

Opinie inzake HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (Commissie-Italië)

“De artikelen 43 EG en 49 EG leggen overigens geen algemene verplichting tot gelijke behandeling op, maar een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (-)”

mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal februari 2008

Aan de orde is een door de Europese commissie krachtens artikel 226 EG Verdrag ingestelde ‘inbreukprocedure’.

Door de vaststelling van een aantal artikelen in een Kaderwet inzake openbare werken (“*wet nr. 109/1994*”) en een Uitvoeringsregeling van die Kaderwet zou Italië - volgens de Commissie - de op haar rustende verplichtingen krachtens de (oude) Richtlijnen Werken (93/37/EEG), Diensten (92/50/EEG), Leveringen (93/36/EEG) en Nutssectoren (93/38/EEG), als ook krachtens de artikelen 43 en 49 van het EG Verdrag en de daaruit voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling niet zijn nagekomen.

Het door de Commissie ingestelde beroep kent 6 grieven. Hoewel de behandeling van grief 1 interessante overwegingen kent ten aanzien van het onderwerp van de ‘gemengde opdrachten’ (zie r.o. 34 t/m 52), beperk ik me hier tot de grieven en overwegingen die zien op de werking van het transparantiebeginsel en mitsdien op de artikelen 43 en 49 van het EG Verdrag.

Opdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden

Met name gaat het bij onderhavig arrest (zie de behandeling van de grieven 2 (eerste deel) t/m 5) om de werking van het transparantiebeginsel bij opdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden.

Zeer interessante overwegingen zijn onder andere r.o. 65 en r.o. 66:

“In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de gemeenschapswetgever er uitdrukkelijk en principieel voor heeft gekozen om opdrachten die beneden een bepaalde drempel blijven, van de door hem ingevoerde openbaarmakingregeling uit te sluiten. Voor deze opdrachten heeft hij dus geen enkele specifieke verplichting opgelegd.

Wanneer evenwel vaststaat dat een dergelijke opdracht een bepaald grensoverschrijdend belang vertoont, levert de gunning van deze opdracht aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijkterwijs in deze opdracht

geïnteresseerd zijn. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk in het nadeel is van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, die immers alle worden uitgesloten, een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (zie in die zin, met betrekking tot richtlijn 92/50, arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

Het ‘*An Post arrest*’ wat handelde over ‘*Bijlage IB (thans 2B) diensten*’ lijkt met dit arrest bevestigd te worden en lijkt (aldus) eveneens van toepassing op overheidsopdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden.

Hoewel de Nederlandse vertaling van onderhavig arrest nu spreekt over ‘*een bepaald grensoverschrijdend belang*’ kan - gelet op de Engelse vertaling van onderhavig arrest, die (nog steeds) spreekt over “*of certain cross-border interest*” - wat mij betreft (nog steeds) worden aangenomen, dat een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig moet zijn bij overheidsopdrachten die het Europese drempelbedrag niet overschrijden, wil het primaire recht uit de artikelen 43 en 49 van het EG Verdrag en/of het transparantiebeginsel toepassing (kunnen) vinden.

Is bij een overheidsopdracht die het Europese drempelbedrag niet overschrijdt géén duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig, behoeft (aldus) geen rekening te worden gehouden met het primaire recht uit de artikelen 43 en 49 van het EG Verdrag en/of het transparantiebeginsel. Los van de vraag overigens of mogelijk een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is, wanneer wel een duidelijke grensoverschrijdend belang aanwezig is.

Gunnen van overheidsopdrachten zonder openbaarmakingsverplichting

In het voorkomend geval kunnen overheidsopdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden aldus in beginsel onderhands gegund worden zonder openbaarmakingsverplichting.

In beginsel omdat natuurlijk ook rekening dient te worden gehouden met het (andersluidende) aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst, alsmede mogelijk (ook) met andersluidende nationale wet- en regelgeving.

Met betrekking tot dit laatste kent onderhavig arrest eveneens een interessante overweging in r.o. 67:

“Aangezien de richtlijnen, zoals de advocaat-generaal in punt 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, ingevolge artikel 249 EG verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat voor wie zij bestemd zijn, en de gemeenschapswetgever onder meer door de vaststelling van drempels bepaalde opdrachten van de werkingssfeer van richtlijn 93/37 heeft uitgesloten, zijn de lidstaten niet verplicht om in hun wetgeving ter omzetting van deze richtlijn te bepalen dat de artikelen 43 EG en 49 EG,

die enkel gelden onder de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden, in acht moeten worden genomen.”

Zie overigens ook r.o. 82:

“Aangezien de uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie dus - voor zover de door bovengenoemde rechtspraak gestelde voorwaarden zijn vervuld - van rechtswege gelden voor deze opdrachten, ook al vallen deze op grond van de waarde ervan buiten de werkingssfeer van deze richtlijn, kan niet worden verlangd dat de nationale wetgeving tot omzetting van deze richtlijn uitdrukkelijk naar deze verplichtingen verwijst.”

De Nederlandse wetgever is aldus niet verplicht om in de nieuwe Aanbestedingswet bepalingen op te nemen ter borging van het primaire recht uit de artikelen 43 en 49 EG Verdrag en/of het transparantiebeginsel waar het gaat om overheidsopdrachten die het Europese drempelbedrag niet overschrijden. Ik verwijs overigens naar hetgeen ik reeds heb vermeld in mijn opinie aangaande het ‘*An Post arrest*’:

“Onderdrempels in de nieuwe aanbestedingsregelgeving

Voor zover ik heb begrepen, zullen bij of krachtens de nieuwe Aanbestedingswet onderdrempels in de Nederlandse wetgeving worden geïntroduceerd. Zie bijvoorbeeld artikel 21 van het Voorstel van Wet en de Memorie van Toelichting daarop (pag. 46 e.v.).

Als één van de redenen daartoe wordt tot dusverre het transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende ‘passende mate van openbaarheid’ genoemd. Bijvoorbeeld waar het gaat om overheidsopdrachten met een waarde onder de Europese drempel of om Bijlage 2B dienstenopdrachten.

Het lijkt er op dat voornoemde reden thans in heroverweging dient te worden genomen, omdat die onderbouwing c.q. legitimering voor het vastleggen van onderdrempels in (een) algemene rechtsregel (s) door onderhavig arrest bekritiseerd kan worden.

Uitgaande van de lijn die het Hof met onderhavig arrest heeft ingezet, is de toepassing van het primaire recht en/of transparantiebeginsel immers (steeds) afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Een duidelijk grensoverschrijdend belang moet (steeds) in kwestie aanwezig zijn (aangetoond worden).

Dit gegeven betekent dat thans met recht de vraag kan worden gesteld, of het transparantiebeginsel er nog steeds toe leidt dat algemene rechtsregels (onderdrempel-regels) moeten worden opgesteld voor die gevallen waarin een specifieke, individueel concrete aanpak en beoordeling feitelijk vereist is?

Vooralsnog zou mogelijk betoogd kunnen worden, dat alsdan sprake is van een vorm van regeldrift die niet in overeenstemming lijkt te zijn met - als ik het goed lees (pag. 47 MvT) - het voornemen van het kabinet om de administratieve lastendruk voor (alle) partijen bij het aanbestedingsproces niet onnodig te laten oplopen en om de autonomie van gemeenten en provincies zo veel als mogelijk te waarborgen.”

Ik voeg er thans wel aan toe, dat er mogelijk (wel) andere redenen of motieven (dan het transparantiebeginsel) aanwezig zouden of denkbaar kunnen zijn om tot onderdrempels over te gaan.

Een rechtstreekse ‘1 op 1’ gunning

Zelfs een *rechtstreekse ‘1 op 1’ gunning* van overheidsopdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden, acht ik in het voorkomend geval - wanneer geen duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is, of wanneer een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is - in beginsel mogelijk.

In het onderhavige arrest was de Commissie van mening (zie r.o. 86) dat de artikelen 27, lid 2, en 28, lid 4, van wet nr. 109/1994, voor zover op grond daarvan de betrokken overheidsopdrachten voor dienstverlening rechtstreeks, zonder oproep tot mededinging, kunnen worden gegund, in strijd zijn met hetzij de richtlijnen 92/50 en 93/38, hetzij de artikelen 43 EG en 49 EG, naargelang van het bedrag van de betrokken opdrachten.

Het Hof overweegt (evenwel, zie r.o. 92):

“Aangezien de gunning van het toezicht op de werken conform de in de richtlijnen 92/50 en 93/38 neergelegde regels moet worden verricht, is de rechtstreekse gunning aan de projectontwikkelaar overeenkomstig artikel 27, lid 2, van wet nr. 109/1994 in strijd met deze richtlijnen, voor zover het gaat om opdrachten die op basis van hun bedrag binnen de werkingssfeer van die richtlijnen vallen.”

Overheidsopdrachten die het Europese drempelbedrag niet overschrijden vallen buiten de werkingssfeer van de richtlijnen (zie ook r.o. 65).

Zie verder r.o. 94:

“Wat in de tweede plaats de opdrachten betreft waarvoor de waarde van de betrokken diensten onder de drempel voor de toepassing van de richtlijnen 92/50 en 93/38 ligt, impliceert de omstandigheid dat de toepasselijke nationale bepalingen, zoals in de punten 68 en 82 van het onderhavige arrest is vastgesteld, niet uitdrukkelijk vermelden dat de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen gelden, geenszins dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting bij de gunning van deze opdrachten niet hoeven te worden geëerbiedigd, voor zover is voldaan aan de voorwaarden die in de in punt 66 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak zijn vastgesteld.”

“Voor zover is voldaan aan de voorwaarden die in de in punt 66 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak zijn vastgesteld”: Wanneer aldus een duidelijk (bepaald) grensoverschrijdend belang aanwezig is en/of geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is, moet bij overheidsopdrachten die het Europese drempelbedrag niet overschrijden rekening worden gehouden met het primaire recht uit de artikelen 43 en 49 EG Verdrag en/of het transparantiebeginsel. Een rechtstreekse ‘1 op 1 gunning’ is dan in beginsel niet aan de orde of mogelijk.

Is echter - aan de andere kant - geen duidelijk (bepaald) grensoverschrijdend belang aanwezig, of is een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig, zou aldus volgens dit arrest een overheidsopdracht die het Europese drempelbedrag niet overschrijdt, in beginsel rechtstreeks ‘1 op 1’ gegund kunnen worden.

De grieven van de Commissie dat de artikelen 27, lid 2, en 28, lid 4, van wet nr. 109/1994, voor zover op grond daarvan de betrokken overheidsopdrachten voor dienstverlening rechtstreeks, zonder oproep tot mededinging, kunnen worden gegund, in strijd zijn met hetzij de richtlijnen 92/50 en 93/38, hetzij de artikelen 43 EG en 49 EG, naargelang van het bedrag van de betrokken opdrachten, worden (dan ook) door het Hof verworpen voor zover deze inhouden dat de artikelen 43 EG en 49 EG zijn geschonden (zie r.o. 95).

Afrondend

Met onderhavige uitspraak lijkt (wederom) meer duidelijkheid te zijn gecreëerd ten aanzien van de werking van het transparantiebeginsel. Of de inkoop in de praktijk er door de jurisprudentie eenvoudiger op wordt, is/blijft de vraag?

Bij een voorgenomen (meervoudig) onderhandse aanbesteding of een voorgenomen ‘1 op 1 gunning’ van Bijlage 2B diensten en/of van overheidsopdrachten die het Europese drempelbedrag niet overschrijden, is het - mede gelet op onderhavig arrest - in ieder geval aangewezen voor een aanbestedende dienst om een gedegen (relevante) marktanalyse uit te voeren.

Ook in deze uitspraak blijkt verder (maar weer) dat het adagium *‘wie stelt, moet bewijzen’* op gaat. Meer in concreto wordt in r.o. 106 van onderhavig arrest duidelijk, dat de artikelen 43 en 49 EG Verdrag geen algemene verplichting tot gelijke behandeling opleggen, maar een verbod op discriminatie op grond van nationaliteit. In een inbreukprocedure dient de Europese Commissie aan te tonen, dat (eventueel) sprake is van een dergelijke discriminatie.

De bewijslast ligt derhalve bij degene die stelt dat het primaire recht is geschonden, maar een aanbestedende dienst doet er mijns inziens goed aan bij een voorgenomen (meervoudig) onderhandse aanbesteding of een voorgenomen ‘1 op 1 gunning’ van Bijlage 2B diensten en/of van overheidsopdrachten die het Europese drempelbedrag niet overschrijden, tijdens de marktanalyse goed

te onderzoeken of mogelijk discriminatie van ondernemers in een andere lidstaat zal (gaan) plaatsvinden (meer concreet, of - zie r.o. 66 van onderhavig arrest - in een andere lidstaat gevestigde ondernemers, mogelijksterwijs in de opdracht geïnteresseerd zijn).