

## PAUL SEVERIJN



MR. P.J.P. SEVERIJN IS MEDE-EIGENAAR VAN EEN  
ADVOCATENKANTOOR. HET ROTTERDAMSE BUREAU  
IS GESPECIALISEERD IN BOUWRECHT EN  
AANBESTEDINGSRECHT.

# Onderhands aanbesteden

Lange tijd werd gedacht dat aanbestedende diensten vrij waren in het organiseren van aanbestedingen onder de drempelbedragen van de Europese richtlijnen. Zo zagen wij dat veel lagere overheden een eigen aanbestedingsbeleid ontwikkelden, waarbij veelal boven 1 miljoen euro openbaar werd aanbesteed en daaronder meervoudig onderhands en bij kleine opdrachten uit de hand.

Begin 2000 verscheen echter een arrest van het Europese Hof van Justitie C-324/98, Tel Austria, waarbij het Europese Hof van Justitie bij een aanbesteding onder het drempelbedrag van de Europese richtlijn verwees naar het EG-Verdrag wat door sommigen ook wel eens Europese Grondwet wordt genoemd. Dat verdrag gaat onder andere uit van een verbod op non-discriminatie en het Europese Hof van Justitie houdt vast aan het standpunt dat een onderhandse aanbesteding schending oplevert van het EG-Verdrag, namelijk strijd met het verbod op non-discriminatie.

De gedachtegang is aldus dat indien een aanbestedende dienst een werk opdraagt welk werk een belang heeft lager dan het drempelbedrag van de Europese richtlijn, ook nog het EG-Verdrag een rol speelt. En dat op basis van dat verdrag niet gediscrimineerd mag worden. Indien dus een aanbestedende dienst maar enkele aannemers uitnodigt om te participeren bij een onderhandse aanbesteding is sprake van discriminatie. Immers, waarom die aannemers wel uitnodigen en andere aannemers niet?

Dit arrest van het Europese Hof werd gevolgd door meer arresten van gelijke inhoud. De Europese Commissie heeft het standpunt ingenomen dat opdrachten die buiten de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen vallen toch in concurrentie moeten worden aanbesteed. En wel dusdanig dat een passende mate van openbaarheid wordt betracht zodat eenieder die geïnteresseerd is in zo'n opdracht zich kan melden.

De consequentie van de uitleg van het EG-Verdrag door het Europese Hof en de Europese Commissie betekent de 'doodsteek' voor onderhands aanbesteden, al dan niet meervoudig onderhands. Immers, op die wijze worden bepaalde aannemers wel en bepaalde aannemers niet uitgenodigd, hetgeen als discriminatoir wordt aangemerkt.

In de Nederlandse praktijk zagen wij dan ook al uitspraken van rechtbanken verschijnen waaruit bleek dat een aanbestedende dienst altijd een zekere mate van transparantie moest betrachten. Bijvoorbeeld door op internet kenbaar te maken dat een bepaalde opdracht eraan komt en eenieder die hierin geïnteresseerd is uit te nodigen zich te melden.

Vrijheid van handelen van aanbestedende diensten om onderhands aan te besteden werd hierdoor tot een minimum beperkt. Desalniettemin zagen wij in Nederland dat de aanbestedende diensten nog steeds onderhandse aanbestedingen organiseerden, al dan niet meervoudig onderhands. Zelfs de Aanbestedingswet, welke onlangs door de Eerste Kamer naar de prullenbak werd verwezen, ging ervan uit dat onderhands kon worden aanbesteed.

Gelukkig blijkt uit recente arresten van het Europese Hof dat enige nuancering is aangebracht en thans wordt het standpunt ingenomen dat enkel en alleen bij grensoverschrijdend belang er niet onderhands mag worden aanbesteed. De vraag is echter, wanneer is nu sprake van een grensoverschrijdend belang? Volgens de rechtbank van Maastricht is daarvan niet automatisch sprake indien de aanbestedende dienst vlak bij de grens gesitueerd is.

Er zijn inmiddels al een paar uitspraken in Nederland geweest op dit gebied, waaruit naar voren komt dat de financiële omvang een beoordelingsfactor is voor de vraag wanneer er sprake is van een grensoverschrijdend belang. Helaas is door de jurisprudentie nog geen financiële maatstaf gegeven, zodat het onduidelijk blijft wanneer er onderhands kan worden aanbesteed.

Het positieve van de recente jurisprudentie van het Europese Hof is dat in ieder geval onder bepaalde omstandigheden nog steeds onderhands mag worden aanbesteed. Doch naarmate het financieel belang groter wordt, is daarmee ook de kans groter dat een rechter uiteindelijk zal oordelen dat een onderhandse aanbesteding in strijd is met het EG-Verdrag.

Ik hoop dat de Aanbestedingswet, die nu opnieuw wordt voorbereid, een passende oplossing voor dit probleem weet te vinden. Het meest duidelijke zou zijn als de wetgever een bepaald bedrag noemt waaronder men vrijelijk gebruik kan maken van onderhands aanbesteden, al dan niet meervoudig onderhands. Komt de wetgever niet met een duidelijke grenslijn dan bestaat het gevaar dat steeds meer aanbestedende diensten alle opdrachten openbaar gaan aanbesteden en dat is te betreuren. Immers, onderhands aanbesteden werkt goed in de praktijk en het zou zonde zijn indien dat instituut gaat verdwijnen.

Paul Severijn