

## 4 | Het transparantiebeginsel in het voortraject van een overheidsopdracht

B. Brokkaar & J.M. Hebly<sup>■</sup>

### 1 INLEIDING

Een aanbesteding wordt wel omschreven als ‘de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten’.<sup>1</sup> Het aanbestedingsrecht is een rechtsgebied dat sterk in beweging is. Op 31 maart 2004 is de nieuwe algemene richtlijn voor werken, leveringen en diensten (hierna: de Algemene richtlijn)<sup>2</sup> van kracht geworden. Deze richtlijn vervangt de eerdere aanbestedingsrichtlijnen.<sup>3</sup> De Algemene richtlijn is omgezet in Nederlands recht in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao). Het Bao is op 1 december 2005 van kracht geworden. Op die datum is tevens de nieuwe richtlijn nutssectoren<sup>4</sup> door middel van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) in werking getreden. De richtlijn nutssectoren en het Bass blijven in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

Als een overheidsopdracht onder de werking van de Algemene richtlijn (Bao) valt, is het uitgangspunt dat deze opdracht ‘Europees’ moet worden aanbesteed. Het feit dat een overheidsopdracht buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) valt of op grond daarvan niet aanbestedingsplichtig is, betekent evenwel niet zonder meer dat voor die opdracht geen verplichtingen gelden. De gemoederen in de aanbestedingspraktijk worden momenteel bezig gehouden door het streven van de Europese Commissie om door middel van een extensieve uitleg van enkele bepalingen uit het EG-verdrag en daarvan afgeleide beginselen zoals het gelijkheids- en transparantiebeginsel

---

■ B. Brokkaar is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Onder diensten dienen in dit verband tevens werken te worden verstaan, zie ook E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 1, onder verwijzing naar art. 1 van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten.

2 Richtlijn 2004/18/EG, *PbEG* L134/114 van 31 maart 2004.

3 Richtlijn 93/37/EEG (Richtlijn werken), *PbEG* L-199 van 9 augustus 1993, p. 54-83; Richtlijn 93/36/EEG (Richtlijn leveringen), *PbEG* L-199 van 9 augustus 1993, p. 1-53; Richtlijn 92/50/EEG (Richtlijn diensten), *PbEG* L-209 van 24 juli 1992, p. 1-24.

4 Richtlijn 2004/17/EG, *PbEG* L 134/1 van 31 maart 2004.

een algemene publicatieplicht voor overheden aan te nemen, ook in geval overheidsopdrachten expliciet van de toepassing van de Algemene richtlijn (Bao) zijn uitgezonderd.<sup>5</sup> De Europese Commissie baseert zich daarbij op een aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG (hierna: HvJ-EG). Op Europees, maar ook op nationaal niveau heeft zich terzake een aantal noemenswaardige ontwikkelingen voorgedaan. In deze bijdrage wordt ingegaan op de recente ontwikkelingen ten aanzien van de vraag in hoeverre overheidsopdrachten buiten de richtlijn door middel van voorafgaande publicatie voor mededinging moeten worden opengesteld.

## 2 TOEPASSINGSBEREIK ALGEMENE RICHTLIJN (BAO)

Overheidsorganen van de lidstaten zijn voor wat betreft hun handelen, dus ook bij het plaatsen van opdrachten, onderworpen aan de basisbepalingen van het EG-verdrag.<sup>6</sup> De belangrijkste bepalingen voor het aanbestedingsrecht zijn die met betrekking tot het vrij verkeer, zoals art. 28, 43 en 49 en de daaruit voortvloeiende beginselen van non-discriminatie en transparantie. Deze bepalingen vormen uitwerkingen van het in art. 12 EG-verdrag neergelegde algemene verbod van discriminatie naar nationaliteit.<sup>7</sup>

De Algemene richtlijn is gebaseerd op voornoemde verdragsbepalingen en vormt daarvan een uitwerking. In overweging 2 van de richtlijn is dit met zoveel woorden opgenomen. Daarin is bepaald dat bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de Staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen, de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd moeten worden. Blijkens de strekking van de considerans geldt dat voor alle overheidsopdrachten. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde – zo blijkt uit de considerans – hebben die beginselen geresulteerd in de regels van de Algemene richtlijn (welke verdragsconform moeten worden uitgelegd). In art. 2 van de Algemene richtlijn (Bao) is vervolgens bepaald dat een aanbestedende dienst transparant dient te handelen en ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te bejegenen.

Uit hoofde van de Algemene richtlijn (Bao) bestaat (kort gezegd) een aanbestedingsplicht als sprake is van een overheidsopdracht. Onder 'overheidsopdracht' wordt verstaan een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten, die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten

---

5 Zie bijvoorbeeld C. Judmaier, 'Het Europese aanbestedingsrecht is altijd van toepassing', *Tender Nieuwsbrief* 2003, nr. 7, p. 4-5.

6 Waarover S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet & Maxwell 2005, p. 181 e.v. en Pijnacker Hordijk 2004, p. 12.

7 Zie Arrowsmith 2005, p. 218.

of het verlenen van diensten in de zin van de Algemene richtlijn (Bao).<sup>8</sup> Wat onder aanbestedende dienst moet worden verstaan is eveneens omschreven in de Algemene richtlijn en het Bao. Als aanbestedende diensten moeten in ieder geval worden aangemerkt de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.<sup>9</sup> Bijlage III bij de Algemene richtlijn bevat een lijst van publiekrechtelijke instellingen. Deze lijst heeft slechts indicatieve waarde en is niet uitputtend. De lijst is om die reden niet opgenomen als bijlage bij het Bao, maar te vinden op de aanbestedingsite van het ministerie van Economische Zaken.<sup>10</sup> De lijst zal gelet op het bepaalde in art. 1 lid 9 Algemene richtlijn regelmatig worden aangepast.<sup>11</sup>

De Algemene richtlijn (Bao) is slechts van toepassing als sprake is van een overheidsopdracht onder bezwarende titel en de geraamde waarde van de opdracht boven het toepasselijke drempelbedrag van art. 7 Algemene richtlijn (Bao) uitkomt. Een groot aantal opdrachten valt verder – ongeacht de waarde – (al dan niet gedeeltelijk) buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) of is op grond daarvan niet aanbestedingsplichtig. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om opdrachten die onder de relevante drempelwaarde blijven, dienstenconcessies en zogenaamde 2B-diensten (gedeeltelijke toepassing). De Algemene richtlijn (Bao)<sup>12</sup> kent tenslotte nog een groot aantal van de aanbestedingsplicht uitgezonderde andere opdrachten, zoals opdrachten voor diensten op basis van een uitsluitend recht<sup>13</sup> of betreffende de verwerving van onroerende zaken.<sup>14</sup> Voor opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn respectievelijk het Bao vallen, blijven de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer en de beginselen van aanbestedingsrecht van belang.

### 3 TRANSPARANTIEPLICHT OP EUROPEES NIVEAU

Op Europees niveau bestaat – anders dan de reeds aangehaalde overweging 2 bij de Algemene richtlijn – geen regelgeving waaraan een antwoord op de vraag kan worden ontleend, in hoeverre overheidsopdrachten buiten de richtlijn aan mededinging moeten worden blootgesteld. Het HvJ-EG heeft zich de afgelopen jaren evenwel een aantal keer gebogen over de vraag of een publicatieplicht geldt voor overheidsopdrachten die (geheel of gedeeltelijk) uitdrukkelijk van de toepassing van de Algemene richtlijn (Bao) zijn uitgezonderd.

---

8 Zie art. 1 lid 2 onder a Algemene richtlijn respectievelijk art. 1 sub h tot en met k Bao.

9 Zie art. 1 lid 9 Algemene richtlijn respectievelijk art. 1 sub r Bao.

10 Zie <[www.europeseaanbestedingsrichtlijnen.nl](http://www.europeseaanbestedingsrichtlijnen.nl)>.

11 Zie de Nota van Toelichting bij het Bao, *Stb.* 2005, 408, p. 56.

12 Art. 12 e.v. Algemene richtlijn respectievelijk art. 10 e.v. Bao.

13 Art. 18 Algemene richtlijn respectievelijk art. 17 Bao.

14 Art. 16 Algemene richtlijn respectievelijk art. 15 Bao.

*Telaustria*

In de Telaustria-zaak<sup>15</sup> diende het HvJ-EG een antwoord te geven op prejudiciële vragen van de Oostenrijkse rechter naar aanleiding van een geschil over de aanbesteding van een concessie voor het drukken en verspreiden van telefoonboeken. De zaak betrof een concessie voor diensten. Het HvJ-EG overwoog dat de opdracht van de werking van de (ten deze toepasselijke) richtlijn nutssectoren was uitgesloten, gelet op het feit dat de tegenprestatie niet bestond uit geld maar uit de verkrijging van het recht om de prestatie te exploiteren. Verder overwoog het HvJ-EG dat – alhoewel dergelijke concessieovereenkomsten uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn nutssectoren waren uitgesloten – aanbestedende diensten bij het sluiten van dergelijke overeenkomsten de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht dienden te nemen. Het HvJ-EG had in de Unitron-zaak<sup>16</sup> reeds vastgesteld dat dit verbod onder meer een verplichting tot transparantie met zich brengt, zodat kan worden vastgesteld of het non-discriminatiebeginsel wordt nageleefd. Het HvJ-EG vervolgt dan in de Telaustria-zaak dat deze verplichting tot transparantie inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.<sup>17</sup>

*Coname*

Het Coname-arrest<sup>18</sup> geeft nader inzicht in de transparantieplichting die voortvloeit uit het EG-verdrag. De Coname-zaak betrof de situatie waarin een Italiaanse gemeente de opdracht (concessie) voor het beheer en onderhoud van een gasdistributienetwerk zonder voorafgaande aanbesteding aan een gelieerde onderneming had verstrekt. Coname stelde dat deze dienst had moeten worden toegewezen via een aanbestedingsprocedure.

Het HvJ-EG stelt in de eerste plaats vast dat de concessie niet onder de werking van de (voormalige) Richtlijn diensten valt. Daarom moet het handelen van de gemeente worden onderzocht op basis van de artikelen 43 en 49 EG-verdrag. Het HvJ-EG overweegt daarop dat de toewijzing van de concessie aan een onderneming in de lidstaat van de aanbestedende dienst zonder enige mate van transparantie, een ongelijke behandeling in het nadeel van een onderneming in een andere lidstaat kan opleveren, aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat in de concessie geïnteresseerd kan zijn. Doordat transparantie heeft ontbroken, heeft laatstgenoemde onderneming geen reële mogelijkheid gehad om haar interesse voor deze concessie te tonen. Een

---

15 Zie HvJ-EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria), *Jur.* 2000, p. I-10745.

16 Zie HvJ-EG, 18 november 1999, C-275/98 (Unitron), *Jur.* 1999, p. I-8291.

17 Zie HvJ-EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria), *Jur.* 2000, p. I-10745, r.o. 60-62.

18 Zie HvJ-EG 21 juli 2005, C-231/03 (Co.Na.Me), *Jur.* 2005, p. I- 07287.

dergelijke ongelijke behandeling, die – doordat alle in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen worden uitgesloten – voornamelijk in het nadeel van deze laatste ondernemingen is, is behoudens objectieve rechtvaardiging een door de artikelen 43 en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.

Uit de Coname-zaak blijkt niet dat de transparantieplichting noopt tot het volgen van een aanbestedingsprocedure; er geldt slechts een publicatieverplichting. Dit onderscheid zal in de praktijk evenwel beperkt zijn. Indien aan een publicatieverplichting gevolg wordt gegeven en zich naar aanleiding daarvan gegadigden melden, is immers sprake van een aanbestedingssituatie (vergelijk de in paragraaf 1 gegeven definitie).

#### *Parking Brixen*

In de zaak *Parking Brixen*<sup>19</sup> oordeelt het HvJ-EG met betrekking tot de toewijzing van een dienstenconcessie – die buiten de werkingssfeer van de Algemene richtlijn en de (voormalige) Richtlijn diensten valt – in overeenstemming met het *Telaustria*-arrest dat de op een overheidsinstantie rustende transparantieplichting inhoudt, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.

Indien een opdracht buiten het toepassingsbereik valt van de Algemene richtlijn (BaO), kan aldus ingevolge de hiervoor besproken Europese jurisprudentie op grond van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer en de daarvan afgeleide beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie een transparantieplichting bestaan voor overheidsopdrachten.<sup>20</sup> Het transparantiebeginsel kan dus ook in het voortraject van de gunning van een overheidsopdracht verplichtingen scheppen.

#### *Standpunt Europese Commissie*

De afgelopen jaren heeft de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat op grond van het Europese aanbestedingsrecht – dat naast de richtlijnen bestaat uit bepalingen van primair recht vervat in het EG-verdrag – voor alle voorgenomen overheidsopdrachten een publicatieplicht bestaat, dus ook voor overheidsopdrachten die niet onder het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen. In dat verband kan onder meer worden verwezen naar het Groenboek

---

<sup>19</sup> Zie HvJ-EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), *Jur.* 2005, p. I-08612.

<sup>20</sup> Zie voor wat betreft opdrachten beneden de drempelwaarde HvJ-EG, 3 december 2001, C-9/00 (*Vestergaard*), *Jur.* 2001 p. I-9505. Met verwijzing naar de *Telaustria*-zaak overweegt het HvJ-EG dat aanbestedende diensten óók bij opdrachten die van het toepassingsbereik van de richtlijnen zijn uitgesloten de fundamentele regels van het Verdrag in acht moeten nemen. Een publicatieverplichting is in dit arrest niet aan de orde.

PPS.<sup>21</sup> Daarin heeft de Europese Commissie de positie ingenomen dat de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, proportionaliteit en wederzijdse erkenning eveneens van toepassing zijn op andere handelingen van de overheid waarbij een economische prestatie aan een derde wordt toevertrouwd. Als voorbeelden worden genoemd overheidsopdrachten met een waarde beneden de toepasselijke drempelwaarde, 2B-diensten en concessieovereenkomsten.

De Europese Commissie heeft haar standpunt eveneens neergelegd in een aantal door haar aanhangig gemaakte inbreukprocedures, waarin de betrokken lidstaten wordt verweten dat zij de verdragsbeginselen (en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel) niet hebben nageleefd.<sup>22</sup> Genoemd kunnen worden de zaak Hoogezand Sappemeer (zaaknummer van de Commissie 2000/4318) over het gunnen van werken onder de drempelwaarde zonder concurrentie, de zaak C-195/04 (Europese Commissie/Finland) over de aankoop van de uitrusting voor een industriële keuken onder de drempelwaarde en de zaak C-532/03 (Europese Commissie/Ierland; An Post) over de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht op IB-diensten (thans 2B-diensten).

Recentelijk heeft de Europese Commissie haar standpunt samengevat in een interpretatieve mededeling over het toepasselijke gemeenschapsrecht op overheidsopdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen.<sup>23</sup> De Europese Commissie beoogt met de mededeling haar visie te verduidelijken ten aanzien van de verplichtingen die voortvloeien uit het EG-verdrag en de hiervoor genoemde rechtspraak. De uit deze regels en beginselen afgeleide transparantieplichting (en de daaruit voortvloeiende publicatieplichting) geldt volgens de Europese Commissie in ieder geval voor de verlening van dienstenconcessies, opdrachten beneden de drempelwaarde en 2B-diensten.<sup>24</sup> Zij geldt echter niet voor de specifieke uitzonderingssituaties waarin de Algemene richtlijn (Bao) voorziet, zoals bij dwingende spoed en het geval dat een opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan één bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd.<sup>25</sup> Opmerkelijk is dat de Europese

---

21 Zie noot 34 in het Groenboek over PPS en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004, COM(2004)327 def.

22 Zie voor een overzicht van de inbreukprocedures in 2004, J. Hebly, E. Palm en L. Kröner-van Rappard, 'Overzicht inbreukprocedures Aanbesteding 2004', *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht*, 2006, p. 64-72.

23 Interpretatieve Mededeling van de Commissie over Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 1 augustus 2006, *PbEU* C179/2.

24 Zie p. 3 van de mededeling.

25 Zie p. 5 van de mededeling. Vergelijk de situaties genoemd in art. 31 Algemene richtlijn (Bao).

Commissie in haar ontwerp-versie voor deze interpretatieve mededeling<sup>26</sup> – met inachtneming van dezelfde uitzonderingen als zojuist genoemd – nog stelde dat de transparantieplichting zou gelden voor alle situaties van overheidsopdrachten buiten het toepassingsbereik van de richtlijnen.<sup>27</sup>

In verschillende inbreukprocedures voeren diverse lidstaten verweer tegen de interpretatie van het transparantiebeginsel door de Europese Commissie. Nederland heeft bijvoorbeeld in een aantal inbreukprocedures geïntervenieerd ten gunste van de lidstaten die door de Commissie werden aangeklaagd voor niet-naleving van de transparantieplichting bij gunning van opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao).<sup>28</sup> Verder hebben Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk forse kritiek geuit op de ontwerp-mededeling van de Europese Commissie van oktober 2005.<sup>29</sup> Volgens die lidstaten heeft de toepasselijkheid van het non-discriminatiebeginsel op opdrachten onder de drempelwaarde niet tot gevolg dat het HvJ-EG alle opdrachten die niet tevoren adequaat zijn gepubliceerd op voorhand zou moeten aanmerken als een discriminatoire handeling van (een autoriteit van) een lidstaat. De betreffende landen constateren met zorg de tendens dat het HvJ-EG op basis van de verdragsbeginselen steeds verdergaande eisen stelt aan het vergeven van opdrachten die niet onder de werking van de Algemene richtlijn vallen. Deze landen verwerpen de poging van de Europese Commissie om een nieuw aanbestedingsregime te introduceren voor overheidsopdrachten die niet onder de werking van de Algemene richtlijn vallen, omdat dat zou leiden tot onnodig hoge administratieve lasten voor opdrachten zonder duidelijk belang voor

---

26 Zie de website <[www.dstgb-vis.de](http://www.dstgb-vis.de)>, European Commission, Commission Interpretative Communication on Community law applicable to contract awards not or only partially covered by the public procurement directives, CC/2005/11 EN, Brussels, 11 October 2005 (draft).

27 Vergelijk de tekst van de ontwerp mededeling (p. 5): 'Through these rulings, the Court has developed a set of basic standards for the award of contracts which are derived from the rules and principles of the EC-Treaty and therefore have the status of primary law. These standards apply in principle to all situations falling within the scope of the fundamental freedoms of the EC-Treaty where an entity belonging to or acting on behalf of a Member State awards a contract which is not covered by the detailed rules of the Directives on public procurement.' en de tekst van de definitieve mededeling, Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23 June 2006, <<http://ec.europa.eu/internalmarket/publicprocurement/key-docsen.htm>>, (p. 3): 'These standards apply to the award of services concessions, to contracts below the thresholds and to contracts for services listed in Annex II B to Directive 2004/18/EC and in Annex XVII B to Directive 2004/17/EC in respect of issues not dealt with by these Directives.'

28 Aldus G.W.A. van de Meent, 'Een eerste kennismaking met de nieuwe aanbestedingswet', *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht* 2006, p. 163.

29 Position of Austria France and Germany on the draft communication of the European Commission on the Community law applicable to contract awards not or only partially covered by the public procurement Directives (document CC/2005/11 EN of 11 October 2005), met name alinea 2 en 4. Zie <[www.nima.no/forbund/nok/frontpage/1147341763.doc](http://www.nima.no/forbund/nok/frontpage/1147341763.doc)>.

de interne markt. De landen doen een oproep aan de Europese Commissie om de ontwerp-mededeling in te trekken.

Tenslotte is ook in de literatuur veel kritiek geuit met betrekking tot de uitleg van het transparantiebeginsel door de Europese Commissie.<sup>30</sup> De daarmee geschapen rechtsonzekerheid heeft onder meer betrekking op de vraag hoever de publicatieplicht zich uitstrekt, bijvoorbeeld voor welk soort opdrachten een publicatieplicht geldt danwel vanaf welke waarde. De hiervoor besproken uitspraken van het HvJ-EG hebben immers enkel betrekking op de toewijzing van dienstenconcessies met (naar het zich laat aanzien) een waarde boven de drempelwaarde. Ons is geen rechtspraak bekend met betrekking tot de concrete vraag of en zo ja in hoeverre een publicatieverplichting zich ook uitstrekt over andere uitgezonderde opdrachten, zoals opdrachten beneden de drempelwaarde of 2B-diensten. Verder kan in het Coname-arrest een uitzondering worden gelezen op de transparantieverplichting, te weten in geval van bijzondere omstandigheden zoals een zeer geringe economische waarde van een opdracht.<sup>31</sup>

De overwegingen van het HvJ-EG in de hiervoor besproken arresten zijn echter algemeen geformuleerd en lijken niet specifiek toegeschreven op de omstandigheid dat in die arresten sprake was van toewijzing van een dienstenconcessie van substantiële waarde. Op basis van de genoemde jurisprudentie valt derhalve niet uit te sluiten dat een transparantieverplichting ook kan gelden voor andere categorieën van uitgezonderde opdrachten.<sup>32</sup>

Wij achten het evenwel onjuist om op basis van de thans beschikbare regelgeving en jurisprudentie een publicatieplicht aan te nemen voor alle overheidsopdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) vallen. De Europese Commissie lijkt dat standpunt thans in essentie te delen door de werking van haar interpretatieve mededeling te beperken tot concessieovereenkomsten, opdrachten beneden de drempelwaarde en 2B-diensten, en in haar interpretatieve mededeling uitdrukkelijk ruimte

---

30 Zie in dit verband onder meer: p. Braun, 'A matter of principle(s) – The Treatment of Contracts Falling outside the scope of the European Public Procurement Directives', *P.P.L.R.* (2000) 9, nr. 1, p. 39 e.v.; E.H. Pijnacker Hordijk en M. Meulenbelt, 'A Bridge Too Far', *P.P.L.R.* (2005) 14, nr. 3, p. 123 e.v.; M.O. Meulenbelt, 'Alles aanbesteden', in: D.L.M.Th. Dankers-Hagenaars en P.A.W. Piepers (red.), *Aan Wil besteed*, Deventer: Kluwer 2003, p. 57 e.v.; E.J. Stalenberg, 'De zaak Co.na.me. Voorlopig eindpunt in een campagne van de Europese Commissie met als doelstelling: meer aanbesteden', *BR* 2005, p. 882 e.v.; T. Straatman, 'De publicatieplicht uit hoofde van het EG Verdrag: het Coname-arrest', *VGR* 2005-4, p. 106 e.v.

31 Zie Coname, r.o. 20 e.v., waarover M. Straatman, F.G. Wilman en H.J. Albers, 'Nogmaals Co.Na.Me', *BR* 2006, p. 28. De Europese Commissie kondigde in haar ontwerp interpretatieve mededeling van oktober 2005 aan dat zij in beginsel geen procedure zal starten voor opdrachten waarvan de waarde niet groter is dan 10 procent van de toepasselijke drempelwaarde; in de definitieve mededeling is deze ondergrens evenwel vervallen.

32 Zie in vergelijkbare zin T. Straatman 2005, p. 109.



te laten voor situaties waarin aanbestedende diensten een overheidsopdracht verlenen zonder voorafgaande publicatie.

Ons inziens zou die laatste mogelijkheid moeten gelden voor alle uitdrukkelijk van de Algemene richtlijn (Bao) uitgezonderde situaties, zoals de situaties genoemd in de artikelen 12-18 richtlijn, de uitgezonderde percelen van art. 9 richtlijn, de gevallen genoemd in art. 31 richtlijn en de opdrachten onder de drempelwaarden van art. 7 richtlijn. Dat zijn immers de gevallen waarover de Europese wetgever zich uitdrukkelijk heeft uitgelaten en die aldus bewust buiten een Europese aanbestedingsplicht (en de daarmee samenhangende bekendmakingsverplichtingen) zijn gehouden. Met Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk menen wij dan ook dat het nationale recht van de lidstaten voor de (publicatie)verplichtingen ten aanzien van die overheidsopdrachten bepalend zou moeten zijn.

#### 4 TRANSPARANTIEPLICHT OP NATIONAAL NIVEAU

Naar Nederlands recht geldt voor overheidsorganen geen (wettelijke) aanbestedings- of publicatieplicht voor opdrachten die buiten de werking van het Bao vallen. Een aanbestedings- of publicatieplicht kan wel voortvloeien uit beleidsregels. Zo zijn de vier bouwministeries (Verkeer en Waterstaat, Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieu, Defensie en Landbouw Natuur en Visserij) op grond van de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005<sup>33</sup> – ook voor opdrachten voor werken die buiten de werking van het Bao vallen – verplicht het Aanbestedingsreglement Werken 2005 toe te passen.<sup>34</sup> Voor lagere overheden vloeit geregeld een aanbestedingsplicht (en een daarmee samenhangende publicatieplicht) voort uit eigen vastgesteld beleid.

Vermeldenswaard in dit verband is het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 23 maart 2006.<sup>35</sup> In art. 10 van dit wetsvoorstel is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Art. 11 bepaalt daarnaast dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. In art. 12 lid 1 tenslotte is opgenomen dat een aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid voor potentieel belanghebbende ondernemers dient te waarborgen, zodat het gunnen van een (overheids)opdracht op onpartijdigheid kan worden getoetst. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke mate van openbaarheid voor welke gevallen passend is.

Op grond van het wetsvoorstel moeten aanbestedende diensten bij toepassing van specifieke regels zoals die zijn opgenomen in het Bao en het Bass de algemene beginselen uit het wetsvoorstel in acht nemen. Dat deze algemene

---

33 *Stcrt.* 25 oktober 2005, nr. 207, p. 14.

34 ARW 2005, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 709, nr. 8.

35 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 501, nr. nr. 1 e.v.

beginselen ook gelden voor (overheids)opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, volgt volgens de Memorie van Toelichting uit de (hierboven aangehaalde) Europese jurisprudentie.

De eisen die concreet voortvloeien uit deze beginselen kunnen ingevolge het wetsvoorstel verschillen naar gelang de aard, omvang, waarde etc. van (het voorwerp van) de opdracht. Ten aanzien van overheidsopdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao), zoals opdrachten beneden de drempelwaarde, wordt in de Memorie van Toelichting het volgende overwogen:<sup>36</sup>

‘Voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts gedeeltelijk van toepassing zijn (zoals op dit moment nog de (overheids)opdrachten onder de Europese drempelbedragen), dient steeds per individuele opdracht, overeenkomst of prijsvraag te worden bezien welke eisen voortvloeien uit de beginselen die zijn opgenomen in de artikelen 10 tot en met 13. Hierbij moet voorts worden bedacht dat van de omstandigheden van het concrete geval afhankelijk is hoe deze beginselen zich in het concrete geval tot elkaar verhouden. Op dit moment biedt bovenvermelde jurisprudentie onvoldoende helderheid over de concrete gevolgen die deze uitspraken hebben voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts gedeeltelijk van toepassing zijn.’

Het voorstel voor de Aanbestedingswet neemt aldus tot uitgangspunt dat het beginsel van transparantie – en de daaruit voortvloeiende publicatieplicht – in principe altijd in acht moet worden genomen, ook bij overheidsopdrachten buiten het toepassingsbereik van het Bao. Tot welke verplichtingen dit concreet leidt, wordt op grond van het wetsvoorstel niet duidelijk.

## 5 INVULLING VAN DE PUBLICATIEPLICHT

Op Europees niveau is niet geregeld op welke wijze aan een transparantieverplichting invulling moet worden gegeven voor opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao). Het HvJ-EG laat zich niet uit over die vraag. In haar conclusie bij het Coname-arrest heeft advocaat-generaal Six-Hackl wel stilgestaan bij de vraag op welke wijze publicatie dient plaats te vinden. Zij noemt de mogelijkheid van locale, regionale, nationale of Europese publicatie. Ook meent zij dat onder omstandigheden het verzenden van aankondigingen kan volstaan. Zij stelt zich op het standpunt dat de nationale rechter, geconfronteerd met de vraag of voldoende openbaarheid is betracht, door een marktanalyse zou moeten onderzoeken welke potentiële opdrachtnemers geïnteresseerd zouden kunnen zijn in een opdracht, waarbij de aard

---

<sup>36</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 501, nr. 3, p. 32.

en de omvang van de opdracht een doorslaggevende rol zouden kunnen spelen.

De Europese Commissie heeft reeds in haar interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten uit 2000<sup>37</sup> uitleg gegeven over de middelen die transparantie kunnen waarborgen:

‘Transparantie kan door elk daartoe geëigend middel, waaronder publiciteit, worden gewaarborgd. Welk middel geëigend is, hangt af van en houdt rekening met de specifieke aspecten van de betreffende sectoren. (...) Transparantie kan worden gewaarborgd door, onder andere, publicatie van een (voor)aankondiging in dagbladen of gespecialiseerde kranten of door uithanging. (...) De Commissie is van mening dat op deze wijze aan het vereiste van transparantie is voldaan.’

In het eerder aangehaalde artikel van Judmaier werd (door een ambtenaar van de Europese Commissie) betoogd dat de exacte omvang en vorm van transparantie afhangt van het voorwerp van de opdracht en de mate waarin de belangstelling van enkel regionale, nationale of Europese inschrijvers gewekt kan zijn.

De Europese Commissie bevestigt in haar interpretatieve mededeling de overweging van het HvJ-EG in de Coname-zaak dat aanbestedende diensten niet verplicht zijn om een aanbestedingsprocedure te houden maar dat volstaan kan worden met het bekendmaken van de essentiële details van de voorgenomen opdracht en de soort procedure.<sup>38</sup> Ten aanzien van de wijze waarop publicatie moet plaatsvinden, noemt de Commissie in haar mededeling verschillende opties variërend van publicatie in het officiële publicatieblad van de Europese Unie tot lokale publiciteit. De keuze dient te worden gebaseerd op het belang van de opdracht voor de interne markt, in het bijzonder in verband met de waarde van de opdracht en de bijzonderheden van de relevante sector. Hoe groter het belang voor potentiële inschrijvers van andere lidstaten, hoe breder de publiciteit dient te zijn.

Op nationaal niveau is evenmin geregeld op welke wijze concreet aan een publicatieverplichting zal moeten worden voldaan. Wel geeft het wetsvoorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet een eerste aanzet. Uit de eerder aangehaalde bepalingen van dit wetsvoorstel blijkt dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen, alsmede transparant moet handelen. Ter waarborging van een goede uitvoering van de algemeen geldende aanbestedingsverplichtingen is in art. 21 lid 1 van het wetsvoorstel het volgende bepaald:

‘Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen ter bevordering van de gelijke behandeling van ondernemers, de concurrentie tussen ondernemers, de

---

37 Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over concessieovereenkomsten in het communautair recht, *PbEG* 2000, C 121/2.

38 Zie p. 6 van de interpretatieve mededeling.

innovatie en de transparantie met inbegrip van een passende mate van openbaarheid als bedoeld in artikel 12 voorschriften worden vastgesteld die een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf in acht moet nemen voordat hij een overheidsopdracht gunt, of een raam- of concessieovereenkomst sluit of een prijsvraag sluit.’

Blijkens de Memorie van Toelichting is deze regeling opgenomen om te voorzien in een grondslag voor nadere regels over de uit de jurisprudentie van het HvJ-EG voortvloeiende verplichting om een passende mate van openbaarheid te betrachten. Op dit moment wordt met deze grondslag volstaan, omdat nog niet duidelijk is wat het HvJ-EG precies verstaat onder deze verplichting. Dit laatste is ons inziens een weinig principiële standpunt, dat de bestaande rechtsonzekerheid ten onrechte in stand houdt. In onze visie zijn in de maatschappij voldoende mogelijkheden voorhanden om ten behoeve van een ‘passende publicatie’ tot een glijdende schaal van publicatiemogelijkheden te komen, van gemeentelijk publicatiebord, via eigen website of landelijke publicatie, tot Europese publicatie, en aan te geven in welke gevallen welke mate van publicatie passend voorkomt.

Als voorbeeld voor een ‘passende mate’ van publicatie kan worden verwezen naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht over de verlening van een langdurige parkeerconcessie,<sup>39</sup> waarin overeenkomstig de Europese jurisprudentie werd geoordeeld dat de gemeente gehouden was een passende mate van openbaarheid te betrachten. De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemeente aan haar publicatieverplichting had voldaan door voorafgaand de betreffende stukken ter inzage te leggen in de publiekshal van het stadhuis en het raadsbesluit op haar website bekend te maken.

## 6 ONTWIKKELING VIA DE RECHTSBESCHERMING

De Europese Commissie heeft onlangs een ontwerp voor herziening van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gepubliceerd.<sup>40</sup> Uit de toelichting op dit voorstel blijkt dat het doel van de wijziging met name is het verhogen van de doeltreffendheid van de beroepsmogelijkheden van ondernemers in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, zowel ingevolge de Algemene richtlijn als op basis van de beginselen van het EG-verdrag. Een ieder wiens rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht.<sup>41</sup>

---

39 Vzng. Rb. Utrecht 16 augustus 2005, BR 2005, 1105.

40 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, Brussel 4 mei 2006, COM(2006)195 def., 2006/0066 (COD).

41 Zie p. 3 van het voorstel.

Voorkomen dient te worden dat overeenkomsten onwettig worden gesloten zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging, aldus het ontwerp. In dat kader moeten aanbestedende diensten transparant handelen. Een gemotiveerde kennisgeving van een gunningsbesluit dient plaats te vinden, dan wel een passende bekendmaking via een vereenvoudigde aankondiging van een geplaatste opdracht. Het moment van kennisgeving respectievelijk aankondiging is bepalend voor het ingaan van een opschortende termijn voor het sluiten van de overeenkomst. De opschortende termijn dient ertoe benadeelde inschrijvers de gelegenheid te bieden beroep in te stellen in een stadium waarin inbreuken nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

Uit de considerans bij de ontwerp Richtlijn volgt dat de opschortingstermijn en de verplichting tot transparantie gelden voor iedere onderhandse opdracht. In overweging 7 van het voorstel is het volgende opgenomen:

‘Echter rekening gehouden met het feit dat het onwettig onderhands plaatsen van opdrachten algemeen als ernstig wordt beschouwd en ter verzekering van een doeltreffende rechtsbescherming van de belanghebbenden, dient een opschortende minimumtermijn, gekoppeld aan een verplichting tot doorzichtigheid te worden toegepast voor ieder onderhands plaatsen van opdrachten zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging op grond van de in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG vastgestelde afwijkingen, en, hoe dan ook, telkens wanneer een aanbestedende dienst een opdracht waarvan het bedrag de in die richtlijnen vastgestelde drempels overschrijdt, zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging onderhands plaatst bij een persoon die rechtens van hem onderscheiden is. (...)’

Uit overweging 7 en de hiervoor genoemde toelichting bij de ontwerp Rechtsbeschermingsrichtlijn volgt aldus dat de transparantieverplichting niet beperkt blijft tot opdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de Algemene richtlijn, maar ook zal komen te gelden voor daarvan uitgezonderde opdrachten. De ontwerp Rechtsbeschermingsrichtlijn zal daarmee – indien zij wordt aangenomen – het standpunt van de Europese Commissie zoals neergelegd in haar recente Interpretatieve mededeling, formaliseren.

## 7 TOT SLOT

In deze bijdrage zijn de recente ontwikkelingen geschetst met betrekking tot het transparantiebeginsel in het kader van een voorgenomen opdrachtverlening. Voor opdrachten binnen het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) is de transparantieverplichting verankerd in de Algemene richtlijn (Bao) in de vorm van een verplichting tot bekendmaking in het Europese Publicatie-

blad.<sup>42</sup> De ontwikkelingen met betrekking tot het transparantiebeginsel hebben daarnaast geleid tot de vraag of voor opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) een van de transparantieplichting afgeleide publicatieplicht geldt.

Op basis van de rechtspraak van het HvJ-EG moet worden vastgesteld dat een publicatieplicht geldt voor de niet aan de Algemene richtlijn (Bao) onderworpen dienstenconcessie van substantiële omvang. De Europese Commissie heeft op basis van die rechtspraak het standpunt ingenomen dat een voorafgaande publicatie steeds verplicht is, dus voor alle situaties die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) vallen. Dat standpunt is ons inziens onjuist.

Recentelijk heeft de Commissie haar standpunt samengevat in een interpretatieve mededeling. Op basis daarvan kan worden vastgesteld dat de Europese Commissie haar mening in dier voege heeft herzien dat slechts voor dienstenconcessies, opdrachten beneden de drempelwaarde en 2B-diensten een passende mate van openbaarheid in acht moet worden genomen; indien de Algemene richtlijn (Bao) voorziet in een specifieke uitzondering kan de opdracht worden gegund zonder voorafgaande publicatie. Bovendien stelt de Europese Commissie zich thans op het standpunt dat de verdragsbeginselen alleen van toepassing zijn op opdrachten die voldoende relevant zijn voor de interne markt. Zij lijkt daarmee enigszins tegemoet te komen aan de in de praktijk geuite kritiek. De interpretatie van de Europese Commissie blijft ons inziens evenwel te verstrekkend.

Op nationaal niveau is in de ontwerp Aanbestedingswet vastgelegd dat de verdragsbeginselen dienen te worden toegepast voor opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) vallen. In het wetsvoorstel is niet vastgelegd op welke wijze dat moet gebeuren. Daardoor blijft de bestaande rechtsonzekerheid in stand.

Tot slot vloeit uit de ontwerp Rechtsbeschermingsrichtlijn voort dat aanbestedende diensten transparant moeten handelen in het kader van een (voorgenomen) gunning om te voorkomen dat opdrachten onwettig onderhands en zonder mededinging worden vergeven. Uit de ontwerp richtlijn valt af te leiden dat de transparantieplichting niet alleen geldt voor opdrachten binnen het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn, maar ook voor opdrachten die daarbuiten vallen. Langs een omweg lijkt de Europese Commissie aldus alsnog een algemene publicatieplichting te introduceren.

De recente ontwikkelingen hebben (nog) niet geleid tot de gewenste duidelijkheid ten aanzien van de verplichtingen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Nadere rechtspraak of regelgeving zal aldus noodzakelijk blijken om de bestaande rechtsonzekerheid te beëindigen.

---

42 Art. 35 Algemene richtlijn (Bao).