

OVERHEIDSAANBESTEDING

Rechtspraak

AANBESTEDINGSRECHT IN BEWEGING: EEN OVERZICHT VAN RECENTE ONTWIKKELINGEN

Prof. mr. J.M. Hebly en mr. F.G. Wilman

In deze bijdrage belichten de auteurs enkele recente ontwikkelingen die van belang zijn voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk. Hoewel de ontwikkeling van het Europese aanbestedingsrecht ook het afgelopen jaar bepaald niet heeft stilgestaan, lijkt op onderdelen sprake van consolidatie.

Inleiding

De afgelopen twee jaren hebben wij in dit tijdschrift een overzicht gepubliceerd van recente ontwikkelingen op aanbestedingsgebied.¹ Beide keren hebben wij geconstateerd dat het Europese aanbestedingsrecht volop in beweging is. Hoewel de ontwikkeling ook het afgelopen jaar bepaald niet heeft stilgestaan, lijkt op onderdelen echter sprake van consolidatie. Zo heeft het Hof van Justitie EG ('HvJ EG') geen uitspraak gedaan die in dezelfde mate heeft geleid tot commotie en discussie zoals het voorgaande jaar het geval was bij het arrest *Roanne*.² En waar het HvJ EG de pennen in beweging heeft gebracht, is dit met name door het inperken van de 'alles aanbesteden'-campagne van de Europese Commissie ('Commissie'). Verder is op nationaal niveau het ontwerp voor de nieuwe Aanbestedingswet roemloos ten onder gegaan in de Eerste Kamer. Een en ander betekent echter allerm minst dat zich geen vermeldenswaardige ontwikkelingen hebben voorgedaan. In deze bijdrage zullen wij een drietal ontwikkelingen bespreken. Het betreft het geldend recht ten aanzien van zogenoemde B-diensten en opdrachten onder de drempelwaarde; de aanbestedingsrechtelijke eisen in relatie tot een gelijk speelveld (*level playing field*) bij overheidsaanbestedingen; en publiek-private samenwerking 'PPS'. Afgesloten wordt met een korte update van enkele onderwerpen die wij de afgelopen twee jaren hebben besproken in deze rubriek. Evenals voorheen, bespreken wij deze onderwerpen aan de hand van jurisprudentie, wetgeving en juridische literatuur.³

Prof. mr. J.M. Hebly is bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Houthoff Buruma. Mr. F.G. Wilman is advocaat bij Houthoff Buruma

B-diensten en opdrachten onder de drempel

Voor zogenoemde B-diensten en voor overheidsopdrachten met een waarde beneden de toepasselijke drempelwaarde gelden op basis van de beide Europese aanbestedingsrichtlijnen – in Nederland omgezet in het Bao en het Bass – nauwelijks respectievelijk geen verplichtingen.⁴ Al in 2000 heeft het HvJ EG in het *Telaustria*-arrest echter geoordeeld dat voor dienstenconcessies, die evenmin onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen,⁵ op basis van het EG-Verdrag ('EG') wel degelijk bepaalde transparantieplichtingen gelden. Meer in het bijzonder dient bij de verlening van dergelijke opdrachten '*aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid*' te worden gegarandeerd.⁶ De Commissie heeft deze jurisprudentie vervolgens zo uitgelegd, dat deze de verplichting zou meebrengen om in beginsel bij de verlening van (vrijwel) alle overheidsopdrachten die uitgezonderd zijn van de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, vooraf actief mededinging te genereren door middel van het publiceren van een bekendmaking ('publicatieplicht'). Deze publicatieplicht geldt volgens de Commissie dus niet alleen voor

¹ J.M.Hebly en F.G.Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: een overzicht van enkele recente ontwikkelingen', *NTER* 2006, p.241, resp. 'Aanbestedingsrecht in beweging: meer recente ontwikkelingen', *NTER* 2007, p.201.

² HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 *Auroux/Roanne*.

³ Wij hanteren daarbij geen nauwkeurige afbakening in de tijd. De nadruk ligt op ontwikkelingen in het afgelopen jaar. Voor een 'klassieke' jurisprudentiekroniek zie I.J. van den Berge en M.J. Mutsaers, 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht', deel 1 en 2, *TA* 2008, p. 230 resp. p. 439; D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2008/121.

⁴ Zie Richtlijn 2004/18/EG, omgezet in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao'), en Richtlijn 2004/17/EG, omgezet in het Besluit aanbestedingsregels speciale sectoren ('Bass'). In dit artikel wordt korthedshalve alleen verwezen naar het Bao. Met 'B-diensten' wordt bedoeld op de diensten die zijn opgenomen in bijlage 2B bij het Bao. Hiervoor gelden slechts zeer beperkte verplichtingen (zie artikel 21, artikel 23 en artikel 35 lid 12-16 Bao). Met name geldt geen verplichting tot het vooraf publiceren van een oproep tot mededinging. Met 'opdrachten onder de drempel' wordt bedoeld op overheidsopdrachten met een geraamde waarde beneden de drempelbedragen die gelden ex artikel 7 Bao en daarom zijn uitgesloten van de toepassing van het Bao.

⁵ Art. 16 Bao.

⁶ HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 *Telaustria*, r.o.62.

dienstenconcessies, maar bijvoorbeeld ook voor opdrachten voor B-diensten en opdrachten onder de drempel. Naast een Interpretatieve Mededeling,⁷ heeft de Commissie dit standpunt ook uitgedragen door middel van het opstarten van verscheidene inbreukprocedures ex artikel 226 EG-Verdrag. Het HvJ EG heeft het afgelopen jaar in een aantal van deze zaken uitspraak gedaan.

Van belang is vooral de uitspraak van het HvJ EG (Grote Kamer) in de zaak *An Post* van november 2007.⁸ Naar aanleiding van een klacht was de Commissie terzake de onderhandse verlening van een opdracht voor een B-dienst een inbreukprocedure opgestart. Het HvJ EG maakt echter (opvallend) korte metten met de stelling van de Commissie dat voor dergelijke opdrachten in de regel een publicatieplicht geldt. De Europese rechter wijst erop dat de gemeenschapswetgever is uitgegaan van het vermoeden dat opdrachten voor B-diensten, vanwege hun specifieke aard, *a priori* geen grensoverschrijdend belang hebben. Om die reden is gunning via een Europese aanbesteding niet verplicht. Op zich laat dit onverlet dat de fundamentele regels van het gemeenschapsrecht – non-discriminatie, vrij verkeer, transparantie – in principe van toepassing zijn op dergelijke gunningen. De verlening van opdrachten voor B-diensten zonder dat sprake is van enige transparantie, levert in de regel echter pas een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling op wanneer de betrokken opdracht een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ vertoont. In het kader van een inbreukprocedure dient de Commissie aan te tonen dat de opdracht, hoewel betrekking hebbend op een B-dienst, ‘duidelijk belang had voor een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst, 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’.⁹ In casu had de Commissie dit niet aangetoond. De loutere verklaring dat men een klacht heeft ontvangen, volstaat in dit kader niet. Het beroep van de Commissie wordt dan ook verworpen.

Deze uitspraak betekent een gevoelige nederlaag voor de Commissie. Bovenal wordt in deze zaak een duidelijke grens gesteld aan de ‘alles aanbesteden’-campagne die de Commissie de afgelopen jaren heeft gevoerd. Dat geldt te meer nu in enkele hierop volgende arresten eenzelfde lijn wordt aangehouden ten aanzien van opdrachten beneden de drempel.¹⁰ Zo stelt het HvJ EG in de zaak *Commissie/Italië* vast dat ‘de gemeenschapswetgever er uitdrukkelijk en principieel voor heeft gekozen om opdrachten die beneden een bepaalde drempel blijven, van de door hem ingevoerde openbaarmakingregeling uit te sluiten’.¹¹ Ook hier geldt echter weer dat wanneer vaststaat dat de betrokken opdracht toch een ‘bepaald grensoverschrijdend belang vertoont’,¹² gunning zonder enige transparantie in principe een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling oplevert. Het HvJ EG voegt daaraan toe dat lidstaten niet verplicht zijn bij de omzetting van de aanbestedingsrichtlijnen op te nemen dat de vrij verkeerbepalingen van het EG-Verdrag in acht moeten worden genomen in geval van gunning van opdrachten beneden de drempel. Het ontbreken van een dergelijke nationaalrechtelijke bepaling doet immers niet af aan de toepasselijkheid van deze bepalingen wanneer het grensoverschrijdend belang vaststaat. In dit kader constateert Advocaat-generaal (‘A-G’) Colomer dat van de nationale wetgever niet kan worden gevraagd ‘regels vast te stellen die in het afgeleide gemeenschapsrecht niet eens zijn vastgelegd’.¹³ Aldus lijkt te worden aangesloten bij de eerdere, principiële benadering van A-G Sharpston in de zaak *Commissie/Finland*.¹⁴

Voor veel aanbestedende diensten zal deze serie uitspraken leiden tot een zucht van verlichting. Dat betekent echter niet dat

hiermee aan alle onduidelijkheid een einde is gemaakt. Zo blijft vooralsnog de vraag wanneer afdoende bewijs is geleverd om te kunnen spreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang: volstaat bijvoorbeeld de schriftelijke verklaring van één of enkele ondernemingen uit andere lidstaten, of is een meer systematisch marktonderzoek vereist? Deze vraag is niet alleen relevant voor de Commissie, maar zeker ook voor de rechtspraak in Nederland. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een onderneming in rechte bezwaar wil maken tegen de vermeend onrechtmatige gunning van een opdracht onder de drempel of een B-dienst.¹⁵ Overigens is het volgens de

⁷ Commissie, Interpretatieve Mededeling over B-diensten en opdrachten onder de drempel, Pb.EU 2006, C179/2.

⁸ HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*). Zie o.m. A. Brown, ‘The European Commission fails to prove that an Irish contract for part B services was of cross-border interest’, *PPLR* 2008, p.NA35.

⁹ *An Post*, r.o.29 resp.32.

¹⁰ HvJ EG 29 november 2007, zaak C-119/06 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 15 mei 2008, zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*). In eerdere arresten had het HvJ EG al vastgesteld dat de verdragsbeginselen van toepassing kunnen zijn op opdrachten beneden de drempel, maar kwam de vraag naar het grensoverschrijdend belang niet aan de orde. Zie beschikking HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00 (*Vestergaard*); HvJ EG 20 oktober 2005, C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 14 juni 2007, zaak C-6/05 (*Medipac*). Opmerkelijk is overigens dat dit aspect evenmin aan de orde komt in HvJ EG 18 december 2007, C-220/06 (*Correos*), terwijl dit arrest dateert van ná *An Post*. Vgl. M. Straatman, ‘HvJ EG spreekt zich uit over publicatieplicht voor onderdrempelige overheidsopdrachten’, *Tender Nieuwsbrief* 2008(4), p.1.

¹¹ *Commissie/Italië* (C-412/04), r.o.65.

¹² Idem, r.o.66. Gebruik van het woord ‘bepaald’ – in plaats van het woord ‘duidelijk’ in o.m. *An Post* – ter kwalificatie van het grensoverschrijdend belang is waarschijnlijk te wijten aan een verkeerde vertaling. Zie H.D. van Romburgh, ‘Heeft het Hof van Justitie licht in de duisternis gebracht? De samenhang tussen de arresten *Telaustria*, *Commissie/Finland* en *An Post*’, *TA* 2008, p.15. Het gebruik van het woord ‘duidelijk’ in de overige hier besproken arresten lijkt deze aanname te bevestigen. Anders: J.W.A. Bergevoet, ‘De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd’, *NTER* 2008, p.116 (voetnoot 30).

¹³ Conclusie A-G Colomer 8 november 2006, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), ov.56.

¹⁴ Conclusie A-G Sharpston 18 januari 2007, zaak C-195/04 (*Commissie/Finland*). In deze conclusie voert de A-G zowel praktische als principiële bezwaren aan tegen het aannemen van een publicatieplicht voor opdrachten beneden de drempel. Overigens wordt in deze conclusie gesteld dat het gemeenschapsrecht verlangt dat aan dergelijke opdrachten wel enige openbaarheid wordt gegeven, maar dat het aan het nationale recht wordt overgelaten te bepalen wat die openbaarheid precies inhoudt. Een vergelijkbare overweging is echter niet opgenomen in de hierboven besproken zaak *Commissie/Italië* (C-412/04). In de zaak *Commissie/Finland* komt het HvJ EG niet toe aan een inhoudelijke behandeling van dit aspect, zie HvJ EG 26 april 2007, zaak C-195/04.

¹⁵ Vgl. V.zr. Rb. Den Haag 21 januari 2008, LJN BC3144; Rb. Amsterdam 18 juni 2008, LJN BE9537; Rb. Maastricht 8 oktober 2008, LJN BF7031.

Commissie op de eerste plaats de aanbestedende dienst¹⁶ die vóór de gunning de individuele omstandigheden van het geval moet evalueren met het oog op eventuele buitenlandse interesse. Relevante factoren daarbij zijn het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie en de geografische ligging van de plaats van uitvoering.¹⁷ Hoewel hierover ook anders gedacht kan worden,¹⁸ lijkt deze zienswijze van de Commissie te worden onderschreven door het HvJ EG.¹⁹ De rechter komt in dit kader, uiteraard, een toetsende rol toe. Daarbij geldt in onze optiek evenwel dat aan de door de aanbestedende dienst uit te voeren toets op een mogelijk grensoverschrijdend belang niet al te hoge eisen mogen

worden gesteld, met name wanneer het gaat om opdrachten met een geringe waarde. Dit zou aanbestedende diensten opzadelen met een administratieve en financiële last die niet in verhouding staat tot het belang van de betrokken opdracht. Dit zou niet alleen strijdig zijn met het proportionaliteitsbeginsel, maar ook met het uitgangspunt van zo efficiënt mogelijk gebruik van overheidsmiddelen (*value for money*).²⁰

Een andere interessante vraag is welke mate van openbaarheid moet worden betracht wanneer eenmaal vaststaat dat sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.²¹ De formuleringen van het HvJ EG lijken wat dit betreft niet altijd geheel consistent. Zo wordt in sommige arresten vermeld dat 'het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging' (of woorden van gelijke strekking) strijd met het EG-Verdrag kan opleveren.²² Opmerkelijk is echter dat de Europese rechter zich in de recente serie arresten met betrekking tot B-diensten en opdrachten onder de drempel veelal beperkt tot een ogenschijnlijk minder vergaande (negatieve) formulering, namelijk dat opdrachtverlening 'zonder dat sprake is van enige transparantie' strijd met het EG-Verdrag kan opleveren.²³ Deze laatste formulering lijkt ruimte te laten voor de situatie waarin een aanbestedende dienst, althans bij de gunning van B-diensten of opdrachten onder de drempel,²⁴ eerst een gunningsbeslissing neemt en deze vervolgens op passende wijze bekend maakt. Belanghebbende ondernemingen kunnen hierop desgewenst bezwaar maken. Hiermee zou in elk geval een zekere mate van transparantie – en daarmee de mogelijkheid van controle op de naleving van het discriminatieverbod – gegarandeerd zijn. Onder meer in het *Telaustria*-arrest zijn aanknopingspunten te vinden voor een betoog dat het daar allemaal om begonnen is.²⁵ Een dergelijke aanpak lijkt bovendien verenigbaar met de systematiek van de recente herziening van de zogenoemde rechtsbeschermingsrichtlijnen.²⁶ In hoeverre dit voor de Europese of nationale rechter genoeg zal zijn, blijft vooralsnog echter de vraag.

Tot slot kan de vraag gesteld worden in hoeverre de hier besproken jurisprudentie van overeenkomstige toepassing is op andere uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht. Denk bijvoorbeeld aan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, de percelenregeling of het uitsluitende recht.²⁷ Ook deze vraag blijft vooralsnog onbeantwoord. Naar onze mening zal steeds per geval moeten worden beoordeeld of een publicatieplicht op zijn plaats is, waarbij de ratio van de betreffende uitzonderingsbepaling leidend is. Daarmee wordt aangesloten bij de hierboven besproken aanpak van het HvJ EG voor B-diensten en opdrachten onder de drempel. De uitkomst zal veelal zijn dat voor dergelijke opdrachten geen publicatieplicht bestaat.

Gelijk speelveld

Voorts is recentelijk de nodige jurisprudentie gewezen met betrekking tot de vraag in hoeverre nog gesproken kan worden van een eerlijke aanbesteding, wanneer één van de inschrijvers een (vermeend) bevoorrechte positie inneemt. Deze positie kan een inschrijver bijvoorbeeld ontnemen aan zijn betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbesteding of zijn status als zittende opdrachtnemer. Deze kwestie vertaalt zich vaak in de vraag in hoeverre een aanbestedende dienst eigenlijk verplicht is bij een aanbesteding een (volledig) gelijk speelveld te creëren en zo ja, of hiervan in een concreet geval sprake is. In maart 2008 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg EG ('GvEA EG') uitspraak gedaan in een zaak naar aanleiding van een door de Commissie uitgeschreven aanbesteding voor ICT-

¹⁶ Het is geen gegeven dat elke instelling die kwalificeert als een 'aangebestede dienst' in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen ook altijd onderworpen is aan de betreffende verdragsbepalingen. Zie E.H. Pijnacker Hordijk c.s., *Aanbestedingsrecht*, 2004, p.14 (voetnoot 17); S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2005, p.206; J.W.A. Bergevoet, p.114.

¹⁷ Interpretatieve Mededeling over B-diensten en opdrachten onder de drempel, par.1.3.

¹⁸ Conclusie *Commissie/Finland*, ov. 95-97.

¹⁹ Zie m.n. *SECAP/Torino*, r.o. 30-31. Vgl. HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06 *ASMBrescia*, r.o. 62; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 *Parking Brixen*, r.o. 50. Zie ook conclusie AG Stix-Hackl 14 september 2006, zaak C-532/03 *Commissie/Ierland*, ov. 79-81; D.McGowan, 'Commission v Ireland: post offices, proof and transparency', *PPLR* 2008, p. NA51.

²⁰ Zie Interpretatieve Mededeling over B-diensten en opdrachten onder de drempel, inleiding. Zie ook GvEA EG 12 maart 2008, zaak T-345/03 *Evropaiki Dynamiki*, r.o. 79, waar het zo economisch mogelijk verwerven van de vereiste diensten 'een van de voornaamste doelstellingen van het recht inzake openbare aanbestedingen' wordt genoemd. Deze uitspraak wordt verderop in dit artikel besproken.

²¹ Overigens gaat hieraan de vraag vooraf in hoeverre een onderhandse gunning, ondanks het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, toch objectief gerechtvaardigd zou zijn. Zulke rechtvaardigingen kunnen worden gevonden in de in het EG-Verdrag uitdrukkelijk genoemde uitzonderingen of in de jurisprudentie met betrekking tot dwingende redenen van algemeen belang (bijvoorbeeld: *Commissie/Italië* (C-260/04), r.o. 26-27), danwel in de specifieke omstandigheden van het geval zoals de noodzaak het rechtszekerheidsbeginsel in acht te nemen (bijvoorbeeld: *ASMBrescia*, r.o. 64) of het bestaan van een quasi-in-house relatie (bijvoorbeeld: HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*), r.o. 23-26).

²² Zie *Correos*, r.o. 76; *Commissie/Italië* (C-260/04), r.o. 25; *Parking Brixen*, r.o. 50. Ook in *Telaustria* (r.o. 62), wordt het openstellen van de dienstenmarkt voor de mededinging expliciet genoemd.

²³ Zie *Commissie/Italië* (C-412/04), r.o. 66; *Commissie/Italië* (C-119/06), r.o. 63; *An Post*, r.o. 30. Ook in de recente zaak *ASMBrescia* (r.o. 59) gebruikt het HvJ EG deze zinsnede.

²⁴ Bij de gunning van dienstenconcessies lijkt deze ruimte niet te bestaan, gelet op de hiervoor genoemde rechtspraak. Zie m.n. *Coname*, r.o. 21.

²⁵ *Telaustria*, r.o. 60-61. Hierin overweegt het HvJ EG dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit onder meer een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen of het discriminatieverbod wordt nageleefd.

²⁶ Artikel 2quinquies lid 4 Richtlijn 89/665/EEG. In het navolgende komt deze herziening nog kort aan de orde.

²⁷ Zie artikel 31, artikel 9 lid 8 resp. artikel 17 Bae. Zie ook J.M. Heblly, 'Contouren voor een 'passende voorafgaande publicatie' thans duidelijk', *TA* 2008, p. 3.

dienstverlening.²⁸ De verzoekster in dit geschil had ingeschreven, maar eindigde niet op de eerste plaats. De Commissie besloot het contract te gunnen aan een andere onderneming, die had ingeschreven met de zittende opdrachtnemer als onderaannemer. In de uitspraak van het GvEA EG komen verschillende vragen aan de orde, die vergelijkbaar zijn met de vragen die in dit kader geregeld aan de Nederlandse rechter worden voorgelegd.

Ten eerste deed de vraag zich voor of de winnende inschrijver was bevoordeeld doordat de aanbestedingsstukken voorzagen in een onbezoldigde aanloopfase van drie maanden, voordat de nieuwe opdrachtnemer de dienstverlening daadwerkelijk moest overnemen. De zittende opdrachtnemer hoeft de kosten die hiermee gemoeid zijn – als enige – niet te maken. Naar de mening van het GvEA EG is het vereiste van een onbezoldigde aanloopfase echter op zich niet discriminatoir. Deze eis geldt namelijk voor alle inschrijvers en diende in casu bovendien vooral het belang van deze inschrijvers. Hoewel een dergelijk vereiste een voordeel voor de huidige opdrachtnemer impliceert, vloeit dit voordeel niet voort uit enige gedraging van de aanbestedende dienst. Deze omstandigheid is daarmee een ‘inherent de facto voordeel’.²⁹ Een dergelijk ‘natuurlijk’ voordeel zou in wezen alleen kunnen worden weggenomen door de zittende partij steeds uit te sluiten van deelname aan een nieuwe aanbesteding. Dit zou te ver gaan aldus de rechter, te meer omdat het HvJ EG in de zaak *Fabricom* heeft geoordeeld dat ‘automatische’ uitsluiting wegens het hebben verricht van onderzoek, proeven, studies en dergelijke ter voorbereiding op de betreffende aanbesteding niet toelaatbaar is; de onderneming die betrokken is geweest bij bedoelde voorbereidingshandelingen moet ten minste de gelegenheid krijgen om aan te tonen dat in zijn geval geen gevaar voor de mededinging bestaat.³⁰ Derhalve rust in dit kader op de aanbestedende dienst ook geen algemene verplichting om de hier bedoelde voordelen te ‘neutraliseren’, gelet ook op de extra kosten en inspanningen die dit voor de aanbestedende dienst kan meebrengen.

Deze benadering sluit goed aan bij die van Nederlandse voorzieningenrechtshouders in soortgelijke zaken. Zo zijn er verschillende uitspraken waarin geklaagd werd dat het stellen van een eis in de aanbestedingsstukken discriminatoir zou zijn. Een dergelijke klacht slaagt niet snel: dat een bepaalde ervarings- of personeelseis voor nieuwkomers op de markt als een natuurlijke marktdrempel wordt ervaren, is in principe een omstandigheid die de klager persoonlijk betreft en die op zich niet meebrengt dat de aanbesteding discriminatoir is.³¹ De voorzieningenrechter te Haarlem stelt in algemene bewoordingen dat het uitgangspunt van eerlijke mededinging niet in het gedrang komt

‘wanneer bij het formuleren van selectie- of gunningscriteria niet of maar beperkt rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat de ene inschrijver beter is toegerust dan de ander om een winnende inschrijving in te zenden. Concurrentie strekt er immers juist toe om die partij op te sporen die, gegeven de eigen kracht, waaronder de eigen concurrentievoordelen, het best in staat is tegemoet te komen aan de verlangens van de aanbestedende dienst. Voor zover er aanbestedingsrechtelijk gezien al sprake is van een verplichting tot het creëren van een level playing field brengt die niet de plicht mee om de bedoelde verschillen tussen de inschrijvers weg te nemen.’³²

Ook in de ogen van de Nederlandse rechter bestaat aldus geen algemene verplichting tot het wegnemen van de hier bedoelde voordelen.

Dit betekent echter niet dat de aanbestedende dienst nooit actief zal moeten optreden om te waarborgen dat alle inschrijvers

gelijke kansen hebben. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van het GvEA EG werd namelijk ook overwogen dat de betrokken belangen moeten worden afgewogen. Neutralisatie kan onder omstandigheden toch aangewezen zijn, voor zover dit vanuit technisch en financieel oogpunt aanvaardbaar is en geen inbreuk maakt op de rechten van de huidige opdrachtnemer of de inschrijver. Concreet werd in deze zaak enerzijds geoordeeld dat het ‘excessief’ zou zijn om het vereiste van de onbezoldigde aanloopfase te laten vallen.³³ Dit zou namelijk dubbele kosten met zich brengen voor de Commissie (de zittende partij moet gedurende deze fase immers ook worden betaald), terwijl de nieuwe opdrachtnemer in deze fase nog geen goede dienstverlening kan garanderen en deze fase voor hem vooral geldt als een kennismakingsperiode. Anderzijds stelde het GvEA EG vast dat de Commissie ten onrechte had nagelaten alle inschrijvers tijdig en volledig toegang te verlenen tot relevante technische informatie. Aangezien de zittende inschrijver hier wél vroegtijdig en volledig toegang toe had en de Commissie deze informatie zonder veel bezwaren aan de andere partijen ter beschikking had kunnen stellen, leverde dit een ontoelaatbare ongelijke behandeling op. Het GvEA EG kwam overigens pas tot deze conclusie nadat de verzoekster omstandig had aangetoond dat het ontbreken van bedoelde informatie een sterk negatief effect heeft kunnen hebben op haar inschrijving.

Deze nuancering van het hierboven besproken uitgangspunt dat neutralisatie van eventuele voordelen niet verplicht is, is ook terug te vinden in Nederlandse uitspraken. De Nederlandse rechter lijkt over het algemeen minder dan het GvEA EG geneigd om de kosten en moeite die neutralisatie voor de aanbestedende dienst met zich zou brengen, mee te wegen. Los daarvan wordt echter ook in Nederland aangenomen dat de aanbestedende dienst onder omstandigheden het speelveld zal moeten effenen door relevante informatie ter beschikking te stellen. Ook hier wordt in de regel vereist dat de rechtzoekende onderneming aantoont dat de ontbrekende informatie relevant is en ook daadwerkelijk van invloed kan zijn op de inhoud van de inschrijvingen. Verder speelt in dit kader ook vaak een rol in hoeverre de klagende onderneming zelf over bepaalde relevante informatie kan beschikken, bijvoorbeeld doordat deze partij voor andere, vergelijkbare opdrachten de zittende opdrachtnemer is.³⁴

Evenzeer zal volgens de Nederlandse rechter een rechtzoekende onderneming in andersoortige gevallen van vermeende bevoordeling van een bepaalde inschrijver – bijvoorbeeld vanwege de betrokkenheid van laatstgenoemde bij het opstellen van de specificaties van de opdracht of het bestaan van een familierelatie – aanmerkelijk moeten maken dat een belangenconflict daadwerkelijk

²⁸ *Evropaiki Dynamiki*, zie voetnoot 21.

²⁹ *Evropaiki Dynamiki*, r.o.70. Vgl. HvJ EG 17 september 2001, zaak C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), r.o. 85.

³⁰ HvJ EG 3 maart 2005, zaken C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*).

³¹ V.zr. Rb. Zwolle 30 november 2006, LJN AZ3408; Hof Den Bosch 20 april 2004, LJN AO9430. Zie ook V.zr. Rb. Amsterdam 28 augustus 2003, BR 2004/438.

³² V.zr. Rb. Haarlem 25 mei 2007, LJN BA6942, r.o. 4.4.

³³ *Evropaiki Dynamiki*, r.o. 79.

³⁴ V.zr. Rb. Den Haag 8 februari 2008, LJN BC4601; Hof Den Haag 13 december 2007, LJN BC0036; Rb. Zwolle 11 juli 2007, LJN BD9498; V.zr. Rb. Den Haag 16 maart 2007, LJN BA1007.

aan de orde is.³⁵ Daarbij kan de rechter meewegen in hoeverre deze onderneming hierover tijdig aan de bel heeft getrokken bij de aanbestedende dienst,³⁶ alsmede op welke wijze de aanbestedende dienst zelf terzake heeft gecommuniceerd.³⁷ Op basis van de jurisprudentie van het GvEA EG mag worden aangenomen dat het zal moeten

³⁵ Rb. Den Bosch 9 mei 2007, LJN BA5770; Vzr. Rb. Maastricht 5 maart 2007, LJN AZ9956.

³⁶ Vzr. Rb. Haarlem 25 mei 2007, LJN BA6942.

³⁷ Vzr. Rb. Dordrecht 24 januari 2008, LJN BC2882.

³⁸ GvEA EG 18 april 2007, zaak T-195/05 (*Deloitte Business Advisory*). Overigens moet de nodige voorzichtigheid worden betracht bij het toepassen van de hier aangehaalde uitspraken van het GvEA EG met betrekking tot aanbestedingen door de Europese instellingen, gezien het afwijkende juridische kader dat hiervoor geldt. Omdat deze uitspraken veelal zijn gebaseerd op de algemene beginselen (gelijke behandeling, transparantie, enz.), lijken deze niettemin tamelijk breed toepasbaar.

³⁹ GvEA EG 17 maart 2005, zaak T-160/03 (*AFCon Business Consultants*).

⁴⁰ Een dergelijk automatisme zou wel aan de orde kunnen zijn in gevallen waar een inschrijver betrokken is bij het beoordelen van de inschrijvingen. Zie P. Braun en C. Berispek, 'Conflict of interest in public award procedures – *Deloitte Business Advisory NV v European Commission* (T-195/05)', *PPLR*, p. NA58.

⁴¹ Zie m.n. considerans 8 van Richtlijn 2004/18/EG, waar wordt bepaald dat een aanbestedende dienst voorafgaand aan een aanbesteding advies mag vragen bij het opstellen van het bestek via een 'technische dialoog', op voorwaarde dat dit advies niet leidt tot 'uitschakeling van de mededinging'.

⁴² Zie m.n. *Fabricom*, r.o. 35 en 30, waar wordt gesproken van 'enig gevaar voor de mededinging' respectievelijk 'zou de mededinging tussen inschrijvers kunnen vervalsen'. Zie ook *Deloitte Business Advisory*, r.o. 67-69. Deze conclusie lijkt bovendien te volgen uit het doorslaggevende belang dat de Europese rechter in de hier besproken uitspraken hecht aan de uitgangspunten dat alle inschrijvers bij het formuleren van hun offerte *dezelfde kansen* moeten hebben en dat *elk risico van favoritisme en willekeur* moet worden uitgebannen, zie bijvoorbeeld *Evropaiki Dynamiki*, r.o. 141-145. Zie voorts J.M. Hebly, 'Proeve van een Aanbestedingswet...het andere wetsontwerp', *Themis* 2008, p. 114.

⁴³ Aangeboden aan de Tweede Kamer op 4 april 2008, TK 2008/09, 28 753 nr. 12.

⁴⁴ Vgl. advies Commissie Private Financiering van Infrastructuur (Commissie Ruding), 'Op de goede weg en het juiste spoor', mei 2008. Voor de kabinetsreactie op dit advies, zie TK 2008/09, 28 753, nr. 15. Zie voorts o.m. M.A. Moolhuizen en G.J. Pijpers, 'Private financiering van publieke investeringen: een begaanbare weg?', *TBR* 2008/154; J.W.H. Koster, 'Meer profijt van PPS', *JutD* 2008, p. 21.

⁴⁵ Commissie, Groenboek PPS, 2004, COM(2004) 327, randnr. 1-2.

⁴⁶ *Idem*, randnr. 20.

⁴⁷ Anders dan de Commissie, rekent het Nederlandse ministerie van Financiën (althans het voormalige kenniscentrum PPS) risicodeling overigens niet tot een essentieel kenmerk van PPS: 'PPS is een samenwerkingsverband waarbij overheid en bedrijfsleven, met behoud van eigen identiteit en verantwoordelijkheid, gezamenlijk een project realiseren op basis van een heldere taak- en risicoverdeling'. Instellingen als Europa Decentraal en PIANOo verwijzen doorgaans naar deze – ruime – definitie. In het voornoemde rapport van de Commissie Ruding wordt weer een (iets) andere definitie gehanteerd. Bovengenoemde voortgangsrapportage 2007/2008 beperkt zich tot de vaststelling dat PPS een begrip is waaraan door de verschillende partijen op verschillende wijze invulling gegeven wordt. Beide rapporten zien met name op DBFM-contracten.

gaan om een reël, en niet slechts een hypothetisch conflict van belangen. Dit uitgangspunt betekent echter niet dat een concreet *risico* hierop niet afdoende kan zijn om uitsluiting van de betrokken partij te rechtvaardigen.³⁸ Een en ander kan onder omstandigheden voor een aanbestedende dienst de verplichting meebrengen om hier nader onderzoek naar te doen.³⁹

Het voorgaande onderstreept dat elk geval van mogelijke bevoordeling in zijn context moet worden beoordeeld. Enerzijds hoeft een aanbestedende dienst niet elk verschil in uitgangssituatie weg te nemen, anderzijds kan het onder bepaalde omstandigheden toch noodzakelijk zijn het speelveld te effenen. Dit komt ons voor als een redelijke benadering die recht doet aan de (on)mogelijkheden van een aanbestedende dienst bij het uitschrijven van een aanbesteding. Voor 'automatismen' lijkt in dit verband geen plaats: of zich al dan niet een ontoelaatbare bevoordeling voordoet die ook daadwerkelijk van invloed kan zijn op het concurrentieproces, zal door de (vermeend) gelaedeerde aannemelijk moeten worden gemaakt.⁴⁰ Daarbij kan nog discussie bestaan over wat precies het relevante criterium is: is alleen (volledige) uitschakeling van de mededinging ontoelaatbaar, of moet ook al worden opgetreden wanneer 'slechts' sprake is van een (reël) gevaar voor de mededinging? Hoewel ook voor dit eerste criterium argumenten te geven zijn⁴¹ en dit per geval kan verschillen, menen wij dat dit tweede criterium de geldende standaard in principe het best weergeeft.⁴²

PPS

'Publiek-private samenwerking (pps) groeit in Nederland. Niet op spectaculaire wijze, maar wel op structurele en gedegen wijze', zo begint de PPS-voortgangsrapportage 2007/2008 van de Rijksoverheid.⁴³ Politiek-bestuurlijk gezien is publiek-private samenwerking – al jaren – 'in'.⁴⁴ Vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek bestaan echter nog steeds de nodige vraagtekens. Voor een zinvolle analyse is het allereerst van belang om vast te stellen wat PPS nu eigenlijk precies is. Een algemeen aanvaarde definitie lijkt vooralsnog niet voorhanden. In haar Groenboek PPS⁴⁵ uit 2004 beperkt de Commissie zich – na de constatering dat de term in elk geval op gemeenschapsniveau niet is gedefinieerd – tot het weergeven van enkele kenmerken. Zo stelt de Commissie vast dat de samenwerking meestal van lange duur is, de private onderneming het betrokken project veelal gedeeltelijk financiert en betrokken is bij de verschillende fasen ervan en dat de risico's door de publieke en private partijen worden gedeeld. Ten behoeve van de analyse introduceert de Commissie daarbij het onderscheid tussen 'strikt contractuele PPS' (waarbij de samenwerking tussen de publieke en de private partij uitsluitend op een contract berust) en 'geinstitutionaliseerde PPS' ('IPPS', waarbij in een afzonderlijke rechtspersoon wordt samengewerkt).⁴⁶

Onder strikt contractuele PPS worden veelal contractvormen begrepen waarbij de private partij, in vergelijking tot een traditionele overheidsopdracht, meer taken en verantwoordelijkheden krijgt toebedeeld en hiervoor ook het risico draagt. In de regel worden bijvoorbeeld *Design&Construct*- en DBFM(O)-contracten hiertoe gerekend. Men kan zich echter afvragen of het begrip PPS hiermee niet te erg verwatert. Van een werkelijke *deling van risico's* tussen de publieke en de private partij – naar onze mening het belangrijkste onderscheidende kenmerk van PPS – is hier namelijk geen sprake.⁴⁷ De aanbestedingsrechtelijke analyse van de hier bedoelde vormen van PPS hoeft in elk geval niet wezenlijk anders te zijn dan bij traditionele contractvormen, zeker niet waar het de vraag betreft of

een Europese aanbestedingsplicht bestaat. Hoe de overeenkomst ook precies wordt ingericht, voor het aangaan van een 'schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een marktpartij die betrekking heeft op een werk, dienst of levering' geldt immers in beginsel een dergelijke verplichting.⁴⁸ In onze optiek doet het voornaamste vraagpunt bij strikt contractuele PPS zich voor wanneer de inrichting van de opdracht leidt tot de kwalificatie als 'concessieovereenkomst'.⁴⁹ Naar huidig recht is het juridische kader voor de gunning van concessieovereenkomsten alleen op hoofdlijnen vastgelegd.⁵⁰ De Commissie werkt al geruime tijd aan een mogelijk wetgevingsinitiatief over dit onderwerp.⁵¹

Specifiek met betrekking tot IPPS heeft de Commissie begin 2008 een Interpretatieve Mededeling gepubliceerd.⁵² Hierin wordt IPPS gedefinieerd als 'een samenwerking tussen publieke en private partners die een entiteit met gemengd kapitaal oprichten voor de uitvoering van overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten'.⁵³ Door deze wijze van definiëren is de uitvoering van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst 'ingebakken' in het begrip IPPS. Het is daarmee evident dat in principe ofwel een Europese aanbestedingsplicht op basis van de aanbestedingsrichtlijnen bestaat (overheidsopdrachten en werkenconcessies), ofwel een publicatieplicht op basis van de *Telaustria*-jurisprudentie (dienstenconcessies).⁵⁴ Gegeven dat de ruimte voor discussie over de toepassing van de richtlijnen gering is en de Commissie werkt aan een wetgevingsinitiatief voor concessies, lijkt de toegevoegde waarde van deze Mededeling op het eerste gezicht beperkt.⁵⁵ Niettemin bevat deze een aantal bruikbare verhelderingen.

Zo geeft de Commissie in essentie aan dat bij de aanbestedingsrechtelijke beoordeling als het ware door de IPPS moet worden 'heengekeken'. Steeds wanneer sprake is van de gunning van een overeenkomst voor een werk, dienst of levering ten behoeve van de betrokken aanbestedende dienst, geldt in beginsel een verplichting tot Europese aanbesteding, of anderszins een publicatieplicht. Dergelijke verplichtingen kunnen dus al bij de keuze van de private partner bestaan, ingeval deze keuze de verlening van een overheidsopdracht of een concessie impliceert. Zulke verplichtingen kunnen evenzeer aan de orde zijn, wanneer de IPPS na de oprichting bedoelde overeenkomsten aangaat met marktpartijen. Het uitschrijven van een 'dubbele procedure' voor deze beide situaties acht de Commissie echter 'niet praktisch'.⁵⁶ De Commissie beveelt daarom aan bij de oprichting van de IPPS de private partner te selecteren in een transparante en op mededinging gebaseerde procedure. Wanneer de oprichting het verlenen van overheidsopdrachten meebrengt, zal dit in principe een Europese aanbestedingsprocedure moeten zijn. Essentieel is in elk geval dat reeds in dit stadium voldoende informatie ter beschikking wordt gesteld aan potentieel geïnteresseerde private partijen. Dit geldt zowel wat betreft de wijze waarop deze partij wordt geselecteerd als de taken die deze partij en de IPPS zullen verrichten.⁵⁷ De Commissie laat zich daarbij positief uit over gebruikmaking van de concurrentiegerichte dialoog voor de selectie van een private partner.⁵⁸ Ná de oprichting laat de opzet van de IPPS (looptijd, werkgebied, enz.) zich echter niet eenvoudig meer aanpassen. Volgens de Commissie zijn zulke aanpassingen, althans waar het wezenlijke aspecten betreft, alleen toelaatbaar indien de mogelijkheid daartoe al bij de oorspronkelijke selectieprocedure voldoende duidelijk waren.⁵⁹ Dit betekent onder meer dat het (mogelijke) takenpakket van het PPS-vehikel vooraf goed moet worden doordacht.

De huidige Nederlandse praktijk staat tamelijk veraf van de door de Commissie voorgestane aanpak. Hier wordt vaak geredeneerd

vanuit het samenwerkingsmodel dat partijen voor ogen staat, waarbij risicoverdeling en (bij gebiedsontwikkeling) grondposities doorslaggevende factoren zijn. Dit leidt tot concepten als het bouwclaim-, joint venture-, concessie- of alliantiemodel. Vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt lijkt het echter de voorkeur te verdienen om, zoals de Commissie beoogt, te beginnen met de vraag of in de samenwerking met de private partij de gunning van een overheidsopdracht of

⁴⁸ Zie de definitie van 'overheidsopdracht' in artikel 1 sub h-k Bao. Uiteraard kunnen dergelijke vormen van samenwerking wel leiden tot andere aanbestedingsrechtelijke vragen die vooral verband houden met de grotere behoefte aan flexibiliteit (type procedure, looptijd, wijzigingen, enz.).

⁴⁹ Blijkens artikel 1 sub l-m Bao heeft een concessieovereenkomst dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht, maar bestaat de tegenprestatie voor de verrichte activiteiten uit het recht het eindproduct van deze activiteiten te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een prijs.

⁵⁰ Zie voor de (beperkte) regeling voor concessieovereenkomsten voor openbare werken artikel 59-66 Bao. Concessieovereenkomsten voor diensten zijn uitgezonderd van de toepassing van deze richtlijnen, zie artikel 16 Bao. Op basis van het EG-Verdrag, zo blijkt uit de *Telaustria*-jurisprudentie van het HvJ EG, geldt hiervoor in beginsel echter wel een publicatieplicht.

⁵¹ Commissie, Mededeling over het Groenboek PPS, 2005, COM(2006) 569, par. 3.2. Zie ook Commissie, 'Preliminary considerations and key contents of a possible initiative on concessions', 2007, CC/2007/12.

⁵² Commissie, Interpretatieve Mededeling over IPPS, Pb. 2008, C91/4. Zie hierover R. Williams, 'The Commission Interpretative Communication on the application of Community law on public procurement and concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)', *PPLR* 2008, p. NA115.

⁵³ Interpretatieve Mededeling IPPS, par. 1. Daarbij wordt verduidelijkt dat van de private partner ook daadwerkelijk een actieve deelname wordt verwacht. Gaat het uitsluitend om de financiële inbreng van een private geldschieter in een publieke onderneming, dan is in de terminologie van de Commissie geen sprake van IPPS en is deze mededeling niet van toepassing. Zie hierover ook het Groenboek PPS, randnr. 66-68.

⁵⁴ Daarmee blijft de vraag onbeantwoord in hoeverre naar de mening van de Commissie bij het enkele aangaan door een publieke partij van een vorm van geïnstitutionaliseerde samenwerking met een private partij (dus zonder dat hiermee per se een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst wordt gegund) al bepaalde verplichtingen kunnen gelden, zoals mogelijk een publicatieplicht. Dat dit volgens de Commissie wel het geval kan zijn, lijkt te worden gesuggereerd in het Groenboek PPS (randnr. 8 en 57) en ook in de Interpretatieve Mededeling IPPS (par. 2.1). Vgl. Europees Parlement, resolutie over PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (P6_TA(2006)0462), m.n. randnr. 6, 7, 23 en 37.

⁵⁵ De Commissie wijst vooral op de behoefte aan rechtszekerheid die in de praktijk bestaat blijkens de uitkomsten van de voorafgaande consultatie. Deze reacties zijn samengevat in: Commission staff working paper, Report on the public consultation on the Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, 2005, SEC(2005) 629. Zie ook de Mededeling over Groenboek PPS, par. 41.

⁵⁶ Interpretatieve Mededeling IPPS, par. 2.2.

⁵⁷ Idem, par. 2.3.3-2.3.5.

⁵⁸ Idem, par. 2.3.2. De concurrentiegerichte dialoog beoogt de aanbestedende dienst de nodige flexibiliteit te laten bij ingewikkelde projecten, zie artikel 29 Bao.

⁵⁹ Idem, par. 2.3.5 en par. 3. Vgl. HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Presesetext*); J.M. Hebly en M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/155.

concessieovereenkomst besloten ligt. Vanuit deze vraag gereedeerd, zijn er in feite maar twee 'modellen'. Deze zijn af te korten als 'AP2S' (aanbestedingsplichtige PPS) en 'P4' (publiek-publiek/pri-vaat-privaat).

Ten eerste 'AP2S': ligt in de publiek-private samenwerking (deels) de gunning van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst besloten, dan zal deze participatie in principe Europees moeten worden aanbesteed, of althans vooraf moeten worden gepubliceerd. In zulke gevallen ligt het uitschrijven van een Europese aanbesteding voor de hand, zelfs wanneer alleen een publicatieplicht zou bestaan (bijvoorbeeld omdat het een concessie betreft).⁶⁰ 'Vrijwillig' Europees aanbesteden mag immers altijd. De risico's worden hiermee verder beperkt, terwijl de extra praktische bezwaren betrekkelijk gering zijn, zeker wanneer gebruik kan worden gemaakt van de concurrentiegerichte dialoog. Ervan uitgaande dat deze aanbesteding eerlijk en transparant verloopt, bestaan vanuit het aanbestedingsrecht in wezen verder geen belemmeringen meer wat betreft de precieze uitwerking en inrichting van de samenwerking.

Ten tweede 'P4': impliceert het aangaan van de samenwerking *niet* de gunning van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst, dan is het – bijvoorbeeld waar het gaat om een gebiedsontwikkeling met publieke en private projectonderdelen – zaak om het publieke en het private deel zoveel mogelijk te scheiden. Van PPS in strikte zin is in deze situatie aldus al snel geen sprake meer. In dit geval kunnen wel bepaalde afspraken worden gemaakt over afstemming van de werkzaamheden en de publiekrechtelijke eisen van de overheid. Het stellen van projectspecifieke eisen door de overheid, het meedelen in de private risico's of het technisch of economisch integreren van beide delen is echter taboe. Dit kan er namelijk toe leiden dat het *gehele* project alsnog als een aanbestedingsplichtige

overheidsopdracht moeten worden beschouwd, zoals door het HvJ EG is onderstreept in de zaak *Roanne*.⁶¹

Update eerder behandelde onderwerpen

Roanne-arrest

Het *Roanne*-arrest (ook wel *Auroux* genoemd) is besproken in onze NTER-bijdrage van vorig jaar. Kort gezegd oordeelde het HvJ EG in deze zaak dat een Frans project bestaande uit onderdelen met een publieke en onderdelen met een private bestemming, als een geheel Europees aanbestedingsplichtig was. De gevolgen voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk op het terrein van gebiedsontwikkeling zijn in potentie groot: in de regel worden bijvoorbeeld werken ten behoeve van private woningbouw niet (Europees) aanbesteed. De beroering die dit arrest heeft gewekt, was ook in het afgelopen jaar nog merkbaar.⁶² Wat dit betreft verdienen twee recente ontwikkelingen nadere aandacht.

Ten eerste hebben verscheidene Nederlandse rechters inmiddels uitspraak gedaan in *Roanne*-achtige situaties. Het is vooralsnog echter te vroeg om van een bestendige lijn in de Nederlandse jurisprudentie te kunnen spreken. Zo vertonen deze uitspraken verschillen ten aanzien van de vraag in hoeverre het feit dat de aanbestedende dienst het te ontwikkelen gebied of vastgoed uiteindelijk in eigendom zal verkrijgen of hier anderszins over zal kunnen beschikken, van belang is voor het bestaan van een Europese aanbestedingsplicht. Begin 2007 meende de Haagse voorzieningenrechter dat dit een relevante factor was, overigens zonder dat in deze uitspraak naar het *Roanne*-arrest wordt verwezen.⁶³ Ook blijkt een uitspraak van het Arnhemse gerechtshof van september vorig jaar is dit een belangrijke omstandigheid die er toe kan leiden dat geen aanbestedingsplicht bestaat.⁶⁴ Op het eerste gezicht is dit opmerkelijk, omdat het HvJ EG in *Roanne* het gegeven dat het project deels een private bestemming had, geen factor van belang lijkt te vinden.⁶⁵ Het hof te Arnhem wijst er echter op dat de aanbestedende dienst in de onderhavige zaak, anders dan in *Roanne*, noch ten aanzien van het project als geheel, noch ten aanzien van de private projectonderdelen noemenswaardige risico's droeg. Ons inziens is dit terecht: aannemelijk is dat door de risicodeling in de zaak *Roanne*⁶⁶ in wezen geen sprake meer was van een zuiver private bestemming, waardoor de conclusie dat voor het *gehele* project een aanbestedingsplicht gold meer voor de hand lag. Anderzijds acht (dezelfde) Haagse voorzieningenrechter blijkens een recent vonnis de hier bedoelde vraag naar de bestemming expliciet *niet* van belang.⁶⁷ Onder verwijzing naar *Roanne* wordt overwogen dat het begrip 'overheidsopdracht' uit de aanbestedingsrichtlijnen zeer laagdrempelig is. Anders dan bij beide eerdergenoemde zaken, is de rechter hier van oordeel dat wél een aanbestedingsplicht bestaat. Bij al deze drie uitspraken valt echter op dat het al dan niet bestaan van overheids-eisen ten aanzien van de private projectonderdelen, alsmede de vraag of de publieke en private onderdelen kwalificeren als een werk, (vrijwel) niet aan de orde komt.⁶⁸ In onze optiek zijn dit vragen die cruciaal zijn voor een goed begrip van het arrest *Roanne*. Het wachten lijkt daarom vooralsnog op een uitspraak waarvan al deze aspecten deel uitmaken. Een prejudiciële verwijzing is daarbij niet ondenkbaar.

Een tweede relevante ontwikkeling is de publicatie van het rapport van de Interdepartementale Commissie Europees Recht ('ICER') over het arrest *Roanne*.⁶⁹ Dit rapport bestaat grotendeels uit een analyse van de overeenkomsten en verschillen tussen deze Franse casus en de Nederlandse gebiedsontwikkelingspraktijk. De

⁶⁰ Wanneer een private partij een grondpositie inneemt en daardoor in feite de enige mogelijke samenwerkingspartner is, kan in dit stadium onder omstandigheden van een aanbesteding worden afgezien, onder 'doorlegging' van de aanbestedingsplicht. Zie hierover o.m. A.G. Bregman, 'Het doorleggen van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling', *BR* 2007/582; E.W.J. de Groot, 'Gebiedsontwikkeling, onteigening en zelfrealisatie', *BR* 2007/933.

⁶¹ Zie voetnoot 3.

⁶² Zie o.m. A.A. Boot en R.A. Wuijster, 'Scala, Vathorst en Roanne. Consistente uitleg Richtlijn: eisen en bezwarende titel doorslaggevend', *TBR* 2008/26; A.G. Bregman, 'Scala, Vathorst, Roanne en Commissie/Frankrijk. Waakzaamheid, maar vooral geen reden tot paniek', *TBR* 2008/27; R.D. Luteijn, 'Roanne: één jaar later', *VGR* 2008, p. 1; brief VROM, VNG en NEPROM (met bijlage A.G. Bregman), 'Selectie marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling', 10 januari 2008, www.neprom.nl; G.L. van 't Hoff, 'Samenwerking in gebiedsontwikkeling', *BR* 2008/609.

⁶³ V.zr. Rb. Den Haag 27 februari 2007, LJN BB3794. Zie hierover M. Straatman, 'Haagse grondreserveringsovereenkomst niet aanbestedingsplichtig geoordeeld', *VGR* 2007, p. 147.

⁶⁴ Hof Arnhem 25 september 2007, LJN BB8609.

⁶⁵ *Roanne*, r.o. 33 en 39. Zie conclusie A-G Kokott 15 juni 2006 bij deze zaak, ov. 42.

⁶⁶ Zie conclusie *Roanne*, ov. 46.

⁶⁷ V.zr. Rb. Den Haag 24 september 2008, LJN BF4232. In deze zaak is hoger beroep ingesteld.

⁶⁸ Alleen in de eerstgenoemde Haagse uitspraak komt de vraag naar eventuele eisen van de aanbestedende dienst kort aan de orde.

⁶⁹ Dit rapport van oktober 2008 is beschikbaar via www.europadentraal.nl.

gevolgtrekkingen zijn over het geheel weinig verrassend en aan de 'veilige' kant. Nuttig is de bevestiging dat gronduitgifte als zodanig, evenals het stellen door de overheid van in het publiekrecht gewortelde niet-projectspecifieke eisen (waaronder een bouwplicht), op zichzelf niet leiden tot het ontstaan van een Europese aanbestedingsplicht. Dat de ontwikkeling en aanleg van openbaar gebied in principe wél aanbestedingsplichtig is, en dat het 'doorleggen' van een aanbestedingsplicht onder omstandigheden op bezwaren kan stuiten, is naar huidig recht evenmin omstreden te noemen. Over een aantal andere belangrijke vragen laat het rapport zich erg voorzichtig uit. Zo worden ten aanzien van de risicodeling tussen partijen waar onder meer het Arnhemse gerechtshof naar verwijst, geen duidelijke conclusies getrokken. Ook over de vraag wanneer in de ogen van ICER precies sprake is van een werk in aanbestedingsrechtelijke zin laat het rapport zich – helaas – niet duidelijk uit. Men beperkt zich tot de vaststelling dat van een werk sprake is wanneer een locatie in IPPS-verband (in een gemeenschappelijke exploitatiemaatschappij) als een geheel wordt ontwikkeld en het doel mede is de uitgifte van meer en minder rendabele gronden onderling te compenseren.

Uitzonderingen aanbestedingsplicht samenwerkende overheidsinstellingen

Een ontwikkeling van een geheel andere orde wordt gevormd door enkele uitspraken van het HvJ EG ten aanzien van uitzonderingen op de aanbestedingsplicht bij samenwerking tussen twee overheidslichamen. In onze NTER-bijdrage uit 2007 hebben we in dit verband artikel 17 *Bao* besproken. Dit artikel bepaalt kort gezegd dat geen Europese aanbestedingsplicht bestaat in geval van de verlening van een dienstenopdracht van de ene aanbestedende dienst aan een andere op basis van een uitsluitend recht, mits verenigbaar met het EG-Verdrag. Met name deze laatste voorwaarde zorgt voor de nodige onzekerheid. In het hiervoor al aangehaalde arrest *Correos* verduidelijkt het HvJ EG dat niet aan deze voorwaarde is voldaan, wanneer wordt gehandeld in strijd met een Europese richtlijn voor postdiensten.⁷⁰ Naast primair gemeenschapsrecht, lijkt in dit verband dus ook afgeleid gemeenschapsrecht in aanmerking te moeten worden genomen. Dit kan een geslaagd beroep op deze uitzondering bemoeilijken.

Ook de uitzondering voor *quasi* in-house opdrachten (ook wel 'inbesteding' genoemd) is recentelijk aan de orde gekomen. In essentie bepaalt deze zogenoemde *Teckal*-jurisprudentie⁷¹ dat geen aanbestedings- of publicatieplicht bestaat in de relatie tussen twee afzonderlijke rechtspersonen die qua toezicht en feitelijke werkzaamheden zo nauw met elkaar zijn verbonden, dat ze als onderdelen van een organisatie kunnen worden gezien. Het HvJ EG heeft in de zaak *Asemfo* verduidelijkt dat ook sprake is van voldoende toezicht in de hier bedoelde zin, wanneer een overheidsinstantie slechts een klein deel van de aandelen van de opdrachtnemer houdt (en andere overheden het overige deel).⁷² Uit het recente *Coditel*-arrest blijkt dat het gegeven dat het volledige kapitaal van de opdrachtnemer in handen is van de betrokken overheden, in beginsel duidt op een toezichtrelatie. Deze omstandigheid alleen is echter niet beslissend. Ook de samenstelling en bevoegdheden van de beslissingsorganen van de opdrachtnemer kunnen relevant zijn, evenals de rechtsvorm en de overige juridische context waarin deze opereert.⁷³ Verder heeft het HvJ EG in de zaak *Asemfo* bepaald dat wanneer de opdrachtnemer circa 90% van zijn werkzaamheden verricht voor de overheden die gezamenlijk de aandelen houden, voldaan is aan het vereiste dat de opdrachtnemer feitelijk het merendeel van zijn werk-

zaamheden moet verrichten voor de moederinstellingen.⁷⁴ Deze verduidelijkingen bieden een belangrijk richtsnoer voor de praktijk. Over het algemeen lijkt het toepassingsgebied voor deze uitzondering hiermee te zijn verruimd.

Het arrest *Asemfo* is om nog een reden van belang. In deze uitspraak formuleert het HvJ EG namelijk de regel dat geen sprake is van een overeenkomst, indien de opdrachtnemer wettelijk verplicht is de opdrachten van bepaalde overheidsinstanties uit te voeren en niet zelf vrijelijk zijn tarieven kan vaststellen.⁷⁵ In deze gevallen bestaat dus ook geen Europese aanbestedingsplicht. In het *Correos*-arrest zijn de toepassingsmogelijkheden van deze uitzondering⁷⁶ echter alweer ingeperkt. Gewezen wordt op de specifieke context van het *Asemfo*-arrest. Het enkele feit dat een onderneming verplicht is opdrachten aan te nemen tegen vastgestelde tarieven, zoals het geval is bij de universele (post)diensten, brengt niet automatisch mee dat geen sprake is van een overeenkomst. Vereist is dat aan de opdrachtverlening een eenzijdige bestuurshandeling ten grondslag ligt, waarbij 'alleen ten laste van [de betrokken onderneming] verplichtingen worden opgelegd, dus een handeling die aanzienlijk zou afwijken van de normale voorwaarden van het commerciële aanbod van deze onderneming'. Relevant daarbij is of de opdrachtnemer in relatie tot de aanbestedende dienst onderhandelingsruimte heeft wat betreft de inhoud van en tarieven voor zijn prestaties en of eerstgenoemde zich desgewenst kan bevrijden van zijn verplichtingen.⁷⁷ Evenzeer brengt het loutere bestaan van een financieringsverhouding tussen twee overheidsinstanties niet noodzakelijkerwijs mee dat in hun onderlinge verhouding sprake is van de gunning van een overheidsopdracht, zo blijkt uit het *lerse ambulancediensten*-arrest.⁷⁸ Hiervan is in elk geval geen sprake wanneer de instantie die de diensten uitvoert dit doet op grond van zijn eigen, rechtstreeks aan de wet ontleende bevoegdheden.

⁷⁰ *Correos*, zie voetnoot 11, r.o. 64-68.

⁷¹ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*) en navolgende arresten, besproken in onze NTER-bijdrage van 2006.

⁷² HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (*Asemfo*), r.o. 58-61.

⁷³ HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*), r.o. 26-41. Zie in het bijzonder r.o. 39, waarin het HvJ EG de toetsingsmaatstaf lijkt om te draaien: niet wordt getoetst of de opdrachtgever toezicht uitoefent op de opdrachtnemer als op een eigen dienst, maar of de opdrachtnemer al dan niet over een mate van zelfstandigheid beschikt die zulk toezicht uitsluit.

⁷⁴ *Asemfo*, r.o. 63. Bij deze beoordeling moeten in principe wel alle werkzaamheden van de opdrachtnemer in aanmerking worden genomen, zie *Correos*, r.o. 57-63.

⁷⁵ *Asemfo*, r.o. 50-54. Zie M.J. Vorel en N. van Nuland, 'Asemfo: een nieuwe uitzondering op de aanbestedingsregels?', *BR* 2007/761.

⁷⁶ Strikt genomen is van een (nieuwe) uitzondering op de aanbestedingsregels ons inziens overigens geen sprake. In feite wordt aan een van de toepassingsvereisten voor het bestaan van een aanbestedingsplicht (namelijk: het bestaan van een overeenkomst) niet voldaan.

⁷⁷ *Correos*, r.o. 51-55. Zie D. McGowan, 'A contract or not? A note on Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado (case C-220/06)', *PPLR* 2008, p. NA204.

⁷⁸ HvJ EG 17 december 2008, C-532/03 (*lerse ambulancediensten*). Zie A. Brown, 'The Commission loses another action against Ireland owing to lack of evidence: a note on case C-532/03 Commission v Ireland', *PPLR* 2008, p. NA92.

Ontwikkelingen op wetgevingsgebied

Tot slot hebben zich het afgelopen jaar twee ontwikkelingen op wetgevingsgebied voorgedaan die hier aandacht verdienen. De eerste betreft de aanneming van de richtlijn waarmee de zogenoemde *Rechtsbeschermingsrichtlijnen* worden herzien.⁷⁹ Ten opzichte van het ontwerp voor deze richtlijn dat wij in onze NTER-bijdrage van vorig jaar bespraken, zijn de aanpassingen beperkt. Voor een volledige bespreking van de veranderingen in vergelijking tot het huidige regime verwijzen wij naar bijdragen elders.⁸⁰ Het meest in het oog springt de wettelijke verankering van de 'Alcatel-termijn' waarbinnen vermeend benadeelde inschrijvers naar de rechter kunnen stappen, alsmede de sanctie van onverbindendheid voor overeenkomsten die zijn gesloten na ernstige schendingen van het aanbestedingsrecht, zoals onrechtmatige onderhandse gunning.⁸¹ Ons inziens is het nu met name interessant te zien hoe de Nederlandse wetgever deze onverbindendheids sanctie zal omzetten naar nationaal recht. Dit dient uiterlijk op 20 december 2009 te zijn gebeurd.

Verder heeft de nationale wetgever zich recentelijk uitgesproken over het voorstel voor een nationale *Aanbestedingswet*. In 2006 hebben wij de hoofdlijnen van dit wetsvoorstel – en de (vele) kritische kanttekeningen hierbij – geschetst. Kern van veel van de kritiek was dat het voorstel niet het verwachte coherente wettelijke kader omvat. Het betreft in wezen een kaderwet waaronder nadere regelingen dienen te worden 'gehangen'. Zowel om inhoudelijke als om wetgevingstechnische redenen stuitte deze aanpak op veel kritiek. Hoewel in 2006 unaniem aangenomen door de Tweede Kamer, is deze kritiek het voorstel uiteindelijk toch fataal geworden. Op 8 juli 2008 stemde de Eerste Kamer namelijk tegen aanneming hiervan.⁸² De algemene verwachting is dat de regering te zijner tijd met een nieuw voorstel zal komen. Wat de inhoud hiervan zal zijn, is vooralsnog onzeker. Dat het nog geruime tijd zal duren voordat Nederland een *Aanbestedingswet* krijgt, staat echter wel vast.

Conclusie

Zeker vanuit Europeesrechtelijk perspectief bezien, is de belangrijkste ontwikkeling in het afgelopen jaar de serie uitspraken van het HvJ EG over overheidsopdrachten voor B-diensten en opdrachten onder de drempel. Deze arresten lijken in de praktijk mee te brengen dat eventuele regels hiervoor vooral op nationaal niveau zullen moeten worden vastgesteld en toegepast. Hoewel nog een aantal vragen onbeantwoord blijft, lijkt de 'alles aanbesteden'-campagne van de Commissie hiermee een halt toegeroepen. Van belang zijn verder de Europese en Nederlandse uitspraken over het gelijke speelveld bij aanbestedingen. Uitgangspunt in dit verband is dat redelijkerwijs niet van een aanbestedende dienst verlangd kan worden dat hij alle mogelijke verschillen tussen inschrijvers neutraliseert. Dat laat onverlet dat een aanbestedende dienst onder omstandigheden zelf actief het speelveld zal moeten effenen, in het bijzonder door alle gegadigden gelijke toegang te geven tot relevante informatie. Het creëren van een gelijk speelveld en het bieden van gelijke toegang is in essentie ook wat de Commissie voorstaat bij publiek-private samenwerking, zo blijkt onder meer uit haar recente Mededeling over geïnstitutionaliseerde PPS. Hoewel in dit stuk op onderdelen bruikbare verduidelijking wordt gegeven, is echter de vraag of overheden en marktpartijen hiermee de beoogde rechtszekerheid wordt geboden. Deze mededeling sluit daarvoor te weinig aan bij (vooral) de Nederlandse gebiedsontwikkelingspraktijk, die na het *Roanne*-arrest van begin 2007 nog steeds in beroering is. Tot slot mogen bij een overzicht van het afgelopen jaar de herziening van de rechtsbeschermingsrichtlijnen en het (voorlopige) einde van het wetsontwerp *Aanbestedingswet* niet onvermeld blijven.

⁷⁹ Richtlijn 2007/66/EG, *Pb.* 2007, L335/31, strekkende tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG.

⁸⁰ Zie o.m. F.G. Wilman, 'Stilstand is vooruitgang. Herziening van de rechtsbeschermingsrichtlijn voor de 'klassieke' sectoren', *TA* 2008, p. 115; N.A.J. Bel, 'Aanscherping van rechtsbescherming in aanbestedingszaken', *NTER* 2008, p. 106; J. Golden en P. Henty, 'The new remedies directive of the EC: standstill and ineffectiveness', *PPLR* 2008, p. 146.

⁸¹ Zie hierover recentelijk HvJ EG 11 oktober 2007, zaak C-241 (*Lämmerzahl*); HvJ EG 3 april 2008, zaak C-444/06 (*Commissie/ Spanje*), besproken door M. Dischendorfer, 'The application of limitation periods under Directive 89/665', *PPLR* 2008, p. NA41 resp. M. Oder, 'Requirements of effective remedies prior to the conclusion of a contract: a note on the judgment of the Court of Justice in *Commission v Spain*', *PPLR* 2008, p. NA212. Zie ook J.M. Hebly en M.M. Fimerius, 'Onderhandse gunning onder de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijnen: introductie van een 'best practice'' (bijdrage aan IPPC 2008), nog te publiceren in *TBR*.

⁸² EK 2007/08, 30 501. Zie o.m. J.F. van Nouhuys, 'De aanbestedingswet: onverte(nd)erbaar', *TA* 2008, p. 135; A.G.J. van Wassenaer, 'Aanbestedingswet getorpedeerd', *TBR* 2008/138; R. Sandee, 'Aanbestedingswet was aan niemand besteed', *Stcr.* 10 juli 2008; G.W. van de Meent en A. Stellingwerff Beintema, 'Eerste Kamer verworpt Aanbestedingswet', *Tender Nieuwsbrief* 2008(5), p. 8.