

De Aanbestedingswet, of de olifant die een muis baarde

mr. H.M.H. Speyart

Daar waar de Parlementaire Enquêtecommissie voor de bouwnijverheid had gevraagd om een nieuw en consistent wettelijk kader voor de regeling van overheidsaanbestedingen, is het huidige ontwerp voor de Aanbestedingswet een teleurstellend resultaat, dat vrijwel uitsluitend bestaat uit definitiebepalingen en regelgevingsdelegaties. Na een korte schets van de achtergrond van dit wetsvoorstel zullen de centrale bepalingen ervan in deze bijdrage worden beoordeeld.

In haar eindrapport schreef de Parlementaire Enquêtecommissie voor de bouwnijverheid een deel van de door haar onderzochte misstanden toe aan het ontbreken van een duidelijk Nederlands regelgevend kader voor het aanbestedingsrecht. De Enquêtecommissie pleitte dan ook voor de invoering van een 'nieuwe wettelijke systematiek', ter inbedding van het Nederlandse aanbestedingsrecht.¹

Op 25 november 2005 heeft het kabinet daartoe een wetsvoorstel ter advisering voorgelegd aan de Raad van State. Deze bracht op 23 januari 2006 zijn advies uit, waarin nogal zware kritiek was opgenomen.² Zoals hij dat bij zwaarwegende bezwaren pleegt te doen, gaf de Raad van State het kabinet in overweging het wetsvoorstel niet aan te bieden aan de Tweede Kamer zonder met zijn advies rekening te houden.

Het kabinet heeft het voorstel desondanks zonder noemenswaardige aanpassingen op 23 maart 2006 aangeboden aan de Tweede Kamer.³

Bij brief van 16 juni van dat jaar heeft de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht de Tweede Kamer ertoe opgeroepen bij amendement te voorzien in onderwerpen die het kabinet volgens de NVvA had laten liggen:

- het voorzien in materiële regelingen daar waar het kabinet aan gedelegeerde regelgeving had gedacht;
- het ontwikkelen van een nationale visie met betrekking tot de opdrachten die niet door de aanbestedingsrichtlijnen worden beheerst;
- de rechtsbescherming;
- de motiveringsplicht.⁴

Na in de Tweede Kamer op 14 september 2006 te zijn behandeld, is het wetsvoorstel op 20 september 2006 bij algemene stemmen aangenomen. Daarbij is in feite slechts één betrekkelijk vrijblijvend amendement aangenomen, dat hierna nader zal worden behandeld: in plaats van bij ministeriële regeling zal de wet nu nader worden uitge-

werkt door middel van algemene maatregelen van bestuur, met zogeheten voorhangregeling.⁵

Het voorstel is diezelfde dag nog aangeboden aan de Eerste Kamer.⁶ Daar is op 5 december 2006 een voorlopig verslag vastgesteld, dat op spoedige vaststelling is gericht.

Overzicht

Op de eerste bladzijde van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel blinkt het kabinet niet uit in bescheidenheid als het gaat om het beschrijven van de doelstellingen van de Aanbestedingswet. Het kabinet heeft niet minder voor ogen dan het verbeteren van de toegankelijkheid van de regelgeving, het veiligstellen van de integriteit van ondernemers en aanbestedende diensten en het verhogen van de professionaliteit van de aanbestedende diensten. Uit het hiernavolgende overzicht kan worden afgeleid, dat deze doelstellingen slechts ten dele behaald zullen worden.

Kort gezegd voorziet de wet in de volgende onderwerpen:

- een omzettingskader voor EG-aanbestedingsrichtlijnen en aanbestedingsverdragen (hoofdstuk 4);
- algemene beginselen die zowel van toepassing zijn binnen als buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (hoofdstuk 2);
- beginselen die van toepassing zijn op lichamen die zelf geen aanbestedende dienst zijn (hoofdstuk 3);
- een verplichte integriteitstoets (hoofdstuk 5);
- de beperking van de bewegingsruimte van aanbestedende diensten, onder andere in het kader van de evenredigheid van selectie- en gunningscriteria (hoofdstuk 5); en
- de afschaffing van het arbitraal beding (artikel 22).

Een en ander gebeurde met name in de vorm van regelgevingsdelegatie aan het kabinet.

De voor deze onderwerpen voorgestelde regelingen worden hierna een voor een kort beschreven, waarbij, tenzij anders vermeld, artikelnummers verwijzen naar de bepalingen van het besproken wetsontwerp.

1 'De bouw uit de schaduw', *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 244, nr. 6, p. 298.

2 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 501, nr. 4 ('Advies RvS').

3 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 501, nrs. 2 ('Voorstel') en 3 ('MvT').

4 *TA* 2006, p. 165.

5 *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 501, nr. 13 ('Amendement Verdaas c.s.').

6 De onderhavige bespreking heeft betrekking op het gewijzigd voorstel van wet, zoals dat na verwerking van het Amendement Verdaas c.s. is aangeboden aan de Eerste Kamer: *Kamerstukken I*, 2006/07, nr. A. Tenzij anders vermeld zijn hier aangehaalde of besproken bepalingen afkomstig uit dat voorstel.

Herman Speyart is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

Daaraan voorafgaand kan alvast worden vermeld dat de Raad van State in zijn advies het kabinet had teruggestuurd naar de tekentafel: volgens de Raad verhelpt het wetsvoorstel niet de door het kabinet in navolging van de Parlementaire Enquêtecommissie gesignaleerde knelpunten:

‘Het wetsvoorstel bevat geen volledig aanbestedingskader en brengt in wezen geen wijziging in de thans versnipperde regelgeving. Bovendien is het de vraag of door het wetsvoorstel voldoende waarborgen zullen worden geboden om een volledige en effectieve uitvoering van de aanbestedingsrichtlijnen te verzekeren. Het wetsvoorstel voorziet in hoofdzaak in een delegatiegrondslag voor de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen, met aanvulling op enkele specifieke punten. Die richtlijnen regelen zelf slechts de randvoorwaarden voor aanbestedingen. Het wetsvoorstel regelt naast een grondslag voor implementatie slechts bepaalde deelonderwerpen of geeft daarvoor een grondslag. Het bevat niet de hoofdelementen van de aanbestedingsregels en -procedures hetgeen in strijd is met het primaat van de wetgever. Gelet op het voorgaande adviseert de Raad het wetsvoorstel op zijn effectiviteit nader te bezien en beveelt de Raad aan in ieder geval de hoofdelementen in de wet zelf op te nemen.’⁷

Hierna zal blijken dat het kabinet weinig heeft gedaan om aan deze kritiek tegemoet te komen, en dat ook de Tweede Kamer in dit opzicht in gebreke is gebleven.

Omzetting van de EG-richtlijnen

Het meest basale onderwerp uit de Aanbestedingswet is natuurlijk dat zij moet voorzien in een rechtsgrondslag voor de omzetting van de EG-aanbestedingsrichtlijnen.

Het huidige materiële kader voor het Europese aanbestedingsrecht bestaat uit twee richtlijnen: de Richtlijn overheidsopdrachten (‘RIOo’)⁸ en de Richtlijn Nutssectoren (‘RINs’)⁹. Thans zijn deze richtlijnen omgezet krachtens de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.¹⁰ Tot vorig jaar bestond deze omzetting louter uit een verwijzing, bij algemene maatregel van bestuur (het Besluit overheidsaanbestedingen en het Besluit aanbestedingen nutssector) naar de tekst van de vorige richtlijnen, zoals die toen luiden.

De omzettingstermijn van de nieuwe richtlijnen verstreek op 31 januari 2006. Ter omzetting van deze richtlijnen heeft het kabinet krachtens voornoemde Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen twee algemene maatregelen van bestuur vastgesteld: het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (‘Bao’)¹¹ en het Besluit aanbestedingsregels speciale sectoren (‘Bass’)¹². Daarin heeft het kabinet voor een andere omzettingstechniek gekozen dan voorheen: beide richtlijnen zijn nu vrijwel woordelijk herhaald, waarbij de tekst van de bepalingen her en der is aangepast aan de Nederlandse situatie. Er kan in dat verband bijvoorbeeld worden gewezen op de beschrijving, in artikel 1 Bao en artikel 1

Bass van de in Nederland bestaande territoriale lichamen in de zin van artikel 1 lid 9 RIOo en artikel 2 lid 1 onder a RINs (provincie, gemeente en waterschap).

De Aanbestedingswet wordt in zoverre de opvolger van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, dat artikel 17 van de Aanbestedingswet een rechtsgrondslag biedt voor het bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vaststellen van aanbestedingsregels ter omzetting van aanbestedingsrichtlijnen of -verordeningen en voor Nederland verbindende verdragen op aanbestedingsrechtelijk gebied.

Artikel 26 voorziet er dan ook in, dat het Bao en het Bass na vaststelling van de Aanbestedingswet op die wet zullen berusten.

In de Memorie van Toelichting bij artikel 17 wordt verduidelijkt welke verdragen in dit kader relevant zijn: behalve om de bij het WTO-verdrag horende Overeenkomst inzake overheidsopdrachten,¹³ gaat het hierbij om Bijlage XVI bij de EER-overeenkomst¹⁴ en om de overeenkomst tussen de EG en Zwitserland betreffende overheidsopdrachten.¹⁵

Hoewel de tekst van artikel 17 lid 1, waar het om richtlijnen gaat, uitsluitend betrekking heeft op die richtlijnen zelf, blijkt uit de Memorie van Toelichting dat de door artikel 17 beoogde omzetting ook betrekking kan hebben op de rechtspraak waarin het Hof van Justitie krachtens artikel 234 EG de Europese aanbestedingsrichtlijnen heeft uitgelegd.¹⁶

De Memorie van Toelichting noemt als voorbeeld hiervan het *Alcatel*-arrest, op grond waarvan een aanbestedende dienst aan afgewezen inschrijvers een redelijke termijn moet bieden om een rechtsmiddel in te stellen,¹⁷ en dat is omgezet in artikel 55 Bao. Uiteraard kan ook worden gedacht aan de in het *Teckal*-arrest geformuleerde uitzondering van de Europese aanbestedingsplicht voor de verhouding tussen enerzijds een aanbestedende dienst en anderzijds een verzelfstandigd doch afhankelijk onderdeel daarvan.¹⁸

Hier duikt al een probleem op dat relevant is voor het wetsvoorstel in zijn geheel: de verhouding tussen de materie die in de wet zelf wordt geregeld en datgene wat bij gedelegeerde regelgeving wordt vastgesteld, en de keuze, bij dat

7 Advies RvS, p. 3.

8 Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004, *PbEU* 2004 L 134, p. 114.

9 Richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004, *PbEU* 2004 L 134, p. 1.

10 *Stb.* 1993, 212, in werking getreden op 21 april 1993.

11 *Stb.* 2005, 408, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2005, 650, in werking getreden op 1 december 2005.

12 *Stb.* 2005, 409, eveneens laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2005, 650 en in werking getreden op 1 december 2005.

13 Bijlage 4 bij het WTO-verdrag, Marrakech, 15 april 1994, *Trb.* 1994, 235 en *PbEG* 1994 L 336, p. 273.

14 Porto, 2 mei 1992, *PbEG* 1992 L 1, p. 3.

15 Luxemburg, 21 juni 1999, *PbEU* 2002 L 114, p. 430.

16 *MvT*, p. 35.

17 HvJ EG 28 oktober 1999, *Alcatel*, zaak C-81/98, *Jur.* 1999, p. I-7671. Zie ook HvJ EG 24 juni 2004, *Commissie/Oostenrijk*, zaak C-212/02, *Jur.* 2004, n.g.

18 HvJ EG 18 november 1999, *Teckal*, zaak C-107/98, *Jur.* 1999, p. II-8121, punt 50.

laatste, tussen de algemene maatregel van bestuur en de ministeriële regeling.

In de MvT is de keuze voor een rompwet met een zeer gering aantal materiële bepalingen gemotiveerd door erop te wijzen, dat de te regelen materie veelal geharmoniseerd is door richtlijnen die snel moeten worden omgezet en die de wetgever geen of weinig bewegingsruimte laten:

‘Naarmate er minder keuze is, is het minder zinvol relatief zware besluitvormingsprocedures te moeten doorlopen.’¹⁹

Om mogelijke bezwaren tegen deze benadering te mitigeren had het kabinet in het wetsvoorstel voorzien in een zogeheten voorhangprocedure: krachtens artikel 23 kunnen de ter uitvoering van de Aanbestedingswet vast te stellen algemene maatregelen van bestuur pas ter advisering worden aangeboden aan de Raad van State nadat een daartoe strekkend ontwerp aan beide Kamers van de Staten Generaal is overgelegd en daarna vier weken zijn verstreken.

Voor een aantal onderwerpen had het kabinet echter een soepelere formule gekozen, namelijk de ministeriële regeling. Deze komt tot stand zonder advisering door de Raad van State en daarvoor geldt ook geen voorhangprocedure.

Zoals reeds beschreven, was de Raad van State hier uiterst kritisch over: het voorstel zou niet de hoofdelementen van de aanbestedingsregels bevatten en daarmee in strijd zijn met het primaat van de politiek. De Raad oordeelt daarbij dat de omstandigheid, dat een wet is terug te voeren tot de omzetting van een richtlijn nog niet rechtvaardigt, dat met een rompwet wordt volstaan, die in feite niet veel meer om het lijf heeft dan een wetgevingsdelegatie ten gunste van de uitvoerende macht.²⁰ Indien tijdig met omzetting wordt begonnen, hoeven de daarvoor geldende termijnen niet te worden overschreden.

Als het gaat om de aanbestedingsrichtlijnen is het argument van het kabinet met betrekking tot de wens tot snelle omzetting overigens niet zo sterk. Doordat de meeste aanbestedende diensten tevens aangemerkt zullen worden als onderdeel van de lidstaat waartoe zij horen, zullen particulieren zich bij gebrekkige of late omzetting van die richtlijnen immers steeds kunnen beroepen op rechtstreekse werking van de aanbestedingsrichtlijnen.²¹

Het enige amendement op wetsvoorstel 30 501 dat uiteindelijk door de Tweede Kamer is aangenomen is het zogeheten Amendement Verdaas, dat betrekking heeft op de vervanging van de mogelijkheid om nadere regels te stellen bij ministeriële regeling door de mogelijkheid om zulks te doen bij algemene maatregel van bestuur, met voorhangprocedure.

Begripsbepalingen

Hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet bevat, ten behoeve van de enkele materiële bepalingen die deze wet rijk is, een aantal begripsbepalingen die wij al kennen uit de richtlijnen en uit het Bao en het Bass. Zo worden in de eerste bepalingen de begrippen ‘aanbestedende dienst’, ‘publiek-

rechtelijke instelling’, ‘overheidsbedrijf’, ‘bijzonder of uitsluitend recht’, ‘ondernemer’, ‘opdracht’, ‘concessie-overeenkomsten’, ‘raamovereenkomst’ en ‘prijsvraag’ op dezelfde manier gedefinieerd als in het Bao en het Bass. Dit houdt in dat na vaststelling van de Aanbestedingswet het Bao en het Bass aangepast zullen moeten worden door de betrokken begripsbepalingen te schrappen.

Daarnaast introduceert artikel 2 lid 1 het begrip ‘speciale-sectorbedrijf’, dat de volgende begrippen omvat:

- aanbestedende diensten in de zin van artikel 2 lid 1 onder a RINs en (straks) artikel 1 lid 1 Aanbestedingswet;
- overheidsbedrijven in de zin van artikel 2 lid 1 onder b RINs; en
- bedrijven of instellingen die in een speciale sector actief zijn op grond van een door een aanbestedende dienst verleend bijzonder of uitsluitend recht.

Met de term ‘speciale-sectorbedrijf’ beoogt de wetgever blijkbaar een begripsverwarring te verhelpen die is ontstaan bij de vertaling van de RINs naar het Nederlands en bij de omzetting ervan in het Bass. Destijds is immers het onderscheid weggevallen tussen enerzijds het begrip ‘aanbestedende dienst’ en anderzijds het bredere begrip dat in andere talen wordt aangeduid als ‘aanbestedende entiteit’ en dat naast aanbestedende diensten ook betrekking heeft op overheidsbedrijven en particuliere bedrijven met een bijzonder of uitsluitend recht.²² Die bredere groep heet nu ‘speciale-sectorbedrijf’.

Algemene beginselen: gelijkheid, transparantie en het *Telaustria*-leerstuk

In hoofdstuk 2 wordt, zowel voor binnen als voor buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallende opdrachten, de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht verordonneerd. Artikel 9, dat geen zelfstandige betekenis lijkt te hebben, voorziet erin dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de algemene beginselen uit hoofdstuk 2 in acht nemen.

In de volgende artikelen wordt voorzien in toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel (artikel 10), het transparantiebeginsel (artikelen 11 en 12) en het evenredigheidsbeginsel (artikel 13).

Voordat hierop wordt ingegaan volgt een korte beschrijving van de rechtspraak van het Hof van Justitie EG die tot deze bepalingen heeft geleid.

Het *Telaustria*-leerstuk

Het zogeheten *Telaustria*-leerstuk heeft betrekking op opdrachten waarvan de Gemeenschapswetgever om uiteenlopende en soms niet meer te achterhalen redenen heeft

¹⁹ MvT, pp. 35 en 36. Het kabinet verwijst in dat kader ook naar Aanwijzing voor de regelgeving 339 en naar een kabinetsvisie over versnelde omzetting van EG-richtlijnen (Brief van de Minister van Justitie van 27 juli 2004, *Kamerstukken I*, 2004/05, 29 200 VI, nr. F).

²⁰ Advies RvS, punt 3.

²¹ HvJ EG 19 januari 1982, *Becker*, zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53.

²² Zie het kopje bij artikel 2 RINs.

besloten, dat zij niet door het volledige aanbestedingsregime van de richtlijnen beheerst zouden moeten worden. Concreet gaat het om de volgende opdrachten:

- opdrachten beneden de daarvoor geldende drempels;²³
- concessies voor werken of diensten;²⁴
- opdrachten voor zogeheten II-B-diensten (voorheen als 'I-B-diensten' aangeduid);²⁵
- specifiek uitgesloten opdrachten.²⁶

Van oudsher beschouwde men de Europese aanbestedingsrichtlijnen als betrekkelijk uitputtende regelingen voor de vraag welke overheidsopdrachten in het kader van de verkeersvrijheden openbaar moesten worden aanbesteed. Hierdoor werd op grond van de *Tedeschi*-rechtspraak uitgegaan van de veronderstelling, dat deze verkeersvrijheden in beginsel geen afzonderlijke betekenis meer zouden hebben naast de aanbestedingsrichtlijnen.²⁷

Het *Telaustria*-arrest heeft daarin een radicale verandering gebracht. Die zaak had betrekking op een concessie voor diensten in een nutssector. Anders dan de toenmalige Richtlijn Diensten bevatte de toenmalige Richtlijn Nutssectoren geen uitdrukkelijke uitzondering voor dergelijke concessies. De verwijzende rechter had daarom aan het HvJ EG de vraag voorgelegd of die uitzondering wel kon worden afgeleid uit het systeem van de toenmalige Richtlijn Nutssectoren.

Het Hof van Justitie beantwoordde die vraag bevestigend, onder verwijzing naar de wordingsgeschiedenis van die Richtlijn. Tot vrijwel ieders verrassing volstond het Hof van Justitie echter niet met deze analyse, en oordeelde het voorts dat ook indien de toenmalige Richtlijn Nutssectoren niet van toepassing zou zijn op de betrokken opdracht, de verkeersvrijheden dat onverkort wel zouden zijn. Het Hof van Justitie oordeelde vervolgens dat, om te waarborgen dat deze vrijheden ingeroepen kunnen worden, de betrokken aanbestedende dienst bij het gunnen van dergelijke concessies moet voorzien in een *'passende mate van openbaarheid'*.²⁸

Sindsdien buigt de gehele Europese aanbestedingswereld zich over de vraag wat hiermee wordt bedoeld en of daarmee niet via een achterdeur een aanbestedingsplicht wordt geschapen voor opdrachten die uitdrukkelijk buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen zijn gehouden.

In het arrest *Coname* heeft het Hof van Justitie nog het volgende toegevoegd aan de formulering 'passende mate van openbaarheid':

*'Zonder een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure in te houden, [moeten de eisen van transparantie] een onderneming in een andere lidstaat [...] met name in staat [...] stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende [de betrokken] concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen.'*²⁹

De organen van de lidstaten worden hier met een innerlijk tegenstrijdige taak op pad gestuurd: enerzijds hoeven zij niet te voorzien in enige vorm van aanbestedingsprocedure, anderzijds moeten zij de opdracht publiceren en blijken van belangstelling in ontvangst nemen en behandelen. Als men hier het gelijkheidsbeginsel en het objectiviteitsbeginsel bij betreft, komt dit laatste toch gauw neer op ... een aanbestedingsprocedure.

De Europese Commissie heeft al een flink schot voor de boeg gelost in de vorm van een interpretatieve mededeling, waarin een 'lichte', op de aard en omvang van de opdracht toegesneden concurrentiestelling het uitgangspunt is.³⁰ Juridische auteurs zijn echter betrekkelijk kritisch over het scheppen van een para-aanbestedingsrechtelijk kader buiten het verband van de richtlijnen.³¹ Inmiddels heeft Duitsland hiertegen een nietigheidsberoep ingediend bij het Gerecht van eerste aanleg, met als middel dat de Mededeling in feite neerkomt op onbevoegd vastgestelde regelgeving.³²

Bij het afronden van deze bijdrage was de laatste aflevering in dit relaas een nogal streng getoonzette conclusie van A-G Sharpston, die naar aanleiding van een inbreukzaak tegen Finland met betrekking tot keukenapparatuur voor een Fins overheidsgebouw ter waarde van € 177.000,- heeft opgemerkt, dat de Gemeenschapswetgever niet voor niets waardedrempels heeft vastgesteld, en dat het niet zinvol lijkt A-G's en Hof met dit soort opdrachten van hun werk te houden.³³

De voorgestelde regeling voor het *Telaustria*-leerstuk

De wetgever heeft op deze rechtspraak *gereageerd* door in artikel 12 lid 1 te voorzien in de plicht een passende mate van openbaarheid te waarborgen en door in artikel 21 lid 1 een delegatie op te nemen, op grond waarvan nadere regels

23 Artikel 7 RlOo, artikel 16 RlNs.

24 Artikel 17 RlOo (diensten) en artikel 18 RlNs (werken en diensten).

25 Hiervoor geldt een verlicht regime dat niet in verplichte concurrentiestelling voorziet: artikel 21 RlOo en artikel 32 RlNs.

26 Artikelen 13 en 16 RlOo en artikelen 19, 24 en 26 RlNs.

27 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 5 oktober 1977, *Tedeschi*, zaak 5/77, *Jur.* 1977, p. 1555 en HvJ EG 30 november 1983, *Van Bennekom*, zaak 227/82, *Jur.* 1983, p. 3883.

28 HvJ EG 7 december 2000, *Telaustria*, zaak C-324-98, *Jur.* 2000, p. I-10745. Zie sindsdien ook HvJ EG 21 juli 2005, *Coname*, zaak C-231/03, *Jur.* 2005, p. I-7287 en HvJ EG 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, zaak C-458/03, *Jur.* 2005, p. I-8612.

29 Arrest *Coname*, aangehaald in de vorige noot, punt 28.

30 Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, *PbEU* 2006 C 179, p. 2.

31 M. Meulenbelt en E. Pijnacker Hordijk, 'A Bridge Too Far: Why the European Commission's attempts to construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be dismissed', *PPLR* 2005, nr. 3; A. Braun, 'A Matter of Principle(s): The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Procurement Directives', *PPLR* 2000, nr. 39 en P. Kreijger, 'Drempels overboord? Een volgende stap naar het 'Verdragsaanbestedingsrecht'', *Aanbestedingsrecht* 2006, p. 289.

32 Verzoekschrift van 12 september 2006, zaak T-258/06, *PbEU* 2006 C 294, p. 52.

33 Conclusie van A-G Sharpston van 18 januari 2007 in zaak C-195/04, *Commissie/Finland*, n.n.g., punt 98.

gesteld kunnen worden om dit leerstuk in te kaderen. Ook hier gaat het overigens om een onderwerp dat aanvankelijk bij ministeriële regeling uitgewerkt had zullen worden en nu, door aanvaarding van het amendement Verdaas c.s., bij algemene maatregel van bestuur.

Deze regeling heeft een uiterst breed toepassingsgebied: zij heeft immers zonder enige uitzondering naar aard of omvang betrekking op alle opdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten en prijsvragen waarbij een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is betrokken. Zij is welbeschouwd ook zinledig: de plicht tot het voorzien in een passende mate van openbaarheid vloeit, wanneer de betrokken opdracht aanbestedingsplichtig is, reeds voort uit de richtlijnen, terwijl zij voor niet door de richtlijnen beheerste opdrachten rechtstreeks voortvloeit uit de artikelen 28 en 49 EG, zonder dat enige tussenkomst van de nationale wetgever daarvoor vereist is. Strikt genomen had de wetgever dus kunnen volstaan met het scheppen van een rechtsgrondslag voor het vaststellen van nadere regels, zoals nu is gebeurd in artikel 21 lid 1.

Het lijkt er bovendien sterk op dat de wetgever roomser zal zijn dan de paus, wanneer hij de plicht tot het voorzien in een passende mate van openbaarheid ongeclausuleerd heeft opgelegd aan zowel aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven. In de Memorie van Toelichting verduidelijkt het kabinet dat de overwegingen in de zaak *Telaustria* betrekking hadden op een aanbestedende dienst, maar dat zij even zozeer betrekking zouden kunnen hebben op een speciale-sectorbedrijf.

Analytisch gezien slaat het kabinet hier de plank volledig mis. Bij het *Telaustria*-arrest ging het immers juist niet om de richtlijnen, maar om de artikelen 28 en 49 EG, en dus om de verkeersvrijheden, waarvan de normadressanten niet voornoemde aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven zijn, maar de lidstaten, in de door vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG ontwikkelde, brede zin.

Waar het gaat om de categorie 'aangebestede diensten' zullen de lidstaten zelf en hun territoriale lichamen onbetwistbaar deel uitmaken van het begrip 'lidstaat', maar dit zal niet automatisch het geval zijn voor de op afstand van de staat opererende publiekrechtelijke instellingen, die, zoals bekend, niet publiekrechtelijk behoeven te zijn ingericht.

Met betrekking tot de speciale-sectorbedrijven rijst eigenlijk dezelfde vraag als met betrekking tot particuliere bedrijven, die in de betrokken sectoren actief zijn op grond van een bijzonder of uitsluitend recht. Door dat recht kunnen zij immers nog niet tot het begrip 'lidstaat' worden gerekend. Daardoor is er dus, vanuit het gemeenschapsrecht gezien, geen plicht om de transparantieplicht ook aan die entiteiten op te leggen.

Omdat elke aanwijzing ontbreekt over de inhoud van de nader te stellen '*Telaustria*-regels', kan niets worden gezegd over de manier waarop de Nederlandse overheid met dit vraagstuk denkt om te gaan. Er kan alleen worden vermoed dat zij zekerheidshalve leentjebuur zal spelen bij de

nogal restrictief opgestelde Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie.

Uitzonderingen op de *Telaustria*-plicht

In de praktijk rijst veelvuldig de vraag in hoeverre de redenen, die de Gemeenschapswetgever ertoe hebben gebracht bepaalde opdrachten buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen te houden, kunnen worden ingeroepen als uitzondering op de verkeersvrijheden en op de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.

Een voorbeeld is de mogelijkheid, voor een aanbestedende dienst, om een opdracht voor diensten zonder concurrentiestelling te gunnen aan een andere aanbestedende dienst, op grond van een bij gepubliceerd publiekrechtelijk besluit verleend exclusief recht.³⁴ De *ratio legis* van deze uitzondering is in nevelen gehuld. Vermoedelijk gaat het daar om de wens aan overheden de mogelijkheid te geven bepaalde opdrachten, om redenen van publiek belang, binnen de kring van de overheid te houden.

Zoals bekend, kan op de in de artikelen 28 en 49 EG geregelde vrijheden een uitzondering worden gemaakt op grond van de geschreven uitzonderingen van de artikelen 30 en 46 EG of op grond van door het Hof van Justitie aanvaarde dwingende redenen van algemeen belang. In beide gevallen moet steeds worden voldaan aan de evenredigheidstoets.

Een voorbeeld van een zaak, waarin een uitzondering uit het richtlijnenkader overeenkomstig is toegepast in het kader van de verkeersvrijheden, is de reeds aangehaalde zaak *Parking Brixen*. Het ging in die zaak om de verlening van een concessie voor diensten door de Italiaanse gemeente Brixen aan het binnenkort deels te privatiseren verzelfstandigde gemeentebedrijf Stadtwerke Brixen AG. De Italiaanse regering en de gemeente Brixen hadden in die zaak een beroep gedaan op het hiervóór reeds kort genoemde *Teckal*-arrest. In dat arrest heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat er geen sprake is van een overeenkomst, en dus van aanbestedingsplichtigheid, in de verhouding tussen een aanbestedende dienst en een verzelfstandigd onderdeel daarvan met eigen rechtspersoonlijkheid, wanneer de aanbestedende dienst toezicht uitoefent op de betrokken persoon zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die hem beheersen.³⁵

In het arrest *Parking Brixen* heeft het Hof van Justitie, na wat omtrekkende bewegingen, de overeenkomstige toepassing van het *Teckal*-leerstuk in het kader van de verkeersvrijheden toch aanvaard:

'60. De toepassing van de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, alsmede van de daarmee samenhangende beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, hangt [...] niet af van het bestaan van een overeenkomst. Bijgevolg gelden de overwegingen

³⁴ Artikel 18 RLOo; artikel 17 Bao.

³⁵ Zie hiervóór, noot 18.

uit de [Teckal-]rechtspraak niet automatisch voor deze verdragsbepalingen en evenmin voor deze beginselen.

61. Niettemin zij vastgesteld dat deze overwegingen kunnen worden getransponeerd naar de verdragsbepalingen en de beginselen met betrekking tot openbare dienstenconcessies die van de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn uitgesloten.³⁶

Meer in het algemeen pleit het gezond verstand ervoor, dat de uitzonderingen, waarin de Gemeenschapswetgever specifiek heeft voorzien in het kader van het dwingende aanbestedingsrecht, ook ingeroepen moeten kunnen worden als het gaat om de in principe minder dwingende toepassing van de verkeersvrijheden.

De voorgestelde regeling voor de uitzonderingen op *Telaustria*

De wetgever heeft in dit verband de volgende regeling voor ogen. In artikel 12 lid 2 wordt voorzien in de mogelijkheid om van de transparantieplicht van het eerste lid af te wijken indien er sprake is van:

- a. bijzondere omstandigheden, of
- b. objectieve rechtvaardigingsgronden.

In het derde lid wordt vervolgens voor aanbestedende diensten de *Teckal*-uitzondering gecodificeerd. Deze uitzondering heeft uitdrukkelijk niet betrekking op speciale-sectorbedrijven, niet zijnde aanbestedende diensten, dus op overheidsbedrijven en particuliere bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten. Daarvoor geldt immers al de uitzondering van de verbonden ondernemingen (artikel 23 RINs).

De uitzondering uit het tweede lid wekt bevreemding.

Ad a: De mogelijkheid om af te wijken van de transparantieplichting in geval van bijzondere omstandigheden of objectieve rechtvaardigingsgronden is immers vreemd aan het systeem van de verkeersvrijheden, waarin, zoals gezegd, slechts geschreven uitzonderingen en dwingende redenen van algemeen belang ingeroepen kunnen worden. In zoverre lijkt het voorzien in het inroepen van een 'bijzondere omstandigheid' op gespannen voet te staan met de rechtspraak van het Hof van Justitie EG.

Ad b: Een 'objectieve rechtvaardigingsgrond' zou in voorkomend geval nog kunnen worden aangekleed als een dwingende reden van algemeen belang, maar dan moet altijd nog zijn voldaan aan de evenredigheids-toets.

Algemene beginselen: het evenredigheidsbeginsel

Artikel 13 lid 2 werkt het evenredigheidsbeginsel in zoverre uit, dat wordt voorgeschreven dat een aanbestedende dienst zowel bij de selectiecriteria als bij de gunningscri-

teria uitsluitend vereisten hanteert die gerelateerd zijn aan en noodzakelijk zijn gelet op het doel, de aard en het voorwerp van de betrokken opdracht. Mede in dat kader verschafte artikel 20 lid 1 een rechtsgrondslag voor het:

'[stellen van grenzen] aan de door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf te stellen eisen, voorwaarden en criteria'.

Het tweede lid verduidelijkt dat het daarbij onder meer gaat om de selectie- en gunningscriteria, zoals vermeld in artikel 13 lid 2.

De evenredigheid van geschiktheidscriteria is inderdaad een terugkerend probleem bij aanbestedingen. Het komt vaak voor, dat aanbestedende diensten, bedoeld of onbedoeld, te zware eisen stellen aan inschrijvers of aan een opdracht. Dit is niet alleen nadelig voor potentiële inschrijvers, maar ook voor de aanbestedende diensten zelf. Als het gaat om eisen met betrekking tot de financiële draagkracht, sluiten hoge eisen bijvoorbeeld automatisch de relatief kleinere ondernemingen uit, terwijl zij vaak ook zeer wel in staat zouden zijn om de betrokken opdracht uit te voeren.

Dat het evenredigheidsbeginsel een van de centrale beginselen is in het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht, is overigens niet nieuw. Op Europees niveau is het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat dus zowel in de sfeer van de uitlegging van de richtlijnen kan doorwerken als in de sfeer van de toepassing van de verkeersvrijheden, zoals toegepast in het *Telaustria*-leerstuk.³⁷ Meer in het bijzonder in het kader van de aanbestedingsrichtlijnen wordt het evenredigheidsbeginsel centraal gesteld in overweging 2 R10o en in overweging 9 RINs. In bijvoorbeeld de R10o wordt het vervolgens uitgewerkt in de artikelen 23 lid 2, 38 lid 1, 48 lid 2 en 53 lid 1. Uiteraard is het ook veelvuldig toegepast door de communautaire³⁸ en nationale³⁹ rechter.

Ook in dat opzicht brengt het wetsvoorstel dus weinig nieuws. Het feit dat hier de materiële bepaling blijft steken in het van toepassing verklaren van een beginsel en dat de uitwerking daarvan geheel wordt overgelaten aan de gedelegeerde regelgever betekent bovendien dat op dit moment, zoals ook bij andere onderwerpen in deze wet, niets kan worden gezegd over de manier waarop deze wet in de praktijk zal uitpakken.

36 Zie hiervóór, noot 28. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie vervolgens dat aan de voorwaarden van *Teckal* niet was voldaan, omdat Stadtwerke Brixen AG statutair over een mate van zelfstandigheid beschikte die uitsloot dat de gemeente Brixen op die vennootschap toezicht had kunnen houden als op haar eigen diensten.

37 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 1989, *Schröder*, zaak 265/87, *Jur.* 1989, p. 2237, punt 4.

38 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 27 september 2002, zaak T-211/02, *Tide-land Signal/Commissie*, *Jur.* 2002, p. II-3785, punt 39.

39 Zie bijvoorbeeld Vzng. Amsterdam 28 juli 2005, *Boskalis/Gem. Amsterdam*, rolno. 314770 / KG 05-804, LJN:AU0325 en Vzng. Den Bosch 26 april 2005, *Hoppenbrouwers Elektrotechniek B.V. / Waterschap De Dommel*, rolno. 124469/KG ZA 05-194, LJN: AT4942.

Tegengaan van versnippering, stroomlijning

Een van de door de Parlementaire Enquêtecommissie vastgestelde aandachtspunten is de sterke versnippering en verkokering van de door de centrale en decentrale overheid gehanteerde aanbestedingsreglementen. Door deze versnippering moeten inschrijvers steeds aan iets andere regels voldoen om mee te doen aan een aanbesteding.

Het kabinet beoogt dit tegen te gaan door middel van grondslagen voor gedelegeerde regelgeving voor:

- het stellen van grenzen aan de door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf te stellen eisen, voorwaarden en criteria (artikel 20 lid 1);
- de bevordering van de gelijke behandeling van ondernemers, de concurrentie tussen ondernemers, de innovatie en de transparantie, met inbegrip van de passende mate van overheid uit het *Telaustria*-leerstuk (artikel 21 lid 1); en
- de waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure of de vermindering van administratieve lasten voor ondernemers (artikel 21 lid 2).

Ook dit zijn onderwerpen die het kabinet bij ministeriële regeling had willen kunnen afdoen, en die door tussenkomst van de Tweede Kamer bij algemene maatregel van bestuur geregeld zullen moeten worden. Ook hier geldt vervolgens dat de grondslagen dermate ruim zijn geformuleerd dat zij neerkomen op omnibusgrondslagen waarmee het kabinet alle kanten op kan.

Of het kabinet hiermee de beoogde resultaten zal kunnen bereiken, kan dus nog niet worden gezegd.

Afschaffing van het arbitragebeding

In het kader van de Parlementaire Enquête voor de bouwnijverheid is geconstateerd dat het gebruik van een arbitrageovereenkomst of een arbitraal beding in het kader van een aanbestedingsprocedure op gespannen voet staat met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. De spanning bestaat hierin dat een arbitraal beding krachtens artikel 1022 Rv inhoudt dat de weg naar de civiele rechter voor ondernemers wordt afgesloten, terwijl zij gelet op hun positie in de procedure niet steeds de onderhandelingsruimte zullen hebben om gedurende de loop van een aanbesteding het overeenkomen van een arbitragebeding af te wijzen.

Om dit te bereiken is in artikel 22 op voorstel van de Raad van State bepaald dat artikel 1020 Rv, dat voorziet in de mogelijkheid om een arbitragebeding overeen te komen, niet van toepassing is op aanbestedingsgeschillen. Hierdoor blijft de civiele rechter steeds bevoegd in aanbestedingsgeschillen, ook als een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een arbitragebeding heeft opgelegd aan zijn inschrijvers. De Memorie van Toelichting verduidelijkt dat deze bepaling niet uitsluit dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf en een ondernemer samen afspreken om een aanbestedingsgeschil voor te leggen aan een andere bemiddelaar dan een arbiter, zoals een mediator, of dat partijen afspreken

dat de overeenkomst waarin de uitvoering van de opdracht wordt geregeld, in arbitrage voorziet.⁴⁰

Met deze regeling lijkt het kind met het badwater weggegooid te worden. In sommige geschillen is tussenkomst van een arbiter immers een aantrekkelijk alternatief voor beslechting door de gewone rechter.

Verplichte integriteitstoetsing

Een betrekkelijk vergaande regeling wordt beoogd in artikel 19: krachtens die bepaling zijn aanbestedende diensten en bepaalde, nog aan te wijzen speciale-sectorbedrijven verplicht bij het plaatsen van opdrachten, het sluiten van raamovereenkomsten en concessieovereenkomsten en het uitschrijven van prijsvragen een 'integriteitsverklaring aanbesteden' te verlangen en inschrijvers uit te sluiten, waneer zij deze verklaring niet kunnen overleggen. Beoogd wordt dat deze verklaring wordt afgegeven door het Centraal Orgaan Verklaringen omtrent het Gedrag ('COVOG').

In artikel 19 lid 7 wordt de indruk gewekt dat het COVOG zich bij het al dan niet afgeven van de integriteitsverklaring aanbesteden zal moeten beperken tot bepaalde elementen, maar de MvT laat zien dat de wetgever voor het COVOG een grote mate van vrijheid wenst in te ruimen, met name bij het bepalen wanneer een in het verleden begane overtreding niet meer hoeft te leiden tot een weigering.

Ook opmerkelijk is, dat in artikel 19 lid 7 uitdrukkelijk wordt verwezen naar onherroepelijk geworden boetebesluiten op basis van artikel 56 Mw, dat wil zeggen boetes wegens het overtreden van het kartelverbod of het misbruikverbod.

Waar de aanbestedingsrichtlijnen een minder dwingend systeem kennen, lijkt deze regeling onevenwichtig. Daarnaast kan men zich afvragen in hoeverre het rechtmatig moet worden geacht dat deelname aan aanbestedingen door ondernemingen met een smet uit het verleden volledig afhankelijk worden gesteld van een subjectieve beoordeling door het COVO.

Slot

Uit dit overzicht blijkt dat de wetgever in vrijblijvende algemeenheden is blijven steken, behalve bij de integriteitstoetsing, die juist een onevenredige indruk maakt. De nadere uitwerking van de wet bij algemene maatregelen van bestuur zal moeten uitwijzen wat de wetgever echt zal doen om de door hem aangekondigde doelstellingen te realiseren. Het is in dat opzicht teleurstellend dat hij zich weinig heeft aangetrokken van de terechte kritiek van de Raad van State en van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht. Hoewel dit ontwerp in het geheel niet overtuigt is het, gezien het voorlopig verslag van de Eerste Kamer, nog maar de vraag of die Kamer er een fatsoenlijke wet van wil maken.

⁴⁰ MvT, p. 49.