

# Kroniek ontwikkelingen Europees aanbestedingsrecht

Mr. A. van der Linden en mr. M.J.J.M. Essers\*

In deze kroniek worden de ontwikkelingen in het Europese aanbestedingsrecht belicht die zich hebben voor gedaan in de periode 1 juli 2010 tot 1 juni 2011. De kroniek sluit aan op de vorige kroniek die in november 2010 in *NTER* is gepubliceerd. Allereerst wordt de jurisprudentie van het Hof van Justitie besproken. Het betreft arresten over de werkingssfeer, de toepassing van de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht, de uitvoering van aanbestedingsprocedures en de rechtsbescherming. Vervolgens komen activiteiten van de Europese Commissie inzake beleidsvorming en wetgeving aan bod. De kroniek sluit af met enkele voorbeelden van handhaving van het aanbestedingsrecht door de Commissie, meer specifiek ten aanzien van de Nederlandse aanbestedingspraktijk.

## Rechtspraak

### Werkingsfeer - Concessies vs. Opdrachten

In september 2010 heeft het Hof van Justitie in het *Engelmann*-arrest, in lijn met de uitspraak in de zaak *Betfair*<sup>1</sup> enkele maanden daarvoor, eraan herinnerd dat in de huidige stand van het Unierecht het verlenen van een concessie voor diensten niet valt onder de richtlijnen inzake aanbesteding van overheidsopdrachten.<sup>2</sup> Vervolgens heeft het Hof van Justitie een half jaar later in de zaak *Stadler/Passau* bevestigd en nader gespecificeerd dat het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening.<sup>3</sup> De opdracht voor diensten verlangt een vergoeding die, ook al is dit niet de enige vergoeding, door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverlener

wordt betaald. Voorts volgt uit de rechtspraak dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken dienst verbonden risico draagt. Wanneer het risico niet wordt overgedragen duidt dit erop dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en geen concessieovereenkomst voor diensten.<sup>4</sup> De aanbestedende dienst zal het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel moeten overdragen aan de concessiehouder. In het geval dat de vergoeding uitsluitend van derden afkomstig is, kan dit overgedragen exploitatierisico beperkt zijn.

In het recente arrest *Commissie/Spanje* inzake een overeenkomst waarbij een projectontwikkelaar de verantwoordelijkheid neemt voor de ontwikkeling van een gebied bestaande uit meerdere werken, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de Commissie niet had aangetoond dat de hoofddoelstelling van de overeenkomst die tussen de gemeente en de ontwikkelaar is gesloten binnen de werkingssfeer van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de zin van Richtlijn 2004/18/EG valt.<sup>5</sup> Met name relevant was hier dat de ontwikkelaar bij de verwezenlijking van de overeenkomst werkzaamheden uitvoert die niet als 'werken' in de zin van Richtlijn 2004/18/EG kunnen worden aangemerkt. Deze werkzaamheden bestonden onder andere uit de uitwerking van een ontwikkelingsplan, het beheer van het herverkavelingsproject en de verkrijging door de overheid van gronden om niet. In het arrest gaat het Hof van Justitie niet in op de vraag of deze overeenkomst tussen de gemeente en de projectontwikkelaar een concessie voor diensten is. In het eerder gewezen arrest *Helmut Müller* heeft het Hof van Justitie al een concretisering gegeven van de kwalificatie van een overheidsopdracht voor werken.<sup>6</sup> Een overheidsopdracht voor werken vereist een overeenkomst waarbij de prestatie bestaat uit de realisatie van werken waarover de aanbe-

225

\* Mr. A. van der Linden is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. M.J.J.M. Essers is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Sporting Exchange*, punt 39.

2. HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, *Engelmann*, punt 49.

3. HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09, *Stadler/Passau*, punt 24.

4. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08, *Eurawasser*, punt 59 en 68.

5. HvJ EU 26 mei 2011, zaak C-306/08, *Europese Commissie/Koninkrijk Spanje*, punten 95-98.

6. HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, *Helmut Müller GmbH*.

stedende dienst zal beschikken en deze prestatie moet voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Om van een overheidsopdracht voor werken te spreken is vervolgens vereist dat de aannemer zicht verbindt een werk te realiseren dat aan door de aanbestedende dienst vooraf vastgestelde eisen voldoet. De enkele uitvoering door de aanbestedende dienst van een onderzoek van een aantal bouwplannen of een besluit in de uitoefening van regulerende bevoegdheden met betrekking tot stedenbouw is niet voldoende om te kwalificeren als een opdracht voor werken in de zin van Richtlijn 2004/18/EG. In dit arrest heeft het Hof van Justitie ten aanzien van de kwalificatie van een concessie bepaald dat het risico dat een concessiehouder loopt, verband moet houden met de exploitatie van de concessie en uitgesloten is dat dit risico verband kan houden met de vergunningverlenende bevoegdheid van de aanbestedende dienst.

### Werkingsfeer - Toepassing (beginselen) van aanbestedingsrecht

In het *Engelmann*-arrest bevestigt het Hof van Justitie tevens de lijn in het *Betfair*-arrest die ziet op het feit dat overheden die dienstenconcessies verlenen de fundamentele regels van het Europese recht in acht moeten nemen. Deze fundamentele beginselen betreffen met name het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel.<sup>7</sup> Voorwaarde is wel dat potentiële ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de concessie. Zonder dat is vereist dat een aanbestedingsprocedure moet worden uitgeschreven, houdt de transparantieverplichting in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen. Door deze passende mate van openbaarheid staat de dienstenconcessie voor mededinging open en kan de gunningsprocedure op onpartijdigheid worden getoetst.<sup>8</sup> Deze passende mate van openbaarheid brengt noodzakelijkerwijs mee dat de objectieve criteria aan de hand waarvan de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde autoriteiten wordt begrensd, voldoende bekend worden gemaakt.<sup>9</sup> Zonder deze transparantie zouden immers ondernemingen uit andere lidstaten ten nadele ongelijk worden behandeld. Een dergelijke ongelijke behandeling is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en is behoudens objectieve rechtvaardiging een door de artikelen 49 en 56 VWEU verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.<sup>10</sup>

7. HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, *Engelmann*, punten 49-51; HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Sporting Exchange*, punt 39.
8. HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, *Engelmann*, punt 50; HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Sporting Exchange*, punten 40 en 41; HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*, punt 62.
9. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Sporting Exchange*, punt 51.
10. HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, punten 17 en 19; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, punt 50; HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06, *ASM Brescia*, punten 59 en 60.

In de zaak *Commissie/Duitsland* van 15 juli 2010 heeft het Hof van Justitie bepaald dat de essentie van het recht op collectieve onderhandelingen niet wordt geraakt wanneer de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is op de gunning door gemeenten van pensioenverzekeringsovereenkomsten aan assuradeuren.<sup>11</sup> De gemeenten hebben zich gecommitteerd aan een collectieve overeenkomst inzake de omzetting van loon in pensioenpremies voor werknemers in gemeentelijke overheidsdienst. Deze overeenkomst heeft tot doel het niveau van het pensioen van de werknemers in gemeentelijke overheidsdienst te verhogen. Daartoe dienen de gemeenten een collectieve pensioenovereenkomst te sluiten met een assureur. In het kader van een dergelijke overeenkomst betaalt de gemeentelijke werkgever premies die hij op het aan de werknemers verschuldigde loon inhoudt aan de betrokken onderneming als tegenprestatie voor het verkrijgen van diensten. Daarmee is deze opdracht een overheidsopdracht die onder de richtlijnen valt.

### Werkingsfeer - Opdrachten met waarde onder drempelbedrag

In de zaak C-271/08, *Commissie/Duitsland*, betwistte Duitsland tevens de juistheid van de door de Commissie gehanteerde berekeningsmethode voor het bepalen van de waarde van de opdracht.<sup>12</sup> Duitsland betoogde dat uitgegaan diende te worden van de beheerskosten die de overheidsinstantie aan de assureur betaalde voor het verlenen van de verzekeringsdiensten. Het Hof van Justitie bepaalde echter dat met betrekking tot verzekeringsdiensten voor het bepalen van de waarde van de opdracht de te betalen premie de basis vormt.<sup>13</sup> De relevante berekening dient te berusten op het geraamde totale bedrag van de opdracht inzake bedrijfspensioenvoorziening op het niveau van de betrokken overheidsdienst in termen van premies voortvloeiend uit de omzetting van loon. Afhankelijk van de grootte van het ambtenarenapparaat van de betreffende gemeenten viel de opdracht voor verzekeringsdiensten al dan niet onder Richtlijn 2004/18/EG.

### Werkingsfeer - B-diensten

In de zaken *Commissie/Ierland*<sup>14</sup> en *Município de Sintra/Strong Seguranga* speelde de vraag welk aanbestedingsregime van toepassing is bij het plaatsen van opdrachten voor diensten opgenomen in Bijlage IIB bij Richtlijn 2004/18/EG met een grensoverschrijdend effect. Uit deze zaken blijkt dat de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling in de zin van artikel 49 VWEU en 56 VWEU van toepassing zijn op dergelijke opdrachten. Of een verplichting opgenomen in de richtlijn voor diensten opgenomen in Bijlage IIA van toepassing kan zijn op een procedure voor het plaatsen van een

11. HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08, *Commissie/Duitsland*, punten 47-50.
12. HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08, *Commissie/Duitsland*, punten 86, 87 en 92.
13. Art. 9 lid 8 sub a-i van Richtlijn 2004/18/EG en categorie 6 sub a van bijlage IIA bij Richtlijn 2004/18/EG.
14. HvJ EU 18 november 2010, zaak C-226/09, *Commissie/Ierland*.

dienst opgenomen in Bijlage IIB met een grensoverschrijdend effect, dient per opdracht te worden bekeken en is afhankelijk van de aard van deze IIB-dienst en het feit of de verplichting noodzakelijk is voor de transparantie van het gunningproces.

Het Hof van Justitie benadrukt in de zaak *Commissie/Ierland* dat de diensten die zijn opgenomen in Bijlage IIB bij Richtlijn 2004/18/EG, ingevolge hun aard niet onderworpen zijn aan de volledige toepassing van de richtlijn.<sup>15</sup> Niettemin blijven de aanbestedende diensten die opdrachten plaatsen die op deze Bijlage IIB staan, gehouden de fundamentele regels van het recht van de Europese Unie toe te passen. Dit betekent dat de transparantieplichting ook van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die in Bijlage IIB staan, in het bijzonder wanneer een onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat dan waar de dienstenopdracht wordt verleend, in deze opdracht geïnteresseerd kan zijn. In deze zaak had Ierland zijn opdracht voor tolk- en vertaaldiensten in het *Publicatieblad van de Europese Unie* laten plaatsen, inclusief de opsomming van de zeven gunningcriteria die zouden worden gehanteerd. Deze plaatsing betekent volgens het Hof van Justitie echter nog niet dat het gehele regime van de richtlijn voor het plaatsen van diensten die onder Bijlage IIA vallen van toepassing wordt. Daarmee was Ierland niet gehouden het relatieve gewicht van de (zeven) gunningcriteria vooraf bekend te maken. Echter, het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting verhoudt zich ook in een aanbesteding van IIB-diensten niet met het wijzigingen van de relatieve weging na opening van de offertes.

Ook het arrest *Município de Sintra/Strong Segurança* bevestigt dat IIB-diensten, gelet op hun specifieke aard, in beginsel onvoldoende grensoverschrijdend belang hebben, waarmee vanuit het doel van Richtlijn 2004/18/EG een beperkt aanbestedingsregime gerechtvaardigd is.<sup>16</sup> Indien een dergelijke IIB-dienst in de praktijk toch een grensoverschrijdend belang vertoont, dienen de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling nageleefd te worden. Dit betekent dat per opdracht voor een IIB-dienst met in de praktijk een grensoverschrijdend belang, beoordeeld dient te worden of een verplichting uit de richtlijn noodzakelijk is voor de transparantie van het gunningproces. Zo houdt bijvoorbeeld het feit dat een ondernemer zich al dan niet kan beroepen op de economische en financiële draagkracht van andere lichamen (art. 47 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG) geen verband met de transparantie van het gunningsproces. Het Hof van Justitie concludeert aldus dat de aanbestedende dienst een met de specifieke aard van de opdracht overeenstemmende graad van transparantie dient te verzekeren.

Wanneer is nu sprake van een dienst met een grensoverschrijdend belang? Het arrest van het Gerecht van Eer-

ste Aanleg van 14 april 2011 (*Nederland/Commissie*) geeft de criteria waaraan getoetst dient te worden. Een grensoverschrijdend belang kan worden vastgesteld wanneer het bedrag van de overheidsopdracht dicht bij de relevante drempel ligt (enige vorm van grensoverschrijdend belang is dan gelegen in het bedrag zelf), de geografische ligging een grensregio betreft en op grond van de aard van de opdracht zelf.<sup>17</sup> Deze criteria zijn een bevestiging van hetgeen de Commissie stelt in haar Interpretatieve Mededeling voor niet of gedeeltelijk onder de richtlijnen vallende overheidsopdrachten.<sup>18</sup> In deze Mededeling stelt de Commissie dat het de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst is om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn in een beoogde opdracht. Volgens de Commissie moet deze beslissing gebaseerd zijn op een evaluatie van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie, zoals het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang van de structuur van de markt, handelspraktijken e.d.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Het Gerecht heeft daar nu de relevantie van de hoogte van het bedrag in verhouding tot de op de overheidsopdracht toepasselijke drempel aan toegevoegd.

#### Werkingsfeer - Quasi-inhouse / gunning op basis van alleenrechten

In de periode die deze kroniek beslaat, heeft het Hof van Justitie slechts één arrest gewezen over (quasi-)inhouse aanbestedingen. Het betrof een prejudiciële vraag in een zaak tussen de stad *Oulun kaupunki* en *Mehiläinen Oy*, een onderneming geïnteresseerd in de opdracht in kwestie.<sup>19</sup> Kern van de prejudiciële vraag is of de in beginsel aanbestedingsplichtige opdracht als onscheidbaar deel van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming (GO) kan gelden. Partijen stellen dat onderdeel van de oprichting is het, gedurende een overgangperiode van vier jaar, verstrekken van de opdracht aan de GO om arbeidsgezondheidszorg en arbeidswelzijn ten behoeve van de werknemers van de stad te verzorgen. Deze werkzaamheden werden voorheen door een met de stad verbonden gemeentelijke instelling verricht. Het Hof van Justitie merkt op dat de oprichting van de GO als zodanig niet binnen de werkingsfeer van Richtlijn 2004/18/EG valt. Onderzocht dient echter te worden of het onderdeel dat bestaat uit de dienstverlening van de gezondheidszorg van de oprichtingsovereenkomst kan worden gescheiden, aangezien een opdracht tot het verstrekken van deze zorg in de regel binnen het bereik van de richtlijn valt. Hierbij is niet van belang wat partijen als (on)scheidbaar beschouwen, maar wat blijkt uit objectieve gegevens ten aanzien van de noodzaak van het

15. Krachtens art. 21 van Richtlijn 2004/18/EG zijn 'voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage IIB vermelde diensten (...) alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van toepassing.'

16. HvJ EU 17 maart 2011, zaak C-95/10, *Município de Sintra/Strong Segurança*.

17. GvEA 14 april 2011, zaak T-70/09, *Nederland/Commissie*, punten 39 en 40.

18. Interpretatieve Mededeling van de Commissie over Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijn inzake overheidsopdrachten vallen, van 1 augustus 2006, 2006/C 179/02, par. 1.3.

19. HvJ EU 22 december 2010, zaak C-215/09, *Mehiläinen Oy/Oulun kaupunki*.

betreffende onderdeel voor het sluiten van de oprichtingsovereenkomst. Het Hof van Justitie concludeerde in casu dat, door de opdracht als zorgverlening te kwalificeren als inbreng in natura in het kapitaal van de onderneming, sprake was van een juridische techniek. Richtlijn 2004/18/EG had hier nageleefd moeten worden. Hierbij speelde tevens dat de GO al actief was zonder het betreffende onderdeel van de stad en dat de stad had aangegeven na de genoemde vier jaar een aanbestedingsprocedure uit te schrijven.

### Uitvoering van de aanbesteding

Het is een aanbestedende dienst toegestaan om in een aanbesteding een registratie te verlangen bij een in zijn lidstaat gevestigde instantie die beoordeelt of geen van de uitsluitingsgronden genoemd in artikel 24 Richtlijn 93/37/EG (art. 45 Richtlijn 2004/18/EG) aan de orde zijn op de inschrijvende ondernemingen. De aanbestedende dienst mag deze registratie ook verlangen van ondernemingen die gevestigd zijn in een andere lidstaat dan waar de overheidsopdracht wordt uitgevoerd c.q. de lidstaat waar de aanbestedende dienst is gevestigd. Deze registratieplicht mag echter de deelneming van deze buitenlandse onderneming niet belemmeren of vertragen dan wel buitensporige lasten met zich brengen en uitsluitend zien op de verificatie van de professionele geschiktheid van betrokkene in de zin van artikel 24 Richtlijn 93/37/EG (art. 45 Richtlijn 2004/18/EG), aldus het Hof van Justitie in *BPC-WIG/Berlaymont 2000*.<sup>20</sup> Het Hof van Justitie herhaalt dat de richtlijn zich er in beginsel niet tegen verzet dat een andere instantie dan de aanbestedende dienst krachtens nationaal recht ermee is belast te controleren of geen uitsluitingsgronden aan de orde zijn. Deze instantie dient qua samenstelling onpartijdig en neutraal te zijn. Wanneer deze instantie grotendeels bestaat uit personen die worden benoemd door werkgevers- en werknemersorganisaties uit de betreffende sector in (een deel van) een lidstaat waar de betrokken overheidsopdracht wordt uitgevoerd, en de bevoegdheid strekt zich uit tot een inhoudelijke toetsing van de geldigheid van de getuigschriften/certificaten, is geen sprake van de vereiste onpartijdigheid en neutraliteit van de instantie.

### Rechtsbescherming

Ten aanzien van de rechtsbescherming hebben het Hof van Justitie en het Gerecht in de periode die deze kroniek beschrijft, vier arresten gewezen.

Allereerst een arrest waarin de motiveringsverplichting van de Commissie aan de orde kwam. Het feit dat een besluit niet voldoet aan het motiveringsbeginsel, bewijst nog niet dat de gunning van de opdracht aan de gekozen inschrijver onrechtmatig is en evenmin dat er tussen dit feit en het gestelde verlies een causaal verband bestaat, aldus het Gerecht in de zaak *Evropaiki Dynamiki/Commissie* van 9 september 2010.<sup>21</sup> Immers, niets wijst

erop dat de Commissie de betrokken opdracht aan verzoekster zou hebben gegund, wanneer het besluit wel voldoende zou zijn gemotiveerd. De motiveringsplicht brengt met zich mee dat de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet worden gebracht zodat enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen, en anderzijds de rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Om voor schadevergoeding in aanmerking te komen dient de onrechtmatigheid van de aan de instelling verweten gedraging, de werkelijk geleden schade en het causaal verband tussen die gedraging en de gestelde schade te worden vastgesteld. Wanneer aan een van deze voorwaarden niet is voldaan, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen, zonder dat hoeft te worden ingegaan op de andere voorwaarden.

In de zaak *Stadt Graz/Strabag* van 30 september 2010 kwam de vraag aan de orde of de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EG zich verzet tegen een nationale bepaling die toekenning van schadevergoeding doet afhangen van de vraag of de aanbestedende dienst schuld had aan de schending van het recht inzake overheidsopdrachten.<sup>22</sup> Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend, ook wanneer de toepassing van de regeling berust op een vermoeden van schuld van deze aanbestedende dienst en op de onmogelijkheid voor deze dienst om zich op het ontbreken van individuele onbekwaamheden en daarmee subjectieve verwijtbaarheid van gestelde schending te beroepen.

De zaak *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias* betrof een prejudiciële vraag in een kwestie tussen een aanbestedende dienst (Symvoulio) en een herzieningsautoriteit voor offertes, een administratief orgaan dat belast is met onderzoek van beroepen die worden ingesteld tegen besluiten van aanbestedende diensten.<sup>23</sup> Meer in het bijzonder betrof deze zaak een prejudiciële vraag over het recht van het Symvoulio om bij een gerecht een beroep tegen een beslissing van deze herzieningsautoriteit (geen gerecht) in te stellen. Het Hof van Justitie antwoordde dat Richtlijn 89/665/EG geen verplichting schept voor de lidstaten om ook ten gunste van aanbestedende diensten te voorzien in een beroep in rechte tegen beslissingen van basisinstanties die geen gerechten zijn. Deze bepaling belet daarentegen de lidstaten niet om wel te voorzien in een dergelijk rechtsmiddel ten gunste van de aanbestedende dienst.

In het arrest van 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De jonge Konstruktie/Provincie Drenthe*, bevestigt het Hof van Justitie dat Richtlijn 89/665/EG zich niet verzet tegen het Nederlandse systeem van rechtsbescherming, meer in het bijzonder het kort geding.<sup>24</sup> Wat de aansprakelijkheid van de staat betreft voor schade die particulieren lijden als gevolg van

20. HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-74/09, *BPC-WIG/Berlaymont 2000*, punt 53.

21. GvEA 9 september 2010, zaak T-300/07, *Evropaiki Dynamiki/Commissie*.

22. HvJ EU 30 september 2010, zaak C-314/09, *Stadt Graz/Strabag*.

23. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C570/08, *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*.

24. HvJ EU 9 december 2010, zaak C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De jonge Konstruktie/Provincie Drenthe*.

schendingen van de Europese aanbestedingsregels die hem kunnen worden toegerekend, hebben benadeelde particulieren het recht op schadevergoeding wanneer het geschonden voorschrift (1) ertoe strekt hun rechten toe te kennen, (2) het om een voldoende gekwalificeerde schending van dat voorschrift gaat en (3) er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de geleden schade. Bij gebreke van Unierechtelijke bepalingen ter zake dient de interne rechtsorde van de lidstaat, wanneer eenmaal aan deze drie voorwaarden is voldaan, de maatstaven te bepalen aan de hand waarvan de schade die het gevolg is van de schending van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, moet worden vastgesteld en begroot, mits het gelijkwaardigheidbeginsel en het doeltreffendheidbeginsel in acht worden genomen.<sup>25</sup>

## Beleid

### Groenboek Modernisering

Op 27 januari 2011 heeft de Commissie het Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten gepubliceerd. Het betreft een publieksconsultatie ten behoeve van wetgevingsvoorstellen ter vereenvoudiging en modernisering van de Europese aanbestedingswetgeving in 2012. De Commissie heeft bij deze raadpleging zes doelstellingen geïdentificeerd. Het eerste doel is het vergroten van de efficiëntie van de overheidsaanbestedingen. Deze doelstelling valt uiteen in het streven naar het best mogelijke aanbestedingsresultaat (prijs/kwaliteitverhouding) enerzijds en de vergroting van de efficiëntie van de aanbestedingsprocedures zelf anderzijds. De Commissie is op zoek naar manieren om de administratieve lasten, transactiekosten en/of de duur van de procedures te verkorten terwijl niet wordt afgedaan aan de beste prijs/kwaliteitverhouding. Vervolgens wil de Commissie inkopers beter in staat stellen bij het vormgeven van aanbestedingsprocedures gemeenschappelijke maatschappelijke doelen te verwezenlijken, zoals efficiënter gebruik van hulpbronnen en het bevorderen van innovatie (strategisch gebruik van overheidsopdrachten). Ook wil de Commissie nagaan of bepaalde basisbegrippen en uitgangspunten dienen te worden verfijnd, zoals de huidige indeling van overheidsopdrachten in werken/leveringen/diensten, het onderscheid A/B-diensten, de hoogte van de drempels en de uitgesloten opdrachten. Tevens wil de Commissie onderzoeken op welke wijze Europese ondernemingen betere toegang kunnen krijgen tot aanbestedingsmarkten in derde landen. Ten slotte kan de herziening volgens de Commissie mogelijkheden bieden

25. Volgens vaste Europese rechtspraak mogen de procedureregels voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidbeginsel) en mogen zij de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidbeginsel) (zie m.n. HvJ EU 8 juli 2010, zaak C-246/09, *Bulicke*, punt 25).

om de samenhang te verbeteren tussen de toepassing van de Europese aanbestedingsregels en de regels op het gebied van staatssteun. De antwoorden op de vragen van de Commissie alsmede suggesties voor gesignaleerde problemen, konden tot 18 april 2010 worden ingeleverd. Het is nu wachten op de voorstellen van de Commissie in deze.

### Overige publicaties door de Commissie

In september 2010 is door de Commissie het rapport inzake de *Evaluation of SMES' access to public procurement markets in the EU* uitgebracht. In het rapport zijn de conclusies van de veldstudie gepubliceerd en worden suggesties gedaan om de deelname van het MKB aan openbare aanbestedingsprocedures te vergroten.<sup>26</sup>

De Commissie heeft in oktober 2010 het Groenboek over de bevordering van elektronisch aanbesteden in de EU gepubliceerd. De Commissie heeft de ambitie om het potentieel van ICT te benutten voor een betere aanbestedingspraktijk op de interne markt. De Commissie wil dit bereiken door het stimuleren van het elektronisch aanbesteden (e-aanbesteding).<sup>27</sup> De geleidelijke invoering van e-aanbesteding maakt deel uit van de bredere ambitieuze Europese agenda voor de 'elektronische overheid'. Het daadwerkelijke gebruik van e-aanbestedingen blijft echter als gevolg van technische, logistieke en administratieve complexiteit ver achter bij de doelstellingen die de bevoegde EU-ministers hadden geformuleerd. In 2010 was nog geen 5 procent van het totale budget voor overheidsopdrachten langs elektronische weg aanbesteed. De Commissie wil met de uitkomsten van deze raadpleging de knelpunten inventariseren en daar regelgeving op afstemmen. De Commissie verwacht van een bredere toepassing van het e-aanbesteden (a) een grotere toegankelijkheid en transparantie (online publicaties, automatische attenderingen, e.d.), (b) voordelen voor individuele procedures (vermindering administratieve lasten/bespoedigen van de afzonderlijke procedures), (c) een efficiëntere afwikkeling van aanbestedingen (aankoopcentrales, integratie met o.a. systemen voor contractbeheer) en (d) het stimuleren van de integratie van de Europese aanbestedingsmarkten (gemakkelijker om aan aanbestedingen in andere lidstaten deel te nemen). De Commissie zal een uittreksel van de reacties op de vragen gesteld in het Groenboek publiceren en voor het einde van het jaar een Witboek uitbrengen.

In oktober 2010 heeft de Commissie de Gids voor Sociaal Kopen uitgebracht. Doel van deze gids is (a) de aanbestedende diensten bewust te maken van de mogelijke voordelen van maatschappelijk verantwoordelijke overheidsopdrachten en (b) op praktische wijze uiteen te zetten welke mogelijkheden het bestaande rechtskader van de EU aanbestedende diensten biedt om sociale overwe-

26. *Evaluation of SMES' access to public procurement markets in the EU*, by GHK and Technopolis within the framework of ENTR/04/093-Lot 1.

27. E-aanbesteding is een verzamelnaam voor de vervanging van op papieren dossiers gebaseerde procedures door op ICT-technologie gebaseerde communicatie en verwerkingsprocessen gedurende het gehele verloop van de aanbestedingsprocedure.

gingen in acht te nemen bij de aanbesteding van overheidsopdrachten.<sup>28</sup>

Eind oktober 2010 heeft de Commissie haar Werkprogramma voor 2011 bekendgemaakt.<sup>29</sup> In dit werkprogramma heeft de Commissie aangekondigd door te gaan met de modernisering van het Unierecht inzake overheidsopdrachten, zie de publicatie van het Groenboek Modernisering dat hiervoor is besproken. In het Werkprogramma voor 2010 van de Commissie stond al het initiatief aangekondigd voor een richtlijn voor concessies. In mei 2010 heeft de Commissie een consultatie gehouden met het oogmerk input te verkrijgen ten behoeve van het opstellen van een dergelijke concept-richtlijn. Begin augustus 2010 heeft de Commissie een tweede raadpleging gehouden. In het Werkprogramma voor 2011 heeft de Commissie aangekondigd zich te blijven inspannen om te komen met voorstellen voor de vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende concessieovereenkomsten. Tevens is de Commissie voornemens een wetgevingsvoorstel in te dienen voor een EU-instrument ter verbetering van de toegang tot de markten voor overheidsopdrachten in ontwikkelde en grote opkomende economieën, dat rekening houdt met de internationale verplichtingen van de EU. Hoofddoel van deze regelgeving is betere voorwaarden te scheppen voor ondernemingen uit de EU zodat zij meer kans maken om overheidsopdrachten buiten de EU in de wacht te slepen.

Op 7 december 2010 publiceerde de Commissie een werkdocument betreffende richtsnoeren voor de toepassing van de Europese regels op aanbestedingen, staatsteun en diensten van algemeen economisch belang. Het document bevat antwoorden op de diverse vragen ten aanzien van de toepassing van de aanbestedingsregels op sociale diensten van algemeen belang die door de Commissie zijn ontvangen naar aanleiding van de Mededeling van de Commissie inzake de *Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma - Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie*.<sup>30</sup>

### Defensierichtlijn

Op 13 juli 2009 is Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Defensierichtlijn) aangenomen. Ingevolge artikel 72 van de Defensierichtlijn dienen de bepalingen uit deze richtlijn uiterlijk op 21 augustus 2011 te zijn omgezet in nationale wetgeving. De Defensierichtlijn is van toepassing op opdrachten die worden geplaatst op defensie- en

veiligheidsgebied die betrekking hebben (1) op de levering van militair en/of gevoelig materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblageonderdelen daarvan, (2) op opdrachten voor werken, leveringen en diensten die rechtstreeks verband houden met dit militair en/of gevoelig materiaal en (3) op werken en diensten voor specifiek militaire doeleinden of gevoelige werken en gevoelige diensten. De in dit kader te plaatsen opdrachten worden vaak gekenmerkt door bijzondere eisen inzake complexiteit, gegevensbeveiliging of bevoorradingszekerheid. Om er zeker van te zijn dat aan de eisen wordt voldaan, dient bij het plaatsen van een dergelijke opdracht vaak uitvoerig te worden onderhandeld. Binnen de Defensierichtlijn kunnen opdrachten behalve via de niet-openbare procedure ook via de procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van de opdracht geplaatst worden (art. 25 en 26 Defensierichtlijn).

Nationale veiligheid blijft een exclusieve bevoegdheid van elke lidstaat, zowel op defensie- als op veiligheidsgebied. Lidstaten blijven gerechtigd een beroep te doen op de uitzondering van artikel 346 VWEU, artikel 14 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 21 Richtlijn 2004/17/EG. Artikel 346 VWEU geeft lidstaten de mogelijkheid om de regels van de interne markt buiten toepassing te laten ter bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid. De Commissie heeft in richtsnoeren bij de Defensierichtlijn aangegeven dat een beroep door een lidstaat op dit verdragsartikel aan strikte voorwaarden is gebonden. Vermoedelijk zal de Commissie lidstaten vaker om uitleg vragen wanneer een beroep wordt gedaan op artikel 346 VWEU.

De Defensierichtlijn is aangenomen om tot een geleidelijke verwezenlijking van een Europese markt voor defensiemateriaal te komen. Deze verwezenlijking is onontbeerlijk voor de versterking van de technologische en industriële basis voor de Europese defensie en voor de ontwikkeling van de benodigde militaire capaciteiten voor de tenuitvoerlegging van het Europese veiligheids- en defensiebeleid, aldus nr. 2 van de considerans bij de Defensierichtlijn.

Op 11 mei 2010 is een wetsvoorstel ter implementatie van de Defensierichtlijn aan de Tweede Kamer gezonden (wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied).<sup>31</sup> De Nederlandse regering heeft ervoor gekozen om de omzetting van de Defensierichtlijn niet mee te nemen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet.<sup>32</sup> Het is de bedoeling dat de structuur en inhoud van het aparte wetsvoorstel zoveel mogelijk aansluit op het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet. Opmerking verdient dat de Raad van State er op dit moment begrip voor heeft dat er een apart wetsvoorstel voor de implementatie van de Defensierichtlijn wordt ingediend, gezien de datum waarop deze richtlijn uiterlijk omgezet moet zijn. De Raad van State adviseert echter op ter-

28. Sociaal kopen, Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2011 (ISBN 978-92-79-18397-3).

29. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité van de regio's, Brussel, 27 oktober 2010, COM(2010) 623 def.

30. Mededeling van de Commissie, Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma - Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, COM(2006) 177, SEC(2006) 516.

31. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 768, nr. 1-4, Implementatie van Richtlijn 2009/81/EG.

32. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, par. 2.5 (MvT), Nieuwe regels omtrent aanbesteden.

mijn de beide regelingen wel samen te voegen. Beide wetsvoorstellen vertonen namelijk veel overeenkomsten. Het lijkt daarom goed mogelijk om te zijner tijd in de Aanbestedingswet een aantal specifieke bepalingen op te nemen voor aanbestedingen op het gebied van defensie en veiligheid en de afzonderlijke regeling voor die aanbestedingen te laten vervallen.

Bovenstaande betekent dat vanaf 21 augustus 2011 de Defensierichtlijn, voor zover dat mogelijk is, rechtstreekse werking krijgt in de Nederlandse rechtsorde.

## Handhaving Commissie

Op 30 september 2010 heeft de Commissie er bij Nederland op aangedrongen om in twee afzonderlijke dossiers een billijke toegang tot publieke contracten te waarborgen. Het eerste dossier betrof het vastgoedproject 'Het Nieuwe Landgoed' in Ede, waarbij aan één ontwikkelaar is gegund zonder dat een Europese aanbestedingsprocedure is doorlopen. Het tweede dossier betrof de algemene administratieve praktijk om openbare brandverzekeringscontracten te gunnen via onderhandelingen na bekendmaking van een opdracht, daar waar de Commissie van mening is dat dit alleen in uitzonderlijke gevallen kan. De Commissie heeft in een persbericht van 19 mei 2011 vermeld dat Nederland naar aanleiding van het met redenen omklede advies van de Commissie in beide zaken, heeft toegezegd in beide genoemde dossiers de toepasselijke Europese regelgeving na te leven. In het vastgoedproject in Ede is meer in het bijzonder het contract met de projectontwikkelaar teruggebracht tot de verkoop van grond. De verschillende werken, zoals de bouw van een sporthal en woningen en de aanleg van parkeerplaatsen, zullen via de daarvoor geldende regelgeving in de markt worden gezet. De Commissie heeft in beide zaken de inbreukprocedure beëindigd.

In de periode die deze kroniek behandelt, heeft de Commissie Nederland tweemaal voor het Hof van Justitie gedaagd wegens het niet naleven van de aanbestedingsregels. De Commissie heeft op 22 juli 2010 Nederland voor het Hof van Justitie gedaagd in de zaak C-368/10 betreffende de door de provincie Noord-Holland uitgeschreven Europese aanbestedingsprocedure voor het beheer en de levering van koffieautomaten. De door de Commissie gestelde inbreuken betreffen de technische specificaties (art. 23 lid 6 en 8 Richtlijn 2004/18/EG), de toetsing van de bekwaamheid van ondernemers (art. 48 lid 1 en 2, art. 44 lid 2 althans artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG) en gunningcriteria (art. 53 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG). Op 9 december 2010 heeft de Commissie Nederland voor het Hof van Justitie gedaagd in de zaak C-576/10 betreffende de gunning van een concessieovereenkomst voor openbare werken door de gemeente Eindhoven. De Commissie stelt dat deze concessieovereenkomst binnen Richtlijn 2004/18/EG valt en dat de gemeente Eindhoven haar verplichtingen onder deze richtlijn niet is nagekomen.