

praktijkvraag

Wat is het toepasselijke aanbestedingsregime bij IIB-diensten?

Maart 2009

Vraag

Graag zou ik van u informatie ontvangen over de vereisten waaraan voldaan moet worden bij opdrachten voor IIB-diensten waarvan de waarde het drempelbedrag overschrijdt. Ingevolge het Bao is er sprake van een verplichting om de technische specificaties op te nemen in de aanbestedingsstukken en een publicatie van aankondiging. De Europese Commissie stelt zich op het standpunt dat transparantieregels ook van toepassing zijn op (onder meer) overeenkomsten voor IIB-diensten (zie de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 23 juni 2006). Moeten de diverse uitspraken van het Hof van Justitie van de EG aldus worden geïnterpreteerd dat het Hof van Justitie de Interpretatieve mededeling onderschrijft? Is er nu sprake van een openbare aanbestedingsplicht voor IIB-diensten?

Antwoord

Afhankelijk van het grensoverschrijdend belang van een opdracht voor IIB-diensten kan er sprake zijn van een transparantieplichting en een daaruit voortvloeiende aanbestedingsprocedure. Voor een beter begrip van de aanbestedingsverplichtingen bij IIB-diensten is onder meer nadere uitleg van het Bao, Europese en nationale jurisprudentie en de zg. Interpretatieve Mededeling (2006) over transparantieplichtingen bij overheidsopdrachten van belang.

Het BAO

In uw vraagstelling geeft u zelf al aan dat voor IIB-diensten een lichte aanbestedingsplicht geldt. Op IIB-diensten zijn bij overschrijding van het drempelbedrag slechts de artikelen 23 en 35 twaalfde tot en met zestiende lid Bao (Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten) van toepassing. Artikel 23 BAO ziet op de verplichting tot het maken van een bestek met de 'technische specificaties', waarbij deze specificaties niet mogen leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging. Artikel 35 leden 12 t/m 16 Bao hebben betrekking op de melding van de opdrachtverlening achteraf aan de Commissie. Daarbij moet worden aangegeven of al dan niet ingestemd wordt met publicatie van het gunningbericht.

Vanouds werden de verplichtingen die aan de IIB-diensten verbonden waren inderdaad strikt geïnterpreteerd in de zin van: publicatieplichting achteraf (aan wie is gegund) en inachtnaam van de non-discrimatieplichtingen (weergegeven in het artikel van de technische specificaties). Dit werd in de praktijk uitgelegd als de mogelijkheid om IIB diensten onderhands te kunnen gunnen. Deze interpretatie is – ingevolge de Interpretatieve mededeling van de Commissie (zie later)- aan verandering onderhevig.

Europese jurisprudentie

Ook u wijst al op de ontwikkeling dat ingevolge diverse jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en uitingen van de Europese Commissie steeds duidelijker wordt dat ook voor opdrachten die niet onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen en IIB diensten de algemene Verdragsbeginselen van het EG-Verdrag van toepassing zijn en dientengevolge enigerlei aanbestedingsregime zou moeten gelden. Dit zou voortvloeien uit het EG-verdrag en de beginselen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten, de vrijheid van vestiging en de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en gelijke behandeling.

Zie voor deze jurisprudentie ook onze website:

<http://prototype.europadecentraal.nl/menu/342/Transparantie.html>

Deze uitspraken wijzen erop dat de EG-beginselen van non-discriminatie, transparantie en objectiviteit ook moeten worden toegepast bij aanbestedingen die niet onder de werking van de richtlijn vallen. Dit wordt wel zodanig geïnterpreteerd, dat bij iedere overheidsopdracht enige mate van transparantie dan wel concurrentiestelling zou moeten gelden. Dit zou specifiek voor de Nederlandse situatie niet alleen

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

praktijkvraag

betekenen dat ook voor nationale aanbestedingen en IIB diensten een bepaalde aanbestedingsprocedure zou dienen te worden toegepast, maar ook dat de ruimte tot onderhandse één op één gunning (enkelvoudig onderhandse gunning) niet meer zou bestaan. Voor nationale aanbestedingen en IIB-diensten onder de drempelwaarde is hierbij mede van belang wat de toekomstige Aanbestedingswet voor een mogelijk aanbestedingsregime zal gaan vastleggen. Zie voor meer informatie ook <http://www.europadecentraal.nl/menu/498/Aanbestedingswet.html>

Daarnaast dient rekening te worden gehouden met de diverse uitspraken van het Hof van Justitie EG. Onder meer in de definitieve uitspraken van het Hof in de zaken Europese Commissie tegen Ierland (C 532/03), de zaak An Post (C-507/03) en de zaak Commissie tegen Italië (C-119/06) wordt nader ingegaan op het transparantiebeginsel en IIB-diensten. Deze uitspraken bieden ook nadere duidelijkheid over de mening van het Hof ten aanzien van IIB-diensten en het toepasselijke aanbestedingsregime. Hieruit blijkt in elk geval dat het Hof het grensoverschrijdend belang van een opdracht koppelt aan de transparantieplichting. De Interpretatieve Mededeling uit 2006 over toepassing van het transparantiebeginsel bij overheidsopdrachten gaf hiertoe al een aanzet.

De Interpretatieve mededeling onder de drempel/ IIB-diensten

De Interpretatieve Mededeling over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slecht gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02) van de Europese Commissie die in juli 2006 verscheen aangaande opdrachten onder de drempel of voor IIB diensten, wordt wel uitgelegd in die zin dat onderhandse enkelvoudige gunning niet langer toegestaan is.

Zie voor de mededeling onze website

http://prototype.europadecentraal.nl/menu/360/Interpretatieve_documenten_Commissie.html

De mededeling geeft aan dat 'als basisnorm voor het plaatsen van opdrachten de beginselen van gelijkheid en non discriminatie leiden tot een verplichting tot transparantie die inhoudt dat aan iedere potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend'. Hieruit wordt dus wel opgemaakt dat enige verplichte mate van concurrentiestelling zou gelden. De enige beperking die in de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld is 'dat de aan het EG-Verdrag ontleende normen alleen gelden voor opdrachten die voldoende verband houden met de werking van de interne markt en dat het dientengevolge de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst is om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn in een beoogde opdracht. Derhalve zal de aanbestedende dienst de relevantie van de opdracht voor de interne markt in het licht van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie dienen te beoordelen'. Voor de wijze waarop dat dient te geschieden geeft paragraaf 1.3 van de mededeling enige handvatten. Indien de aanbestedende dienst concludeert dat de opdracht relevant is voor de interne markt, moet deze worden gegund volgens de aan het EG-recht ontleende basisnormen. Op het moment dat de opdracht relevant voor de interne markt is geeft paragraaf 2 van de mededeling een aantal handvatten voor wijze van-, het medium waarbij-, alsmede de inhoud van de bekendmaking.

Indien een aanbestedende dienst derhalve tot de conclusie komt dat de opdracht in het specifieke geval van belang zou kunnen zijn voor de interne markt, dient deze derhalve ook de ondernemingen uit andere lidstaten kansen te bieden ingevolge de Mededeling. Indien de aanbestedende dienst tot de conclusie komt dat dit niet het geval zou zijn, geldt ingevolge de Mededeling dat beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit in acht moeten worden genomen, ook ten aanzien van aanbestedingen die niet onder de werking van de richtlijn vallen. Dit betekent niet per definitie dat IIB-diensten voortaan altijd verplicht via een Europese openbare aanbestedingsprocedure moeten worden vergeven, maar wel dat bij IIB-diensten dient te worden afgewogen of de betreffende opdracht van belang zou kunnen zijn voor de interne markt en zo ja, de opdracht gegund dient te worden volgens de aan het EG-recht ontleende basisnormen. Hoe groter het belang voor de interne markt, hoe meer aansluiting bij een Europese

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

praktijkvraag

aanbestedingsprocedure is dat geval voor de hand ligt.

Nationale jurisprudentie

Tot slot wijzen wij ook nog op een aantal nationale uitspraken waarin het gaat om verplichtingen die aanbesteders bij de aanbesteding van IIB-diensten in acht dienen te nemen, waarbij het ook om bredere verplichtingen dan louter de transparantieplichting gaat. Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Voorzieningenrechtbank van de rechtbank Den Haag (21 januari 2008, Compass/Nederlandse Staat, LJN.nr. BC3144) en 14 februari 2007, Clingendael/Nederlandse Staat-ROI, LJN.nr. BA0220), Arnhem (26 februari 2007, van der Linden/ Arnhem-Kanters, LJN.nr. BA 1484) en Breda (6 juni 2007, Stichting ROC/Breda), LJN.nr BA8381) en de uitspraak van rechtbank Rotterdam (kort geding, zaaknr. 273207/KG ZA 06-1069, Adriaanse (& van der Weel) tegen gemeente Capelle aan den IJssel, 12 december 2006). Deze zaak geeft nadere invulling aan (geschiktheids- en gunnings-)eisen die gelden bij een Europese aanbesteding van een IIB-dienst.

In rechtsoverweging 4.2 geeft de rechtbank aan dat uit artikel 54 lid 1 Bao volgt dat, indien als gunningscriterium de economisch meest voordelige inschrijving geldt, de aanbestedende dienst een overheidsopdracht gunt op grond van criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat een geschiktheidseis niet als gunningscriterium kan worden gehanteerd. Nu het hier echter, zoals de gemeente ook onweersproken heeft gesteld, gaat om rechtskundige diensten als bedoeld in bijlage 2 onderdeel B van het Bao, geldt dat de aanbestedende dienst- de gemeente- ingevolge artikel 21 van het Bao bij het gunnen van de opdracht slechts gehouden is tot toepassing van artikel 23 en 35, 12^e tot en met het 16^e lid Bao. In deze bepalingen zijn geen voorschriften opgenomen die inhouden dat bij de gunning geen geschiktheidseisen mogen worden gehanteerd. De stelling van Adriaanse dat uit de opbouw van het aanbestedingsdocument zou volgen dat de algemene aanbestedingssystematiek wordt gevolgd (waarmee zij kennelijk wil aangeven dat de gemeente de toepasselijkheid van (ook) artikel 54 Bao over zich heeft afgeroepen)- wat daar ook van zij – gaat niet op, nu er gelet op de in overweging 2.2 geciteerde passage (de gemeente had duidelijk aangegeven dat het om IIB-aanbestedingsprocedure ingevolge artikel 21 Bao ging) geen misverstand over kan bestaan dat de gemeente slechts de beperkte procedure van artikel 21 Bao wenste toe te passen. Indien al juist is dat de gemeente bij de gunning geschiktheidseisen heeft gehanteerd, staat het Bao daaraan niet aan in de weg. In rechtsoverweging 4.3 en 4.4. gaat de rechtbank nog nader in op de stelling van Adriaanse dat er in onderhavige aanbesteding sprake zou zijn van strijdigheid met het non-discriminatiebeginsel. De rechtbank stelt- onder verwijzing naar de uitwerking van de beginselen uit de Interpretatieve mededeling 2006/C 179/02- dat er geen sprake is van disproportionele, discriminatoire eisen van de gemeente (het ging om de beoordeling van gevraagde expertise op bepaalde rechtsgebieden). Tot slot heeft Adriaanse nog aangevoerd dat het gunningsbesluit ondeugdelijk is omdat de beoordeling van bepaalde gunningcriteria niet transparant en objectief is. De rechtbank volgt Adriaanse niet. In rechtsoverweging 4.6 stelt de rechtbank dat het gunningscriterium 'de economisch meest voordelige aanbesteding' de aanbestedende dienst in beginsel een ruime beoordelingsvrijheid biedt, mits daarbij objectieve criteria worden gehanteerd en aan de eisen van transparantie en duidelijkheid is voldaan. Aan die voorwaarden is voldaan.

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.