

Aanbesteding



Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Nationale aanbestedingen en bestuursrechtelijke beginselen; (nog) meer wetgeving gewenst?

De kern van het (overheids)aanbestedingsrecht wordt gevormd door enkele elementaire beginselen. Het betreft de beginselen van gelijke behandeling, proportionaliteit, transparantie en objectiviteit. Al deze beginselen zijn erop gericht bedrijven gelijke kansen te bieden op de markt van overheidsopdrachten. Voor opdrachten waarvan de waarde boven de drempelbedragen van de Europese regelgeving ligt,¹ gelden de Europese regels waarin deze beginselen zijn ingebakken. De beginselen zijn daarbij vertaald in procedurele voorschriften die ervoor moeten zorgen dat de toegang tot de Europese markt voor overheidsopdrachten daadwerkelijk gelijk is voor iedereen. In de Europese rechtspraak komen deze beginselen dan ook steeds zichtbaar terug.²

Voor de zogenaamde 'onderdrempelige' opdrachten³ ligt dat genuanceerder. Voor deze opdrachten geldt geen secundair gemeenschapsrecht (de richtlijnen en verordeningen van de Europese Unie), waardoor er ook geen vaste procedureregels gelden voor de aanbesteding van deze opdrachten. In het (verdere) verleden werd wel aangenomen dat voor deze onderdrempelige opdrachten aanbesteders 'vrij' waren in hun doen en laten en dus opdrachten onderhands konden gunnen zonder enige aanbesteding.

Inmiddels is de tijd en ook de rechtspraak echter voortgeschreden en is deze 'vrijheid' van (overheids)aanbesteders op meerdere wijzen beperkt geraakt. Daarbij zijn ruwweg drie grondslagen te noemen voor deze beperkingen.

De eerste grondslag is van Europese afkomst en wordt gevormd door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In het *An Post*-arrest (13 november 2007, zaak C-507/03) oordeelde het Hof van Justitie: 'Vaststaat evenwel dat de gunning van overheidsopdrachten onderworpen blijft aan de fundamentele regels van gemeenschapsrecht en met name aan de in het Verdrag neergelegde beginselen van vrije vestiging en vrije dienstverlening (...).' Dit leidde het Hof van Justitie ertoe om de beginselen die zijn neergelegd in artikel 43 en 49 EG-verdrag (verbod op indirecte discriminatie op grond van nationaliteit) ook van toepassing zijn voor opdrachten voor zogenaamde IIB-diensten (waarvoor een beperkt aanbestedingsregime geldt) die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Op grond van dit arrest en latere arresten dient dus voor die opdrachten die niet direct onder de aanbestedingsregels vallen (waaronder de onderdrempelige opdrachten) te worden bezien of zij een grensoverschrijdend karakter hebben. Is dat het geval, dan gelden ook voor die opdrachten de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht en zal de aanbestedende dienst voor die opdrachten een zekere mate van openbaarheid aan de opdrachtverstrekking moeten geven dat belangstellenden kunnen meedingen. Voor de praktijk is dit een lastig werkbaar maatstaf nu het niet eenvoudig is om aan te geven welke opdracht wel en welke geen grensoverschrijdend belang heeft.

De tweede grondslag is het eigen beleid van veel aanbesteders. Veel aanbesteders voeren eigen aanbestedingsbeleid waarin zij zich verplichten om ook bij onderdrempelige aanbestedingen een aanbestedingsprocedure in enige vorm te houden. Daar de uitwerking van dat beleid volledig afhanke-

lijk is van het (lokale) beleid zelf, laat ik dit verder onbesproken.

De derde grondslag is de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het aanbestedingsrecht. Al in 1996 heeft Nijholt in zijn proefschrift⁴ gesteld dat deze beginselen in het aanbestedingsrecht hun doorwerking zouden moeten hebben. Hierbij werd onder meer opgemerkt: '...het uitgangspunt van de openbaarheid van de besluitvorming rond de aanbesteding leidt er toe dat onderhandse (d.w.z. niet in het openbaar bekend gemaakte) aanbestedingen tot de zeldzame uitzonderingen behoren.' Anno 2010 constateerde Scheltema⁵ dat de weg naar de gelding van deze beginselen een andere is geweest: 'Het is niet langs deze weg, maar via Europa dat beginselen als het gelijkheidsbeginsel hun intrede hebben gedaan in het Nederlandse aanbestedingsrecht.' Scheltema kwam tot deze constatering in zijn commentaar op het voorstel voor de nieuwe aanbestedingswet, waarin ook regels zijn opgenomen voor onderdrempelige opdrachten. Onder verwijzing naar artikel 3.1 Awb stelt hij dat bij een wet waarin naast Europees ook nationaal overheidshandelen wordt geregeld, de wetgever niet ontkomt aan het uitgangspunt dat de Nederlandse bestuursrechtelijke beginselen ook doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen. Daarbij stelt hij verder dat het aan de wetgever is om te bepalen hoe dit dient te geschieden nu 'een onverkorte overname van de publiekrechtelijke vormgeving van de beginselen niet gewenst is.' Het betoog van Scheltema geeft aan dat de bestuursrechtelijke beginselen altijd gelden voor overheidshandelen, maar dat er voor de wetgever nog een taak zou liggen om deze goed passend te maken voor aanbestedingen in het bijzonder.

Daarbij geldt overigens dat de rechtspraak laat zien dat aanbesteders al volop met de werking van de bestuursrechtelijke beginselen rekening dienen te houden. Een voorbeeld hiervan is het arrest van het Hof Den Haag van 26 oktober 2010.⁶ Hierin werd de gemeente Noordwijk op de vingers ge-

Jan. 2011

tikt omdat zij een onderhandse aanbesteding had gehouden waarbij zij een geïnteresseerde ontwikkelaar niet had uitgenodigd terwijl zij eerder had aangegeven dat wel te zullen doen. Het Hof oordeelde dat ongeacht of er sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht, de gemeente zich te houden had aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aldus was de gemeente ook in haar privaatrechtelijk handelen gehouden tot zorgvuldige voorbereiding van haar besluitvorming. Door de betreffende belangstellende verder niet voor de aanbesteding te benaderen heeft de gemeente het beginsel van gelijke behandeling geschonden.

Over dit onderwerp is al veel geschreven en deze bijdrage pretendeert niet de volledige portee van al die publicaties te omvatten. Voor de praktijk kan echter worden gesteld dat overheids-

opdrachtgevers op grond van de schakelbepalingen uit de Awb en het BW altijd de bestuursrechtelijke grondbeginselen in het oog zullen moeten houden. Waar die beginselen een grote overlap hebben met de op Europese leest geschoeide grondbeginselen van aanbestedingsrecht zal dat zelden problematisch zijn voor 'Europese' aanbestedingen. Voor 'nationale' aanbestedingen is geen sprake van volledig gebaande paden en zullen aanbesteders zich steeds rekenschap moeten geven van die beginselen bij de uitvoering van hun verplichtingen en taken. Of de wetgever hen tegemoet zal komen valt vooralsnog te betwijfelen, getuige de kritiek van Scheltema en het vooralsnog in het voorliggende wetsvoorstel voor de aanbestedingswet ontbreken van de door hem bepleite duidelijke vertaling van de bestuursrechtelijke beginselen naar de praktijk. Bij twijfel

zal er daarom voor aanbesteders maar één ding op zitten: zo veel mogelijk objectief en transparant aanbesteden!

1. Actueel ruim 4,8 miljoen euro voor werken en 125 000/193 000 euro voor leveringen/diensten (BAO).
2. Bijvoorbeeld: arresten van 27 november 2001, C-285/99 (*Lombardini*) en C-286/99 (*Mantovani*), *Jur.* p. I-9233, punt 37, en 19 juni 2003, GAT, C-315/01, *Jur.* p. I-6351, punt 73, arrest van 18 juni 2002, HI, C-92/00, *Jur.* p. I-5553, punt 45, en 12 december 2002, C-470/99 (*Universale-Bau e.a.*), *Jur.* p. I-11617, punt 91 en verder arrest van 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*).
3. En ook de zogenaamde IIB-diensten waarvoor slechts een beperkt aanbestedingsregime geldt.
4. Dr. H. Nijholt, 1996, *Bouwrecht Monografieën*, nr. 14.
5. Prof. mr. M. Scheltema, *Preadvies VBR*, IBR 2010, p. 125 e.v.
6. *LJN* BO2080.