



PIANOo-congres 2008

Schakelen!

mr dr H.D. van Romburgh
**Recente jurisprudentie
aanbestedingsrecht**

Recente jurisprudentie

- Slechts een greep uit de actuele ontwikkelingen
- Vandaag bijzondere aandacht voor aanbestedingsplicht van:
 - >> II-B-diensten
 - >> Opdrachten onder de drempel
 - >> Transparantie selectie- en gunningcriteria

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Alles aanbesteden?

- Iedere opdracht met een geraamde waarde van groter of gelijk aan drempelwaarde dient in beginsel te worden aanbesteed.
- De normale procedures zijn daarvoor de openbare en niet-openbare procedure.
- Andere procedures slechts in bijzondere gevallen.
- Tot zover de hoofdregel.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Richtlijn geldt echter niet voor alle opdrachten

- Sommige opdrachten vallen geheel of deels buiten werkingssfeer van de richtlijn, zoals:
 - >> Opdrachten met een geraamde waarde kleiner dan de daarvoor geldende drempel;
 - >> Opdrachten vallende onder bijlage II-B van richtlijn 2004/18.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Gelden er dan toch regels?

- Beschikking Vestergaard (3 december 2001, C-59/00), r.o. 21:
 - >> Een opdracht met een geraamde waarde onder de drempel valt niet onder de werkingssfeer van de richtlijn.
 - >> Dergelijke opdrachten moeten wel worden beoordeeld in het licht van de fundamentele regels van het verdrag.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Non-discriminatie

HvJ EG Unitron Scandinavia en 3-S (C-275/98, r.o.31):

- Beginsel van non-discriminatie mag niet eng worden uitgelegd;
- Dit verplicht onder meer tot transparantie.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Concessieovereenkomsten voor diensten

- Vallen uitdrukkelijk buiten de werkingssfeer van de richtlijn.
- Ook hier gelden volgens het Hof in het arrest Telaustria (C-324/98) de fundamentele regels van het verdrag.
- Resulteert in een verplichting tot het in acht nemen van 'een passende mate van openbaarheid' voor 'elke potentiële inschrijver'.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Standpunt Commissie

- De uitspraken van het Hof hebben de Commissie verleid tot standpunt: ook bij opdrachten *buiten werkingssfeer* richtlijn *steeds* een passende mate van openbaarheid.
- Dus ook voor II-B-diensten en opdrachten onder de drempel!

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Wat is een 'passende mate van openbaarheid'?

- HvJ EG geeft geen echt uitsluitend.
- In diverse arresten wel handvatten gegeven (zie onder meer Parking Brixen, Coname).
- Commissie van mening dat transparantie door elk daartoe gepast middel moet zijn gewaarborgd.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Alles aanbesteden?

- Commissie heeft standpunt in Interpretatieve mededeling (PbEU 2006, C 179) vastgelegd.
- Standpunt Commissie niet houdbaar.
- Alles aanbesteden is suboptimaal en leidt tot verhoging van lastendruk.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Pseudowetgeving?

- Interpretatieve mededeling ontbeert deugdelijk rechtsbasis.
- Duitse regering is van mening dat Commissie niet bevoegd is tot het vaststellen van een dergelijke mededeling.
- Klacht bij GvEA (T-258/06). Zes lidstaten en EU-parlement hebben zich gevoegd.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

An Post

- Arrest van 13 november 2007 (C-507/03):
bij II-B-diensten slechts twee verplichtingen:
 - >> regels technische specificaties
 - >> publicatieplicht ex post
- ...tenzij, een *duidelijk* grensoverschrijdend belang.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Duidelijk grensoverschrijdend belang

- 'Duidelijk' moet worden aangetoond.
- Volstaan met stellen niet voldoende. Rechter mag immers niet uitgaan van vermoedens!
- In An Post is Commissie in bewijsvoering niet geslaagd.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

An Post bevestigd

- Arrest Cie./Italië (ambulancevervoer), C-119/06 van 29 november 2007 bevestigd An Post.
- Cie. niet in geslaagd aan te tonen dat opdracht boven de drempel kwam. Ook niet geslaagd dat er een duidelijk grensoverschrijdend belang is (r.o. 63 en 66).
- Dus geen plicht tot ex ante bekendmaken.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Onder de drempel

- In arrest van 21 februari 2008 (Cie./Italië, C-412/04): bij opdrachten met geraamde waarde kleiner dan drempel: geen enkele specifieke verplichting. (r.o. 65-66).
- Alleen bij een 'duidelijk' grensoverschrijdend belang *enige mate* van verplichting tot openbaarheid.
- Hof herhaalt An Post.
- Legt nadruk op het *interstatelijke* bij handelsverkeer.

Opdrachten onder de drempel en II-B-diensten

Wat is nu grensoverschrijdend belang?

- Objectieve criteria die duiden op duidelijk grensoverschrijdend belang zijn er niet. Steeds een zaak van afwegen.
- Bestaan kan evenwel worden uitgesloten bij *zeer geringe economische betekenis* (HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, SECAP, r.o. 31 en bijvoorbeeld situatie Coname, r.o. 20).
- In grensregio's kunnen opdrachten met geringe waarde echter *wel* duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Pas op !!

Transparantie van selectie- en gunningcriteria

Transparantie van selectie en gunningcriteria

- Laatste jaren eisen aan transparantie aanmerkelijk aangescherpt (zie onder meer arresten SIAC, Succhi di Frutta, ATI EAC en Lianakis/Alexandroupolis).
- Transparantie noodzakelijk om non-discriminatie aan te kunnen tonen. Het gaat om discriminatie naar nationaliteit – interstatelijk handelsverkeer.
- Artikel 2 van Richtlijn spreekt van 'betrachten'. Wetsgeschiedenis lijkt echter meer te duiden op resultaatsverplichting.

Transparantie van selectie en gunningscriteria

Wel inzicht en inspanning verwacht bij inschrijver

- SIAC-arrest gaat uit van vooronderstelling dat inschrijvers enig inzicht hebben.
- Toetsing aan alle aanbestedingsdocumenten.
- Inschrijvers moeten vragen stellen bij (vermeende) onduidelijkheid; anders wordt voldoende transparantie aangenomen (RvA 28-12-2005, TA 2006/38).

Transparantie van selectie en gunningcriteria

Transparantie

Transparantie is noodzakelijk om non-discriminatie aan te kunnen tonen.

- In het arrest *Succhi di Frutta* van 29 april 2004 (C-496/99P) heeft het HvJ EU de maatstaven voor transparantie geformuleerd:
 - >> de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke concurrentie (r.o. 110);
 - >> toepassing van het beginsel van gelijke behandeling (r.o. 108);
 - >> voldoende transparantie vooraf (r.o. 111);
 - >> voldoende transparantie achteraf (r.o. 109).

Transparantie van selectie en gunningcriteria

Voorwaarden moeten vooraf bekend zijn

- Alle gestelde elementen van de gunningscriteria – inclusief de weegfactoren - moeten bij beoordeling worden toegepast (Universale Bau, r.o. 100).
- Deze elementen moeten ook *vooraf* bekend zijn gemaakt (HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06, Lianakis/Alexandroupolis, r.o. 36).
- Dat geldt ook voor de opgelegde contractvoorwaarden. Immers de markt moet kennis kunnen nemen van de strekking van de toe te passen elementen van de aanbesteding.

Transparantie van selectie en gunningcriteria

Gedurende hele aanbesteding gelijk

- Strijdig met gelijkheidsbeginsel indien eisen in later stadium nader worden uitgewerkt (SIAC, r.o. 43). Ook wijzigen is onaanvaardbaar (Wienstrom-arrest)
- Aanvullen van subelementen van vooraf vastgestelde criteria alleen toegestaan, indien:
 - >> geen wijziging in vastgelegde gunningscriteria – zou anders strijdig zijn met gelijkheidsbeginsel (Zo ook Vzr. Haarlem 5 december 2005 LJN AZ1072);
 - >> geen elementen bevatten die de voorbereiding van de offertes *hadden kunnen* beïnvloeden;
 - >> geen elementen bevatten die discriminerend kunnen zijn (ATI EAC, r.o. 32).

Vrijheid in gebondenheid!

Transparantie van selectie en gunningcriteria

Invloed contractvoorwaarden op aanbesteding

- Transparantie van contractvoorwaarden van belang voor inschrijvers. Immers elementen als licentievoorwaarden, boetes, garantieverplichtingen en aansprakelijkheid kunnen grote invloed hebben op inschrijvingsbeslissing of prijsstelling.
- Er is geen ruimte voor onderhandelingen (Rb. Den Haag 18 mei 2006, Staat/Getronics, LJI AY7482). Wel voor fine tuning!

Transparantie van selectie en gunningcriteria

Evenwicht

- Bij het stellen van contractvoorwaarden dient een aanbestedende dienst een 'evenwicht' aan te houden.
- Vergaande voorwaarden maken eisen echter op zich niet tot onredelijk of disproportioneel (Rb. Utrecht 21 maart 2007 LJN BA2053).
- Disproportionele contractuele eisen maken aanbesteding ook niet onderhandelbaar of wijzigbaar. Een 'gedicteerd contract' is voor arbiters rechtens niet relevant. Indien risico's niet aanvaardbaar worden geacht, dan niet inschrijven of tegen hoge prijs (RvA 23 november 2007, nr. 71 129, n.n.g.).

Transparantie van selectie en gunningscriteria

Onderscheid gunningcriteria en contractvoorwaarden

- Onredelijke gunningscriteria worden door rechter op disproportionaliteit getoetst. Dat kan leiden tot onder meer een bevel tot staken procedure of een bevel tot heraanbesteding.
- Praktijk wijst uit dat dit niet op gaat voor contractvoorwaarden. De inhoud van de aan te gane overeenkomst wordt bepaald door de aanbestedende dienst. Dat eisen ver gaan, maakt hen nog niet tot onredelijk of disproportioneel (Vzr. Utrecht 21 maart 2007 LJN BA2053). Uitgangspunten: contractvrijheid en beginselen van gelijke behandeling en transparantie!

Transparantie van selectie en gunningcriteria

Tekstsuggesties

- Het is marktpartijen toegestaan *tekstsuggesties* bij hun inschrijving te voegen.
- Aanbestedende diensten zijn niet gehouden suggesties over te nemen. Mogelijk anders strijd met gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel.
- De aanbestedende dienst beslist derhalve over de contractuele voorwaarden tussen partijen!

Transparantie van selectie en gunningscriteria

Voorbehoud

- Bij het maken van een voorbehoud door een marktpartij, is er sprake van een *voorwaardelijke* inschrijving.
- Een voorwaardelijke inschrijving wordt geacht niet te zijn gedaan. Deze dient vervolgens buiten mededinging te blijven. (Zie ook HvJ EG in arrest Storebaelt, r.o. 43).

Ik dank u.