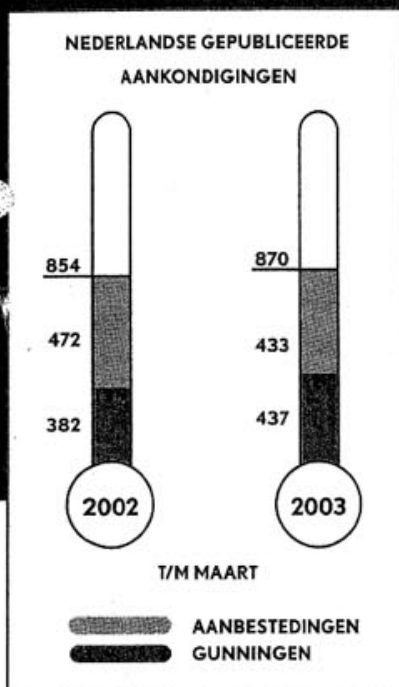


TENDER 3

N I E U W S B R I E F

TENDER THERMOMETER



IN DIT NUMMER:

1 Oppakken en doorpakken 1 Transparante rechtspraak 2 De kunst van het coderen 2 Wettelijk kader voor het aanbestedingsrecht 4 Het Office of Government Commerce 5 Vaststelling Gemeenschappelijk Standpunt wetgevend pakket 6 DE ZAAK - Aanbestedende dienst nader ingevuld 8 GUNNINGEN IN NEDERLAND

Oppakken en doorpakken

De toekomst van aanbestedingen in Nederland

De discussie in het kader van de enquête Bouwnijverheid heeft aangetoond dat het veronachtzamen van inkoop en aanbesteden grote gevolgen kan hebben. Met deze wijsheid in pacht: waarom dreigt te worden gekozen de verbeteringen te beperken tot de bouw? De timing voor een integrale herziening van het aanbesteden is nu bijzonder gunstig.

De ontwikkelingen van de nieuwe aanbestedingswetgeving op Europees niveau schrijdt gestaag voort. Weldra zal het zogenaamde 'wetgevend pakket' de tweede lezing gaan beleven bij het Europees Parlement. De grondslag van dit wetgevend pakket is gelegen in vereenvoudiging en verduidelijking van het huidige systeem. Het meest duidelijke voorbeeld hiervan is de samenvoeging van de richtlijnen Werken, Leveringen en Diensten in één geconsolideerde richtlijn.

Raammethode

Het integraal behandelen op Europees vlak van overheidsopdrachten, zonder te veel onderscheid naar het type voorwerp van de opdracht, is een verstandige keuze. Het inkoopproces is in wezen een gelijkaardig proces, dat kan toegepast worden op verschillende soorten opdrachten. Bouwopdrachten zijn hiervan niet zo wezensvreemd dat een aparte aanbestedingskolom gerechtvaardigd lijkt.

In de Nederlandse wetgeving heeft men gekozen voor implementatie via de zogeheten raammethode. Een wijze van implementeren van de aanbestedingsrichtlijnen die voordelen, maar ook zeker nadelen heeft. Een van die nadelen is

het gebrek aan uitwerking van deze richtlijnen. Dit heeft in de bouwsector geleid tot een praktijk van zelfbindende, onderling afgestemde reglementen. Dat deze ontwikkeling niet zonder gevolgen is gebleven wordt geconstateerd in het enquête rapport.

Fundamentele aanpak

Het optekenen van allerlei sectorale regelgeving en uitvoeringspraktijken, als gevolg van een niet nader uitgewerkte aanbestedingswet, is iets wat voor de toekomst vermeden dient te worden. De veelvormige toepassing van het aanbestedingsrecht wordt een verzwarende complicatie in het toch al niet zo eenvoudig ervaren systeem van Europees aanbesteden. De verschillen in wet- en regelgeving en uitvoeringspraktijken doen de (intercommunautaire) handel eerder af- dan toenemen. Dit gaat ten koste van onze concurrentiepositie. Het is derhalve in het Nederlands belang om integraal te blijven denken en niet toevlucht te nemen tot sectorale reparatiewerkzaamheden. Met de uitkomsten van de enquête in het achterhoofd en de onder handen zijnde nieuwe aanbestedingswetgeving is

lees verder op pagina 2 >

Transparante rechtspraak

Recent heeft het Gerecht van Eerste Aanleg zich uitgesproken in de zaak Strabag, waarbij zij tot een oordeel komt dat haaks staat op de uitspraak van het Hof inzake *Universale Bau*.¹ In het eerste deel een vergelijking van beide uitspraken; in het tweede deel een nadere beschouwing van 'Universale'² in relatie tot de uitspraak van het Hof inzake 'BFI/ARA'.³

lees verder op pagina 3 >

Transparante rechtspraak

Gunningscriteria

In 'Universale' was onder andere aan de orde de vraag of de aanbestedende - EBS - de scoringsprocedure terzake de selectiecriteria vooraf bekend had moeten maken. Het Hof beantwoordt deze vraag, na ampele overweging, bevestigend. In Nederland is dit uitgangspunt reeds geruime tijd gemeengoed.⁴ En passant wijdt het Hof ook enige overwegingen aan de vraag of deze regel ook geldt terzake de gunningscriteria, terwijl dit eigenlijk niet aan de orde was.

Het Hof overweegt op basis van artikel 30.2 Richtlijn Werken: 'Blijkens dit artikel kan de aanbestedende dienst, wanneer hij een rangorde maakt naar volgorde van belang van de gunningscriteria die hij voornemens is te hanteren, zich niet beperken tot de loutere vermelding van die criteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, maar moet hij bovendien de rangorde die hij heeft gekozen aan de inschrijvers meedelen.'⁵

Onderscheiden dient te worden tussen: a) de gunningscriteria, b) hun rangorde, en c) het gewicht ervan. Als ik het goed lees, dan zegt het Hof dat de gunningscriteria bekendgemaakt dienen te worden alsmede de rangorde. Ik lees hierin echter niet dat ook het gewicht (of scoringsmatrix) vooraf meegedeeld dient te worden. Naast een strikte lezing, zijn daarvoor ook andere argumenten: a) artikel 30.2 Richtlijn Werken bepaalt dat 'zo mogelijk' de volgorde van de gunningscriteria wordt vermeld - over het gewicht van de criteria rept dit artikel niet, b) ook in rechtsoverweging 98 wordt uitsluitend gesteld dat het 'relatieve belang' dient te worden bekendgemaakt; 'relatief' betekent naar mijn mening dat de criteria ten opzichte van elkaar worden gerangschikt. Bovendien wordt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden en is, door deponering van een scoringsmatrix bij een notaris, steeds tenminste achteraf verifieerbaar of de aanbestedende tot een correct gunningsbesluit is gekomen. Weliswaar geen volkomen, maar wel zeer vergaande transparantie. Een dergelijke uitleg kan bovendien in het - te respecteren - belang van de aanbestedende zijn die uit tactisch oogpunt mogelijk niet in alle gevallen zal willen laten zien welk gewicht het aspect prijs - of enig ander aspect - heeft.

Dan volgt de uitspraak van het Gerecht inzake 'Strabag'. Daarin komt expliciet - twee maan-

den na 'Universale' - de vraag aan de orde dat terzake de gunningscriteria vooraf bekendgemaakt dient te worden. Het Gerecht overweegt: 'Opgemerkt zij dat de Raad de (...) gunningscriteria heeft vermeld zonder de volgorde van het eraan gehechte belang te specificeren. Dit is niet in strijd met artikel 30 lid 2 richtlijn 93/37, dat geen verplichting inhoudt, doch slechts een aanbeveling om de volgorde van belang van de criteria voor de gunning van een opdracht vast te stellen.'⁶

Een escape zit mogelijk in de laatste woorden van het Hof

Twee tegenstrijdige uitspraken: wat nu? Speelt het gegeven dat de Raad van de Europese Unie hier de gedaagde was een rol? Voor de Raad zijn echter - blijkens haar financieel reglement - de aanbestedingsrichtlijnen evenzeer van toepassing. Dat neemt niet weg dat bij lezing voor de Raad andere 'spelregels' lijken te gelden. Wel kan men uit 'Strabag' een argument putten voor de stelling dat een aanbestedende niet gehouden is vooraf de wegingsfactoren bekend te maken. Hoe het ook zij: transparantie in de Luxemburgse rechtspraak zou wel zo wenselijk zijn.

BFI/ARA in spiegelbeeld?

Voorts nog een vergelijking van 'Universale' met de (wat oudere) uitspraak van het Hof inzake BFI/ARA. Het oordeel in 'Universale' terzake de vraag of sprake was van een aanbestedende dienst is minder verrassend: een (commerciële) entiteit die eerst na haar oprichting gaat voorzien in behoeften van algemeen belang, is (mits overigens sprake is van overwegende overheidsinvloed) een 'publiekrechtelijke instelling', ook al is: a) de entiteit destijds niet met dat specifieke doel opgericht en b) voorzien de statuten van de entiteit (nog?) niet daarin.

Verwarrend wordt het wel, vooral omdat de nodige discussie mogelijk is over de vraag of, en zo ja op welk moment, een entiteit voldoet aan deze eis. Des te verwarrender wordt het doordat het 'algemeen belang' vereiste voor velerlei interpretatie vatbaar is daar het varieert naar tijd en plaats. Vanuit oogpunt van rechtszekerheid weinig bevredigend.

Een escape zit mogelijk in de laatste woorden van het Hof: '(...) mits objectief kan worden vastgesteld dat zij deze behoeftenvoorziening op zich heeft genomen.' Een toevallige of eenmalige - wellicht zelfs een 'bagatel' - activiteit

leidt mogelijk niet tot de kwalificatie 'publiekrechtelijke instelling'. Het lijkt dat de werkzaamheid toch een structureel karakter zal moeten hebben.

Impliciet wordt hiermee bevestigd dat het vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief (maar ook uit mededingings- en fiscaal perspectief) gewenst is om commerciële en publieke activiteiten in separate vennootschappen onder te brengen. Een les die reeds volgde uit 'BFI/ARA'. Er is nog een parallel. In beide gevallen gaat het om een entiteit die publieke en commerciële activiteiten verricht (EBS en ARANV), zij het dat in 'BFI/ARA' de publieke activiteit reeds vanaf de oprichting van ARA tot haar activiteiten behoorde. In beide gevallen kwalificeerde de 'dochter' (EBS respectievelijk ARA) van de gemeente (Wenen respectievelijk Arnhem) als een aanbestedende dienst. In dergelijke gevallen is de gemeente vrijgesteld van aanbesteding terzake dienstenopdrachten aan haar 'dochter' krachtens artikel 6 Richtlijn Diensten, mits sprake is van een alleenrecht op bestuursrechtelijke grondslag. Met enige goede wil kan men de tussen Wenen en EBS gesloten exploitatieovereenkomsten en de verleende vergunningen, als zodanige grondslag beschouwen.

Mr. R.D. (Robbert) Luteijn
Lexecon (www.lexecon.nl)

Noten

1. Gerecht van Eerste Aanleg, T-183/00, Strabag Benelux NV / Raad van de Europese Unie. Zie het artikel van mr. M.O. Meulenbelt in de vorige *Tender Nieuwsbrief* inzake *Universale Bau*.
2. HvJ EG 12 december 2002, C-470/99.
3. HvJ EG 10 november 1998, C-360/96.
4. De uitspraken van de Raad van Arbitrage voor Bouwbedrijven alsmede de uitspraak van het Hof Amsterdam in de zaak *Fermie* (KG 1998/120) hebben hiertoe in belangrijke mate aan bijgedragen.
5. Rechtsoverweging 97. De cursiveringen in het citaat zijn van de auteur.
6. Zie r.o. 77 'Strabag'. De cursiveringen in het citaat zijn van de auteur.