

Het aanbestedingsrecht dijt uit



Ondanks het feit dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen in het afgelopen decennium niet wezenlijk zijn uitgebreid, is de impact van het aanbestedingsrecht substantieel groter geworden. In het bijzonder kan men constateren dat, bij het – in essentie – gelijk blijven van de inhoud c.q. letterlijke tekst van genoemde regelgeving, de verplichting om aan te besteden 'groter' is geworden in het afgelopen decennium. Een analyse.

Inleiding

Wanneer men over het aanbestedingsrecht spreekt gaat het in het overgrote deel van de gevallen over de drie Europese richtlijnen – in de regel aangeduid als de Richtlijn Werken, Diensten en Leveringen¹ – die door de overheid (alsmede de zogenaamde 'publiekrechtelijke instellingen') dienen te worden toegepast indien zij besluit tot het verwerven van producten of diensten of het realiseren van werken.

Weliswaar is er nog een breed scala aan overige aanbestedingsregelgeving, maar het hart van het aanbestedingsrecht – en dat geldt in ieder geval voor de dagelijkse praktijk – wordt gevormd door de genoemde drie richtlijnen.² Ondanks het feit dat deze richtlijnen in het afgelopen decennium tekstueel niet (wezenlijk) zijn gewijzigd, kan men toch concluderen dat overheden – die met name, maar ook de 'semi-publieke' instellingen – vaker gehouden zijn (of overgaan) tot het aanbesteden van opdrachten dan diezelfde overheden een decennium geleden deden of voor ogen hadden.

Immers, de meest essentiële definities als vervat in deze richtlijnen en de daaraan ten grondslag liggende basisprincipes zijn niet (wezenlijk) gewijzigd in het afgelopen decennium:

- a. zowel toen als nu waren (en zijn) het de 'klassieke' overheden en de zogenaamde 'publiekrechtelijke instellingen' die de richtlijnen dien(d)en toe te passen³;
- b. zowel toen als nu dien(d)en werken, leveringen en diensten⁴ aanbesteed te worden; en
- c. de drempelbedragen zijn sedertdien ook niet wezenlijk gewijzigd.⁵

Anders gezegd: noch de 'rationae materiae', noch de 'rationae personae' is (wezenlijk) gewijzigd.

Wat men echter constateert is dat zowel door de rechtsprekende instanties⁶ als door de beleidsmakende en wetgevende instanties een interpretatie aan de bestaande definities en beginselen is gegeven die men in algemene zin als ruim(hartig) kan bestempelen: in gevallen waarbij men over de interpretatie van regels van (geschreven of ongeschreven) aanbestedingsrecht van me-

ning kon verschillen – gold er wel of geen aanbestedingsverplichting? – herkent men in de regel veelal dat rechters en gezaghebbende overheidsinstanties een standpunt hebben ingenomen dat nagenoeg immer leidde tot de conclusie dat er wél aanbesteed diende te worden. Hieronder zal een en ander onderwerpsgewijs de revue passeren.

Hierbij wordt aangetekend dat het begrip 'aangebestedingsrecht' in dit verband ruim wordt opgevat: onder aanbestedingsrecht wordt begrepen het samenstel van geschreven (wet- en regelgeving) en ongeschreven recht (met name de a.b.b.b., redelijkheid en billijkheid, EU-verdragsbeginselen) krachtens welke (semi-)overheden gehouden zijn voorgenomen transacties (niet uitsluitend opdrachten, maar ook andersoortige transacties) krachtens een objectieve en transparante procedure te gunnen aan de partij die daar krachtens vooraf opgestelde objectieve criteria het meest voor in aanmerking komt.

Beleid Europese Commissie & Telaustria

In de dagelijkse praktijk was tot voor kort het uitgangspunt dat door overheden te vergeven opdrachten niet aanbesteed hoefden te worden indien een der Europese richtlijnen daar niet uitdrukkelijk in voorzag. Indien bijvoorbeeld sprake was van een opdracht onder de drempelwaarde of een niet door de Richtlijn Diensten

* Schrijver dezes is als freelance en interimjurist werkzaam (gewest) voor onder meer HBG NV (thans Koninklijke BAM Groep NV) en Heijmans IBC Vastgoedontwikkeling BV.

1. Richtlijnen 92/50/EG (Diensten), Richtlijn 93/36/EG (Leveringen) en Richtlijn 93/37/EG (Werken), zoals laatstelijk aangepast bij Richtlijn 2001/78/EG.
2. Deze richtlijnen zijn recent geïncorporeerd in een nieuwe, alomvattende richtlijn: Richtlijn 2004/18/EG d.d. 31 maart 2004. Omwille van de leesbaarheid zal in dit artikel nog immer worden gesproken over de Richtlijn Werken, Diensten respectievelijk Leveringen.
3. De definitie van het begrip 'aanbestedende dienst' zoals vervat in de richtlijnen is niet gewijzigd in de afgelopen jaren. Vgl. art. 1.9 Richtlijn 2004/18/EG.
4. De definities van de krachtens de richtlijnen aan te besteden werken, leveringen of diensten zijn in de afgelopen jaren evenmin gewijzigd.
5. Periodiek vindt er een kleine correctie plaats doch deze is niet wezenlijk. Meest wezenlijke aanpassing betreft wellicht de substantiële verlaging van het drempelbedrag dat van toepassing is op de Rijksoverheid voor zover het betreft door haar aan te besteden diensten en leveringen, een en ander als uitvloeisel van de Government Procurement Agreement (GPA) d.d. 15 april 1994, zie *PbEG* 1996, C 256/1.
6. De meeste uitspraken van Nederlandse rechters die in dit artikel worden vermeld zijn te vinden op <www.rechtspraak.nl>. Alle uitspraken van het Hof van Justitie EG zijn te vinden op <<http://curia.eu.int/nl/content/juris/index.htm>>.

bestreken dienstenconcessie, hanteerde men in de praktijk het uitgangspunt – feitelijk op basis van een redenering a contrario – dat overheden te dien aanzien derhalve volledig vrij waren, in die voege dat overheden gerechtigd waren dergelijke opdrachten uit de hand aan iedere willekeurige partij te gunnen. Indien de overheid desalniettemin een aanbesteding organiseerde (althans een procedure waarbij meer partijen werden uitgenodigd om een aanbieding te doen), was (en is) zij op grond van – met name – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uiteraard wel gehouden om een dergelijke procedure op passende wijze uit te voeren.

De laatste jaren valt echter een wezenlijke kentering waar te nemen die haar oorzaak vindt in het beleid van de Europese Commissie alsmede – en feitelijk voortbouwend op – de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaak 'Telaustria'.⁷ De Europese Commissie stelt zich nl. sinds enige tijd op het standpunt dat 'het Europese aanbestedingsrecht altijd van toepassing is'.⁸ Ofwel, zo meent de Europese Commissie: ook ten aanzien van opdrachten die om welke reden dan ook niet conform een der drie richtlijnen aanbesteed hoeven te worden alsmede ten aanzien van andere door de overheid voorgenomen transacties waarmee een substantieel belang is gemoeid, gelden de zogenaamde 'fundamentele (EU-)verdragsbeginselen'. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan dienstenconcessies, opdrachten beneden de drempelwaarde en zogenaamde '1-B-diensten'. Immers, dienstenconcessies worden niet bestreken door de Richtlijn Diensten, op opdrachten onder de drempelwaarde zijn de richtlijnen uiteraard niet van toepassing en ten aanzien van '1-B-diensten' wordt in de dagelijkse praktijk doorgaans gesteld dat nu ten aanzien van deze diensten slechts twee richtlijnbevestigingen⁹ van toepassing zijn, de aanbesteding dergelijke opdrachten derhalve willekeurig aan wie dan ook zou kunnen gunnen.

De Commissie is daarentegen van oordeel dat een dergelijk standpunt niet juist is: ook ten aanzien van dergelijke opdrachten of andersoortige transacties (te meer indien daar substantiële belangen c.q. bedragen mee gemoeid zijn), zijn – naar het oordeel van de Commissie – overheden gehouden om 'een passende mate van openbaarheid' te betrachten. De Commissie heeft in dit verband een aantal zaken in onderzoek genomen¹⁰, zoals een Nederlandse¹¹ zaak waarbij sprake was van leveringen onder de drempelwaarde als vervat in de Richtlijn Leveringen, idem te Hoogezand-Sappemeer zij het dat het in dat geval de Richtlijn Werken betrof alsmede een Ierse zaak ('An Post')¹² waarbij het de verwerving betrof van een zogenaamde '1-B-dienst' door de Ierse overheid ter waarde van ca. 40 miljoen Euro.

Vrij vertaald betekent dit standpunt van de Commissie dat overheden bekendheid moeten geven aan hun voornemen tot het aangaan van dergelijke opdrachten en transacties, door deze bekend te maken in de media opdat geïnteresseerde partijen in binnen- en buitenland van hun belangstelling kunnen doen blijken. Afhankelijk van onderwerp en omvang van de transactie zal voor een passend medium gekozen dienen te worden. De aldus te publiceren informatie zal ten minste betrek-

king moeten hebben op het voorwerp van de opdracht, selectie- en gunningscriteria, waar documentatie (met name bestek) kan worden opgevraagd, de naam van een contactpersoon alsmede waar en tot wanneer een offerte ingediend kan worden.

Dit door de Commissie ingenomen standpunt borduurt feitelijk voort op de uitspraak van het Hof van Justitie EG inzake 'Telaustria'. In deze zaak – waar het een (derhalve niet door de Richtlijn Diensten bestreken) dienstenconcessie betrof – oordeelde het Hof dat de aanbesteding desondanks de zogenaamde 'fundamentele EU-Verdragsregels' in acht diende te nemen (waaronder het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit) en gelet daarop gehouden was om ten aanzien van de (voorgenomen) verlening van de concessie 'een passende mate van openbaarheid te garanderen'. Wat daaronder in concreto diende te worden verstaan gaf het Hof van Justitie EG overigens niet aan, maar dat op enige wijze bekendheid aan een voornemen gegeven diende te worden, was duidelijk.¹³ In de optiek van de Commissie houdt dit in dat op passende wijze – afhankelijk van aard en omvang van de transactie – bekendheid wordt gegeven aan het voornemen een transactie aan te gaan, opdat aldus een zekere mate van mededinging wordt gegenereerd doordat geïnteresseerde partijen offertes (kunnen) indienen.

Prangende vraag op dit moment is of dit – vergaande – standpunt van de Commissie in rechte overeind zal blijven. Het Hof van Justitie EG heeft hierover immers nog niet geoordeeld. Totdat er een uitspraak van het Hof van Justitie EG voorhanden is, dienen overheden zich in ieder geval uitdrukkelijk rekenschap te geven van deze problematiek.¹⁴

7. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98. De uitspraak in deze kwestie bouwt in zekere zin voort op de uitspraak van het HvJ EG in de zaak 'Unitron' (18 november 1999, C-275/98). Vgl. in het bijzonder r.o. 31. Zie voorts de beschikking van het HvJ EG inzake 'Verstergaard' d.d. 3 december 2001, C-59/00, zie met name r.o. 20.

8. Zie o.a. Christine Judmaier, *Tender Nieuwsbrief* 2003, nr. 7.

9. Artikel 14 en 16 Richtlijn Diensten. Vgl. art. 23 en 35.4 Richtlijn 2004/18/EG.

10. Zie o.a. *Tender Nieuwsbrief* 2003, nr. 5.

11. Betreffende de levering van huisvuilcontainers in de Gemeente Assen.

12. Zie o.a. de persmededeling van de Commissie IP/03/1037 d.d. 17 juli 2003.

13. Zie ook IOEA Nieuwsbrief d.d. 22 oktober 2001 n.a.v. *Telaustria* op <www.minez.nl>.

14. Vgl. M.O. Meulenbelt, 'Alles aanbesteden' in *Aan Wil Besteed*, p. 57 e.v., die zich – m.i. terecht – zeer kritisch uitlaat over het terzake door de Europese Commissie ingenomen standpunt. Vgl. voorts de overweging van de voorzieningenrechter te Almelo, 2 april 2004 (Roden Staal/Twentse Schouwburg), zaaknr. 63026 KG ZA 04-58: 'Nu de drempelwaarde niet wordt overschreden, gelden de regels van de Richtlijn Werken niet (...).' In hoger beroep (Hof Arnhem, 24 augustus 2004) kwam dit aspect niet meer aan de orde omdat de vordering op andere gronden werd afgewezen. Zie hierover G.W. van de Meent & J. Bergevoet in *Tender Nieuwsbrief* oktober 2004.

Staatssteun & aanbesteding

Ook de staatssteunproblematiek draagt – zij het voornamelijk mondiaal – bij aan een vergroting van de aanbestedings‘verplichting’ van overheden. Het meest concreet komt dit tot uiting in een – in de praktijk doorgaans redelijk onbekende – mededeling van de Europese Commissie met de naam ‘Mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties’.¹⁵ Krachtens deze Mededeling dienen overheden, indien zij voornemens zijn gronden of gebouwen te verkopen, deze ofwel (a) vóór te laten taxeren door een onafhankelijke deskundige ofwel (b) door middel van een openbare inschrijving te verkopen. Deze laatste variant impliceert feitelijk het organiseren van een aanbesteding.

Indien de overheid een van deze twee procedures volgt, staat daarmee vast dat de met een derde aangegane transactie geen staatssteunelementen bevat. Aldus kan men concluderen dat er een verband is tussen staatssteun en aanbesteding: een overheid die een transactie (van welke aard ook) aangaat door middel van een aanbesteding(sachtige) procedure (inschrijving, veiling e.d.) lijkt gevrijwaard te zijn van ieder verwijt dat de transactie ongeoorloofde staatssteun impliceert.¹⁶ Dat gegeven kan er wezenlijk aan bijdragen dat overheden vaker dan thans het geval is aanbesteding(sachtige) procedures organiseren indien men voornemens is een substantiële transactie – van welke aard dan ook – aan te gaan.

Dit verband tussen staatssteun en aanbesteding komt ook in de rechtspraak tot uiting. In een recente uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam¹⁷ inzake (het Alkmaarse voetbalstadion van) ‘AZ’ werd de uitvoering van een aantal overeenkomsten tussen de Gemeente Alkmaar en AZ voorlopig geschorst, omdat de Europese Commissie aangaf dat nu een aantal grondverkoop door de Gemeente niet conform genoemde Mededeling waren geschied, niet op voorhand kon worden uitgesloten dat sprake was van (ongeoorloofde) staatssteun¹⁸:

‘Om de volgende redenen kan niet worden uitgesloten dat er sprake is van financieel voordeel. Ten eerste zijn de procedures die worden aanbevolen in de “Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties”, niet gevolgd. Er is geen sprake van verkoop via een onvoorwaardelijke biedprocedure, noch van een taxatie door een onafhankelijk deskundige vóór de verkoop. Wanneer de Commissie een klacht van een derde ontvangt waarin melding wordt gemaakt van vermeende staatssteun bij een verkoopovereenkomst van grond, gaat zij ervan uit dat er geen sprake is van staatssteun indien uit de door de betrokken lidstaat verstrekte informatie blijkt dat bovengenoemde beginselen zijn nageleefd. Indien de lidstaat daarentegen niet aantoont dat deze beginselen zijn nageleefd, kan de Commissie niet op voorhand uitsluiten dat er staatssteun is verstrekt.’

In de door het Hof van Justitie EG beoordeelde ‘Altmark’-zaak¹⁹ treft men een vergelijkbare overweging aan:

‘Uit bovenstaande overwegingen volgt dat, wanneer overheidssubsidies welke ondernemingen die (...) belast zijn met openbare dienstverplichtingen compenseren (...), voldoen aan de in de punten 89 tot en met 93 van dit arrest vermelde voorwaarden, dergelijke subsidies niet binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1,²⁰ van het Verdrag vallen. Een overheidsmaatregel daarentegen die niet voldoet aan één of meer van voormelde voorwaarden, moet daarentegen worden beschouwd als een steunmaatregel in de zin van deze bepaling.’

Het Hof van Justitie EG had in de genoemde rechtspraak overweging 93 impliciet gesteld dat indien een ondernemer aan wie subsidie wordt verleend, wordt geselecteerd door middel van een aanbesteding, van staatssteun geen sprake is:

‘(...) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming (...).’²¹

Het zou niet verbazen indien het voorgaande er in de toekomst vaker toe leidt dat overheden aanbestedings(achtige) procedures zullen organiseren indien men voornemens is substantiële transacties aan te gaan. Immers, indien men daar niet toe overgaat kan de consequentie zijn dat op verzoek van een of meer klagers de voorgenomen transactie op last van de Europese Commissie wordt stilgelegd – met alle gevolgen van dien – vanwege vermeende staatssteun.²²

Private sferen: RZG/Conformed

Het is echter niet uitsluitend in de ‘publieke’ sfeer dat men een uitdijende aanbestedings‘verplichting’ aantreft. Ook in de ‘private’ sfeer heeft zich inmiddels een opmerkelijke ontwikkeling voorgedaan als gevolg van de

15. *PbEG* 1997 C 209, p. 3, d.d. 10 juli 1997.

16. Vgl. tevens T. Straatman, *Vastgoedrecht* 2004-2, p. 69 e.v. en R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief* augustus 2004.

17. Gerechtshof Amsterdam 1 april 2004, 206/03 KG.

18. Vgl. r.o. 10.

19. HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, zie met name r.o. 94.

20. Het verdragsartikel dat handelt over (ongeoorloofde) staatssteun.

21. En mits ook nog aan een drietal andere – in dit verband minder relevante – voorwaarden wordt voldaan.

22. Vgl. inmiddels ook Gerecht van Eerste Aanleg 16 september 2004, T-274/01 (*Valmont*), zie met name r.o. 131.

door de Hoge Raad beoordeelde zaak 'RZG/Conformed'.²³

RZG – een ziekenfonds – had een aantal zorgverzekers uitgenodigd om een offerte in te dienen terzake de levering van medische hulpmiddelen. De Richtlijn Leveringen miste toepassing omdat de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde lag. Conformed was een van de afgewezen leveranciers en klaagde zich over het feit (a) dat haar onvoldoende informatie was verstrekt over duur en omvang van mogelijke leveranties om een deugdelijke offerte te kunnen indienen (b) dat niet kenbaar was gemaakt welke gunningscriteria zouden gelden.

De Hoge Raad oordeelde dat de beginselen van redelijkheid en billijkheid RZG ertoe dwingen om (a) alle bij de aanbesteding uitgenodigde partijen vooraf voldoende informatie omtrent de te vergeven opdracht te verschaffen alsmede (b) aan de betrokken partijen vooraf kenbaar te maken welke gunningscriteria van toepassing zouden zijn.²⁴

Het opmerkelijke aan deze zaak was dat de Hoge Raad deze twee verplichtingen – die men als een uitwerking van het transparantiebeginsel zou kunnen duiden – baseerde op de beginselen van redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad baseerde deze verplichtingen uitdrukkelijk niet op de a.b.b.b. omdat die in dit geval toepassing misten.

Indien men deze lijn doortrekt, kan men stellen dat daar waar een private partij (variërend van de particulier tot een multinational) een aanbesteding – al dan niet bewust, bijvoorbeeld door het (min of meer) gelijktijdig aanvragen van offertes bij verschillende partijen in het kader van een voorgenomen verwerving – organiseert, gehouden is om alle aangezochte partijen vooraf voldoende informatie omtrent de opdracht te verschaffen en de gunningscriteria bekend te maken (en aan welke criteria zij vervolgens uiteraard ook kan worden gehouden). Indien men genoemde lijn nog verder doortrekt zou voorgaande bovendien niet uitsluitend dienen te gelden voor inkopen of verwervingen, maar tevens voor alle andersoortige transacties die men door middel van een bepaalde aanbestedings(achtige) procedure voornemens is uit te voeren. Een dergelijke conclusie gaat erg ver – volgens velen wat té ver – maar lijkt, strikt beschouwd, in essentie onontkoombaar.²⁵

Prangende vraag is bovendien of, en zo ja welke, 'beginselen van aanbestedingsrecht' nog meer geacht worden deel uit te maken van de redelijkheid en billijkheid.

Richtlijn Werken: Mortiere & Scala Milaan

Ook de rechters die moesten oordelen over geschillen waarbij de Richtlijn Werken in het geding was hebben zich in dit verband niet onbetuigd gelaten. Drie uitspraken springen eruit, te weten de uitspraak van Hof van Justitie EG inzake 'Scala Milaan', de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag inzake 'Mortiere' en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam inzake 'Aalsmeer'. Een korte uiteenzetting.

Over Scala en Mortiere – en de mogelijk consequenties van deze uitspraken – is al heel veel geschreven.²⁶

Tot de uitspraak inzake Mortiere was het in de praktijk goed gebruik om opdrachten tot het realiseren van openbare infrastructuur op ontwikkelingslocaties niet aan te besteden. Daartoe werd onder meer als reden aangevoerd dat de openbare infra door de overheid steeds voor één gulden of euro van de ontwikkelaars werd verworven, aldus onder de drempelwaarde lag en derhalve niet Europees aanbesteed diende te worden. Het Gerechtshof Den Haag²⁷ heeft door die bestendige praktijk een streep gehaald. Inmiddels kan gevoeglijk worden gesteld dat daar waar een Gemeente gronden in eigendom heeft (of had), zij de realisatie van de openbare infra niet langer uit de hand kan gunnen aan de ontwikkelaars op de desbetreffende locatie (althans de daaraan gelieerde bouwbedrijven), maar deze opdracht Europees zal moeten aanbesteden. Uitsluitend indien de opdracht onder de drempelwaarde ligt of de werkzaamheden legitiem kunnen worden gesplitst lijkt een Gemeente nog aan een (Europese) aanbestedingsplicht te kunnen ontkomen.

Het gerechtshof baseert zich daarbij in belangrijke mate op doel en strekking van de richtlijn:

'De door de Gemeente verdedigde uitleg (...) zou meebrengen dat indien in het onderhavige geval zij eerst de door haar ontworpen infrastructurele werken had aanbesteed en betaald – en vervolgens de kosten daarvan had doorberekend in de prijs van de voor woningbouw c.a. uit te geven grond, zodat deze uiteindelijk door de kopers van de woningen zouden zijn betaald – bij overschrijding van de drempelwaarde tevoren openbare aanbesteding overeenkomstig de Richtlijn had moeten plaatsvinden terwijl in de constructie, die in de Overeenkomst is neergelegd en die in de praktijk tot hetzelfde eindresultaat leidt, de Richtlijn niet van toepassing zou zijn. Dat kan niet worden aanvaard en zou in strijd zijn met het hiervoor genoemde doel van de Richtlijn, welk doel met name door een overheidsinstantie als de Gemeente dient te worden nagestreefd.'²⁸

Voor een goed begrip: indien de ontwikkelaars zelf alle gronden in eigendom hebben, ligt de situatie wezenlijk

23. Hoge Raad 4 april 2003, *Bouwrecht* september 2003, p. 824 e.v. m.nt. H. Nijholt.

24. Zie over deze zaak o.a. T. Straatman, *Vastgoedrecht* 2004, nr. 1, p. 17; W.H. van den Boom, *NTBR* 2003, 414; R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief* 2003, 5; H. Nijholt, *Bouwrecht* 2003, p. 834; M.A.M.C. van den Berg, *NJ* 2004, 258; D.E. van Werven, *Aangenomen werk*, Tjeenk Willink 2003, p. 170.

25. De in de vorige noot genoemde auteurs, met uitzondering van H. Nijholt, lijken eveneens tot deze conclusie te komen.

26. Zie o.a. M.O. Meulenbelt, *Bouwrecht* 2002, p. 8857 e.v.; A.G. Bregman, *Bouwrecht* januari 2002, p. 10 e.v. en oktober 2002, p. 864 e.v.; R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief* 2002, nr. 8; M.A. Moolhuizen & S.C. Brackman, *Bouwrecht* september 2002, p. 775 e.v.; G.W. van de Meent, J.W. Hamming & J.M. Gerretsen, *Bouwrecht* 2001, p. 545 e.v.

27. Gerechtshof Den Haag 31 januari 2001, rolnr. 00/297. Zie ook *NJ* 2001, 412.

28. Vgl. r.o. 7.

anders. In dat geval is immers geen sprake van een situatie à la Mortiere. In dat geval had de Gemeente Middelburg alle gronden in bezit, verkocht deze en liet het openbaar gebied na realisatie aan zich (terug)leveren.²⁹ Daar waar een ontwikkelaar een locatie in eigendom heeft, heeft de overheid het immers niet in haar macht om op die – aan een derde toebehorende – gronden een aanbestedingsprocedure te organiseren.

De kwestie Scala³⁰ is tamelijk complex en de vraag dringt zich nog immer op welke algemene conclusies men uit deze uitspraak mag trekken, met name nu het in dit geval om een tamelijk unieke Italiaanse situatie ging, waarbij bovendien zeer specifieke Italiaanse regionale regelgeving in het geding was. Een in het kader van dit artikel pregnante overweging van het Hof van Justitie EG betrof de overweging waarbij werd gesteld dat een eventualiteit als hebben van grondeigendom (ook indien de eigendom berust bij een private partij) geen reden is voor de overheid om op die grond te realiseren werken niet Europees aan te besteden:

'Bovendien strookt deze uitlegging met het belangrijkste doel van de richtlijn (...), de openstelling van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voor de mededinging. De openstelling voor de communautaire mededinging volgens de in de richtlijn vastgestelde procedures staat er immers garant voor, dat er geen gevaar voor onrechtmatige begunstigingen door de overheid bestaat. Dat de overheid haar contractpartij niet kan kiezen, kan dus op zich de niet-toepassing van de richtlijn niet rechtvaardigen, omdat een dergelijke eventualiteit ertoe zou leiden dat de uitvoering van een werk waarop deze richtlijn anders van toepassing zou zijn, van de communautaire mededinging wordt uitgesloten.'³¹

Gelet op de geest van de richtlijn weliswaar een begrijpelijke gedachte, maar de vraag dringt zich wel op hoe een overheid een aanbesteding wenst te realiseren van een werk op grond die eigendom is van een private partij. Die vraag wordt door het Hof niet beantwoord. En het voorgaande klemte temeer nu onteigening in de meeste EU-landen waarschijnlijk niet mogelijk is indien de grondeigenaar zelf in staat is het op zijn grond beoogde werk te realiseren.³²

Zowel in 'Mortiere' als 'Scala' werd het rechterlijk oordeel in belangrijke (zo niet overwegende) mate gebaseerd op het beoogde 'nut effect' van de Richtlijn Werken.³³ Vrij vertaald: de richtlijn dient vooral naar doel en strekking en niet zozeer naar de letter te worden geïnterpreteerd.

In dit verband dient ook nog te worden gewezen op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam inzake 'GEMA Aalsmeer'.³⁴ In deze kwestie deed zich een situatie voor die vergelijkbaar was met Mortiere. De Gemeente is (of wordt) eigenaar van alle gronden op een ontwikkelingslocatie, draagt die over aan de GEMA die op haar beurt het openbaar gebied op die gronden zal realiseren en te zijner tijd voor één euro aan de Gemeente zal (terug)leveren. Op grond

van de uitspraak inzake 'Mortiere' was reeds duidelijk dat de Gemeente Aalsmeer gehouden was om over te gaan tot een Europese aanbesteding van de op de locatie te realiseren werken.

Vervolgens was een belangrijke vraag welke werkzaamheden in dit verband kwalificeerden als een separaat, aan het drempelbedrag te toetsen, werk. De voorzieningenrechter oordeelde dat het splitsen van de werkzaamheden sloop, sanering, bouw- en woonrijp maken niet was toegestaan en dat het splitsen van dergelijke werkzaamheden, gelet op de Richtlijn Werken, derhalve niet geoorloofd was. Naar zijn oordeel betrof het hier vooral een kwestie van fasering in tijd. De verscheidene onderdelen behoorden derhalve te worden samengeteld en het totaalbedrag diende als maatstaf voor de beoordeling van het antwoord op de vraag of de drempelwaarde van de Richtlijn Werken als dan niet werd overschreden.³⁵ Gelet op deze uitspraak lijkt het credo veeleer te zijn dat men werkzaamheden bijeen moet voegen in plaats van deze op te splitsen.

De voorzieningenrechter was daarentegen wel geneigd, mede indachtig het feit dat het een kort geding betrof en het oordeel van de voorzieningenrechter derhalve een voorlopig karakter heeft, een opdeling van de totale planontwikkeling in fasen of plandelen toe te staan, nu, naar zijn (voorlopig) oordeel, in dat opzicht geen sprake leek te zijn van een kunstmatige opsplitsing om onder de Richtlijn Werken uit te komen.

De uitspraken inzake 'GEMA Aalsmeer', 'Mortiere' en 'Scala' zijn in hun onderlinge samenhang van bijzonder belang in situaties waarbij een Gemeente gronden op een ontwikkelingslocatie in eigendom heeft: alsdan kan voor wat betreft de werkzaamheden terzake het bouw- en woonrijpmaken van de locatie waarschijnlijk alleen nog aan een Europese aanbesteding worden ontkomen indien zodanige opdracht onder de drempelwaarde ligt.

Samenvattend kan men in meer algemene zin stellen dat in alle drie de uitspraken per saldo sprake is van een ruim(hartig)e, extensieve of functionele interpretatie die er alle aan bijdragen dat indien sprake is van op gronden van de overheid te realiseren werken, de marge waar-

29. Zie o.a. de in noot 26 vermelde artikelen van G.W. van de Meent c.s. en M.O. Meulenbelt.

30. HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98.

31. Vgl. r.o. 75.

32. Bovendien staat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, aanvullend Protocol, artikel 1, zulks waarschijnlijk ook niet toe. Vgl. R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief* 2002, nr. 8. Vgl. ook H.D. van Romburgh, *Bouwrecht* juni 2004, p. 497 e.v. en J.P. Schaay, *Vastgoedrecht* 2004, p. 123 e.v.

33. Voor wat betreft 'Scala', vgl. o.a. r.o. 52 en 75. Voor wat betreft 'Mortiere', vgl. o.a. r.o. 5-7.

34. Zie *Bouwrecht*, mei 2003, p. 442 e.v. Vgl. ook I.A.H. Dolmans-Budé, *Tender Nieuwsbrief* 2003, nr. 4.

35. Vgl. in dit verband ook de uitspraak HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98, het zogenaamde 'Vendée'-arrest, waarbij het HvJ EG uitgebreide analyseert welke onderdelen van een werk gesplitst mogen worden dan wel samengevoegd dienen te worden.

binnen niet Europees aanbesteed hoeft te worden, uitermate beperkt geworden is.

De 'lijsten van EZ'

Ook de zogenaamde 'lijsten' van het Ministerie van Economische Zaken leveren hun bijdrage aan een uitbreiding van de aanbestedingsverplichting'. Zoals bekend zijn de drie richtlijnen van toepassing op de 'klasieke' overheid (provincie, gemeente, Rijk) maar ook op de zogenaamde 'publiekrechtelijke instellingen'. Het Ministerie van Economische Zaken was vanaf de inwerkingtreding van de richtlijnen gehouden om een lijst op te stellen van instellingen die kwalificeerden als genoemde publiekrechtelijke instellingen. Wie echter de lijst van ruim een decennium geleden beziet, constateert dat daar slechts een handvol instellingen op werden vermeld met als bekendste TNO, de waterschappen en de academische ziekenhuizen.

De thans vigerende lijst is aanzienlijk uitgebreider.³⁶ De daarop vermelde instellingen kunnen bijgevolg niet langer volhouden – zoals lange tijd gebeurde – dat zij niet gehouden zijn richtlijnconform aan te besteden. Dat neemt niet weg dat er nog steeds de nodige discussie gaande is over de vraag welke instellingen eventueel alsnog op deze lijst vermeld dienen te worden. De ziekenhuizen – en andere instellingen in de zorgsector – alsmede de woningcorporaties sprongen daarbij tot voor kort het meest in het oog. De discussie over de vraag of ziekenhuizen dan wel woningcorporaties nu wel of niet onder de richtlijnen vallen werd nl. jarenlang positief dan wel negatief beantwoord, waarbij men afhankelijk van de positie die men had een standpunt verwoordde. Inmiddels is er ten aanzien van ziekenhuizen enige duidelijkheid geschapen: de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem heeft in de zaak 'Rivierenland' geoordeeld dat het in zijn procedure gedaagde Rivierenland-ziekenhuis diende te worden aangemerkt als een aanbestedende dienst. Een voorzichtige doorbraak.³⁷ Ook met deze uitspraak wordt eens te meer bevestigd dat in de rechtspraak in de regel een ruim(hartig) interpretatie wordt aangehangen.

Deze ontwikkeling – dat wil zeggen een gestage uitbreiding van genoemde lijsten – is in grote lijnen gelijk opgegaan met een gestaag groeiend aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG, waarbij een nadere invulling werd gegeven aan het begrip 'publiekrechtelijke instelling' en meer in het bijzonder aan een aantal onderdelen van de definitie van dit begrip.³⁸

Vrijwillige toepassing

Een gunstig neveneffect van de toenemende aandacht voor het aanbestedingsrecht en de richtlijnen in het bijzonder is dat overheden en semi-overheden vaker op vrijwillige basis overgaan tot het organiseren van aanbestedingen, al dan niet Europees. De redenen daarvoor zijn divers. Zo is wel duidelijk geworden dat gestructureerd inkopen – ongeacht of dat 'Europees' geschiedt – aanzienlijke kostenvoordelen oplevert. Toepassing van de richtlijnen wordt ook ingegeven door defensieve gedachten: indien men twijfelt of de richtlijnen nu wel of

niet van toepassing zijn (hetgeen bij de huidige stand van de rechtspraak alleszins begrijpelijk is), weet men zeker dat men geen risico loopt indien men de richtlijnen toepast (hetwelk dan natuurlijk wel weer het risico in zich bergt dat men ze foutief toepast). Bovendien is een bestuur van een organisatie beter in staat verantwoording af te leggen jegens haar achterban(nen) en toezichthouders indien men aantoont dat verwervingen middels een – al dan niet Europese – aanbesteding hebben plaatsgevonden. Een dergelijke verwerving wordt immers geacht als vanzelfsprekend te resulteren in de beste prijs. Ook het voorkomen van fraude en omkoping wordt – in belangrijke mate – tegengegaan indien men voorgenomen verwervingen aanbesteedt. Vorenstaande heeft ertoe geleid dat binnen diverse gemeenten beleidsregels zijn opgesteld die ertoe dwingen om voorgenomen verwervingen via een lichtere dan wel zwaardere procedure aan te besteden – afhankelijk van de omvang van de opdracht – ook indien de opdrachtwaarde beneden de drempelwaarde van de richtlijnen ligt.

Conclusie

Met de invoering van de Richtlijn Diensten en Leveringen begin jaren 1990 kwam het aanbestedingsrecht pas goed op gang. Een en ander leidde vervolgens tot tal van interpretatiekwesaties. De rechtspraak heeft zich inmiddels over de nodige interpretatiekwesaties uit kunnen laten en in zijn algemeenheid kan men stellen dat daarbij steeds voor een ruim(hartig) interpretatie is gekozen: daar waar men kon twijfelen of nu wel of niet een aanbestedingsverplichting gold, leidde het rechterlijk oordeel er in de regel toe dat er vervolgens wel aanbesteed diende te worden.

De meest opmerkelijke en meest onverwachte ontwikkelingen zijn de ontwikkelingen die hierboven onder de paragrafen 'Staatssteun', 'Private sferen' en 'Telaustria' zijn geschetst. Deze ontwikkelingen hebben een nieuwe dimensie in het aanbestedingsrecht gebracht en leid(d)en ertoe dat thans aanbestedingsverplichtingen (lijken te) ontstaan in situaties die velen een decennium geleden waarschijnlijk niet, althans niet aanstonds, hadden voorzien.

36. Zie <<http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=18194>>.

37. Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 9 juli 2004, zie <www.rechtspraak.nl>. Overigens is hoger beroep ingesteld. Het is twijfelachtig of in hoger beroep de vraag of het desbetreffende ziekenhuis kwalificeert als een aanbestedende dienst nogmaals aan de orde komt nu de in het geding zijnde dienst – parkeermanagement – vermoedelijk kwalificeert als een '1-B'-dienst en in hoger beroep de zaak daarop afgedaan zou kunnen worden. Vgl. R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief* oktober 2004.

38. Zie o.a. HvJ EG ('Mannesmann') HvJ EG C-44/96 d.d. 15 januari 1996; HvJ EG ('BFI/ARA') C-360/96 d.d. 10 november 1998; HvJ EG ('Connemara') C-306/97 d.d. 17 december 1998; HvJ EG ('Cambridge') C-380/98 d.d. 3 oktober 2000; HvJ EG ('Agora') C-223/99 d.d. 10 mei 2001; HvJ EG ('Adolf Truley') C-373/00 d.d. 27 februari 2003; HvJ EG ('Commissie/Spanje') C-214/00 d.d. 15 mei 2003; HvJ EG ('Korhonen') C-18/01 d.d. 22 mei 2003.

Aldus constateert men dat ondanks het feit dat de aanbestedingswet- en regelgeving in de afgelopen jaren niet (substantieel) is veranderd, er aanzienlijk meer opdrachten (moeten) worden aanbesteed dan ca. een decennium geleden het geval was of, wellicht beter gesteld: het geval leek te zijn.

De op dit moment meest prangende vraag is of het door de Europese Commissie ingezette beleid standhoudt, waarbij zij stelt dat daar waar de richtlijnen toepassing missen, er op basis van de EU-verdragsbeginselen toch een zekere vorm van aanbesteding zal moeten plaatsvinden. Gegeven het feit dat het Hof van Justitie EG tot dusverre veelal voor ruimhartige interpretaties heeft gekozen, lijkt het antwoord op die vraag eerder bevestigend dan afwijzend te zullen zijn, temeer nu met uitspraken als die in 'Telaustria' de kiem hiervoor reeds gelegd is. Tegelijkertijd lijkt een duidelijke rechtsbasis voor een dergelijk oordeel niet aanstonds aanwezig.³⁹ In dit verband is het nog van belang op te merken dat artikel 2 in samenhang met sub b van de considerans van Richtlijn 2004/18/EG hiertoe een rechtsbasis lijkt te creëren.⁴⁰ De toekomst zal het leren. Zou het Hof van Justitie EG oordelen dat dergelijke beginselen in alle gevallen nopen tot aanbesteden dan wordt daarmee een zeer wezenlijke, nieuwe en nauwelijks voorziene dimensie met een enorme impact aan het aanbestedingsrecht toegevoegd.

De gevolgen voor de vastgoedpraktijk

Wat betekent het voorgaande voor de vastgoed- of projectontwikkelingspraktijk? Naar mijn mening leidt het voorgaande tot de volgende (deel)conclusies:

- a. overheden zullen verkopen van gronden en gebouwen – vaker dan voorheen – via een bepaalde selectie- of aanbestedings(achtige)procedure aanbesteden;
- b. overheden zullen – vaker dan voorheen – ook opdrachten aanbesteden die onder de drempelwaarden liggen of opdrachten die anderszins van toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn uitgezonderd, waarbij onder meer valt te denken aan aannemings- en realisatieopdrachten van beperktere omvang, haalbaarheidsstudies en ontwerp opdrachten (architect, stedenbouw etc);
- c. overheden zullen, indien zij grondposities bezitten, vaker dan voorheen, (a) ofwel zelf de openbare infrastructuur via een aanbestedingsprocedure laten realiseren ofwel (b) de projectontwikkelaar contractueel verplichten zodanige aanbestedingsprocedure namens haar uit te voeren;
- d. instellingen in de gezondheidszorg zullen opdrachten, in het bijzonder opdrachten tot realisatie van werken, vaker dan voorheen aanbesteden;
- e. denkbaar is dat het voorgaande ook – op enig moment – door woningcorporaties zal (moeten) worden toegepast;
- f. projectontwikkelaars zullen zich rekenschap moeten geven van de 'RZG/Conformed'-uitspraak en uit dien hoofde de selectie van hun opdrachtnemers en contractspartijen zorgvuldig moeten uitvoeren.

Deze deelconclusies tezamen leiden feitelijk tot een 'overall'-conclusie, nl.: het ligt, gegeven de tendens in de rechtspraak en het Europese en overheidsbeleid, in de rede dat overheden en instellingen in de publieke sector vaker dan tot dusverre het geval was, voorgenomen transacties (waaronder begrepen verkopen, het verstrekken van opdrachten, het aangaan van samenwerkings- of andere overeenkomsten) in steeds mindere mate onderhands aan een private partij zullen gunnen, doch daarentegen in meerdere mate de keuze van een contractspartij zullen laten (moeten) bepalen door het doorlopen van een aanbestedings- of andere objectieve selectieprocedure (waaronder prijsvragen, auctions, veilingen etc.).

39. Zie noot 14.

40. Artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen'. Sub (b) van de considerans bepaalt: 'Bij het plaatsen van overheidsopdrachten (...) moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden (...) alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod (...) en transparantie. (...) Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.'