

'Wie stelt moet bewijzen' en van 'potentieel' naar 'duidelijk'

HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (An Post)

Mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal november 2007

Op 13 november 2007 deed het Hof van Justitie (HvJ EG) de lang verwachte uitspraak omtrent de werking van het transparantiebeginsel met betrekking tot Bijlage IB (thans Bijlage 2B) diensten.

Terzake had de Europese Commissie het Hof verzocht vast te stellen dat Ierland, door zonder voorafgaande bekendmaking een opdracht voor dienstverlening, bestaande in de betaling van sociale uitkeringen, aan An Post (de Ierse Post) te gunnen, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens de artikelen 43 en 49 EG Verdrag en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht die gelden voor opdrachten voor het verrichten van dergelijke diensten.

De casus ging over de toepassing van Richtlijn 92/50 (Richtlijn Diensten oud) doch is ook bruikbaar voor het huidige recht ingevolge Richtlijn 2004/18/EG en/of het BAO.

De uitkomst van het arrest laat zich als volgt lezen (r.o. 32-35):

“In deze omstandigheden dient de Commissie aan te tonen dat de betrokken opdracht, ondanks het feit dat zij betrekking heeft op de onder bijlage IB bij richtlijn 92/50 vallende diensten, duidelijk belang had voor een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst, en dat deze onderneming haar interesse voor deze opdracht niet heeft kunnen uiten doordat zij vóór de gunning ervan geen toegang had tot bruikbare informatie.

Volgens vaste rechtspraak moet de Commissie het Hof immers alle gegevens verschaffen die dit nodig heeft om te kunnen vaststellen of er inderdaad sprake is van een verzuim, en kan zij zich daarbij niet baseren op een of ander vermoeden [-], in casu op het vermoeden dat een opdracht voor het verlenen van diensten die onder bijlage IB bij richtlijn 92/50 vallen en waarvoor de in punt 24 van het onderhavige arrest beschreven regels gelden, noodzakelijkerwijs een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

In casu heeft de Commissie deze gegevens niet verschaft. De loutere verklaring dat een klacht over de betrokken opdracht bij haar is ingediend, volstaat immers niet om aan te tonen dat deze opdracht duidelijk van grensoverschrijdend belang was en om dientengevolge het bestaan van een verzuim vast te stellen.

Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat Ierland, door zonder voorafgaande bekendmaking een opdracht voor dienstverlening, bestaande in de betaling van sociale uitkeringen, aan An Post te gunnen, niet is tekortgeschoten in

de verplichtingen die op hem rusten krachtens de artikelen 43 EG en 49 EG en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht die gelden voor opdrachten voor het verrichten van dergelijke diensten.”

“*Wie stelt, moet bewijzen*” heet dat. In casu is de Europese Commissie te kort geschoten in haar bewijs (-plicht) en kreeg zij aldus geen gelijk van het Hof.

Is onderhavige formele - op procedurele (bewijs-) gronden gebaseerde - uitspraak een tegenvaller c.q. teleurstelling? Valt hier materieel in de praktijk niets mee te doen?

Ik betwijfel het. Ik denk dat onderhavige uitspraak materieel gezien de nodige consequenties heeft c.q. kan hebben, danwel wat interessante aanknopingspunten voor de praktijk biedt.

Toepasselijkheid van het primaire recht in het voorkomend geval

Allereerst laat het Hof omtrent de eventuele toepasselijkheid van de betreffende artikelen uit het EG-Verdrag geen twijfel (meer) bestaan (zie r.o. 26-31):

“Vaststaat evenwel dat de gunning van overheidsopdrachten onderworpen blijft aan de fundamentele regels van gemeenschapsrecht en met name aan de in het Verdrag neergelegde beginselen van vrije vestiging en vrije dienstverrichting [-].

Volgens vaste rechtspraak zijn de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair niveau gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden [-].

Richtlijn 92/50 streeft een dergelijk doel na. Blijkens de twintigste overweging van de considerans ervan strekt deze richtlijn immers ertoe een einde te maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken, door voor de dienstverleners de toegang tot de procedures voor het plaatsen van opdrachten te vergemakkelijken [-].

Hieruit volgt dat de door de gemeenschapswetgever vastgestelde regeling inzake de bekendmaking van opdrachten voor het verlenen van onder bijlage IB vallende diensten niet aldus kan worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan de toepassing van de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende beginselen in het geval dat dergelijke opdrachten toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen.

Voor zover een opdracht voor het verlenen van onder bijlage IB vallende diensten een dergelijk 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 mogelijkwerwijs 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 [-].”

In het voorkomend geval kan het primaire recht aldus (wel degelijk) een rol spelen bij Bijlage 2B diensten. Met onderhavig arrest worden de arresten HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria) en HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname) op dit punt bevestigd.

In het voorkomend geval omdat volgens onderhavig arrest, de betreffende IB (2B) dienstenopdrachten (dan wel) een duidelijk grensoverschrijdend belang (volgens de Engelse tekst: “of certain cross-border interest”) moeten hebben.

Een duidelijk grensoverschrijdend belang

Daarmee samenhangend, ten tweede. Ik ben er tot nu toe van uitgegaan dat de werking van het primaire recht en daarmee het transparantiebeginsel verband zou moeten houden met een ‘*potentieel grensoverschrijdend belang*’ of met een ‘*mogelijke relevantie voor de interne markt*’.

Ik meende zulks te lezen in ondermeer r.o. 17 van HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname):

“Dienaangaande zij opgemerkt dat, aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de’ Botti in deze concessie geïnteresseerd kan zijn [onderstreping KW], de toewijzing, zonder enige transparantie, van deze concessie aan een onderneming in laatstgenoemde lidstaat, een ongelijke behandeling in het nadeel van de onderneming in de andere lidstaat oplevert (zie in die zin arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 61)”

En in de op 23 juni 2006 door de Europese Commissie gepubliceerde ‘*Interpretatieve Mededeling omtrent de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen*’ (2006/C 179/02). Zie bijvoorbeeld paragraaf 1.3:

“De aan het EG-Verdrag ontleende normen gelden alleen voor opdrachten die voldoende verband houden met de werking van de interne markt. Het Hof heeft in dit opzicht bepaald dat er in specifieke gevallen van mag worden uitgegaan dat “wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie” ondernemingen uit andere lidstaten niet geïnteresseerd zullen zijn. In een dergelijk geval moet “de impact op de betrokken fundamentele vrijheden [...] als te toevallig en te indirect [...] worden beschouwd” om de toepassing van aan het primaire Gemeenschapsrecht ontleende normen te rechtvaardigen.

Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn [onderstreping KW] in een beoogde opdracht. Volgens de Commissie moet

deze beslissing zijn gebaseerd op een evaluatie van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie, zoals het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering.

Als de aanbestedende dienst concludeert dat de opdracht relevant is voor de interne markt [onderstreping KW], moet deze worden gegund volgens de aan het Gemeenschapsrecht ontleende basisnormen.”

De begrippen ‘*potentieel grensoverschrijdend belang*’ en/of een ‘*mogelijke relevantie voor de interne markt*’ zijn dusdanig ruim (en abstract) dat daar het nodige onder verstaan (geschaard) zou kunnen worden. Daarmee rekening houdend, moet in het concrete geval in beginsel niet al te lichtvaardig worden geconcludeerd dat het primaire recht en/of het transparantiebeginsel geen toepassing behoeven te vinden. Een eventueel onrechtmatig handelen is immers (zo) snel aanwezig. Vele aanbestedende diensten hebben de laatste jaren bijvoorbeeld dientengevolge maar het zekere voor het onzekere genomen en Bijlage 2B diensten in het voorkomend geval aanbesteed met vrijwillige toepassing van de Richtlijn en/of middels een Europese aankondiging.

Na onderhavig arrest twijfel ik. Immers, ik zie in onderhavige uitspraak dat een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ aanwezig moet zijn wil het primaire recht en/of het transparantiebeginsel toepassing (kunnen) vinden. Dat ‘duidelijk grensoverschrijdende belang’ moet dan blijkens dit arrest overigens ook nog concreet worden aangetoond door degene die stelt dat het aanwezig is èn voorts moet worden aangetoond dat een onderneming haar interesse voor de betreffende opdracht niet heeft kunnen uiten doordat zij vóór de gunning ervan geen toegang had tot bruikbare informatie.

Conclusie 1: Een aankondiging op www.aanbestedingskalender.nl, een passende mate van openbaarheid

Dit brengt mij reeds tot één conclusie. Ik denk dat een nationale aankondiging op een elektronisch medium als www.aanbestedingskalender.nl (reeds) een voldoende mate van transparantie verschaft voor de (eventuele, in het voorkomend geval aangewezen) aanbesteding van een Bijlage 2B dienstenopdracht. Door het internet is het (immers) in beginsel voor elke onderneming in een andere lidstaat dan Nederland mogelijk om vóór de gunning van die Bijlage 2B dienstenopdracht toegang te verkrijgen tot bruikbare informatie. Is een onderneming uit een andere lidstaat bijvoorbeeld geïnteresseerd in opdrachten in Nederland, dan is het voor haar relatief gezien eenvoudig om met regelmaat www.aanbestedingskalender.nl te raadplegen.

Voorzover de Europese Commissie in haar Interpretatieve Mededeling (par. 2.1.2) suggereert dat voor grote Bijlage 2B diensten, een publicatie in/op het Publicatieblad van de Europese Unie / TED aangewezen zou zijn, is dit dus thans niet meer terecht.

Conclusie 2: De risico's verminderen

Vervolgens concludeer ik dat het er op lijkt dat door onderhavig arrest, de feitelijke risico's voor een aanbestedende dienst die verband houden met (een eventuele) schending van het transparantiebeginsel lijken te zijn afgenomen. De kans op onrechtmatig handelen door een aanbestedende dienst lijkt feitelijk kleiner (te zijn) geworden. Zowel in kwantitatieve, als in relatieve zin. Ik kom hierop door het volgende:

1. Doordat sprake moet zijn van een *duidelijk* grensoverschrijdend belang en niet van een '*potentieel grensoverschrijdend belang*' en/of van een '*mogelijke relevantie voor de interne markt*', zal het aantal gevallen waarin het primaire recht en/of het transparantiebeginsel toepassing moet vinden logischerwijs in omvang beperkter zijn, dan tot nu toe vóór onderhavig arrest nog moest worden aangenomen. Een 'kan-gehalte' is bijvoorbeeld wat anders of omvat in beginsel meer, dan een 'duidelijk ("*certain*") -gehalte'.
2. Het gegeven dat degene die stelt dat het transparantiebeginsel is geschonden, dat ook daadwerkelijk moet bewijzen c.q. aantonen, zal er toe leiden dat het aantal (inbreuk-) procedures omtrent het transparantiebeginsel naar verwachting in omvang gering zal blijven. Zo'n procedure veronderstelt immers dat ondermeer als onderbouwing (bewijs) een gedegen marktanalyse dient te worden overlegd, waarin bijvoorbeeld wordt ingegaan op de kenmerken van de betreffende sector in kwestie waaronder bijvoorbeeld te verstaan, de omvang en structuur van de betreffende markt en de handelspraktijken daarin. Het is maar de vraag of bijvoorbeeld de Europese Commissie zulke tijd- en geldroevende activiteiten in alle gevallen wenst te ondernemen. Blijft het aantal (inbreuk-) procedures in omvang beperkt, dan zullen ook de eventuele boetes in omvang beperkt blijven. Daarnaast wordt het echte bewijs van een grensoverschrijdend belang feitelijk pas (echt) geleverd als zich ook daadwerkelijk terzake (serieuze) ondernemers uit andere lidstaten aandienen (presenteren). Voorzover bijvoorbeeld al zou kunnen worden aangenomen dat een Nederlandse onderneming in een Nederlandse zaak met recht een beroep zou kunnen doen op het primaire recht en/of het transparantiebeginsel, hetgeen ik overigens betwijfel vanwege het niet-interstatelijke karakter van zo'n louter Nederlandse zaak, zal die onderneming naar verwachting zich deze moeite besparen ten eventuele faveure van een buitenlandse concurrent.

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.