling verwijderd.

Een laatste bijzonderheid van het ARW die vermeldenswaardig is, betreft de voorwaarden voor gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Ook hier is sprake van een relict van de discussie rondom de bouwaffaire.

Reeds (kort) voorafgaand aan de parlementaire enquête zagen overheidsaanbesteders zich regelmatig geconfronteerd met aanbestedingen, waarin de laagste prijs boven het niveau van de raming lag. In die gevallen beriepen aanbesteders zich op de uitzonderingsgronden voor de onderhandelingsprocedures in de richtlijn, te weten de 'niet geschikte' (destijds art. 7, lid 3 sub a, thans art. 31, lid 1 sub a van de Richtlijn) of 'onregelmatige' (destijds art. 7, lid 3, sub a, thans art. 30, lid 1 sub a) aanbidding. De rechtspraak van de Raad van Arbitrage bood die mogelijkheid niet, omdat die Raad de benadering van het HvJEU volgde, dat dergelijke uitzonderingen op het beginsel van openbare aanbidding restrictief uitgelegd dienen te worden. De ministeries die betrokken waren bij de redactie van het UAR 2001 wensten zich bij deze interpretatie niet neer te leggen, en eisten een aanvullende voorwaarde, die luidde dat een aanbestedingsresultaat boven dat van een 'zorgvuldige raming' een rechtvaardiging voor de onderhandelingsprocedure opleverde. Deze discussie vormde het breekpunt voor overeenstemming over de tekst van dat UAR, en leidde tot de hiervoor bedoelde eenzijdige vaststelling van het reglement. Daarbij liet de verantwoordelijke minister in de toelichting nog enigszins potsierlijk aantekenen, dat men 'afstand' nam van bedoelde jurisprudentie, zonder die opmerkelijke kritiek op de rechtspraak juridisch te motiveren. Het ARW 2012 bevat nog steeds dezelfde voorwaarde (art. 2.26.4). Sinds het arrest van het HvJEG van 13 januari 2005,¹⁴⁴ waarin het Hof met zoveel woorden heeft verklaard dat dergelijke amendementen op de tekst van de richtlijn niet zijn toegestaan, moet worden aangenomen dat aan deze voorwaarde geen betekenis toekomt.

6. Publiek-publieke samenwerking

Mede door de groeiende begrotingstekorten van de overheid en door de gewijzigde financiële en economische omstandigheden waarin Nederland door de ingrijpende crisis thans verkeert, en door een wijziging van de

144 HvJ EG 13 januari 2005, *Commissie vs Spanje*, C-84/03, *Jurispr.* 2005 I-00139.

juridische uitgangspunten van de vrije markt economie op Europees niveau, is de discussie herleefd over de omvang van de overheid. Een soortgelijk beeld is zichtbaar in andere EU-landen.¹⁴⁵ De vraag welke taken (en leveringen en werken) beter door de overheid in eigen beheer of in samenwerking met andere overheden kunnen worden uitgevoerd, is op dit moment actueler dan ooit.

In tegenstelling tot enkele jaren geleden, waarin de Nederlandse overheid naar een steeds verdergaande liberalisering in tal van sectoren streefde, is de overheid, onder politieke druk, steeds negatiever gaan denken over de noodzaak om tal van diensten door de markt te laten uitvoeren via een aanbesteding.¹⁴⁶ De veronderstelling daarbij is dat een 'compactere' overheidsorganisatie beter kan presteren en kosten kan reduceren.¹⁴⁷

Los van de vraag of deze doelstellingen überhaupt met inbesteden en publieke samenwerking kunnen worden gerealiseerd, is het in het onderhavige kader natuurlijk de vraag of de overheid wel of niet verplicht is om aan te besteden.

Een aantal ontwikkelingen op Europees niveau maakt beantwoording van deze vraag complexer. Enerzijds heeft de Europese Commissie de afgelopen jaren het belang van marktwerking (en dus van uitvoering via aanbesteding) benadrukt als instrument om uit de economische crisis te geraken. Anderzijds is met het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon een grotere beslissingsruimte voor decentrale overheden erkend.

Het leidende beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging uit het inmiddels reeds jaren geleden ingetrokken EG-Verdrag ([oud] art. 4 EG), is in het Verdrag van Lissabon aangescherpt

145 Deze conclusie wordt bevestigd door de vele vragen die het Hof van Justitie van de EU bereiken op dit terrein en die van rechters uit diverse lidstaten afkomstig zijn. De meeste vragen zijn tot nu toe door de Italiaanse rechter aan het Hof voorgelegd. Elisabetta Manunza heeft het vraagstuk inbesteden en publieke samenwerking eerder besproken in haar in noot 13 aangehaalde preadvies aan de VBR uit 2010.

146 Voorbeelden zijn de zorg, de thuiszorg, taalcursussen ten bate van het inburgeringsproces, het openbaar vervoer, het ophalen en verwerken van afval, het terrein van de woningcorporaties, het forensisch onderzoek in strafzaken, vertaaldiensten e.a.

147 Zie het visiedocument voor een compacte overheid van de minister J.P.H. Donner van Binnenlandse Zaken van het vorige kabinet: 'Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden' van 10 oktober 2011, p.22. Zie ook de aanbestedingsbrief aan de Tweede Kamer, eveneens van 10 oktober 2011 (2011-2000447582). Zie ook het Regeerakkoord van 29 oktober 2012 'Bruggen bouwen'.

door het gebruik van het begrip ‘sociale’ markteconomie gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang (art. 3 lid 3 VEU). Het begrip marktwerking lijkt binnen de Europese economie door de toevoeging van het predicaat ‘sociaal’ aan neutraliteit te hebben ingeboet. Het lijdt geen twijfel dat de ‘nieuwe’ Europese Unie na Lissabon met deze wijzigingen voor een genuanceerde vorm van marktwerking heeft willen kiezen. In de bewoording van Joaquin Almunia, de vice-voorzitter van de Europese Commissie verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid, staat het *Europees samenlevingsmodel* voor een wisselwerking tussen twee essentiële elementen: enerzijds de ruimte die lidstaten, nationale én *lokale overheden*, behouden om zelf te beslissen over de invulling en uitvoering van diensten van algemeen belang, en anderzijds het klassieke interne markt-mededingingsbeleid.¹⁴⁸ In een dergelijke vernieuwde vorm van marktwerking hebben ook decentrale en regionale overheden een grotere beslissingsruimte gekregen. Zo is voor het eerst in het primair Unierecht het beginsel van *regionaal en lokaal zelfbestuur* als constitutionele basisstructuur binnen de EU erkend (tweede lid van art. 4 VEU).

Deze erkenning heeft gevolgen ook voor het aanbestedingsrecht. De regels inzake overheidsopdrachten zijn van toepassing zodra een overheidsinstantie met een derde partij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel over de verrichting van diensten wil sluiten. Of die derde partij nu een particuliere onderneming is of een overheidsinstantie, is daarbij niet relevant. Vanaf het einde van de negentiger jaren kreeg het Hof van Justitie van de EU van de nationale rechter steeds meer vragen doorverwezen over de toelaatbaarheid van publieke uitvoering van taken en leveringen. In 1999 zijn in de zaak *Teckal Srl, Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, de randvoorwaarden door het Hof geformuleerd om van inbesteding te kunnen spreken.¹⁴⁹

Deze constructie is in beginsel alleen mogelijk wanneer de opdrachtnemer al zijn werkzaamheden voor *het merendeel* ten behoeve van de opdrachtgever verricht en deze laatste toezicht op de opdrachtnemer uitoefent als op de eigen diensten. Na *Teckal* zijn deze voorwaarden in diverse zaken door het Hof aangescherpt, waardoor het leek dat inbestedingsconstructies steeds moeilijker werden gemaakt. In de betreffende

148 Zie zijn op 31 mei 2010 in Madrid gehouden speech: *The rol of public services in “Europe 2020”*, CEEP Congress, SPEECH/10/276: ‘(...) Let me repeat that both SGEIs and competition policy are a key part of Europe’s model of society (...)’.

149 HvJ EG van 18 november 1999, C-107/98, *Jurispr.* 1999, I-08121.

zaken, waarin sprake was van vormen van publiek-publieke samenwerking, honoreerde het Hof geen van de inbestedingsconstructies in het geding.¹⁵⁰

De gewijzigde koers in de Europese basisverdragen (het gewijzigde concept 'sociale' markteconomie en erkenning van het beginsel van lokaal en regionaal zelfbestuur), is naar ons oordeel reeds zichtbaar in diverse uitspraken van het Hof van Justitie van de EU van de laatste jaren.¹⁵¹ Die uitspraken zouden een aantal jaren geleden nog ondenkbaar zijn geweest. Een kentering is reeds zichtbaar in 2007 met de Spaanse zaak *Tragsa*¹⁵² en wordt nog duidelijker met de beslissing van het Hof in de zaak *Sea Srl tegen Comune di Ponta Noss*a.¹⁵³ Door in deze zaak te aanvaarden dat een eventuele 'toekomstige' deelneming van particulier kapitaal de inbesteding niet uitsluit, en de mate waarin toezicht aanwezig dient te zijn in consistente mate te verzwakken, wordt duidelijk dat het Hof in ieder geval de mogelijkheden om voor inbesteding te kiezen heeft verruimd.

Kortom: er zijn situaties waarin overheidsinstanties activiteiten samen met andere overheidsinstanties kunnen uitoefenen zonder dat zij de EU-regels inzake overheidsopdrachten behoeven na te leven.

De tweede van deze uitzonderingen die in de jurisprudentie zijn geformuleerd geeft overheidsinstanties de mogelijkheid om met elkaar samen te werken zonder gebruik te maken van een aparte rechtspersoon, anders dus dan in *Teckal*. Deze uitzondering is slechts mogelijk voor de uitvoering van taken van algemeen belang. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in de zaak *Commissie tegen Duitsland* (C-480/06) van 9 juni 2009, een inbreukprocedure, dat overheidsinstanties activiteiten kunnen vervullen van de publieke dienst waarmee zij belast zijn, gebruikmakend van

150 Zie HvJ EG van 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, *Jurispr.* 2005, I-00001; HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, NJ 2006, 171; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, NJ 2006, 226; HvJ EG van 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, *Jurispr.* 2006, I-04137.

151 Zie HvJ EG van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland*, C-480/06, *Jurispr.* 2009, I-04747; HvJ EG van 13 november 2008, *Coditel*, C-324/07, *Jurispr.* 2008, I-08457; HvJ EG van 10 september 2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponte Noss*a, C-573/07, *Jurispr.* 2009, I-08127; HvJ EG van 15 oktober 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, *Jurispr.* 2009, I-09913; vgl. ook de feiten en de beslissing in HvJ EG van 6 mei 2010, *Club Hotel Loutraki AE*, C-145/08 en C-149/08, *Jurispr.* 2010, I-04165.

152 HvJ EG van 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo tegen Transformación Agraria SA (Tragsa) Administración del Estado*, *Jurispr.* 2007, I-02999.

153 HvJ EG van 15 september 2009, C-573/2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponte Noss*a, *Jurispr.* 2009, I-08127.

hun eigen middelen, in samenwerking met andere overheidsinstanties, zonder dat er een specifieke organisatievorm vereist is en zonder dat hoeft te worden gedacht aan de toepassing van de EU-wetgeving op de tenuitvoerlegging van deze concrete organisatievoorwaarden.¹⁵⁴

Het Hof bepaalde dat publiek – publieke samenwerking niet noodzakelijk de oprichting vereist van nieuwe entiteiten die onder gezamenlijke zeggenschap staan (zoals in *Teckal*). Volgens het Hof kan deze gebaseerd zijn op een eenvoudige samenwerking tussen twee of meerdere publieke instanties met als enig doel *samen* de op hen rustende taken van algemeen belang te vervullen. Dit betekent niet noodzakelijk dat iedere overheid bij die samenwerking een gelijk aandeel heeft in de uitoefening van die taken van algemeen belang, aangezien de samenwerking gebaseerd kan zijn op een verdeling van de taken en op specialisatie.

Toch dient er sprake te zijn van een reële samenwerking – in tegenstelling tot een overheidsopdracht waarbij een partij een taak tegen betaling vervult. Tussen de overheden mogen geen andere financiële transfers plaatsvinden dan de vergoeding van de kosten.

De verwezenlijking van een dergelijke samenwerking mag uitsluitend worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, hetgeen iedere vorm van winstgerichtheid en deelneming van particuliere entiteiten of entiteiten met een gemengd kapitaal uitsluit. In de beslissing van het Hof van 19 december 2012 (C-159/11) en in de daarop betrekking hebbende conclusie van de A-G is een aantal van deze elementen nog extra verduidelijkt.

De Europese Commissie heeft inmiddels aan de oproep van ex-commissaris Mario Monti en decentrale en regionale overheden gehoor gegeven en in de op 20 december 2011 ingediende voorstellen ter wijziging van het bestaande juridisch aanbestedingskader de voorwaarden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van het laatste decennium over inbesteden en publieke samenwerking gecodificeerd in art. 11 van het voorstel voor de klassieke sectoren COM(896) def.¹⁵⁵

Hiermee wordt door de Unie niet alleen een duidelijk *statement* gemaakt, namelijk dat de overheid altijd de *discretionaire bevoegdheid* behoudt om zelf taken, diensten, werken e.a. uit te voeren in samenwerking met andere overheden. Tevens wordt voor de eerste keer in de geschiedenis van de Europese Unie ook de onzekerheid weggenomen over de vraag wanneer

154 HvJ EG van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland*, C-480/06, *Jurispr.* 2009, I-04747.

155 Zie supra paragraaf 4.3.

de overheid voor de publieke weg mag kiezen in plaats van voor de markt. Dat is een vraag die jarenlang bijvoorbeeld ook de discussie heeft gedomineerd over de vraag of diensten van algemeen (economisch) belang wel of niet aanbesteed moesten worden.¹⁵⁶ Nu is in ieder geval duidelijk gemaakt dat voor de beantwoording van die *vraag niet de aard van de dienst* maar de voorwaarden waaronder de uitvoering wordt geregeld, doorslaggevend zijn.¹⁵⁷

Wat ook verduidelijkt is in art. 11 van de voorstellen, is dat inbesteden mogelijk is ook op het terrein van andere taken die niet van *algemeen belang* zijn, maar voor welke taak of dienst dan ook. Er moet uiteraard wel in cumulatieve zin aan de voorwaarden worden voldaan die art. 11 van het voorstel voor de nieuwe richtlijn bepaalt.

De verduidelijking dat overheden mogen samenwerken onder de door de EU vastgestelde voorwaarden ook op het terrein van taken, diensten, leveringen of werken die niet van openbaar / algemeen belang zijn, is van essentieel, bijna van historisch belang, binnen het recht van de Europese Unie.

Een groter wordende groep overheden is in Nederland deze nieuwe mogelijkheden steeds meer gaan benutten. Steeds meer decentrale over-

156 Een bespreking van het begrip 'algemeen belang', diensten van algemeen belang' en 'diensten van algemeen economisch belang' valt buiten het bestek van deze studie. Zie voor de jarenlang durende discussie over de invulling van dit begrip: Diensten van algemeen belang in Europa, Pb. 1996, C 281/3; Mededeling van de Commissie, Diensten van algemeen belang in Europa, Pb. 2001, C 17/4, COM (2001) 598 def.; Verslag aan de Europese raad van Laken – Diensten van algemeen belang; COM(2003) 270 def.; Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2004) 346 def.; Witboek over diensten van algemeen belang, COM (2007) 725 definitief; Mededeling van de Commissie van 20 november 2007, Begeleidend document bij de Mededeling 'Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw. Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement.' Zie ook de in 2007 verschenen memo 07/475 met de meeste gestelde vragen over de Mededeling van de Commissie betreffende diensten van algemeen belang en het Commissie werkdocument SEC 2007/1516 met de meest gestelde vragen over staatssteun en diensten van algemeen economisch belang (2007). Zie ook: Europa Decentraal, Handreiking diensten van algemeen economisch belang en staatssteun, 10 juni 2008. Zie over deze begrippen verder ook: P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd' *M&M* 4 (2007), p. 102-105; K.E. Arnon en J.J.M. Sluijs, 'Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking', *NTER* 2008, 7/8, p. 208 e.v.; M. Krajweksi, 'Providing legal clarity and securing policy space for public services through a legal framework for services of general economic interest: Squaring the circle' *European Public Law* 3, 2008, p. 377-397.

157 Zie hierover meer Elisabetta Manunza en Wouter-Jan Berend (2012), aangehaald in voetnoot 97, in het bijzonder paragraaf 14.4.

heden wensen de uitvoering van taken (meestal van vermeend algemeen belang maar niet alleen) in eigen beheer te houden, vaak door met andere overheden samen te werken (in Nederland vaak via de oprichting van een Gemeenschappelijk Openbaar Lichaam of gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet Gemeenschappelijke regelingen), of door de oprichting van ad hoc entiteiten die vervolgens belast worden met de uitvoering van bepaalde taken (bijvoorbeeld een stichting, een B.V., een coöperatie).

De visienota 'Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden' van oktober 2011 vermeldt de toename van het aantal samenwerkingsverbanden tussen verschillende bestuursorganen, in publiekrechtelijke én privaatrechtelijke vorm: in 2010 waren er 698 publiekrechtelijke en 1022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden tussen verschillende bestuursorganen.¹⁵⁸

De ingezette trend is vanaf 2009 goed zichtbaar geworden met twee zaken waarin (samenwerkende) gemeenten ervoor kozen om taken geheel binnen het publieke domein uit te voeren, zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. In de zaak *AVR-Afvalverwerking BV tegen de gemeente Westland en NV Huisvuilcentrale Noord-Holland* maakten de betrokken gemeenten gebruik van de door de wet voorziene uitzondering op de algemene regel dat aanbesteding verplicht is via de verlening van een alleenrecht / exclusief recht zoals in art. 18 richtlijn 2004/18/EG beschreven en thans in het huidige art.2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd).¹⁵⁹ In de zaak *SITA Nederland Holding BV / Van Gansewinkel Groep BV tegen de gemeente Leeuwarden*¹⁶⁰ werd door de betrokken gemeente de in de jurisprudentie ontwikkelde uitzondering van de inbestedingsconstructie via een aparte rechtspersoon toegepast.¹⁶¹ In beide gevallen ging het om de uitvoering van een taak van algemeen belang (het ophalen van huisvuil) die wettelijk op de gemeenten rust. In de praktijk worden thans vele van deze constructies gerealiseerd in strijd of met het aanbestedingsrecht of met het mededingingsrecht of met de regels inzake

158 Zie noot 14 voor het visiedocument en in het bijzonder het tweede hoofdstuk op p. 5 'Interbestuurlijke en publieke private samenwerking'.

159 Gerechtshof 's-Gravenhage van 15 december 2009, zaak nr.200.044.599/01, rolnr. 340649 KG ZA 09-797 en Hoge Raad van 18 november 2011 ECLI:NL:HR:2011:BU4900.

160 Rechtbank Leeuwarden van 27 januari 2010 zaaknummer / rolnummer: 85346 / HA ZA07-786.

161 Zie voor de behandeling van de voorwaarden om deze constructies te mogen toepassen: de eerder in voetnoot 98 aangehaalde bijdrage van Elisabetta Manunza en Wouter-Jan Berends aan het boek van Ulla Neergaard, Markus Krajewski, Erika M. Szyszczyk, Gronden, J.W. van de (red): *The Role of SSGIs in EU Law: New Challenges and Tensions*.

staatsteun. Zo heeft de rechtbank Rotterdam op 28 maart 2013 een inbestedingsconstructie van een dienst van algemeen (economisch) belang in strijd bevonden met het staatssteunrecht omdat die constructie niet bij de Europese Commissie werd aangemeld, zoals het staatssteunrecht verlangt. *In casu* werd de uitvoering van de veerverbinding Boven Hardinxveld - Werkendam - Gorinchem - Sleeuwijk als Dienst van Algemeen Economisch Belang aangemerkt, waarbij een interne dienst van de gemeente Gorinchem, de veerdienst Gorinchem, werd aangewezen als uitvoerder van deze dienst. Ook in dit geval – net als de hierboven besproken zaken op het terrein van het ophalen van huisvuil – ging het om de uitvoering van een dienst van algemeen (economisch) belang. De rechtbank liet zich over het geschilpunt adviseren door de Europese Commissie en kwam tot de conclusie dat de constructie bij de Commissie had moeten worden aangemeld om de conformiteit met de staatssteunregels te toetsen.

Ook wanneer een inbestedingsconstructie conform de in de aanbestedingsjurisprudentie gestelde voorwaarden tot stand wordt gebracht, kan de constructie in strijd met de staatssteunregels zijn en om deze gronden juridisch ontoelaatbaar.

Het is de vraag welke gevolgen een nieuwe bepaling, die met de Aanbestedingswet 2012 is ingevoerd, in dit verband kan hebben. Het gaat om art. 1.4 dat de aanbestedende dienst verplicht om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te doen leveren.¹⁶²

Het accent bij dit vereiste, dat aan deze bepaling toegevoegd is na een motie van Kamerlid Koppenjan, ligt anders dan de bewoordingen doen vermoeden, niet op het nastreven naar maatschappelijke doelen maar op een goede uitgave van publieke middelen 'vanuit economisch oogpunt'. Het amendement in kwestie (nr. 426), vermeldt letterlijk in zijn laatste zin: '(...) Voorbeelden in andere landen laten zien dat hier met

162 1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:

- a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;
- b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid. 3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.

gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbestedingen, *belangrijke besparingen* zijn te realiseren voor de overheid'. Het eerste lid, onderdeel a, van dit artikel bepaalt daarnaast verder dat de aanbesteder de keuze voor de wijze waarop hij de overeenkomst voornemens is tot stand te brengen, op basis van objectieve criteria dient te bepalen.

De kans dat een marktpartij zich tegen de voorgenomen samenwerking verzet en de inhoud daarvan door de rechter laat toetsen, waarbij niet alleen de juridische overwegingen maar ook overwegingen van doelmatigheid kunnen worden getoetst, is kortom, door de invoering van de Aanbestedingswet 2012 toegenomen.¹⁶³

7. Rechtsbescherming

De hiervoor uiteengezette aanbestedingsverplichtingen blijken in de rechtspraak nogal eens lastig afdwingbaar. Voor de oorzaak van dat fenomeen zijn diverse verklaringen, waarvan de belangrijkste wellicht is de terughoudendheid van inschrijvers om een potentiële opdrachtgever in rechte aan te spreken.¹⁶⁴

Daarbij komt dat de meeste Lidstaten geen voorzieningen kennen voor opschorting van een gunningsbesluit, zodat rechtzoekenden vaak geconfronteerd worden met een *fait accompli*, dat door de rechter wordt gerespecteerd.¹⁶⁵

163 Elisabetta Manunza pleitte in haar oratie 'Over grenzen: van verplichtingen voor overheden naar rechten voor burgers', uitgesproken in Utrecht op 29 september 2010 en later in haar preadvies aan de VBR van het zelfde jaar, eerder aangehaald in noot 13, voor de invoering van een wettelijke regeling waarin een objectieve toets voor de keuze tussen uitvoering door de markt of uitvoering door de overheid zou dienen te worden verplicht.

164 Zie het Commission Staff Working Document van 4 mei 2006, p. 16 e.v., bij het hierna te noemen voorstel voor een wijziging van de richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG. De bereidheid van inschrijvers om te procederen is door de Commissie becijferd op gemiddeld 2,5% van de onderzochte aanbestedingen, met als uitschieters Groot-Brittannië (0,02%) en Finland (10%). Nederland scoort met 1,71% ook onder het gemiddelde.

165 In Nederland is aan niet nakoming van Europeesrechtelijke verplichtingen geen nietigheid verbonden, aldus de Hoge Raad in de zaak Uneto/De Vliert (HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305). Wel kan een gebod tot opzegging van overeenkomsten van opdracht of aanneming van werk worden gevorderd, ex art. 7:408 lid 1 en 7:764 lid 1 BW.

Ten slotte speelt een belangrijke rol dat aanbestedingsgeschillen hoofdzakelijk worden beslecht door de civiele rechter in kort geding, met alle daaraan verbonden procedurele beperkingen.¹⁶⁶ Ondernemingen die menen dat afgekondigde aanbestedingsregels niet goed zijn toegepast blijken niet of nauwelijks bereid daarvoor een bodemprocedure te starten. Een bodemprocedure nadat de overeenkomst tot stand is gekomen blijkt onvoldoende soelaas te bieden: een actie tot schadevergoeding levert niet alleen bewijsproblemen op, maar een ondernemer heeft bovenal opdrachten nodig om omzet te behalen, om personeel te betalen en het productiekapitaal op peil te houden, en ook om referentie-opdrachten te verkrijgen.¹⁶⁷ Bovendien worden schadeclaims onverkoopbaar geacht jegens de aanbesteder, die altijd een potentiële opdrachtgever blijft.

De Europese Commissie heeft op 6 mei 2006 een voorstel gepresenteerd om de bestaande Europeesrechtelijke waarborgen voor naleving van aanbestedingsverplichtingen te versterken door wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, dat heeft geleid tot de wijzigingsrichtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007.¹⁶⁸ Die richtlijn is gebaseerd op een voorziening voor het tweede hiervoor genoemde probleem, te weten op een opschorting van rechtswege van de rechtsgevolgen van een gunningsbesluit. Reeds in 1989 had de Europese wetgever bij wijze van zeldzame uitzondering op het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten het wenselijk

166 Zie R.G.T. Bleeker, *l.c. Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2006 (zie *supra* noot 140). Voorzieningenrechtvaarders demonstreren te grote terughoudendheid en onder meer een neiging tot marginale toetsing, die niet past bij de litigieuze rechtsverhouding, en afwijkt van hetgeen het HvJ EU toelaat: HvJ EG 18 juni 2002 (*Hospital Ingenieure II*, zaak C-92/00), *Jurispr.* 2002, I -5574: niet slechts arbitraire besluiten zijn onrechtmatig.

167 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 28 april 2005, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005, p. 242: maximaal een deel van de gedeerde winst, minus waarde vervangingsopdrachten etc. Na aftrek van proceskosten blijft er dan weinig over. Het begrip winst van art. 6:96 lid 1 BW wordt daarmee eng uitgelegd. Zie voor een ruimere uitleg (ook gedeerde omzet) bijvoorbeeld J.M. Barendrecht en J. Stekelenburg, 'Gedeerde winst en winstafdracht', p. 126 e.v., in: *Berekening van Schadevergoeding* (red. J.M. Barendrecht en H.M. Storm, Zwolle 1995). Anders Rechtbank Zwolle 28 april 2004, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2004, p. 69: 10% van de aanneemsom. Zie voor een al wat ouder overzicht E.H. Pijnacker Hordijk en A.J. Akkermans, 'Schadevergoeding en schadeberekening', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.V. Weijnen (red.), *o.c.* 2001, p. 19-50 (zie *supra* noot 8).

168 Wijzigingsvoorstel 4 mei 2006 COM(2006)195, richtlijn 2007/66/EG, Pb 2007, L 335 van 20 december 2007.

geacht om de nakoming van de materiële richtlijnen in het aanbestedingsrecht te bevorderen.¹⁶⁹ Deze rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG (voor de algemene sectoren) en 92/13/EEG (voor de nutssectoren) bestaan uit enkele bepalingen, die in de eerste plaats verplichten tot beroepsmogelijkheden tegen een schending voor alle gelaedeerden (art. 1) ten overstaan van een onafhankelijke rechter (art. 2 lid 8).¹⁷⁰

In de tweede plaats bieden de richtlijnen de Lidstaten de mogelijkheid tot een aantal procedurele voorzieningen, zoals de mogelijkheid van een belangenafweging (art. 2 lid 4) of de beperking van de beschikbare remedies na gunning tot uitsluitend schadevergoeding (art. 2 lid 6).

Ten slotte voorzien de richtlijnen in de mogelijkheid van interventie door de Europese Commissie door middel van een kennisgeving van een duidelijke en kennelijke schending (art. 3). De Commissie kan daardoor tussenkomen in nationale procedures. Omdat zij kennelijk over effectievere middelen beschikt, maakt zij daar zelden gebruik van.¹⁷¹

De wijzigingsrichtlijn van 2007 betreft een aanscherping van de bestaande minimumeisen door middel van enkele opschortingstermijnen. Gelet op de uitkomsten van de voorafgaande raadpleging van betrokkenen in alle lidstaten zijn de vastgestelde termijnen overigens verbazingwekkend kort.¹⁷² Ingevolge de richtlijn geldt thans een termijn van tenminste tien kalenderdagen binnen welke geen geldige overeenkomst tot stand kan komen ingeval van verzending van de mededeling per email of fax en van vijftien kalenderdagen ingeval van verzending per post (art. 2 bis lid 2), welke termijn ingaat na ontvangst van het besluit (inclusief de motivering, in aanvulling op art. 41 lid 2 2004/18/EG). De richtlijn kent een verjaringstermijn van zes maanden, na het verstrijken waarvan de nietigheid van een besluit niet meer kan worden ingeroepen (2 septies lid 3).

169 Andere uitzonderingen betreffen bijvoorbeeld het zogenoemde Douane Wetboek (Verordening 2913/92, *PbEG* 1992, L 302/1); de regels over bewijslast in seksediscriminatiezaken (Richtlijn 97/80, *PbEG* 1998, L 14/6); richtlijn 2004/48/EG, *PbEG* 2004, L 157/45, betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten; en her en der losse bepalingen in andere regelgeving.

170 Volgens het HvJ EU vallen daaronder alle handelingen met rechtsgevolg: HvJ EG 11 januari 2005, *Stadt Halle*, zaak C-26/03, *Jurispr.* 2005, I-1.

171 HvJ EG 2 juni 2005, *Commissie/Griekenland*, zaak C-394/02, *Jurispr.* 2005, I-04713 maakt duidelijk dat het gaat om een discretionaire bevoegdheid van de Commissie.

172 De consensus lag bij een termijn van 11 tot 30 dagen, zie de resultaten zoals gepubliceerd op de website van de Commissie. Zie ook P. Henty, 'Is the Standstill a Step Forward? The Proposed Revision to the EC Remedies Directive', *Public Procurement Law Review*, 2006, p. 253.

De richtlijn verbindt als sanctie aan het achterwege laten van een opschortingstermijn de mogelijkheid tot 'onverbindend verklaring' van het gunningsbesluit (art. 2 quinquies). In geval van dwingende redenen van algemeen belang kunnen alternatieve sancties worden opgelegd in plaats van deze onverbindend verklaring, bijvoorbeeld verkorting van de looptijd van de onrechtmatig gegunde opdracht of een boete (art. 2 sexies).

In Nederland geldt ingevolge art. 2.127 lid 3 Aanbestedingswet 2012 thans een termijn van 'ten minste' 20 kalenderdagen na verzending van het besluit binnen welke geen overeenkomst mag worden gesloten.¹⁷³

In het kader van de totstandkoming van de Aanbestedingswet 2012 is wel de vraag aan de orde gesteld of het huidige bestel van rechtsbescherming via kort geding adequaat is, en of een bijzondere rechtsgang overweging verdient.¹⁷⁴ De wetgever heeft het uitgangspunt gehandhaafd dat de civiele rechter in kort geding bevoegd is (door af te zien van een bijzondere regeling in de wet), maar heeft wel ruimte gecreëerd voor arbitrage (art. 4.26). Daarbij geldt de voorwaarde dat de voorzitter van het scheidsgerecht (de wetgever veronderstelt derhalve een scheidsgerecht van meerdere arbiters) rechter is, en de (overbodige) voorwaarde dat van het arbitrale vonnis vernietiging kan worden geëist. In die mogelijkheid voorziet immers reeds art. 1064 Rv, onder de daar genoemde voorwaarden.

Interessanter nog is de instelling op grond van art. 4.27 van een 'commissie van aanbestedingsexperts', die 'tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures'. Op de voet van deze bepaling heeft de minister door middel van een Instellingsbesluit van 4 maart 2013 een voorzitter en een vice-voorzitter aangesteld, door wie enkele tientallen aanbestedingsexperts zijn benoemd die de commissie zullen bijstaan. Deze experts worden geacht deskundigheid te bezitten op het gebied van aanbestedingsrecht, inkoop of van de materie waarop de aanbesteding betrekking heeft. Voor de Commissie geldt een Reglement en voor de experts gelden Gedragsregels. Bovendien is (opnieuw door een 'schrijfgroep') een Standaard voor klachtafhandeling

173 Zie over de geldigheid van deze termijnen E.R. Manunza, 'Over de beroepstermijn bij Europese aanbestedingen', *Bouwrecht*, november 2004, p. 949-954.

174 Over deze kwestie vond op 27 april 2006 het symposium 'Aanbestedingsgeschillen: over de beperkingen van de gewone rechter' plaats aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, met bijdragen van J.M. Barendrecht, R.G.T. Bleeker, J.C. Boonstra, C.E.C. Jansen, E.R. Manunza, E.H. Pijnacker Hordijk, B.C. Punt, J. Struiksma, P. Stuyt, I.W. VerLoren van Themaat.

voor aanbestedende diensten en ondernemers opgesteld, waarin de klachtenprocedure is uitgewerkt.

De bedoeling van dit geheel is dat zowel ondernemingen als aanbestedende diensten een klacht bij de wederpartij kenbaar kunnen maken, en van de reactie daarop beroep kunnen instellen bij de commissie. De effectiviteit van de procedure zal in belangrijke mate afhankelijk zijn van het samenspel met de voorzieningenrechter, die bereid gevonden dient te worden om zijn oordeel in voorkomende gevallen op te schorten tot na het advies van de aanbestedingsexperts, en dat advies in zijn oordeel te betrekken.¹⁷⁵

In de rechtspraak van het Hof over deze procedurele richtlijnen is niet slechts de gebruikelijke uitleg gericht op een ruime werkingssfeer zichtbaar, maar spelen ook andere uitgangspunten een rol, zoals het doeltreffendheidsbeginsel. In het kader van dat laatste staat het Hof lidstaten bijvoorbeeld toe om ontvankelijkheid te beperken voor bepaalde gevallen waarin klagers laat bezwaar maken.¹⁷⁶ In het voetspoor van deze rechtspraak is in Nederland omvangrijke jurisprudentie ontstaan over de verplichting van zogenoemde 'pro-actieve' inschrijvers om klachten tijdig (voorafgaand aan de inschrijving) kenbaar te maken op straffe van niet-ontvankelijkheid. Juister, in ieder geval voor aanbestedingen waarop de richtlijnen niet van toepassing zijn, lijkt de beoordeling van de ontvankelijkheid op basis van de vraag of sprake is van rechtsverwerking.¹⁷⁷

8. Slot

De invloed van het Europese recht op het Nederlands aanbestedingsrecht kan moeilijk worden overschat. Alleen in de bouwnijverheid is sprake van een eigen Nederlandse ontstaansgeschiedenis van aanbestedingsregels. Voor het overige is het Nederlandse aanbestedingsrecht vrijwel uitsluitend het resultaat van Europese regelgeving. De Aanbestedingswet 2012 voorziet desalniettemin in nationaal beleid, dat in de komende jaren vorm zou moeten krijgen.

175 De voorzieningenrechter kan echter nooit verlangen dat eerst een klacht bij de commissie moet worden ingediend, zie HvJ EG 12 februari 2004, *Grossmann*, zaak C-230/02, *Jurispr.* 2004, I-01829, r.o. 42.

176 HvJ EG 12 februari 2004, *Grossmann*, zaak C-230/02, *Jurispr.* 2004, I-01829, over een atypisch geval van een onderneming die niet had deelgenomen aan een aanbesteding (r.o. 37). In deze lijn ook HR 4 november 2005, *NIC*, *Bouwrecht* 2006, p. 168, over een klacht drie jaar na totstandkoming van de gewraakte overeenkomst.

177 Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Keus voor HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306.

De beoefenaars van het Nederlandse aanbestedingsrecht dienen zich voortdurend bewust te zijn van de Europeesrechtelijke dimensie van het rechtsgebied. Veel problemen bij de toepassing van de regels in Nederland zijn namelijk te verklaren door onvoldoende bekendheid met verschijnselen zoals op het nuttig effect van de regels gerichte uitleg. De komende jaren zullen waarschijnlijk een toenemende invloed van het primaire Unierecht te zien geven. Met name de – door het Hof van Justitie van de EU op basis van de Verdragsbepalingen over vrij verkeer en non-discriminatie – ontwikkelde beginselen hebben rechtstreeks gevolg voor vrijwel de gehele Nederlandse aanbestedingspraktijk; zij bieden vooral uitzicht op de vorming van criteria voor de beoordeling van het privaatrechtelijke handelen van de Nederlandse overheid in ruime zin.

Men kan reeds daarom niet volstaan met kennisneming van de Europese rechtsontwikkeling binnen het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen, maar dient daarbij in ieder geval de rechtspraak van het Hof op het gehele terrein van de interne markt te betrekken.