

De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd

Mr. J.W.A. Bergevoet

In 2007 heeft het Hof van Justitie van de EG zich in een aantal arresten nader uitgelaten over de toepassing van de beginselen die voortvloeiende uit het EG-verdrag bij opdrachten met een waarde beneden de drempelwaarde en opdrachten voor zogenoemde B-diensten. In deze bijdrage wordt de invulling die het Hof in deze arresten heeft gegeven aan het transparantiebeginsel besproken.

Arresten van 26 april 2007 (C-195/04; Commissie/Finland, Jur. p. I-3351), 14 juni 2007 (C-6/05; Medipac, Jur. p. I-04557), 13 november 2007 (C-507/03; An Post, n.n.g.) en 18 december 2007 (C-532/03; Ambulancediensten, n.n.g.; en C-220/06; Correos, n.n.g.)

Achtergrond

Als uitgangspunt geldt dat overheidsinstellingen van de lidstaten voor wat betreft al hun handelen, dus ook voor het plaatsen van overheidsopdrachten, gehouden zijn tot naleving van de regels en de beginselen van het EG-Verdrag. Wat het plaatsen van overheidsopdrachten betreft, gaat het met name om het vrije verkeer van goederen (artikel 28), de vrijheid van vestiging (artikel 43), het vrij verrichten van diensten (artikel 49) en de daaruit afgeleide beginselen, zoals non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie.

Voor overheidsopdrachten boven de EG-drempelbedragen heeft de gemeenschapswetgever ervoor gekozen om de genoemde Verdragsbepalingen en -beginselen uit te werken in een tweetal aanbestedingsrichtlijnen met gedetailleerde procedurevoorschriften (Richtlijn Overheden en Richtlijn Nutssectoren).¹ Voor de opdrachten die buiten de werkingssfeer van deze richtlijnen vallen (niet-gereguleerde opdrachten) blijven de regels en beginselen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van belang.

In het *Unitron Scandinavia*-arrest² overwoog het Hof dat uit de vrij-verkeersbepalingen van het EG-Verdrag niet alleen de opheffing van belemmeringen voortvloeit, maar ook een verplichting tot transparantie. In het *Telaustria*-arrest³ heeft het Hof aangegeven dat de transparantieplichting inhoudt dat (r.o. 62):

'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'.

Met deze overwegingen van het Hof werd in feite de transparantieplichting in het leven geroepen voor niet-gereguleerde opdrachten.

De in het *Telaustria*-arrest neergelegde transparantieplichting heeft door zijn algemene en ongeclausuleerde formulering veel vragen opgeroepen en daardoor de nodige rechtsonzekerheid geschapen. Hoofdvragen zijn (i) de vraag wat de transparantieplichting inhoudt (met andere woorden: wat is 'een passende mate van openbaarheid?'), (ii) de vraag voor wie de transparantieplichting geldt, en (iii) de vraag voor welke opdrachten de genoemde transparantieplichting geldt.

De Europese Commissie heeft na het *Telaustria*-arrest in meerdere documenten een eigen interpretatie gegeven van het transparantiebeginsel. Zij heeft in het arrest tevens aanleiding gezien diverse inbreukprocedures te starten (met name in 2003 en 2004) tegen lidstaten die naar de mening van de Europese Commissie geen of onvoldoende transparantie in acht hadden genomen bij de verlening van niet-gereguleerde opdrachten. In een aantal van deze inbreukprocedures heeft het Hof inmiddels arrest gewezen. In deze arresten heeft het Hof een aantal van de genoemde vragen omtrent de reikwijdte van het transparantiebeginsel beantwoord. Één van deze arresten (*Coname*-arrest)⁴ is in NTER van november 2005 besproken.⁵ In 2007 heeft het Hof vijf arresten met betrekking tot niet-gereguleerde opdrachten gewezen. Hieronder zal ik aan de hand van de geformuleerde vragen bespreken in hoeverre deze vijf arresten duidelijkheid hebben verschaft omtrent de reikwijdte van de transparantieplichting. Ik zal met name de problematiek van de laatste vraag behandelen, aangezien dit in de arresten van het Hof in 2007 centraal staat.

¹ Richtlijn 2004/18/EG, *Pb. L* 134 van 30.4.2004, p. 114, en Richtlijn 2004/17/EG, *Pb. L* 134 van 30.4.2004, p. 1.

² Arrest van 18 november 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters serviceselskab/ Ministeriet for Fødevarevarer, Landbrug og Fiskeri*, *Jur. p. I-8291*, r.o. 31.

³ Arrest van 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH/Telefonadress GmbH*, *Jur. p. I-10745*.

⁴ Arrest van 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti*, *Jur. p. I-7287*.

⁵ Mr. I.J. van den Berge, *De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies*, NTER 10, november 2005.

Wat is 'een passende mate van openbaarheid'?

In het *Coname*-arrest heeft het Hof een nadere uitleg gegeven omtrent de inhoud van de transparantieplichting. In dit arrest heeft het Hof aangegeven dat een passende mate van openbaarheid betekent dat een overheidsinstelling in beginsel voorafgaand aan het verlenen van een concessie voor dienstverlening, ondernemingen in andere lidstaten dan waarin zij is gevestigd, in ieder geval in staat moet stellen toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie, zodat deze ondernemingen van hun interesse voor deze concessie blij kunnen geven. In het arrest *Parking Brixen*⁶ van een paar maanden later heeft het Hof daaraan toegevoegd dat er sprake moet zijn van een oproep tot mededinging, die in overeenstemming dient te zijn met de specificiteit van de betrokken dienstenconcessie. In 2007 is het Hof niet verder gegaan dan (in het *Correos*-arrest)⁷ het herhalen van haar overwegingen in het *Coname*- en *Parking Brixen*-arrest.

Het Hof heeft nog niet nader aangeduid welk publicatiemiddel de aanbestedende dienst moet hanteren. Het heeft slechts geoordeeld dat sprake moet zijn van een passende mate van bekendmaking. Zoals advocaat-generaal Stix-Hackl in haar conclusie bij de *Coname*-zaak heeft aangegeven, kan een marktanalyse een middel zijn om te bepalen of publicatie in het plaatselijke sifferdje reeds volstaat of dat publicatie moet plaatsvinden in een landelijk verspreid dagblad.

De Europese Commissie heeft in diverse publicaties eigen interpretaties gegeven van de vereiste 'passende mate van openbaarheid'.⁸ Op 1 augustus 2006 heeft de Europese Commissie een interpretatieve mededeling gepubliceerd, waarin zij belicht hoe zij de rechtspraak van het Hof interpreteert in het kader van opdrachten onder de drempelwaarde en opdrachten voor B-diensten.⁹ De transparantieplichting houdt volgens de Europese Commissie in dat de aanbestedende dienst alvorens hij een opdracht gunt, het voornemen om de opdracht te gunnen moet bekendmaken. Op welke wijze de

bekendmaking moet geschieden hangt, volgens de Europese Commissie, af van de grootte van de opdracht. Hoe groter het belang van de opdracht, hoe meer ruchtbaarheid eraan moet worden gegeven. Aanbestedende diensten moeten zelf bepalen welk medium in voorkomend geval het meest geschikt is om aan de transparantieplichting te voldoen. Hierbij valt te denken aan internet (eigen website aanbestedende dienst), staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, kranten, vakbladen, lokale media (slechts bij kleine opdrachten waarvoor alleen een lokale markt bestaat) en Publicatieblad van de EU.

De bekendmaking dient volgens de Europese Commissie een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningsprocedure te bevatten, alsmede een uitnodiging contact op te nemen met de aanbestedende dienst. De bekendmaking moet genoeg informatie bevatten als een onderneming uit een andere lidstaat redelijkerwijs nodig heeft om te beslissen of zij van haar belangstelling voor de opdracht blij zal geven.

Overigens is in het geheel (nog) niet duidelijk waartoe de aanbestedende dienst verplicht is indien zich daadwerkelijk een geïnteresseerde onderneming meldt. In het *Coname*-arrest wees het Hof erop dat de transparantieplichting geen verplichting inhoudt tot het volgen van een aanbestedingsprocedure. Het Hof zal hiermee bedoelen dat niet een aanbestedingsprocedure conform de aanbestedingsrichtlijnen gevolgd hoeft te worden, maar slechts een aanbestedingsprocedure die voldoet aan de vereisten voortvloeiende uit het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Het Hof zal in toekomstige arresten ongetwijfeld een nadere invulling hieraan geven.

Voor wie geldt de transparantieplichting?

De rechtspraak van het Hof toont aan dat de uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen met name gelden voor instellingen die onder het gezag of toezicht van een overheidsinstantie of de staat staan.¹⁰ In het *Telaustria*-arrest spreekt het Hof over toepassing van het transparantiebeginsel door aanbestedende diensten. In de *Medipac*-zaak¹¹ bevestigt het Hof dat publiekrechtelijke instellingen in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen onderworpen zijn aan de Verdragsbeginselen.

Het Hof heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of ook 'overheidsbedrijven' en 'ondernemingen waaraan een bijzonder of exclusief recht is verleend' in de zin van de Richtlijn Nutssectoren¹² onderworpen zijn aan de Verdragsbeginselen. De Europese Commissie gaat er in haar interpretatieve mededeling van 2006 van uit dat de transparantieplichting geldt voor de aanbestedende diensten in de zin van Richtlijn Overheden en in de zin van de Richtlijn Nutssectoren. Met deze verwijzing naar aanbestedende diensten schaarde de Europese Commissie ook overheidsbedrijven en ondernemingen waaraan een bijzonder of exclusief recht is verleend onder toepassing van de Verdragsbeginselen. Aannemelijk is echter dat de transparantieplichting niet van toepassing is op de laatste groep ondernemingen, omdat deze ondernemingen over het algemeen niet onder het gezag of toezicht van een overheidsinstantie of de staat staan.¹³

Voor welke opdrachten geldt de transparantieplichting?

Aangezien in beginsel alle opdrachten van overheidsinstellingen onderworpen zijn aan de regels en beginselen van het EG-Verdrag, is de vraag voor welke opdrachten de transparantieplichting niet

⁶ Arrest van 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH / Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, Jur. p. I-8585.

⁷ Arrest van 18 december 2007, zaak C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia / Administración General del Estado*, n.n.g., r.o. 75 en 76.

⁸ Zo heeft Christine Judmaier, een ambtenaar van de Europese Commissie, al in een Tendernieuwsbrief van 2003 (Tnb 7/2003) op persoonlijke titel enkele opmerkingen gemaakt over de mate van openbaarheid. Ook in haar Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van 30 april 2004 (COM(2004) 327 def), p. 12, wordt door de Europese Commissie de transparantieplichting genoemd.

⁹ 2006/C 179/02.

¹⁰ Zie de arresten van 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, Jur. p. 723, punt 49; 22 juni 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, Jur. p. 1839, punten 30 en 31; 12 juli 1990, *Foster e.a.*, C-188/89, Jur. p. I-3313, punt 18, en beschikking van 26 mei 2005, *Sozialhilfverband Rohrbach*, C-297/03, Jur. p. I-4305, punt 27.

¹¹ Arrest van 14 juni 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantidis AE / Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS)*, r.o. 43.

¹² Artikel 2 lid 1 sub b respectievelijk artikel 2 lid 2 sub b Richtlijn Nutssectoren.

¹³ Vergelijk Pijnacker Hordijk, *Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers B.V., Den Haag, 2004, noot 17.

geldt interessanter. In het bijzonder speelt de vraag of het feit dat bepaalde opdrachten uitgezonderd zijn van toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen tevens een uitzondering of rechtvaardiging op de toepassing van de transparantieverplichting oplevert. Hierbij is een onderscheid te maken tussen opdrachten waarop de richtlijnen in het geheel niet van toepassing zijn (denk aan opdrachten onder de drempelwaarde), opdrachten waarop de richtlijnen gedeeltelijk niet van toepassing zijn (B-diensten),¹⁴ opdrachten die naar hun voorwerp expliciet van de richtlijnen zijn uitgesloten (dienstenconcessies, specifieke dienstenopdrachten, defensieopdrachten et cetera) en opdrachten die op grond van de richtlijnen rechtstreeks door middel van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogen worden gegund.

Uitzonderingen in het EG-Verdrag

Ten eerste wijs ik erop dat in het EG-Verdrag expliciet een aantal uitzonderingsbepalingen zijn opgenomen die het toestaan dat lidstaten afwijken van de Verdragsbepalingen en de beginselen die daaruit voortvloeien. Deze uitzonderingen zien niet specifiek op de bovengenoemde categorieën niet-gereguleerde overheidsopdrachten, maar kunnen in specifieke gevallen ook voor overheidsopdrachten uitkomst bieden. Voor overheidsopdrachten lijken met name de rechtvaardigingsgronden relevant die verband houden met veiligheid (artikel 296), crisissituaties (artikel 297) openbare orde of volksgezondheid¹⁵ (artikel 46 jo. 55), openbaar gezag (artikel 45) of opdrachten aan ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang¹⁶ (artikel 86).¹⁷

Door de rechtspraak erkende rechtvaardigingsgronden

Naast bovengenoemde in het EG-Verdrag opgenomen uitzonderingen, zijn er door rechtspraak een aantal rechtvaardigingsgronden erkend. Zo heeft het Hof in het *Coname*-arrest zich nader uitgelaten over de reikwijdte van de transparantieverplichting (bij dienstenconcessies). Volgens het Hof geldt de transparantieverplichting niet in geval van een uitzondering op de transparantieverplichting wegens (i) objectieve rechtvaardigingsgronden of (ii) bijzondere omstandigheden.

Objectieve rechtvaardigingsgronden

De eerste uitzondering op de transparantieverplichting die het Hof in de *Coname*-zaak heeft geformuleerd betreft de uitzondering wegens objectieve rechtvaardigingsgronden.¹⁸ Ook indien sprake is van objectieve rechtvaardigingsgronden, kan een aanbestedende dienst de concessie zonder enige bekendmaking onderhands verstrekken. Het Hof heeft deze uitzonderingsgrond niet nader uitgewerkt, maar aannemelijk is dat van een objectieve rechtvaardigingsgrond sprake zou kunnen zijn indien er een noodzaak is voor de aanbestedende dienst om controle uit te oefenen op de concessiehouder die de openbare dienst beheert. Mogelijk wordt hiermee de uitzondering op de aanbestedingsrichtlijnen wegens (quasi) inhouse-opdrachtverlening, zoals geformuleerd in de *Teckal en Stadt Halle*-rechtspraak,¹⁹ tevens een uitzondering op het gemeenschapsrecht.

Bijzondere omstandigheden

Van een uitzondering op de Verdragsbepalingen en -beginselen en derhalve de transparantieverplichting is volgens het Hof sprake wanneer wegens bijzondere omstandigheden redelijkerwijs aangenomen kan worden dat er geen buitenlandse ondernemingen zijn die interesse in de concessie zouden kunnen hebben, 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.²⁰ Hiermee wordt verwezen naar de voorwaarde voor toepassing van de Verdragsbepalingen en -beginselen, namelijk dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdende situatie.

Van dergelijke bijzondere omstandigheden is volgens het Hof bijvoorbeeld sprake wanneer de betreffende concessie van zeer geringe economische betekenis is. In de *Coname*-zaak gaat het Hof er in ieder geval vanuit dat geen sprake is van 'zeer geringe economische betekenis' (en dus van een bijzondere omstandigheid), bij dienstenconcessies waarvan de waarde boven de Europese drempelwaarde voor dienstenopdrachten ligt.²¹ Wanneer een concessie voldoende waarde heeft om van economische betekenis te zijn, blijft nog onduidelijk.

Ten aanzien van opdrachten met een waarde onder het EG-drempelbedrag heeft het Hof in de zaak *Commissie/Frankrijk*²² overwogen dat het enkele feit dat opdrachten met een geringe waarde niet onder de EG-aanbestedingsrichtlijnen vallen, niet betekent dat deze van de toepassing van het Gemeenschapsrecht zijn uitgezonderd.²³ Hiermee heeft het Hof een voorschot genomen op toepassing van de transparantieverplichting bij opdrachten beneden de drempelwaarde. In de zaken *Medipac*²⁴ en *Correos*²⁵ heeft het Hof vervolgens bevestigd dat de in de *Telaustria*-zaak geformuleerde transparantieverplichting voor dienstenconcessies ook van toepassing is bij opdrachten beneden de drempelwaarde.

Uitgekeken werd naar de uitspraak van het Hof in de *Finse Keuken*-zaak,²⁶ betreffende een inbreukprocedure van de Europese Commissie tegen Finland wegens het niet naleven van de transparan-

¹⁴ B-diensten, ook wel niet-prioritaire diensten genoemd, zijn overheidsopdrachten voor de verlening van diensten genoemd in bijlage IIB bij Richtlijn 2004/18/EG, waarop de voorschriften van Richtlijn 2004/18/EG slechts in beperkte mate van toepassing zijn.

¹⁵ Zie de conclusie van de advocaat-generaal Sharpston in de zaak *Medipac* (nr. 118 e.v.) voor een uitwerking en toepassing van de uitzondering voor bescherming van de volksgezondheid bij het verlenen een overheidsopdracht.

¹⁶ Zie voor toepassing van deze uitzondering bij het verlenen van een overheidsopdracht het *Correos*-arrest, r.o. 78 e.v.

¹⁷ Zie ook op de opsommingen in de conclusies van de advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaken *Coname* (nr. 57 e.v.) en *Ambulancediensten* (nr. 89-91).

¹⁸ *Coname*-arrest, r.o. 19.

¹⁹ Arresten van 18 november 1999, *Teckal*, C-107/98, *Jur.* p. I-8121, respectievelijk 11 januari 2005, *Stadt Halle en RPL Lochau*, C-26/03, *Jur.* p. I-1.

²⁰ *Coname*-arrest, r.o. 20.

²¹ *Coname*-arrest, r.o. 20.

²² Arrest van 20 oktober 2005, C-264/03, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* p. I-8831, r.o. 33.

²³ Ook in de 2e considerans van de Richtlijn Overheden wordt hierop een voorschot genomen door te bepalen dat het raadzaam is om bij opdrachten waarvan de waarde lager is dan de drempelwaarde te verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof volgens welke de voorschriften van het EG-Verdrag en het beginsel van gelijke behandeling van toepassing zijn.

²⁴ *Medipac*-arrest, r.o. 33.

²⁵ *Correos*-arrest, r.o. 72.

²⁶ Arrest van 26 april 2007, C-195/04, *Commissie/Finland*, *Jur.* p. I-3351.

tieverplichting bij een opdracht beneden de drempelwaarde, met de verwachting dat het Hof de transparantieverplichting in die zaak verder zou uitleggen. In die zaak had een Finse aanbestedende dienst namelijk een opdracht voor de levering van een cateringuitrusting met een waarde van circa 177.000 euro (circa 47.000 euro onder de geldende drempelwaarde) zonder voorafgaande publicatie gegund. In het arrest van het Hof van 26 april 2007 ging het Hof helaas niet inhoudelijk in op de zaak. Naar de mening van het Hof had de Europese Commissie niet duidelijk genoeg gemaakt wat zij Finland exact verwijt. Derhalve verduidelijkt de *Finse Keuken*-zaak niet wanneer een opdracht of concessie voldoende waarde heeft om van economische betekenis te zijn.

In één van de arresten van het Hof van later in 2007 met betrekking tot opdrachten voor B-diensten is wel een verduidelijking te vinden. Anders dan bij opdrachten onder de drempelwaarde had het Hof tot de arresten in de zaken *An Post* en *Ambulancediensten* nog geen voorschot genomen op toepassing van de transparantieverplichting bij opdrachten voor B-diensten.

Op 13 november 2007 deed het Hof uitspraak in de *An Post*-zaak.²⁷ In deze zaak betrof het voorwerp van de aanbesteding de betaling van sociale uitkeringen door de Ierse Post (*An Post*). De Europese Commissie verweet Ierland dat zij de transparantieverplichting heeft geschonden door deze opdracht zonder voorafgaande publicatie te gunnen aan *An Post*. Net als in de *Finse Keuken*-zaak oordeelde het Hof in zijn arrest dat de Europese Commissie geen duidelijke klacht heeft overgelegd en daarom geen verzuim kan worden vastgesteld.

Interessant is de toelichting van het Hof voor de afwijzing van de klacht. Het Hof overweegt dat de gemeenschapswetgever bij het opstellen van de oude Richtlijn Diensten²⁸ voor diensten genoemd in bijlage I B van de richtlijn (B-diensten), onder voorbehoud van een latere evaluatie, uitgegaan is van het vermoeden dat de opdrachten voor het verlenen van dergelijke diensten, gelet op de specifieke aard ervan, geen grensoverschrijdend belang hebben dat kan rechtvaardigen dat gunning ervan plaatsvindt na een openbare aanbesteding.²⁹ Om deze reden zou de gemeenschapswetgever volgens het Hof voor B-diensten enkel een bekendmaking *ex post* hebben voorgeschreven.

Ofschoon de gemeenschapswetgever opdrachten voor B-diensten heeft uitgezonderd van de volledige toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen, leidt het Hof hieruit niet af dat deze diensten niet grensoverschrijdend kunnen worden verleend. Het Hof neemt als uitgangspunt dat een opdracht voor B-diensten geen grensoverschrijdend karakter heeft en dat derhalve de Verdragregels en -beginselen

niet van toepassing zijn. Het is daarmee aan de Europese Commissie om dit vermoeden te weerleggen door aan te tonen dat de betrokken opdracht, ondanks het feit dat het een opdracht voor een B-dienst is, bepaald belang had voor een onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst,³⁰ en dat deze onderneming haar interesse voor deze opdracht niet heeft kunnen uiten doordat zij vóór de gunning ervan geen toegang had tot bruikbare informatie. Met deze overwegingen legt het Hof een strenge maatstaf neer voor de verdeling van de bewijslast. Tot de *An Post*-zaak had het Hof nog niet een dergelijke strenge maatstaf gehanteerd, maar werd veelal bij gebreke van tegengestelde aanwijzingen ervan uitgegaan dat gunning van een bepaalde omvang bij twijfel voor ondernemingen uit andere lidstaten van belang zijn.³¹

De zaak *Ambulancediensten*³² betreft een tweede zaak met betrekking tot B-diensten waarin het Hof in 2007 uitspraak deed. In het arrest van 18 december 2007 komt het Hof tot het oordeel dat de door de Europese Commissie verschaft informatie onvoldoende is om vast te stellen dat er sprake is van de plaatsing van een overheidsopdracht. Het Hof gaat verder niet inhoudelijk in op de toepassing van de transparantieverplichting van de onderhavige opdracht voor B-diensten. Onduidelijk is waarom het Hof belang hecht aan de kwalificatie van de opdracht als overheidsopdracht. Immers, het ging in die zaak niet om de vervulling van één van de voorwaarden voor toepassing van de aanbestedingsrichtlijn, maar om toepassing van het gemeenschapsrecht. Voor het gemeenschapsrecht zijn de voorwaarden voor toepassing minder streng omdat ook andere handelingen dan het plaatsen van overheidsopdrachten eronder kunnen vallen.

Het Hof heeft zich nog niet uitgelaten over de toepassing van de transparantieverplichting bij opdrachten waarvoor een afwijking expliciet is toegestaan in de aanbestedingsrichtlijnen. Denk aan de gevallen waarin een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag worden gevolgd, zoals bij dwingende spoed.³³ Aangenomen mag worden dat voor dit soort gevallen geen transparantieverplichting geldt, aangezien deze afwijking anders zinloos zou worden.³⁴

Slotbeschouwingen

Samenvattend kan uit de besproken arresten van Hof worden opgemaakt dat de toepassing van het transparantiebeginsel reikt tot de verlening van alle opdrachten en concessies door aanbestedende diensten, ook die niet (geheel) onderworpen zijn aan de aanbestedingsrichtlijnen. Wel zal het feit dat bepaalde opdrachten uitgezonderd zijn van de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen een indicatie kunnen zijn dat deze opdrachten eveneens uitgezonderd zijn van toepassing van de Verdragsregels wegens een rechtvaardigingsgrond. De *An Post*-zaak geeft hiervoor een aanwijzing.

De specifieke aard van B-diensten was voor de gemeenschapswetgever reden om ervan uit te gaan dat gunning van deze opdrachten geen grensoverschrijdend karakter hebben en er dus geen rechtvaardiging is om deze opdrachten te onderwerpen aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het Hof heeft deze lijn in de *An Post* zaak doorgetrokken ten aanzien van de toepassing van de Verdragsbeginselen op B-diensten: uitgangspunt is dat B-diensten geen grensoverschrijdend karakter hebben en derhalve geen rechtvaardiging aanwezig is voor toepassing van de Verdragsbeginselen. Een verplichting tot toepassing van de Verdragsbeginselen (en derhalve de

²⁷ Arrest van 13 november 2007, C-507/03, *Commissie/Ierland*, n.n.g.

²⁸ Richtlijn 92/50/EG.

²⁹ R.o. 25.

³⁰ In de Nederlandse vertaling van het arrest wordt gesproken over 'duidelijk belang', maar uitgaande van de bewoording in de processtaal van dit arrest (i.e. Engels), waar wordt gesproken over 'certain interest', zal dit een ongelukkige vertaling betreffen. Derhalve spreek ik hier over 'bepaald belang'.

³¹ Vergelijk de advocaat-generaal in de zaak *Ambulancediensten* (nr. 81).

³² Arrest van 18 december 2007, C-532/03, *Commissie/Ierland*, n.n.g.

³³ Artikel 31 Richtlijn Overheden.

³⁴ Vergelijk de conclusies van de advocaat-generaals Jacobs en Sharpston in de zaken *Commissie/Italië* (C-525/03, nr. 46-48) respectievelijk *Commissie/Finland* (C-195/04, nr. 76-77).

transparantieplichting) lijkt pas te bestaan wanneer het vermoeden weerlegd is dat er geen grensoverschrijdend belang aanwezig is.

Eenzelfde redenering zou op moeten gaan voor opdrachten onder de drempelwaarde, omdat ook bij dergelijke opdrachten de gemeenschapswetgever (blijkbaar) als uitgangspunt heeft genomen dat deze opdrachten geen grensoverschrijdend karakter hebben.³⁵ Men kan zich afvragen waarom een dergelijke redenering niet bij het Hof opgaat voor dienstenconcessies, daar het Hof bij dienstenconcessies boven de drempelwaarde er in beginsel vanuit gaat dat deze wel een grensoverschrijdend karakter hebben. Wellicht heeft dit te maken met de reden voor het buiten de werkingsfeer laten van dienstenconcessies, namelijk de verscheidene, ingewikkelde constructies waarop dergelijke concessies in de diverse lidstaten plachten te worden verleend.³⁶

Het lijkt mij dat ook bij veel opdrachten die anderszins uitgesloten zijn van toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen als uitgangspunt kan gelden (het vermoeden bestaat) dat voor deze opdrachten eveneens een rechtvaardiging aanwezig is om uitgezonderd te zijn van de Verdragsregels en dus van toepassing van de transparantieplichting. De reden dat bepaalde opdrachten expliciet van de aanbestedingsrichtlijnen zijn uitgesloten, zoals de aard van de opdracht of de omstandigheden waaronder deze worden gegund, zal over het algemeen aansluiten bij de in het EG-Verdrag of rechtspraak geformuleerde uitzonderingen op de Verdragsregels. Denk aan de uitzondering voor geheime opdrachten als bedoeld in artikel 14 Richtlijn Overheden en de rechtvaardigingsgrond wegens veiligheid als bedoeld in artikel 296 van het EG-Verdrag.

Met de genoemde arresten van het Hof is de onzekerheid omtrent de reikwijdte van de transparantieplichting niet weggenomen, met name niet bij opdrachten onder de drempel en bij opdrachten voor B-diensten. Gelet op de huidige stand van de jurisprudentie van het Hof mogen aanbestedende diensten weliswaar uitgaan van het vermoeden dat bij deze laatste opdrachten geen sprake is van een grensoverschrijdend belang en derhalve geen transparantieplichting op hen rust, maar om dat zeker te stellen dienen zij nog steeds te beoordelen of de door hen te plaatsen opdracht een bepaald belang heeft voor een onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat. Aangezien noch door het Hof noch in gemeenschappelijke of nationale regelgeving het begrip grensoverschrijdend belang nader gedefinieerd is, zal dat voor de aanbestedende diensten, met name kleine aanbestedende diensten, een belastende exercitie worden.

Voor de beoordeling of een opdracht een 'grensoverschrijdend belang' heeft kan enerzijds gesteld worden dat een grensoverschrijdend belang niet snel aanwezig lijkt uitgaande van het vermoeden bij de gemeenschapswetgever dat een dergelijk grensoverschrijdend belang bij B-diensten en opdrachten beneden de drempelwaarde niet aanwezig is. Aan de andere kant kan men zich bij veel opdrachten afvragen of er tegenwoordig nog noemenswaardige drempels bestaan voor ondernemingen om in andere lidstaten aan de slag te gaan. Denk aan Poolse bouwvakkers voor wie kleine klussen als zolders verbouwen al voldoende is om uit Polen over te komen. Een grensoverschrijdend belang lijkt dan snel aanwezig.

Ook kan men zich afvragen of het gewent is dat de aanwezigheid van (voorafgaande) transparantie bij aanbestedende diensten afhangt van het land waar de potentiële opdrachtnemers gevestigd zijn. Waarom wel een verplichting tot voorafgaande transparantie wanneer een buitenlandse onderneming geïnteresseerd zou kunnen zijn in de opdracht, en niet als enkel Nederlandse ondernemingen

geïnteresseerd zouden zijn in de opdracht? Dat lijkt bovendien discriminerend voor buitenlandse ondernemingen die in Nederland een nevenvestiging hebben en Nederlandse ondernemingen die niet uitgenodigd worden om een offerte in te dienen. Een buitenlandse onderneming met (nog) geen nevenvestiging in Nederland zal wél een grensoverschrijdend belang hebben, maar een buitenlandse onderneming mét een Nederlandse nevenvestiging lijkt dan geen grensoverschrijdend belang te hebben.

Wat dat betreft lijkt het hanteren van grensoverschrijdend belang als criterium voor toepassing van de transparantieplichting een achterhaalde, moeilijk toepasbare norm. Naar mijn mening zou beter (expliciet) als rechtvaardigingsgrond kunnen gelden dat het lidstaten is toegestaan om ter bevordering van de lokale/regionale/nationale economie tot een bepaalde opdrachtwaarde (bijvoorbeeld de Europese drempelwaarden) opdrachten onderhands te gunnen. Dit geeft een duidelijke norm voor aanbestedende diensten en niet de belastende exercitie te toetsen of er een grensoverschrijdend belang is.

Als alternatief kan gedacht worden aan het opleggen van een transparantieplichting voor niet-gereguleerde opdrachten boven een bagateldrempel met de mogelijkheid als voorwaarde te hanteren dat slechts ondernemingen uit een gedefinieerd lokaal gebied of regio mogen inschrijven. Feit is wel dat de bevoegdheden van de gemeenschapswetgever en het Hof beperkt zijn tot interstatelijke situaties. Aangezien dit alternatief ook enkel interne situaties kan bestrijken, zal de gemeenschapswetgever moeilijk dit alternatief aan lidstaten kunnen opleggen. Ik kan de advocaat-generaal in de *Finse Keuken*-zaak daarom volgen in zijn oordeel dat voor dergelijke ongereguleerde opdrachten een taak is weggelegd voor de lidstaten.

Het zou de rechtszekerheid bevorderen als de Nederlandse regering nadere invulling zou geven aan de transparantieplichting door aanbestedende diensten voor bepaalde ongereguleerde opdrachten te verplichten tot een voorafgaande bekendmaking. De Nederlandse regering heeft echter niet een dergelijke intentie. Gelet op het onlangs gepubliceerde Consultatiedocument met betrekking tot de uitwerkingsregelgeving van het wetsvoorstel Aanbestedingswet van het Ministerie van Economische Zaken heeft Economische Zaken het voornemen aanbestedende diensten onder de nieuwe Aanbestedingswet de mogelijkheid te geven voor opdrachten voor leveringen en diensten tot de Europese drempelwaarde en voor opdrachten voor werken tot 1,5 miljoen euro te kiezen voor de meervoudig onderhandse procedure.³⁷

De keuze van de Nederlandse regering voor de mogelijkheid om de meervoudig onderhandse procedure toe te passen bij opdrachten beneden de drempelwaarde is een keuze om geen verdergaande transparantieplichting aan Nederlandse aanbestedende diensten op te leggen dan voortvloeit uit de regels en beginselen van het EG-Verdrag. Niet genegeerd mag echter worden dat het Hof in de zaak *Commissie/Frankrijk* heeft geoordeeld dat ook opdrachten onder

³⁵ Vergelijk Arrowsmith, *The Law of Public Procurement*, 2005, p. 362 en 363.

Een tweede reden om opdrachten met een lage waarde uit te zonderen van de aanbestedingsrichtlijnen kan gevonden in de administratieve lasten die gemoeid zijn met het organiseren van een Europese aanbestedingsprocedure.

³⁶ Zie de overwegingen van het Hof in r.o. 46-51 van het *Telaustria*-arrest.

³⁷ Het Consultatiedocument is te vinden op www.minez.nl.

de drempelwaarde onderworpen blijven aan de regels en beginselen van het EG-Verdrag. Omdat bij de meervoudig onderhandse procedure geen voorafgaande bekendmaking plaatsvindt, kan een keuze voor deze procedure strijdig zijn met de transparantieverplichting, wanneer, gelet op de huidige jurisprudentie, de betrokken opdracht een bepaald grensoverschrijdend belang heeft. De voorgenomen mogelijkheid voor aanbestedende diensten om te kiezen voor de meervoudig onderhandse procedure kan dus geen vrijbrief zijn voor Nederlandse aanbestedende diensten om te allen tijde te kunnen kiezen voor de meervoudig onderhandse procedure. Het is aan de aanbestedende diensten om te toetsen of er een grensoverschrijdend belang is voor de door te plaatsen opdracht en zonodig de transparantieverplichting in acht te nemen. Niet uitgesloten kan worden dat de Europese Commissie de voorgestelde regeling van meervoudig onderhandse aanbesteding onvoldoende in overeenstemming acht met de Verdragsbeginselen en een inbreukprocedure tegen Nederland start.