

Overheidsaanbestedingen

Kroniek

Kroniek aanbestedingsrecht 1999-2001

Mr. M.A. de Jong

1 Kroniek aanbestedingsrecht 1996-1997 in NTER 1997, nr. 10, en Kroniek aanbestedingsrecht 1997-1998 in NTER 1999, nrs. 4 en 5.

2 Stcrt. 9 mei 2001, nr. 113, p. 8 e.v.

3 Zie verder: G.L. van 't Hoff, Kostenbesparing en vergoeding in het UAR 2000, BR 2000, p. 29 e.v.

4 Stcrt. 9 mei 2001, nr. 113, p. 15 e.v.

5 Voor de verschillen in de grondslag van de verplichting tot toepassing van het UAR wordt verwezen naar H. Nijholt, Naar een nieuwe grondslag voor gebondenheid aan het UAR 2000, BR 2000, p. 15 e.v.

Dit artikel geeft een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van het aanbestedingsrecht van begin 1999 tot medio 2001. Deze kroniek is een vervolg op de kronieken aanbestedingsrecht 1996-1997 en 1997-1998 die eerder in NTER zijn verschenen.¹ Onder meer zal worden ingegaan op de ontwikkelingen ten aanzien van de regelgeving, het begrip 'publiekrechtelijke instelling', de aanbestedingsplicht bij concessies en PPS, selectie en gunning alsmede rechtsbescherming.

Regelgeving

Uniform Aanbestedingsreglement 2001

Op 1 september 2001 is het Uniform Aanbestedingsreglement 2001 ('UAR 2001') in werking getreden.² Het UAR 2001 is een voor de Rijksoverheid geldende regeling voor de openbare aanbesteding van werken die niet binnen de werkingssfeer van de Europese Richtlijn Werken vallen. Het UAR 2001 vervangt het UAR 1986. De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het UAR 1986 betreffen de bepalingen met betrekking tot onderhandelingen bij 'niet-passende' inschrijvingen en de bepalingen die verlaging van de aanbestedingskosten tot doel hebben.

Het UAR 2001 kent een aangepaste regeling met betrekking tot de gunningsplicht en de plicht dan wel mogelijkheid tot onderhandelen over de inschrijfprijzen. Onder het UAR 1986 bestond in beginsel geen plicht tot gunning. Het UAR 2001 gaat er van uit dat de aanbesteder alleen kan afzien van gunning (en met een derdeaannemer in zee kan gaan) als hij daar goede gronden voor heeft. Als een van de goede gronden voor niet-gunning wordt aangemerkt de situatie dat alleen aanbiedingen zijn gedaan die hoger zijn dan de aanbesteder 'op basis van een zorgvuldige begroting redelijkerwijs mocht verwachten'. Voorwaarde daarbij is wel dat de aanbesteder eerst in overleg treedt met de laagste inschrijver teneinde te bezien of overeenstemming kan worden bereikt over de prijs. Bij de onderhandelingen blijft het uitgangspunt de prijs die de aanbesteder op basis van een zorgvuldige begroting redelijkerwijs mocht verwachten. Het UAR 2001 wijkt hiermee af van de rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven onder het UAR 1986. In de rechtspraak van de Raad van Arbitrage

werd juist als uitgangspunt genomen dat een prijs die door middel van een aanbestedingsprocedure tot stand was gekomen in beginsel niet als 'niet-passend' (te hoog) kon worden aangemerkt, tenzij de aanbesteder kon aantonen dat de inschrijfprijs van de laagste inschrijver kennelijke tekortkomingen bevatte. Bij het aantonen van deze tekortkomingen kon de begroting van de aanbesteder wel een rol spelen, maar was de begroting op zich niet doorslaggevend. Onder het UAR 2001 geldt in geval van niet-passende inschrijvingen derhalve een onderhandelingsplicht voor de aanbesteder, maar zijn positie in de onderhandelingen is aanzienlijk versterkt.

De bepalingen in het UAR 2001 die tot doel hebben de kosten, voor zowel de aanbesteders als de inschrijvers, te verlagen betreffen onder meer het volgende. In het UAR 2001 is het aantal verklaringen die een inschrijver of gegadigde moet overleggen verminderd. Dit wordt onder meer bereikt door een aantal gegevens en verklaringen niet van alle inschrijvers te verlangen, maar alleen van de winnende inschrijver. Bovendien is bij aanbestedingen met voorafgaande selectie het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd tot het doen van een inschrijving gemaximeerd tot tien. Bij onderhandse aanbestedingen is dit maximum in beginsel zes. Tevens moet verplicht gebruik worden gemaakt van standaard aanmeldingsformulieren. De wijze van aanmelding wordt hierdoor meer geüniformeerd. Voorts is van belang dat het UAR 2001 de mogelijkheid biedt van een tegemoetkoming in de inschrijvingskosten door de aanbesteder. De vergoeding door de aanbesteder wordt vastgesteld aan de hand van de tabellen die als bijlagen zijn toegevoegd aan het UAR 2001. Het aantal inschrijvers dat in aanmerking komt voor een tegemoetkoming in de kosten is maximaal tien, waarbij de winnende inschrijver niet in aanmerking komt voor een vergoeding. De tegemoetkoming in de inschrijvingskosten is niet verplicht. Als de aanbesteder geen vergoeding wenst te betalen, zal hij dat echter uitdrukkelijk moeten aangeven.³

De verplichting voor de Rijksoverheid tot toepassing van het UAR 2001 voor werken die niet binnen de reikwijdte van de Richtlijn Werken vallen is neergelegd in de 'Beleidsregels aanbesteding van werken', die eveneens per 1 september 2001 in werking zijn getreden.⁴ De wettelijke grondslag voor toepassing van het UAR 1986 – op grond van het voormalige Besluit aanbesteding van werken (BAW) uit 1973 – is daarmee voor het UAR 2001 vervangen door een beleidsregel.⁵

Richtlijn inzake het gebruik van standaardformulieren

Op 13 september 2001 heeft de Europese Commissie een richtlijn vastgesteld met betrekking tot het

6 Richtlijn 2001/78/EG, te vinden op internet onder: <http://simap.eu.int>.

7 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken', COM (2000) 275 def. en 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening en vervoer', COM (2000) 276 def. De voorstellen zijn te vinden op internet onder: <http://simap.eu.int>.

8 De overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid, COM(96) 583 def. van 27 november 1996.

9 COM(98)143 def. van 11 maart 1998.

10 Zie B.M.P. Smulders, *Essentialia van de voorstellen tot herziening van de communautaire aanbestedingsrichtlijnen*, NTER 2000, nr. 9, p. 189 e.v.

11 Special Drawing Rights, de rekeneenheid van de WTO.

gebruik van standaardformulieren voor de bekendmaking van overheidsopdrachten.⁶ De nieuwe standaardformulieren vervangen de modellen die als bijlagen zijn aangehecht bij de aanbestedingsrichtlijnen. De thans gebruikte modellen worden veelvuldig onjuist of onvolledig ingevuld. Met het verplichte gebruik van de nieuwe standaardformulieren beoogt de Commissie de bekendmakingsvoorwaarden te vereenvoudigen en beter geschikt te maken voor elektronische aanbesteding. Door verdere uniformisering en automatisering zullen inschrijvers eenvoudiger naar bekendmakingen kunnen zoeken en wordt de transparantie vergroot. De richtlijn dient uiterlijk op 1 mei 2002 door de lidstaten te zijn geïmplementeerd.

Voorstel herziening aanbestedingsrichtlijnen

Op 10 mei 2000 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een grondige herziening van de aanbestedingsrichtlijnen.⁷ Dit voorstel volgt op het in 1996 gepubliceerde 'groenboek'⁸ en de op 11 maart 1998 gepubliceerde mededeling 'De overheidsopdrachten in de Europese Unie'⁹. Het doel van het voorstel is de aanbestedingsregels te vereenvoudigen en meer flexibiliteit te bieden bij de aanbestedingsprocedures.¹⁰

De vereenvoudiging houdt onder meer in dat de huidige richtlijnen voor leveringen, diensten en werken zullen worden vervangen door één algemene aanbestedingsrichtlijn. Daarnaast zal een herziene richtlijn voor de nutssectoren bestaan. Deze twee nieuwe richtlijnen krijgen een heldere opbouw die hoofdstuksgewijs het verloop van de aanbestedingsprocedure volgt. De wettekst is bovendien voorzien van een kopje boven de artikelen en van een overzichtelijke inhoudsopgave. Een andere vergemakkelijking voor de praktische toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen is de vereenvoudiging van de drempels. Thans is de regeling van de drempelwaarden een onoverzichtelijk geheel van deels in SDR¹¹ en deels in euro's uitgedrukte bedragen. De Commissie stelt voor dit te vereenvoudigen door het terugbrengen van de verschillende drempels tot enkele, uitsluitend in euro's uitgedrukte bedragen. In het voorstel wordt de drempel voor opdrachten voor *werken*, voor zowel de aanbestedende diensten onder de algemene richtlijn als onder de nutsrichtlijn, vervangen door één drempel van € 5.300.000. Voor opdrachten voor *leveringen* en *diensten* zullen drie drempels gelden: € 130.000 voor centrale overheidsinstanties, € 200.000 voor overige aanbestedende diensten onder de algemene richtlijn en € 400.000 voor aanbesteders onder de nutssectorenrichtlijn.

Naast de vereenvoudiging beoogt het voorstel tevens de aanbestedingsrichtlijnen te moderniseren en meer flexibiliteit te bieden bij de aanbestedingsprocedures. Het voorstel bevat daartoe een aantal fundamentele wijzigingen. De belangrijkste inhoudelijke wijzigingen zijn de volgende.

Concurrentiële dialoog: Een van de nieuwe regelingen die de Commissie wenst op te nemen in de herziene aanbestedingsrichtlijnen is de mogelijkheid tot het aangaan van een 'concurrentiële dialoog'. Hieronder wordt verstaan een gereguleerde vorm van onderhandeling tussen de aanbesteder en de inschrijvers waarbij de inschrijvers meer ruimte hebben (technische) oplossingen voor te stellen die voorzien in de behoefte van de aanbesteder. In de huidige aanbestedingsrichtlijnen is deze ruimte zeer beperkt. Bij aanbesteding van ingewikkelde producten of diensten in zich snel ontwikkelende sectoren kan dit een probleem opleveren. De Commissie heeft ervoor gekozen niet een geheel nieuwe procedure te introduceren naast de bestaande procedures, maar de bestaande 'onderhandelingsprocedure met voorgaande bekendmaking' uit te breiden met een fase voor de concurrentiële dialoog. De aanbesteder kan volgens deze procedure, na aankondiging van de opdracht en kwalitatieve selectie van de gegadigden, in onderhandeling treden met de geselecteerde deelnemers voor het vinden van de beste oplossing. Na afloop van de onderhandelingen stelt de aanbestedende dienst de definitieve technische specificaties vast en nodigt de deelnemers uit tot het indienen van inschrijvingen. De opdracht wordt vervolgens gegund op basis van objectieve gunningscriteria. De onderhandelingsprocedure met concurrentiële dialoog biedt meer flexibiliteit voor aanbesteders en deelnemers. Bedacht dient echter te worden dat deze procedure alleen mag worden gehanteerd in geval van 'bijzonder complexe overheidsopdrachten', welk begrip restrictief moet worden uitgelegd.

Raamovereenkomsten: Het Commissievoorstel bevat tevens een nieuwe regeling voor raamovereenkomsten. De verruiming van de mogelijkheden voor het sluiten van raamovereenkomsten acht de Commissie met name van belang voor de aankoop van producten en diensten op voortdurend veranderende markten, zoals bijvoorbeeld de ICT-markt. De raamovereenkomstenregeling in het richtlijnvoorstel biedt de mogelijkheid voor aanbesteders de leveranciers te selecteren, waarna de daadwerkelijke opdrachten op eenvoudige wijze kunnen worden gegund. De selectie dient te geschieden door het volgen van de gebruikelijke selectiefase van een aanbestedingsprocedure. Met ieder van de geselecteerde inschrijvers wordt de raamovereenkomst gesloten. Wanneer de aanbesteder vervolgens tijdens de looptijd van de raamovereenkomst een opdracht wil plaatsen, dient hij alle leveranciers die partij zijn bij de raamovereenkomst te verzoeken een aanbieding in te dienen. Gunning geschiedt vervolgens op basis van bekendgemaakte gunningscriteria. Het voordeel van deze procedure is dat de aanbestedende dienst gebruik kan maken van de (product)ontwikkelingen in de markt zonder voor elke opdracht een gehele aanbestedingsprocedure te moeten doorlopen. De bepaling in het voorstel dat de raamovereenkomsten in beginsel niet langer mogen duren dan drie jaar

12 Artikel 36 lid 2 Richtlijn Diensten, artikel 26 lid 2 Richtlijn Leveringen, artikel 30 lid 2 Richtlijn Werken en artikel 34 lid 2 Richtlijn Nutssectoren.

13 In de Nederlandse rechtspraak worden aan selectie- en gunningscriteria reeds strenge eisen van transparantie en objectiviteit gesteld. Zie het hoofdstuk 'selectie en gunning' in deze kroniek. Het voorstel van de Commissie is in Nederland dan ook eerder een codificatie dan een wezenlijke wijziging.

14 Mededeling van de Commissie krachtens artikel 8 van Richtlijn 93/38/EEG, Pb. EG 1999, C-156/3.

15 Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV), COM(2001)449 def.

16 Aanbeveling 96/527 van de Commissie van 30 juli 1996 betreffende het gebruik van de Gemeenschappelijke Wordenlijst Overheidsopdrachten ter beschrijving van het voorwerp van overheidsopdrachten, Pb. EG 1996, L222/10.

17 CPC is de Central Product Classification van de Verenigde Naties. De NACE-nomenclatuur is de algemene systematische bedrijfsindeling in de EG.

18 Zie bijvoorbeeld zaak C-76/97, Tögel, Jur. 1998, p. I-5337, waarin het HvJ EG oordeelde dat de CPC voorrang heeft op de CPV.

19 Artikel 1 sub b Richtlijn Werken, artikel 1 sub b Richtlijn Leveringen en artikel 1 sub b Richtlijn Diensten.

20 Zaak C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a./Strohal Rotationsdruck GmbH, Jur. 1998, p. I-73.

21 Zaak C-360/96, Gemeenten Arnhem en Rheden/ BFI Holding B.V., Jur. 1998, p. I-6821.

22 Zaak C-380/98, The University of Cambridge, Jur. 2000, p. I-8035.

23 Zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, Jur. 2001, p. I-939.

lijkt dit voordeel echter grotendeels teniet te doen.

Gunningscriteria: De huidige bepalingen in de aanbestedingsrichtlijnen met betrekking tot de gunningscriteria laten de aanbestedende dienst veel ruimte. De aanbesteder dient de gunningscriteria in de aankondiging of bestek te vermelden, 'zo mogelijk' in afnemende volgorde van het belang dat de aanbestedende dienst aan de criteria hecht.¹² Zelfs als de aanbestedende dienst de gunningscriteria rangschikt in afnemende volgorde van belang, kan het voor inschrijvers grotendeels onduidelijk zijn op welke wijze de aanbiedingen worden beoordeeld. De aanbesteder beschikt daarmee over een aanzienlijke ruimte bij de gunning bepaalde inschrijvers te bevoordelen. Het kan daarbij moeilijk zijn achteraf te controleren of de gunning op objectieve wijze heeft plaatsgevonden. Voor inschrijvers kan het bovendien moeilijk zijn vooraf te bepalen hoe de beste aanbidding moet worden ingediend. Om te voorkomen dat aanbestedende diensten in strijd handelen met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, heeft de Commissie in haar voorstel opgenomen dat de aanbesteder het relatieve gewicht van de gunningscriteria moet vermelden.

Dit kan bijvoorbeeld gebeuren in de vorm van een percentage of door middel van een puntensysteem. Teneinde enige flexibiliteit te behouden, mag de aanbestedende dienst de relatieve waarde aangeven binnen een marge.¹³

Nutssectoren: Het herzieningsvoorstel voor de Richtlijn Nutssectoren bevat grotendeels dezelfde vereenvoudigingen en wijzigingen die zijn voorgesteld voor de algemene aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast bevat het voorstel van de Commissie echter een fundamentele wijziging voor wat betreft de sectoren waarop de Richtlijn Nutssectoren van toepassing zal zijn. Bij de herziening van het toepassingsbereik van de Richtlijn Nutssectoren houdt de Commissie rekening met de mate van concurrentie in de verschillende sectoren. Indien kan worden vastgesteld dat door liberalisering in een bepaalde nutssector inmiddels daadwerkelijke concurrentie bestaat, kan de aanbestedingsplicht voor de in deze sector actieve bedrijven worden opgeheven. Aangezien de mate van liberalisering per sector verschilt, zal de Commissie voor de wijziging in het toepassingsbereik van de herziene Richtlijn Nutssectoren ook per sector de situatie beoordelen. De EU-lidstaten kunnen de Commissie verzoeken voor een bepaalde sector een vrijstellingsbesluit te nemen. Een uitzondering geldt hierbij voor de telecommunicatiesector, die naar de mening van de Commissie inmiddels vrijwel geheel onderworpen is aan daadwerkelijke mededinging.¹⁴ Het voorstel van de Commissie is daarom de telecommunicatiesector geheel uit te sluiten van het toepassingsbereik van de Richtlijn Nutssectoren.

Het voorstel van de Commissie doorloopt thans nog de Europese wetgevingsprocedures. Naar verwachting zullen de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

in 2003 of begin 2004 geïmplementeerd moeten zijn door de EU-lidstaten.

Voorstel verordening inzake CPV

De Europese Commissie heeft op 3 augustus 2001 een voorstel openbaar gemaakt voor een verordening die het gebruik van de *Common Procurement Vocabulary* (CPV) bij Europese aanbestedingsprocedures verplicht stelt.¹⁵ De CPV is een door de Europese Commissie opgestelde nomenclatuur (woordenlijst) voor overheidsopdrachten. Sinds de aanbeveling van de Commissie met betrekking tot het gebruik van de CPV in 1996¹⁶, wordt deze woordenlijst in de praktijk reeds systematisch gebruikt. Formeel verwijzen de aanbestedingsrichtlijnen echter nog naar andere nomenclaturen, zoals de CPC en de NACE¹⁷, hetgeen tot verwarring kan leiden over welke nomenclatuur toegepast dient te worden.¹⁸ Met de inwerkingtreding van de verordening zal er één woordenlijst overblijven, waarmee de Commissie tevens hoopt een verdere ontwikkeling te bereiken bij de automatisering van de aanbestedingsprocedures.

Publiekrechtelijke instelling

Het Hof van Justitie EG heeft in de door de kroniek beslagen periode twee arresten gewezen die nadere uitleg geven aan het begrip 'publiekrechtelijke instelling'. De publiekrechtelijke instelling is – naast de Staat en territoriale lichamen van de Staat – een van de categorieën van aanbestedende diensten. Publiekrechtelijke instellingen worden in de aanbestedingsrichtlijnen gedefinieerd als instellingen die:

- zijn opgericht te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard;
- rechtspersoonlijkheid hebben; en
- waarvan (a) de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, de territoriale lichamen van de Staat of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, (b) het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, of (c) 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.¹⁹

In de arresten Mannesmann/Strohal²⁰ en Arnhem/BFI²¹ was het Hof van Justitie reeds nader ingegaan op het eerste vereiste. In twee recentere arresten is het derde criterium aan de orde gekomen. In het University of Cambridge-arrest van 3 oktober 2000²² wordt uitleg gegeven over de vraag wanneer de activiteiten van een instelling worden geacht in hoofdzaak door de overheid te worden gefinancierd. In het arrest Commissie/Frankrijk van 1 februari 2001²³ wordt uitleg gegeven over de vraag wanneer een instelling moet worden geacht onder overheidstoezicht te staan.²⁴

24 In de Nederlandse rechtspraak zijn ook enkele vonnissen gewezen met betrekking tot de vraag of sprake was van toezicht of financiering door de overheid. In het vonnis van de Pres. Rechtbank Utrecht van 26 oktober 1999 (n.n.g.) werd dit niet aangenomen voor de Stichting Incident Management Nederland. In het vonnis van de Pres. Den Haag van 2 maart 2000 (KG 2000, 145) werd dit niet aangenomen voor de Nederlandse Orde van Advocaten.

25 Zie verder over dit arrest: M.G.A.M. Custers, Het begrip publiekrechtelijke instelling in de Richtlijn Werken, NTER 2001, nr. 5, p. 112 e.v.

26 Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, Pb. EG 2000, C-121/2.

27 NTER 1999, nr. 4, p. 75 e.v. Zie tevens R.D. Luteijn, De concessie in het aanbestedingsrecht, NTER 1999, nr. 6, p. 153 e.v.

In de University of Cambridge-zaak had het Engelse High Court of Justice aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voorgelegd welke soorten financiering in aanmerking genomen moesten worden voor de bepaling of de universiteit van Cambridge in hoofdzaak door de overheid wordt gefinancierd. Het Hof van Justitie stelt dat de drie alternatieve voorwaarden van het derde criterium (financiering, toezicht op beheer en benoeming van de leden van bestuursorganen) ieder de sterke afhankelijkheid van de betreffende instelling van de overheid weerspiegelen. Hoewel financiering door de overheid kan duiden op een afhankelijkheidsrelatie, hebben niet alle betalingen tot gevolg dat een afhankelijkheidsrelatie ontstaat of wordt versterkt. Alleen financiering waar geen specifieke tegenprestatie tegenover staat hoeft dan ook te worden aangemerkt als openbare financiering. In het geval van een universiteit volgt hieruit dat vergoedingen die door onderwijsinstanties worden betaald ter dekking van collegegelden en beurzen ter algemene ondersteuning van onderzoekswerk onder openbare financiering vallen. Anderzijds worden vergoedingen die door andere aanbestedende diensten worden betaald als tegenprestatie voor specifiek onderzoek, advisering of de organisatie van conferenties niet als openbare financiering aangemerkt. De High Court of Justice verzocht daarnaast hoe de woorden 'in hoofdzaak' moeten worden uitgelegd. Het Hof van Justitie stelt dat deze woorden gewoon kwantitatief begrepen moeten worden, in de zin van 'meer dan de helft'. Het betoog van de universiteit van Cambridge dat 'in hoofdzaak' kwalitatief uitgelegd zou moeten worden, waarbij rekening gehouden zou moeten worden met de mate waarin de verstrekker van de gelden controle over de gunning van opdrachten door de universiteit zou verkrijgen, werd afgewezen.

In de zaak Commissie/Frankrijk ging het om de vraag of bepaalde Franse instellingen die belast waren met sociale woningbouw, zogenaamde 'sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré' (HML-vennootschappen), moesten worden geacht onder toezicht te staan van de overheid. Het Hof van Justitie stelt dat voor de bepaling of aan het derde criterium voor publiekrechtelijke instelling wordt voldaan, het toezicht op het beheer een gelijkwaardige afhankelijkheid jegens de overheid moet scheppen als de andere twee alternatieven (financiering en de benoeming van de leden van bestuursorganen). Vervolgens beoordeelt het Hof van Justitie op basis van de specifieke omstandigheden of er sprake is van overheidstoezicht. Het Hof wijst er onder meer op dat de administratie van de HML-vennootschappen onderworpen is aan toezicht door de Minister voor Bouw en Huisvesting en dat deze minister tevens bevoegd is de bestuursorganen van de HML-vennootschappen te schorsen, een voorlopige bewindvoerder aan te wijzen en de HML-vennootschappen te ontbinden. Daarnaast kan de minister onder andere een bepaald beheerprofiel

opleggen en wordt de uitvoering van de werkzaamheden gecontroleerd door de dienst van inspectie van de sociale huisvesting. Op basis van het geheel van bevoegdheden concludeert het Hof dat de HML-vennootschappen onderworpen zijn aan toezicht door de overheid, 'zodat deze hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden'. Vooral deze laatste toevoeging lijkt van belang als toetsingscriterium voor de vraag wanneer een instelling onder voldoende toezicht van de overheid staat om te kwalificeren als publiekrechtelijke instelling. Het is echter de vraag of, zoals het arrest suggereert, toezicht alleen in aanmerking hoeft te worden genomen voorzover het kan leiden tot beïnvloeding van beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten. Deze toevoeging is niet terug te vinden in de aanbestedingsrichtlijnen. Bovendien is het moeilijk verenigbaar met het arrest in de University of Cambridge-zaak, waarin de stelling dat vergoedingen alleen in aanmerking genomen hoeven te worden wanneer de verstrekker hierdoor controle over de gunning van overheidsopdrachten verkrijgt niet door het Hof werd aanvaard.²⁵

Aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten

In de door de kroniek beslagen periode hebben zowel de Europese Commissie, het Europese Hof van Justitie en de Nederlandse rechter zich uitgesproken over de objectieve werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, ofwel de reikwijdte van het begrip 'overheidsopdracht'. De belangrijkste ontwikkelingen betreffen de toepassing van het aanbestedingsrecht op concessies en op publiek-privat-samenwerkingsverbanden ('PPS').

Concessies

Op 29 april 2000 heeft de Europese Commissie een interpretatieve mededeling gepubliceerd over concessieovereenkomsten.²⁶ De Commissie zet in deze bekendmaking haar visie uiteen over hoe concessieovereenkomsten in het licht van het aanbestedingsrecht moeten worden gedefinieerd, in het bijzonder hoe concessieovereenkomsten voor openbare werken zich onderscheiden van 'gewone' overheidsopdrachten voor de realisering van werken. Tevens zet de Commissie uiteen welke Europeesrechtelijke normen gelden voor concessieovereenkomsten voor openbare diensten. De Commissie wijst er onder meer op dat, hoewel geen aanbestedingsplicht geldt voor dienstenconcessies, aanbestedende diensten wél de beginselen van non-discriminatie, transparantie en objectiviteit in acht moeten nemen. De definitieve bekendmaking van de Commissie wijkt nauwelijks af van de ontwerpversie die op 24 februari 1999 openbaar was gemaakt. Voor verdere bespreking van de concessiebekendmaking wordt daarom verwezen naar de vorige kroniek.²⁷

28 Arrest van 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria Verlags/Telekom Austria*, n.n.g.

29 BR 2001, p. 531.

30 Zie ook J.M. Gerretsen, J.W. Hamming en G.W. van de Meent, *Onder bezwarende titel, Toepasselijkheid van de Richtlijn Werken bij grondexploitatie in PPS-verband*, BR 2001, p. 545 ev.

31 Zaak C-399/98, n.n.g.

In het *Telaustria*-arrest gaat het Hof van Justitie nog een stap verder wat betreft de toepassing van het transparantiebeginsel bij de gunning van dienstenconcessies.²⁸ De *Telaustria*-zaak had betrekking op een concessieovereenkomst voor de publicatie van telefoonboeken in Oostenrijk. Het Hof van Justitie bevestigt in het arrest dat een dienstenconcessieovereenkomst, waarbij de tegenprestatie van de aanbestedende dienst geen betaling inhoudt maar het verlenen van een exclusief exploitatierecht, geen aanbestedingsplichtige opdracht is onder de Richtlijn Nutssectoren en de Richtlijn Diensten. Het Hof van Justitie wijst er echter op dat aanbestedende diensten bij de verlening van concessies de algemene verdragsbeginselen in acht moeten nemen. Dit stemt overeen met de concessiebekendmaking van de Commissie. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit houdt volgens het Hof tevens een verplichting tot transparantie in, zodat kan worden getoetst of de concessie op onpartijdige wijze wordt geopend en tevens de dienstenmarkt wordt geopend voor concurrentie. Het Hof zegt dat een 'passende mate van openbaarheid' moet worden gegarandeerd. In het licht van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het openen van de Europese dienstenmarkt, lijkt dit niet anders geïnterpreteerd te kunnen worden dan dat een openbaarmaking op Europees niveau door middel van een bekendmaking in het publicatieblad van de EG dient plaats te vinden.

PPS

Op 31 januari 2001 heeft het Hof Den Haag een belangrijk arrest gewezen met betrekking tot de aanbestedingsplicht bij projectontwikkeling door middel van publiek-private samenwerkingsverbanden.²⁹ De publiek-private samenwerking ('PPS') betrof een samenwerking tussen de gemeente Middelburg en een consortium van particuliere projectontwikkelingsbedrijven. Krachtens de tussen deze partijen gesloten intentieovereenkomst zou het consortium van de gemeente 150 à 180 ha grond in het plangebied Mortierepolder verkrijgen tegen een 'marktconforme' prijs. Op deze grond zou het consortium – naast de te realiseren woningen, winkels en bedrijfsgebouwen – zorgdragen voor de aanleg van de (publieke) infrastructuur. De infrastructuur zou vervolgens 'om niet' of tegen een symbolisch bedrag terug worden overgedragen aan de gemeente. De grond waarop de woningen en bedrijfsgebouwen werden gerealiseerd zou in eigendom blijven van het consortium en na bebouwing worden doorverkocht aan derden-kopers. De kosten van aanleg van de infrastructuur zouden worden verdisconteerd in de verkoopprijzen van de woningen en bedrijfsgebouwen. De aanleg van de infrastructuur werd door het aangaan van het PPS-verband niet openbaar aanbesteed. Een concurrerende projectontwikkelaar, die van mening was dat hierdoor in strijd met de Richt-

lijn Werken werd gehandeld, vorderde in rechte stopzetting van de beoogde samenwerking tussen de gemeente en het consortium. De gemeente bestreed dit met een beroep op de definitie van overheidsopdracht in de Richtlijn Werken als een 'schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel'. Door de terugverkoop om niet zou volgens de gemeente de bezwarende titel ontbreken.

Het Hof Den Haag geeft een ruime uitleg aan het begrip 'overheidsopdracht'. Hierbij wijst het Hof onder meer op de toevoeging aan de definitie van overheidsopdracht voor werken die stelt dat de Richtlijn Werken ook van toepassing is op 'het laten uitvoeren met welke middelen ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet'. Deze toevoeging beoogt te voorkomen dat aanbestedende diensten op enige wijze opdrachten aan de toepassing van de Richtlijn Werken onttrekken. Tevens wijst het Hof op de doelstellingen van de Richtlijn Werken, zoals de bevordering van een open markt en eerlijke mededinging. In dat licht is voor de uitleg van het begrip 'onder bezwarende titel' minder van belang of de aanneemsom rechtstreeks door de gemeente wordt betaald of dat wordt gekozen voor een constructie die uiteindelijk tot hetzelfde resultaat leidt. Indien de gemeente immers eerst de aanleg van de infrastructuur had aanbesteed en de kosten daarvan aan het consortium had doorberekend in de uitgifteprijs van de bouwgrond, dan had een openbare aanbesteding moeten plaatsvinden, terwijl dit met de gekozen constructie niet het geval zou zijn. Het Hof acht dit onaanvaardbaar en verbiedt de gemeente uitvoering te geven aan de overeenkomst met het consortium.

Bij de uitleg van het begrip 'onder bezwarende titel' is het Hof Den Haag er van uitgegaan dat de partijen bij de vaststelling van de uitgifteprijs van de grond rekening hebben gehouden met de verplichting tot aanleg van de infrastructuur. Hoewel het consortium door de gekozen constructie niet rechtstreeks werd betaald door de gemeente, verkreeg zij door deze verdiscontering wel een op geld waardeerbare 'korting' op de uitgifteprijs.³⁰ Deze aanname zal in het algemeen overeenstemmen met de economische realiteit.

Op 12 juli 2001 is het Europese Hof van Justitie tot een vergelijkbaar oordeel gekomen met betrekking tot het begrip 'onder bezwarende titel'.³¹ Deze zaak betrof de uitvoering van bepaalde bouwwerkzaamheden, waaronder de restauratie van het beroemde Milanese Scala theater en de bouw van een nieuw theater. Volgens de Italiaanse wetgeving kon de gemeente deze publieke werken zelf (laten) uitvoeren of overlaten aan de eigenaar van grond waarop de werken dienden plaats te vinden. Wanneer de gemeente de uitvoering zou overlaten aan de grondeigenaar, verkrijgt de grondeigenaar een vrijstelling van de 'bijdrage in de exploitatiekosten' die in geval van uitvoering door de gemeente verschuldigd zou zijn. In de onderhavige zaak werd de uit-

32 Zie bijvoorbeeld het beleidsdocument: Toepassing Europese aanbestedingsrichtlijnen. Publiek-private samenwerking bij gezamenlijke bouwopgaven, 4 maart 1999, Ministerie van VROM, p. 7.

33 Voor een overzicht van de RvA-rechtspraak over deze verschillende onderwerpen wordt verwezen naar G.W. van der Bend, Recente rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland over het UAR 1986 en het UAR-EG 1991, BR 2000, nr. 1, p. 8 e.v., en H. Nijholt, Bloemlezing uit de jurisprudentie aanbestedingsrecht van mei 1999-juni 2000, BR 2001, nr. 7, p. 613 e.v. en nr. 8, p. 701 e.v.

34 Hof Arnhem, 3 februari 1998, Revalidatie Service Amsterdam B.V./Gemeente Almere, NJ 1998, 564, en Hof Amsterdam, 5 maart 1998, Fermie Schoonmakers B.V./Gemeente Amsterdam, KG 1998, 120.

35 Pres. Rechtbank Den Bosch, 10 juli 2001, KG 2001, 200.

36 Pres. Rechtbank Breda, 27 maart 2000, Medeco B.V./OZ Zorgverzekeraar e.a., KG 2000, 93.

37 Pres. Rechtbank Utrecht, 21 december 2000, n.n.g.

voering van de publieke werkzaamheden ingevolge een verkavelingsovereenkomst opgedragen aan de projectontwikkelaar die tevens eigenaar was van de grond waarop het nieuwe theater zou worden gerealiseerd. Na realisering zou de eigendom van het nieuwe theater worden overgedragen aan de gemeente Milaan.

Ten aanzien van de vraag of sprake was van een overeenkomst onder bezwarende titel verwijst het Hof naar het oordeel van de Italiaanse rechter. De Italiaanse rechter was van mening dat wanneer een houder van een bouwvergunning in een situatie als de onderhavige publieke infrastructurele voorzieningen aanlegt, geen prestatie om niet wordt verricht aangezien daarmee een schuld van dezelfde waarde (de 'bijdrage in de exploitatiekosten') tegenover de gemeente wordt vereffend. Dit oordeel heeft dezelfde strekking als het oordeel van het Hof Den Haag.

Het Hof van Justitie gaat tevens in op andere aspecten die van belang zijn met betrekking tot de aanbestedingsplicht bij PPS. Zo had de gemeente Milaan zich onder meer op het standpunt gesteld dat niet was voldaan aan het vereiste van een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn Werken aangezien de gemeente geen keuze had ten aanzien van de contractspartij. De aannemer was immers noodzakelijkerwijs de grondeigenaar. Volgens het Hof was niettemin sprake van een overheidsopdracht en werd voldaan aan het vereiste van een contractuele betrekking tussen de aanbestedende dienst en de aannemer. Het Hof wijst daarbij op de vrijheid van de gemeente de infrastructurele werken zelf uit te (laten) voeren en op de tussen partijen gesloten verkavelingsovereenkomst waarin was vastgelegd welke infrastructurele voorzieningen uitgevoerd zouden worden. Dit onderdeel van het arrest zal zonder meer invloed hebben op de vraag of een aanbestedingsplicht bestaat in geval van een 'unieke bouwlocatie'. In Nederland werd tot nu toe in het algemeen aangenomen dat de omstandigheid dat de grondeigenaar van een unieke bouwlocatie bereid is de opdracht uit te voeren voldoende rechtvaardiging bood voor niet-toepassing van de Richtlijn Werken.³² Het Hof voegt in het arrest overigens nog toe dat naar haar mening ook aan de aanbestedingsplicht wordt voldaan wanneer de gemeente niet zelf de opdracht aanbesteedt, maar de grondeigenaar verplicht de krachtens de Richtlijn Werken voorgeschreven aanbestedingsprocedure te volgen.

De uitspraken van het Hof van Justitie en het Hof Den Haag scheppen (voorlopig) meer duidelijkheid over enkele aanbestedingsaspecten bij PPS, waaronder het begrip 'onder bezwarende titel' en het belang van het feit dat de aannemer tevens eigenaar van de bouwlocatie is. Over de aanbestedingsplicht bij andersoortige PPS-constructies – zoals bijvoorbeeld de uitvoering van werken door publiek-private joint-ventures en de uitvoering van projecten met deels publieke en deels private functies – geven de arresten geen uitsluitsel.

Selectie en gunning

In de door de kroniek beslagen periode zijn een groot aantal vonnissen geweest met betrekking tot de uitvoering van de aanbestedingsprocedure. Door de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven en de burgerlijke rechter (in kort geding) zijn onder meer vonnissen geweest met betrekking tot de vraag wanneer omzeteisen of ervaringseisen als disproportioneel kunnen worden aangemerkt, de vraag in hoeverre inschrijvers onvolledige of onjuiste inschrijvingen kunnen herstellen en de vraag wanneer aanbestedingen als 'niet-passend' terzijde kunnen worden gelegd.³³ In deze kroniek zal met name worden ingegaan op de eisen die aan selectie- en gunningscriteria worden gesteld en de vraag wanneer voor het voldoen aan de selectie-eisen een beroep mag worden gedaan op de capaciteiten van derden.

In de rechtspraak zijn de eisen die worden gesteld aan de bij de openbare aanbesteding gehanteerde selectie- en gunningscriteria verder aangescherpt. In 1998 was reeds duidelijk geworden dat de rechter strengere eisen van objectiviteit en transparantie aan het door de aanbestedende gehanteerde beoordelingssysteem stelt dan blijkt uit de tekst van de aanbestedingsrichtlijnen.³⁴ Sindsdien is in diverse vonnissen bevestigd dat de selectie- en gunningscriteria vooraf bekend moeten worden gemaakt aan de inschrijvers en dat de criteria duidelijk en objectief moeten zijn. Indien niet aan deze eisen wordt voldaan, kan dit tot gevolg hebben dat de aanbestedende opnieuw moet aanbesteden.

Een van de procedures waarbij de aanbestedende werd veroordeeld tot heraanbesteding betrof de aanbesteding van wegwerkzaamheden door de provincie Noord-Brabant.³⁵ De provincie had weliswaar de selectiecriteria met het daarbij behorende puntensysteem bekendgemaakt aan de inschrijvers. Daarnaast beschikte de provincie echter over een 'beoordelingsprotocol' dat aanvullende criteria bevatte die niet logisch voortvloeiden uit het aan de inschrijvers ter beschikking gestelde puntensysteem. Naar het oordeel van de president van de Rechtbank Den Bosch handelde de provincie daardoor in strijd met het transparantiebeginsel. De stelling van de provincie dat de inschrijvers het protocol hadden kunnen opvragen werd niet geaccepteerd. De provincie werd vervolgens veroordeeld tot heraanbesteding. Ook in de Medeco-zaak³⁶ werd naar het oordeel van de rechter in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld. In dit geval was een van de selectiecriteria niet eenduidig toegelicht. Door de onduidelijkheid ten aanzien van de selectiecriteria die daarvan het gevolg was werd de eiser geacht te zijn benadeeld. De aanbestedende ziekenfondsen dienden daarom opnieuw aan te besteden. In de zaak Relan/Cadans³⁷ werd eveneens strijdigheid met het transparantiebeginsel aangenomen doordat bij de aanbesteding van reïntegratiecontracten niet vooraf alle gunningscriteria bekend waren gemaakt. Gelet op onder meer het feit dat reeds aan een andere

38 Pres. Rechtbank Arnhem, 4 februari 2000, RSR Revalidatieservice B.V./Gemeente Nijmegen, KG 2000, 17.

39 In een tweede kort geding met betrekking tot deze aanbestedingsprocedure bleken de feiten waarop de functionaliteitstoets was gebaseerd overigens niet juist te zijn. Zie Pres. Rechtbank Arnhem, 9 juni 2000, KG 2000, 269.

40 Pres. Rechtbank Utrecht 2 maart 2000, RSR Revalidatieservices B.V./Gemeente Lopik e.a., n.n.g.

41 Zaak C-176/98, Holst Italiana SpA en Comune di Cagliari, Jur. 1999, p. I-8607.

42 Arrest van 14 april 1994, zaak 398/92, Jur. 1994, p. I-1289.

43 Zaak 81/98, Alcatel Austria e.a./Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, Jur. 1999, p. I-7671.

44 HR 22 januari 1999, Uneto/De Vliert, RvdW 1999, 18.

45 E.H. Pijnacker Hordijk, Arrest Alcatel Austria: Hof van Justitie velt impliciet vernietigend oordeel over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken, BR 1999, p. 1024 e.v.

inschrijver was gegund en dat heraanbesteding zou leiden tot aanzienlijke vertragingen in de uitvoering, werden de vorderingen van de eiser echter afgewezen.

In de zaak RSR/Nijmegen³⁸ deinsde de president van de Rechtbank Arnhem er zelfs niet voor terug de beoordelingscriteria, behalve op transparantie en objectiviteit, ook op functionaliteit te toetsen. De procedure betrof de aanbesteding van hulpmiddelen ten behoeve van gehandicapten. Een van de inschrijvers, RSR, werd gepasseerd als winnende inschrijver omdat hij met name op het gunningscriterium 'locatie' voor het verlenen van klantenservice niet goed zou hebben gescoord. De president betwijfelde of de invulling die de gemeente aan dit gunningscriterium had gegeven, namelijk het beschikken over een 'volledige showroom en een goed geoutilleerde werkplaats op een zo kort mogelijke afstand van Nijmegen', functioneel kon worden geacht. Gesteld was immers dat 95 procent van de service bij de gebruikers thuis plaatsvond. De gemeente werd daarom in overweging gegeven te bezien of het betreffende criterium met het oog op de klantenservice daadwerkelijk meerwaarde had.³⁹ In een soortgelijke zaak kwam de President van de Rechtbank Utrecht tot eenzelfde oordeel.⁴⁰ Deze uitspraken tonen dat de eisen die aan het beoordelingssysteem worden gesteld tevens een (marginale) toetsing van de functionaliteit van de selectie- of gunningscriteria kunnen inhouden.

In het arrest van 2 december 1999 inzake Holst Italiana⁴¹ heeft het Hof van Justitie nadere uitleg gegeven over de vraag in hoeverre een inschrijver, als bewijs dat hij voldoet aan de gestelde financiële en technische eisen, een beroep mag doen op capaciteiten van derden. In het Ballast Nedam-arrest⁴² had het Hof reeds gesteld dat een inschrijver een beroep kan doen op referenties van een dochteronderneming, indien hij kan aantonen dat hij voor de uitvoering van de opdracht over de middelen van de betreffende groepsvennootschap kan beschikken. In het Holst Italiana-arrest voegt het Hof hieraan toe dat een inschrijver als bewijs dat hij aan de selectie-eisen voldoet een beroep kan doen op de bekwaamheden van andere ondernemingen ongeacht de juridische aard van de banden met deze ondernemingen. Voor de toerekening van technische bekwaamheden of financiële en economische draagkracht is derhalve niet vereist dat het gaat om een dochtervennootschap of dat de ondernemingen tot hetzelfde concern behoren. Voorwaarde voor een beroep op de bekwaamheden van andere ondernemingen blijft wel dat bewezen kan worden dat de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht kan beschikken over de middelen van de betreffende onderneming.

Rechtsbescherming

Op 28 oktober 1999 heeft het Europese Hof van Jus-

titie een arrest gewezen met betrekking tot de nietigverklaring van gunningsbesluiten.⁴³ Het Hof heeft in het arrest, dat is gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag uit Oostenrijk, bepaald dat gunningsbesluiten open dienen te staan voor nietigverklaring. In Oostenrijk kunnen benadeelde partijen tot het moment van gunning aanbestedingsbesluiten nietig laten verklaren door een speciale aanbestedingsautoriteit. Na de gunning rest de benadeelde inschrijver nog slechts een vordering tot schadevergoeding. Ingevolge de rechtsbeschermingsrichtlijn is het de EU-lidstaten toegestaan de na het sluiten van het contract ter beschikking staande rechtsmiddelen te beperken tot een vordering tot schadevergoeding. In het arrest benadrukt het Hof van Justitie echter dat beroep moet openstaan tegen alle door de aanbestedende dienst genomen besluiten, waaronder ook begrepen het gunningsbesluit. Het is de vraag wat de gevolgen van dit arrest zijn voor de Nederlandse aanbestedingsprocedures. In Nederland valt de gunning en het sluiten van het contract doorgaans samen. Doordat contracten niet van rechtswege nietig zijn door schending van het aanbestedingsrecht⁴⁴, worden benadeelde inschrijvers door het sluiten van het contract vaak voor een voldongen feit geplaatst. Hoewel het Hof van Justitie dit niet uitdrukkelijk stelt, kan het Alcatel-arrest zo worden uitgelegd dat verplicht een bepaalde periode tussen gunning en het sluiten van het contract in acht moet worden genomen teneinde de inschrijvers de gelegenheid te bieden het gunningsbesluit nietig te laten verklaren. Deze beroepsmogelijkheid tegen gunningsbesluiten zou gecreëerd moeten worden door aanpassing van de Nederlandse wetgeving.⁴⁵

Informele oplossing grensoverschrijdende geschillen

Medio 2000 zijn tussen een aantal EU-lidstaten afspraken gemaakt over een proefproject met betrekking tot de informele oplossing van grensoverschrijdende problemen bij aanbestedingen.⁴⁶ Met het proefproject wordt getracht een oplossing te vinden voor de problemen die inschrijvers ondervinden wanneer zij worden benadeeld door overtreding van de aanbestedingsregels door een buitenlandse aanbestedende dienst. Problemen kunnen bijvoorbeeld worden veroorzaakt door taalbarrières of onbekendheid met het procesrecht in het land van de aanbestedende dienst. Problemen kunnen bijvoorbeeld worden veroorzaakt door taalbarrières of onbekendheid met het procesrecht in het land van de aanbestedende dienst. Voor de oplossing van grensoverschrijdende aanbestedingsgeschillen zijn in de deelnemende landen (o.a. Nederland, Duitsland, Engeland en Denemarken) centrale aanspreekpunten aangewezen waartoe de klagende inschrijver zich kan wenden. In Nederland is dit het Ministerie van Economische Zaken. Wanneer het Ministerie van EZ een klacht binnenkrijgt over een buitenlandse aanbestedingsprocedure, neemt zij contact op met het aanspreekpunt in het betrokken land. Beide aan-

46 IOEA-nieuwsbrief 21, Strct. 12 juli 2000, nr. 132, p. 11.

47 Zaak nr. 381, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf. Het besluit is te vinden op www.nma-org.nl.

48 Beschikking van 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland, Pb. EG 1992, L 92/1.

49 Dit betroffen Stichting Marktwerking Bouwnijverheid, Vereniging Samenwerkende Dakbedekkersbedrijven, Stichting Centraal Bureau voor de Verwarmingsindustrie, Vereniging van Bureaus voor Vakbelangen, Vereniging Centraal Bureau Loodgietersbelangen, Vereniging Ondernemers in de Milieutechniek en Waterbeheersing, Centraal Bureau Brandbeveiligingsinstallaties, Nederlandse Vereniging van Wegenbouwers, Vereniging Aannemers Grond, Water- en Wegenbouw, Vereniging Grootbedrijf Bouwnijverheid, Vereniging van boor-, kabelleg- en buizenlegbedrijven en Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid.

spreekpunten zullen vervolgens trachten alle relevante informatie over de gevolgde aanbestedingsprocedure te verzamelen en onderzoeken in hoeverre het aanbestedingsrecht is geschonden. Op basis van de resultaten van dit onderzoek kunnen de aanspreekpunten bemiddelen bij het vinden van een oplossing. De aanspreekpunten beschikken echter niet over formele bevoegdheden bepaalde maatregelen te bevelen. Het staat de klagende onderneming dan ook vrij na of tijdens de bemiddelingspoging alsnog een beroepsprocedure te starten of een klacht in te dienen bij de Europese Commissie. Het proefproject loopt ten minste tot eind 2001.

Mededingingsrecht

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft zich definitief uitgesproken over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van aanbestedingsregelingen, ook wel 'anti-leur-regelingen' genoemd. In haar besluit van 19 februari 2001 oordeelt de NMa dat de in de schildersbranche gehanteerde aanbestedingsregeling in strijd is met het mededingingsrecht.⁴⁷

De belangrijkste onderdelen van de aanbestedingsregeling betreffen de zogenaamde 'rechthebbende-regeling' en de inschrijvergoedingen. Deze regelingen houden in dat voorafgaande aan de daadwerkelijke inschrijving op de aanbesteding een voorinschrijvingsprocedure plaatsvindt. Bij deze voorinschrijving wordt de rechthebbende aangewezen. In beginsel is dit de deelnemer die de laagste vooraanbieding heeft gedaan. De rechthebbende verkrijgt het exclusieve recht in onderhandeling te treden met de aanbesteder. Vervolgens schrijft de rechthebbende in met de laagste inschrijfprijs, verhoogd met een bedrag voor calculatievergoedingen aan de andere deelnemers en met een toeslag voor de organisatiekosten. De overige deelnemers hanteren hogere inschrijfprijzen.

De rechthebbende-regeling beperkt naar de mening van de NMa onder meer de mededinging doordat de concurrentie tussen de deelnemers wordt beperkt tot de prijs, terwijl de aanbesteder ook andere aspecten van belang kan achten. De regeling met betrekking tot de inschrijvergoedingen leidt er toe dat de deelnemers niet concurreren ten aanzien hun calculatiekosten. De inschrijvergoedingen kunnen bovendien tot gevolg hebben dat de aanbesteder, teneinde het aantal calculatievergoedingen te beperken, slechts een (zeer) beperkt aantal ondernemingen uitnodigt in te schrijven, hetgeen eveneens de mededinging beperkt.

Het oordeel van de NMa over het mededingingsbeperkende karakter van de aanbestedingsregeling in de schildersbranche komt niet als een verrassing. De aanbestedingsregelingen in de Nederlandse bouwnijverheid en aanverwante sectoren zijn reeds eerder in strijd geacht met het mededingingsrecht. In 1992 heeft de Europese Commissie in de

SPO-zaak vergelijkbare rechthebbende- en inschrijvergoedingsregelingen veroordeeld.⁴⁸ Met de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998 hebben een groot aantal aan de bouw verwante brancheorganisaties aanbestedingsregelingen ter ontheffing aangemeld bij de NMa.⁴⁹ Op 20 november 1998 heeft de NMa de betreffende organisaties laten weten dat naar haar voorlopig oordeel de regelingen mededingingsbeperkend waren en niet in aanmerking kwamen voor ontheffing. Alle organisaties, behalve de organisatie voor de schildersbranche, hebben hierop hun ontheffingsverzoeken ingetrokken. Met het besluit van 19 februari 2001 heeft de NMa ook haar eindoordeel over de anti-leur-regeling in de schildersbranche gevelde. Naar verwachting is hiermee een einde gekomen aan de reeds tien jaar op Europees en nationaal niveau lopende procedures over diverse aanbestedingsregelingen in Nederland.