

MR. G. VERBERNE / MR. E. GOEDHART

# De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

Op 12 december 2002 is gepubliceerd het eindrapport van de parlementaire enquêtecommissie Bouwnijverheid: *De bouw uit de schaduw*. Mede vanwege deze enquête is het al dan niet naleven van 'het aanbestedingsrecht' in alle kanten uitvoerig beschreven. Deze enquêtecommissie heeft verscheidene aanbevelingen gedaan. Een daarvan is dat de verhoudingen tussen de overheid en de bouwnijverheid in de toekomst dienen te worden gekenmerkt door 'Nieuwe Zakelijkheid'. Partijen dienen gepaste afstand van elkaar te bewaren en de beginselen van objectiviteit, non-discriminatie en transparantie zijn maatgevend in de aanbesteding van overheidsopdrachten. Er dient geen plaats (meer) te zijn voor het 'smeren' en 'fêteren' van ambtenaren. De zo vertrouwde aannemer uit de buurt heeft, vanwege het aanbestedingsrecht, zijn tijd gehad. Het aanbestedingsrecht ziet overigens niet alleen op de bouwnijverheid. Ook bijvoorbeeld het door een gemeente inkopen van potloden, leasen van een wagenpark en laten schoonmaken van het gemeentehuis dienen boven bepaalde drempels in beginsel Europees te worden aanbesteed. Aanbesteden is eigenlijk het creëren van een 'ad hoc'-markt teneinde voor een bepaalde te gunnen opdracht de aannemer, leverancier of dienstverlener met de laagste prijs of economisch voordeligste aanbieding (de beste prijs/kwaliteitverhouding) te krijgen. Het aanbesteden wordt in het algemeen gezien als een uitnodiging tot het doen van een aanbod, waarna in beginsel door middel van aanvaarding door de aanbesteder – de gunning – de overeenkomst totstandkomt.<sup>1</sup> Het aanbestedingsrecht wordt in Nederland in beginsel beheerst door Europese aanbestedingsrichtlijnen. In deze bijdrage zullen

wij de werking van deze Europese aanbestedingsrichtlijnen op hoofdlijnen uiteenzetten.

## Europese aanbestedingsrichtlijnen

Het aanbestedingsrecht kent thans de volgende Europese aanbestedingsrichtlijnen:

- 1 *Richtlijn Werken (93/37/EEG, zoals gewijzigd door Richtlijn 97/52/EG)*: betreffende de coördinatie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals bouw- en wegebouwkundige werken in hun geheel die ertoe bestemd zijn als zodanig een economische of technische functie te vervullen;
- 2 *Richtlijn Leveringen (93/36/EEG, zoals gewijzigd door Richtlijn 97/52/EG)*: betreffende de coördinatie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten;
- 3 *Richtlijn Diensten (92/50/EEG, zoals gewijzigd door Richtlijn 97/52/EG)*: betreffende de coördinatie van de procedures voor de aanbesteding van alle overheidsopdrachten die niet beschouwd kunnen worden als een opdracht voor de uitvoering van een werk of als levering van een product, zoals het verrichten van bepaalde diensten. Deze richtlijn fungeert als een vangnetconstructie; en
- 4 *Richtlijn Nutssectoren (93/38/EEG, zoals gewijzigd door Richtlijn 98/4/EG)*: betreffende de coördinatie van de procedures voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

<sup>1</sup> Zie W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, inaugurele rede van 13 december 2000, UvA.

## De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

Bespreking van de Richtlijn Nutssectoren valt buiten het kader van deze bijdrage. Hierna zal uitsluitend de werking van de 'gewone' aanbestedingsrichtlijnen (Richtlijn Werken, Leveringen en Diensten) worden toegelicht. Tevens zijn er twee zogeheten 'Handhavings- of Rechtsmiddelenrichtlijnen' toegevoegd, één voor de 'traditionele' sector (vallende onder de Richtlijnen Werken, Leveringen en Diensten) en één voor de nutssectoren. Daarnaast bestaan ook op mondiaal niveau afspraken die bijvoorbeeld de levering van producten in de *scope* van het aanbesteden hebben betrokken. Hierbij kan gedacht worden aan de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), de huidige World Trade Organization (WTO). In Nederland bestaan voor de bouwsector voorts Uniforme Aanbestedingsreglementen.

### Doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen

De procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn op communautair vlak gecoördineerd om belemmeringen voor de aankoop van zaken, opdrachten tot het verrichten van diensten alsmede opdrachten tot de realisatie van werken op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde ondernemers, die werken wensen te realiseren ofwel goederen of diensten wensen aan te bieden aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten.<sup>2</sup> De aanbestedingsrichtlijnen beogen derhalve het openstellen van de Europese markt van overheidsopdrachten voor bedrijven gevestigd in de Europese Unie ongeacht hun nationaliteit. Een nationale overheid mag geen opdrachten voorbehouden aan ondernemingen uit het eigen land. De aanbestedingsrichtlijnen, zoals uitgelegd in rechtspraak, verwoorden daartoe drie beginselen:

- non-discriminatiebeginsel (met name naar nationaliteit);
- gelijkheidsbeginsel: gelijke behandeling van gegadigden en inschrijvers (benadeling of bevoordeling is niet toegestaan);
- transparantiebeginsel: doorzichtigheid door middel van vastomschreven te volgen procedures, verplichte aankondigingen en dergelijke als opgenomen in de aanbestedingsrichtlijnen.

Daarnaast gelden in Nederland overigens overkort de (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) in geval van optreden van overheidsopdrachtgevers in het kader van aanbestedingsprocedures en de privaatrechtelijke regels inzake de precontractuele redelijkheid en billijkheid.

### Aanbestedingsrichtlijnen omgezet in Nederlands recht

In Nederland zijn de aanbestedingsrichtlijnen omgezet in nationaal recht door uitgevaardigde algemene maatregelen van bestuur (AMvB's) op basis van de Raamwet EEG-voorschriften Aanbestedingen.<sup>3</sup> Thans zijn er op basis van deze Raamwet twee AMvB's vastgesteld, te weten:

- 1 Besluit overheidsaanbestedingen;<sup>4</sup>
- 2 Besluit aanbestedingen nutssector.<sup>5</sup>

De Raamwet en de daarop gebaseerde AMvB's hebben tot doel om de aanbestedende diensten te verplichten de bepalingen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen toe te passen. Eerstgenoemde AMvB strekt tot implementatie van Richtlijn Werken, Leveringen en Diensten. De tweede AMvB heeft de Richtlijn Nutssectoren in Nederland ten uitvoer gelegd. Nederland heeft gekozen voor een systeem van rechtstreekse 'verwijzing' naar de (tekst van de) aanbestedingsrichtlijnen. De aanbestedingsrichtlijnen zijn hierdoor omgezet in Nederlands recht. Er dient van de tekst van de aanbestedingsrichtlijnen zelf te worden uitgegaan. Dit geeft in de praktijk vaak problemen, omdat de tekst van deze richtlijnen verre van duidelijk is.

### Wanneer moet er Europees worden aanbesteed?

Om na te gaan of er een verplichting bestaat een opdracht Europees aan te besteden, dienen er drie vragen te worden gesteld. Ten eerste zal moeten worden nagegaan of de betreffende aanbesteder wordt aangemerkt als een 'aangebestede dienst' in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Vervolgens zal moeten worden bekeken of er sprake is van een 'overheidsopdracht' in de zin van deze richtlijnen. Ten slotte dient te worden onderzocht of, gezien de 'waarde', de overheidsopdracht binnen de werkingssfeer van de Europese aanbestedingsrichtlijnen valt.

2 Arrest van 12 december 2002 van het Hof van Justitie ('Universale-Bau') (zaak C-470/99) (ro. 51).

3 Wet van 31 maart 1993, tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten (*Staatsblad* 212, 31 maart 1993).

4 Besluit overheidsaanbestedingen (*Staatsblad* 1994, 380), zoals dit is gewijzigd bij besluit van 18 september 1997, *Staatsblad* 435, tevens *Staatsblad* 1997, 436, zoals gewijzigd bij besluit van 27 augustus 1998, *Staatsblad* 542 alsmede *Staatsblad* 2002, 246.

5 Besluit aanbestedingen Nutssector (*Staatsblad* 1994, 377, *Staatsblad* 1997, 437), zoals dit is gewijzigd bij besluit van 18 september 1997, *Staatsblad* 435, en besluit van 17 december 1998, *Staatsblad* 743, alsmede *Staatsblad* 2002, 246.

## De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

### Wanneer is er sprake van een aanbestedende dienst?

Krachtens de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn aanbestedende diensten gedefinieerd als de Staat, zijn territoriale lichamen (zoals bijvoorbeeld gemeenten en provincies), publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen. Als aanbestedende dienst kunnen op grond van de aanbestedingsrichtlijnen worden aangemerkt de tot de Staat behorende 'centrale overheidsinstanties', die zijn genoemd in een bijlage bij de thans vigerende Richtlijn Leveringen. De opsomming in deze bijlage is limitatief. Deze opsomming is overeengekomen bij de World Trade Organization (WTO) Government Procurement Agreement (GPA) (Annex I bij de GPA).<sup>6</sup> Overigens is daarnaast door het ministerie van Economische Zaken een lijst van centrale overheidsinstanties ('aangebestedende diensten overheid') gepubliceerd. Deze lijst van het ministerie wordt van tijd tot tijd bijgewerkt. De lijst is door het ministerie op internet geplaatst.<sup>7</sup> Het is overigens de vraag – gezien het limitatieve karakter van voornoemde bijlage bij de Richtlijn Leveringen – wat de juridische waarde is van een dergelijke aanvulling. De opsomming in de bijlage bij de Richtlijn Leveringen inzake Nederland vermeldt onder meer de ministeries en de daaronder ressorterende diensten zoals bijvoorbeeld het Centraal Plan Bureau en Staatsbosbeheer. Daarnaast noemt de bijlage bijvoorbeeld het Kabinet voor Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse zaken, de Hogere Colleges van Staat, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale Ombudsman. De bijlage(n) van het GPA is (zijn) met name van belang voor handelspartners buiten de Europese Unie, zoals bijvoorbeeld Zwitserland, de Verenigde Staten, Japan en Israël.

'Publiekrechtelijke instellingen' zijn blijkens de nadere omschrijving in de richtlijnen instellingen:

- (i) die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard;<sup>8</sup> én
- (ii) die rechtspersoonlijkheid hebben; én

- (iii) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak ('meer dan de helft')<sup>9</sup> door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van 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.

Wij merken op dat aan alle drie voornoemde voorwaarden moet zijn voldaan, wil sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling. Gezien deze definitie kan derhalve een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarin een gemeente een overwegende 'zeggenschap' heeft, ook worden aangemerkt als een aanbestedende dienst. In Bijlage I van de Richtlijn Werken is een lijst opgenomen van de publiekrechtelijke instellingen in de verschillende lidstaten. De Richtlijn Leveringen en de Richtlijn Diensten verwijzen naar deze bijlage. Deze lijst is echter niet uitputtend. Door het ministerie van Economische Zaken is tevens een lijst van publiekrechtelijke instellingen opgesteld. Deze lijst is volgens het ministerie 'indicatief' van aard. Deze lijst is eveneens op internet door het ministerie gepubliceerd.<sup>10</sup> Op deze twee voornoemde lijsten (Bijlage I bij de Richtlijn Werken en de lijst van 'publiekrechtelijke instellingen' van het ministerie van Economische Zaken) is overigens kritiek mogelijk, doch naar onze mening mag worden aangenomen dat kennelijk de daarop vermelde instellingen als zelfstandige aanbestedende diensten (kunnen) worden aangemerkt. Hierbij merken wij op dat niet zozeer deze lijst, maar de beoordeling op grond van de definitie van publiekrechtelijke instelling bepalend is. Het begrip 'aangebestedende dienst' dient functioneel te worden uitgelegd; het begrip moet worden geacht mede te omvatten

*'een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakt van de overheidsinstantie'.*<sup>11</sup>

Naast de aanbestedende diensten die onder omstandigheden verplicht zijn overeenkomstig de

6 Zie *Staatscourant* van 10 januari 1996, nr. 10.

7 Zie [www.minez.nl](http://www.minez.nl).

8 Blijkens een recent arrest van 12 december 2002 van het Hof van Justitie (zaak C-470/99) voldoet een entiteit die niet is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, doch die naderhand wel dergelijke behoeftevoorziening op zich heeft genomen en die sindsdien daadwerkelijk verzorgt, eveneens aan het sub (i) vermelde criterium mits objectief kan worden vastgesteld dat zij deze behoeftevoorziening op zich heeft genomen.

9 Zie arrest van 3 oktober 2000 van het Hof van Justitie ('The University of Cambridge') (zaak C-380/98).

10 Zie [www.minez.nl](http://www.minez.nl).

11 Arrest van 20 september 1988 van het Hof van Justitie (Beentjesarrest) (zaak 31/87).

## De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

richtlijnen aan te besteden kunnen ook derden hier toe worden verplicht, de zogenoemde 'aanbestedingsplichtigen'. Onder de categorie 'aanbestedingsplichtigen' vallen subsidieontvangers en concessiehouders. Indien een derde (bijvoorbeeld een sportvereniging), rechtstreeks voor meer dan 50% subsidie ontvangt van een aanbestedende dienst voor een opdracht voor de uitvoering van bepaalde werken,<sup>12</sup> dienen de bepalingen van de Richtlijn Werken bij de aanbesteding van de betreffende opdracht te worden nageleefd door voornoemde derde. Opgemerkt zij dat de aanbestedende dienst er zelf zorg voor dient te dragen dat de procedurevoorschriften van de Richtlijn Werken worden nageleefd. Eenzelfde regel voor subsidieontvangers is opgenomen in de Richtlijn Diensten. De Richtlijn Leveringen bevat geen vergelijkbare bepaling.

Met het begrip 'concessiehouder' wordt bedoeld op degene die voor een aanbestedende dienst een openbaar werk zal uitvoeren, waarbij de tegenprestatie bestaat uit een recht dit werk te exploiteren, eventueel aangevuld met een vergoeding. Het exploitatierisico dient bij de concessiehouder te liggen. Een voorbeeld van een dergelijke concessie kan een opdracht tot bouw en exploitatie van een zwembad zijn. De concessiehouder dient, onder omstandigheden, zekere bepalingen van de Richtlijn Werken na te leven wanneer zij opdrachten voor werken bij derden plaatsen.<sup>13</sup>

Kortom, het is niet eenvoudig vast te stellen (a) wanneer een bepaalde instelling aan te merken is als een aanbestedende dienst, alsmede (b) wanneer er bepaalde aanbestedingsrechtelijke verplichtingen voor een derde kunnen ontstaan, ook al is deze derde zelf geen aanbestedende dienst.

### Wat is een overheidsopdracht?

In de aanbestedingsrichtlijnen worden overheidsopdrachten gedefinieerd als:

*'schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aanbestedende dienst enerzijds en een aannemer, leverancier of dienstverlener anderzijds'*.<sup>14</sup>

In de Richtlijn Werken is het begrip 'overheidsopdracht' ruimer gedefinieerd door de zinsnede 'het laten uitvoeren met welke middelen dan ook'. Dit betekent dat onder de Richtlijn Werken tevens projectontwikkelingsovereenkomsten inzake de bouw kunnen vallen.<sup>15</sup> Per te gunnen opdracht dient derhalve te worden nagegaan of deze onder het begrip 'overheidsopdracht' valt.

### Specifiek voor de Richtlijn Diensten: IA- en IB-diensten<sup>16</sup>

De Richtlijn Diensten maakt ten aanzien van de toepasselijkheid van de bepalingen uit deze richtlijn onderscheid tussen diensten die zich naar hun aard in meerdere of mindere mate lenen voor grensoverschrijdende dienstverlening. Diensten die zich in meerdere mate lenen voor grensoverschrijdende verrichtingen, de zogenoemde prioritaire diensten, zijn genoemd in Bijlage IA van de Richtlijn Diensten. De in deze bijlage genoemde diensten vallen onder de volledige werking van de Richtlijn Diensten. Bijlage IB bevat een opsomming van de zogenoemde residuïere diensten. Voor deze 'IB-diensten' zal de aanbestedende bij het plaatsen van een opdracht slechts de technische specificaties en normen aangaande de te leveren diensten in acht moeten nemen en de uitslag van de aanbesteding moeten publiceren. Voor het overige is hij in beginsel vrij in het kiezen van een eigen aanbestedingsprocedure. De beoordeling of een dienst onder de categorie IA dan wel IB geschaard

12 Werken in de sectoren water-, spoor- en wegenbouw alsmede cultuurtechnische werken en opdrachten betreffende bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming.

13 Concessies voor diensten vallen niet onder de werkingssfeer van de richtlijnen. Op basis van een arrest van 7 december 2000 van het Hof van Justitie (zaak C-324/98) vallen dergelijke opdrachten wel onder de werkingssfeer van het EG-Verdrag. Dergelijke opdrachten dienen met inachtneming van de regels en beginselen als het verbod op discriminatie, vrij verkeer van goederen en diensten en vrijheid van vestiging te worden gegund en mogen derhalve niet rechtstreeks aan de leverancier of dienstverlener worden gegund. Zie terzake tevens de 'Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht' van 12 april 2000.

14 Zie overigens arrest van 31 januari 2001 van Hof Den Haag (NJ 2001, 412) en arrest van 12 juli 2001 van Hof van Justitie (zaak C-399/98).

15 Blijkens de recente Verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europese Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten, lijken projectontwikkelaarsdiensten op zichzelf onder de IB-categorie 'overige diensten' te vallen, overigens zonder dat er tevens sprake is van uitvoering.

16 Vergelijk Richtlijn Nutssectoren.

## De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

kan worden, hangt af van de beoordeling van de toepasselijke categorieën die uitgewerkt zijn in de CPC (*central products classification*)-omschrijvingen.

### Wanneer valt een overheidsopdracht binnen de aanbestedingsrichtlijnen?

Een overheidsopdracht valt binnen de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen indien de reëel geraamde waarde van deze opdracht het vastgestelde toepasselijke drempelbedrag overschrijft. In beginsel bepaalt de Europese Commissie iedere twee jaar de nieuwe drempelbedragen. In de onderstaande tabel staan de betreffende drempelbedragen vermeld in euro's. Deze drempelwaarden zijn in beginsel geldend vanaf 1 januari 2002 tot en met 31 december 2003.

De waarde van een overheidsopdracht omvat de

	Leveringen	Diensten	Werken
Centrale overheid	€ 162.293	€ 162.293 *	€ 6.242.028 *
Lagere overheden en publiekrechtelijke instellingen	€ 249.681	€ 249.681 *	€ 6.242.028 *

\* Behoudens enkele uitzonderingen

totale vergoeding aan een opdrachtnemer, exclusief BTW. Elk van de aanbestedingsrichtlijnen bevat specifieke regels voor de waardebepaling. Aan deze regels ligt telkens de basisregel ten grondslag dat aanbestedende diensten opdrachten niet mogen splitsen in kleinere delen met het doel de werking van de richtlijnen te omzeilen. In dit verband is de zogenoemde percelenregeling zoals opgenomen in de Richtlijn Werken en de Richtlijn Diensten van belang. Deze percelenregeling is van toepassing in de situatie waarin een werk respectievelijk een dienst in meerdere delen (in de richtlijnen 'percelen' genoemd) is onderverdeeld en elk van die percelen apart wordt gegund. Voor de bepaling van de waarde van het werk respectievelijk de dienst wordt alsdan uitgegaan van de waarde van alle percelen tezamen. Indien deze totale waarde de toepasselijke drempelwaarde overschrijft, dienen alle percelen van het werk respectievelijk de dienst met inachtneming van de Richtlijn Werken of de Richtlijn Diensten te worden aanbesteed. De Richtlijn Werken en de Richtlijn Diensten maken evenwel een uitzondering op deze regel voor 'kleinere percelen'. Krachtens de Richtlijn Diensten behoeven deze kleinere percelen, i.e. met een waarde van minder dan € 80.000, niet Europees te worden aanbesteed, mits de waarde van deze percelen niet meer bedraagt dan 20% van de waarde van de totale opdracht. Krachtens de Richtlijn Werken geldt ter bepaling van de 'kleinere percelen' terzake een waarde van minder dan € 1.000.000.

### De verschillende aanbestedingsprocedures

Indien sprake is van een 'aanbestedende dienst' die een 'overheidsopdracht' met een 'waarde', die het toepasselijke drempelbedrag overschrijft, wenst te gunnen, dient de opdracht in beginsel Europees te worden aanbesteed. De aanbestedingsrichtlijnen kennen een viertal procedures.

#### 1 Openbare procedure

Alle belangstellende partijen kunnen naar aanleiding van de publicatie van de aankondiging direct een aanbieding indienen. In deze procedure vindt de selectie van de inschrijver aan de hand van de selectiecriteria en de gunning van de opdracht aan de hand van de gunningscriteria in één fase plaats.

#### 2 Niet-openbare procedure

Alle belangstellende partijen kunnen naar aanleiding van de publicatie van de aankondiging een aanvraag tot deelneming aan deze aanbestedingsprocedure indienen bij de aanbestedende dienst. Op deze aanvragen vindt een selectie plaats, op grond van de vooraf bekendgemaakte selectiecriteria, waarna alleen de geselecteerde partijen een aanbieding kunnen doen. Deze procedure vindt derhalve plaats in twee fasen: eerst selectie en dan gunning.

#### 3 Procedure van gunning via onderhandelingen na voorafgaande bekendmaking

Alle belangstellende partijen kunnen naar aanleiding van de publicatie van de aankondiging een aanvraag tot deelneming aan deze aanbestedingsprocedure indienen bij de aanbestedende dienst. Met op grond van de in de publicatie opgenomen selectiecriteria geselecteerde partijen wordt een onderhandelingsfase over de contractuele voorwaarden gestart. Deze procedure kan slechts worden gevolgd in bepaalde gevallen, die zijn omschreven in de richtlijnen.

#### 4 Procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking

Via onderhandelen met één of meer partijen worden rechtstreeks de contractuele voorwaarden vastgesteld. Ook deze procedure kan slechts worden gevolgd in bepaalde gevallen, die zijn omschreven in de richtlijnen.

Daarnaast kent de Richtlijn Diensten een bijzondere procedure voor prijsvragen voor ontwerpen. Dit betreft geen aanbesteding in eigenlijke zin. Deze procedure komt alleen in de Richtlijn Diensten voor. Aan de winnaar van de prijsvraag, waaraan eenieder mee mag doen, mag de aanbestedende dienst de opdracht uit de hand gunnen. De aanbestedende dienst kan het aantal kandidaten beperken door bepaalde minimumeisen/ selectiecriteria te stellen.

## De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

Hoofregel is dat aanbestedende diensten vrij zijn om te kiezen tussen toepassing van de openbare procedure en de niet-openbare procedure. Welke procedure het meest geschikt is, zal afhangen van bepaalde aspecten, zoals de omvang van de concurrentie, de aard van de opdracht, de aanbestedingskosten, de gevoeligheid van de informatie in het bestek, de omvang van het bestek en de aanvang van de opdrachtuitvoering. Zoals reeds vermeld, kunnen de onderhandelingsprocedures alleen worden toegepast in limitatief in de richtlijnen omschreven uitzonderingsgevallen. De uitzonderingssituaties kunnen van richtlijn tot richtlijn verschillen. Met eventuele toepassing van deze onderhandelingsprocedures dient uiterst zorgvuldig te worden omgegaan. Mede blijkens rechtspraak mogen deze uitzonderingssituaties slechts restrictief worden toegepast.

### Selectie- en gunningcriteria

Bij een aanbestedingsprocedure zal een aanbestedende dienst zowel selectiecriteria als gunningcriteria (kunnen) stellen. In elk van de aanbestedingsrichtlijnen worden criteria genoemd voor de kwalitatieve selectie. Aan de hand van deze criteria kan een aanbestedende dienst inzicht verkrijgen in onder meer betrouwbaarheid, draagkracht, omvang en ervaring van de gegadigden en inschrijvers. Het gaat hier om objectieve criteria die opgesteld moeten worden door de aanbestedende dienst en die vooraf (in de aankondiging en/of het bestek) bekendgemaakt moeten worden. De aanbestedingsrichtlijnen kennen een gesloten stelsel van selectiecriteria. Aanbestedende diensten zijn niet bevoegd andere criteria en/of andere dan in de aanbestedingsrichtlijnen genoemde bewijzen te hanteren. De volgende criteria worden in de richtlijnen genoemd:

- 1 uitsluitingsgronden;
- 2 beroepsbekwaamheid;
- 3 financiële en economische geschiktheid;
- 4 technische geschiktheid.

De uitsluitingsgronden zien, kort gezegd, op de situaties dat de aannemer, leverancier of dienstverlener bijvoorbeeld in staat van faillissement verkeert, is veroordeeld voor een delict dat zijn beroepsmoraliteit in het gedrang brengt of niet aan zijn belastingverplichtingen heeft voldaan. Deze gronden, die een aanbestedende dienst kan hanteren, zijn in de aanbestedingsrichtlijnen limitatief opgesomd. Ter toetsing van de beroepsbekwaamheid van de aannemer, dienstverlener of leverancier kan de aanbestedende dienst bijvoorbeeld verlangen dat de betreffende

gegadigde/inschrijver aantoont dat deze is ingeschreven in het beroeps- of handelsregister conform de wetgeving van de lidstaat van vestiging. De criteria voor zowel de beoordeling van de financiële en economische geschiktheid als de technische geschiktheid dienen door de aanbestedende diensten zelf te worden vastgesteld. De aanbestedingsrichtlijnen geven enkel de gegevens aan waarmee gegadigden en inschrijvers hun geschiktheid terzake kunnen aantonen. Als randvoorwaarden voor dergelijke door de aanbestedende dienst te stellen criteria geldt onder meer dat de criteria objectief en in redelijke verhouding met de aard en omvang van de eventueel te gunnen opdracht dienen te zijn. De gunningcriteria gelden voor het uitkiezen van de aanbidding. In de gunningsfase worden de ingediende aanbiddingen getoetst aan de in de aankondiging en/of bestek aangegeven gunningcriteria. De aanbestedingsrichtlijnen kennen twee gunningcriteria op grond waarvan een aanbestedende dienst een opdracht kan gunnen:

- 1 de laagste prijs; of
- 2 de economisch voordeligste aanbidding.

Indien het criterium 'economisch voordeligste aanbidding' wordt gebruikt zal de aanbestedende dienst verscheidene subcriteria dienen te stellen, die variëren naar gelang de aard van de opdracht. Hierbij kan als subcriterium gelden bijvoorbeeld de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde enzovoorts. De (sub)gunningcriteria moeten vooraf worden bepaald, in het bestek worden opgenomen (zo mogelijk in afnemende volgorde van belang dat eraan wordt gehecht) en voor het moment van inschrijving bekend worden gemaakt. Tevens dient de beoordelingsmaatstaf bekend te worden gemaakt. Een aanbestedende dienst is in beginsel niet gehouden tot gunning over te gaan.<sup>17</sup> Ten slotte, bij het houden van een aanbestedingsprocedure dienen ook bepaalde termijnen en regels inzake bekendmaking in acht te worden genomen.

### Bekendmaking

Om de concurrentie te bevorderen en de controle achteraf mogelijk te maken, kennen de aanbestedingsrichtlijnen drie momenten van publicatie:

- 1 de vooraankondiging (enuntiatieve aankondiging);
- 2 de oproep tot mededinging;
- 3 de publicatie van de gunning.

De aanbestedende diensten mogen<sup>18</sup> éénmaal per jaar de voorgenomen aan te besteden opdrachten,

<sup>17</sup> Zie arrest van 18 juni 2002 van het Hof van Justitie (zaak C-92/00).

<sup>18</sup> Zie arrest van 26 september 2000 van het Hof van Justitie (zaak C-225/98).

## De Europese aanbestedingsrichtlijnen; een korte schets

met een waarde boven een bepaalde drempelwaarde, aankondigen. Met uitzondering van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gaat aan iedere Europese aanbesteding een bekendmaking vooraf. De oproep tot mededinging betreft de aankondiging van een concrete opdracht, waarop geïnteresseerden zich kunnen aanmelden voor deelname aan de procedure of waarop offertes kunnen worden ingediend. In de oproep tot mededinging moet de aanbestedende dienst vermelden wat de opdracht inhoudt en aan de hand van welke criteria de opdracht vergeven zal (kunnen) worden. Binnen 48 dagen na het gunnen van een opdracht moet een aanbestedende dienst in Luxemburg melden aan wie en tegen welke prijs de opdracht is gegund. Voor elk van deze aankondigingen zijn speciale modellen opgesteld.

### Termijnen

Bij een aanbestedingsprocedure dienen bepaalde voorgeschreven termijnen in acht te worden genomen. De termijnen zijn per procedure verschillend. Bij een openbare procedure bedraagt de termijn voor het indienen van een offerte in beginsel minimaal 52 dagen na verzending van de aankondiging. Onder voorwaarden kan de aanbestedende dienst deze termijn verkorten. De termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming bedraagt bij de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking minimaal 37 dagen na verzending van de aankondiging. De termijn voor het uitbrengen van een offerte bedraagt bij de niet-openbare procedure in beginsel ten minste 40 dagen, ingaande vanaf de datum van verzending van de uitnodigingen. Ook deze termijn kan onder omstandigheden worden verkort. Voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking zijn geen termijnen vastgelegd.

### Risico's verbonden aan het niet naleven van de Europese aanbestedingsrichtlijnen?

Indien de aanbestedingsrichtlijnen niet worden nageleefd door een aanbestedende dienst, kunnen belanghebbenden zowel op nationaal niveau als op Europees niveau een procedure starten. In 1989 is een Rechtsmiddelenrichtlijn tot stand gekomen om op nationaal niveau de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen te waarborgen. Deze Rechtsmiddelenrichtlijn schrijft voor dat een benadeelde in

de eerste plaats bij de nationale rechter terecht moet kunnen. In Nederland is in principe de civiele rechter bevoegd van het geschil kennis te nemen. Bij de civiele rechter kan de benadeelde een bodemprocedure of een kort geding aanspannen. De vorderingen die door de benadeelde in kort geding kunnen worden ingediend zijn bijvoorbeeld een bevel tot heraanbesteding, verbod tot gunning aan een ander dan de eiser, gebod tot gunning aan de eiser en gebod tot opschorting van de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst, of zelfs een bevel tot het ongedaan maken van een reeds in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst.<sup>19</sup> Deze vorderingen gaan veelal gepaard met het verzoek tot het opleggen van een dwangsom. Bij een bodemprocedure zal het de benadeelde vooral gaan om verkrijging van schadevergoeding. Schadevergoeding zal echter in beginsel alleen worden opgelegd, indien de benadeelde kan aantonen dat hij bij een juiste toepassing van de aanbestedingsprocedure de opdracht zou hebben gekregen. Naast de bovengenoemde procedures op nationaal niveau kan ook een procedure op Europees niveau worden gevoerd. Deze Europese procedures worden door de Europese Commissie aangehangig gemaakt bij het Europese Hof naar aanleiding van een bij haar ingediende klacht ofwel op basis van eigen onderzoek van de Europese Commissie. Klachten kunnen door eenieder die meent dat een lidstaat of een aanbestedende dienst de verplichtingen inzake een overheidsopdracht niet is nagekomen, worden ingediend.

### Conclusie

Het Europese aanbestedingsrecht, dat onderdeel uitmaakt van het Nederlandse recht, kan als een omvangrijk en zeer specialistisch terrein bestempeld worden.<sup>20</sup> Het aanbestedingsrecht is het geheel van geschreven en ongeschreven regels dat de rechtsverhouding tussen de aanbesteder en een of meer inschrijvers of gegadigden – en deze onderling – normeert en met het oog op de totstandkoming van een overeenkomst betreffende een in de aanbestedingsdocumenten beschreven en voldoende bepaalde opdracht.<sup>21</sup>

**Mr. G. Verberne en mw. mr. E. Goedhart zijn als advocaten werkzaam bij Landwell Advocaten & Notarissen te Amsterdam.**

19 Zie arrest van 3 oktober 2002 van het Hof Amsterdam (rolnummer 537/02 SKG).

20 B. Hessel, *Bouwen aan een stad in Europa, Europeesrechtelijk gereedschap voor Leidsche Rijn en Utrecht*, inaugurele rede, Utrecht, 1999.

21 Zie W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, inaugurele rede van 13 december 2000, UvA.