

# Aanbestedingen in de Europese bouwwereld

UAR, ARW, Bass, Bao, richtlijn hier, beleidslijn daar: het aanbestedingsrecht is niet eenvoudig. Een jaar geleden werd een wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet verworpen door de Eerste Kamer. Deze zomer zal het ministerie van Economische Zaken met een nieuw voorstel komen dat moet leiden tot een coherent en uniform juridisch aanbestedingskader. Het wordt tijd dat die wet er komt, want de vele berichten in de kranten over schending van de aanbestedingsregels stemmen niet vrolijk. Tot die tijd moeten we ons een weg banen door de Europese regels, de jurisprudentie van het Hof in Luxemburg en Nederlandse reglementen. Een overzicht.

**E**r speelden nogal wat problemen rond aanbestedingen. Voor degene die niet ingewijd is: aanbesteden is het benaderen van de markt om een ondernemer te vinden die bereid is een bepaalde opdracht uit te voeren tegen een redelijke prijs. Met aanbesteding moeten alle ondernemers evenveel kansen krijgen om een opdracht binnen te slepen. In de praktijk is het voor kleinere bedrijven heel lastig. Je hebt haast een specialist nodig om alle paperassen te organiseren. Niet alleen dat is een bezwaar. Uit de parlementaire enquête Bouwnijverheid een aantal jaar geleden bleek na een grootscheeps onderzoek naar aanleiding van de bouwfraude dat 'de integriteit van ondernemers en aanbestedende diensten en de professionaliteit van de aanbestedende dienst veel te wensen over laten en dat de wet- en regelgeving niet toegankelijk waren'.

## Later

In 2004 kwamen er twee Europese richtlijnen op dit gebied die tot doel hadden de boel eenvoudiger te maken en voor eenvormigheid te zorgen. De belangrijkste voor de bouw is richtlijn 2004/18/EG voor werken, leveringen en diensten. Deze verving drie oudere richtlijnen uit het begin van de jaren negentig. Zoals dat is met richtlijnen, moeten deze worden uitgevoerd in alle lidstaten, op een manier die door elke lidstaat zelf wordt gekozen. In de implementatie zijn de landen dus vrij, alleen het in de richtlijn omschreven resultaat moet worden bereikt. De aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in het 'Bao' (het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten) en het 'Bass' (Besluit aanbestedingen speciale sectoren). Voor de aanbestedingen in de bouw is het Bao van belang, maar

daarmee behoorden de andere reglementen nog niet tot de geschiedenis.

## De Aanbestedingswet

Toen kwam vorig jaar het Ontwerp Aanbestedingswet met het doel om de Europese implementatieverplichtingen na te leven en om door integratie van de bestaande regels eindelijk een einde te maken aan de lappendeken van reglementen en wetten en richtlijnen. Het streven van de wet was om gelijke behandeling van ondernemers, de concurrentie, de transparantie en de innovatie te waarborgen. Maar het voorstel werd niet alleen verworpen door de Eerste Kamer, het stuitte ook in de bouwwereld op veel kritiek. De wet zou dan wel voor alle overheden gaan gelden, maar zou nog steeds veel zaken niet uniform regelen. De eisen die in de wet werden gesteld zouden bovendien nog steeds geen einde maken aan de papieren rompslomp die de aanbestedingsprocedure met zich meebrengt.

Aan een nieuwe versie, die wel uniformiteit moet brengen en alle belangrijke aspecten van integriteit, proportionele selectiecriteria en transparantie invult, wordt dan ook hard gewerkt, maar voordat het zover is, blijft de lappendeken bestaan.

## Europees recht

Er wordt vaak kritiek geuit op Europese regelgeving, maar deze is wel uniform. Het werk van het Hof van Justitie in Luxemburg is daar medeverantwoordelijk voor. Ook in de laatste jaren deed het een aantal uitspraken over de interpretatie van de richtlijnen. Doordat met de nationale wetten uitvoering wordt gegeven aan de richtlijnen, moeten de nationale wetten uitgelegd worden aan de hand van de jurisprudentie uit Luxemburg. Een greep uit de rechtspraak.

## Overheidsopdracht

Wanneer is iets bijvoorbeeld een overheidsopdracht? Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten. Een schriftelijke overeenkomst spreekt voor zich. Dat de overeenkomst onder bezwarende titel moet zijn, betekent dat tegenover het uitvoeren of ontwerpen van het werk een vergoeding staat: geld of betaling in natura in de vorm van eigendom van een gebouw of van grond.

## Werk of levering?

Volgens de richtlijn zijn overheidsopdrachten voor werken, als deze betrekking hebben op de uitvoering, het ontwerp of het laten uitvoeren van een werk. Een 'werk' is 'het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen'. Duidelijk. Dat kan de bouw zijn van een gebouw, een tunnel, een weg. Het CPV, een afkorting voor 'Common Procurement Vocabulary', de gemeenschappelijke woordenlijst van overheidsopdrachten, geeft allerlei codes voor de verschillende werken en helpt erbij een onderscheid te maken tussen werk, dienst of levering. De invoering van dit CPV was een grote stap in de harmonisering doordat de verschillende lijsten werden samengevoegd. Maar het CPV lost de vraag van een gemengde opdracht niet op: want hoe dient de opdracht gekwalificeerd te worden als deze gemengd is? Als een opdracht bestaat uit het aanleggen van wegen waarbij ook verkeersborden of stoplichten worden gekocht, is het technisch gesproken niet alleen maar een werk. Dan is het deels werk, namelijk het aanleggen van wegen en van de borden, maar deels ook een levering, omdat de borden ergens aangeschaft worden. Ondanks dat het een gemengde opdracht is, gaat het toch om werk. Het werk is namelijk de hoofdmoot. Dat sommige delen aangeschaft moeten worden, is hier ondergeschikt.

## Aanbestedende dienst

De regels van de aanbestedingsprocedures gelden alleen voor de 'aanbestedende

dende diensten'. Wie en wat dat allemaal kunnen zijn is van groot belang voor de vraag of een opdracht als een overheidsopdracht geldt en dus onder de aanbestedingsprocedure valt. Wanneer is degene die een opdracht te vergeven heeft nu een aanbestedende dienst? De wet noemt in eerste instantie de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door één of meer van deze lichamen of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

In de praktijk betekent dit dat de Rijksoverheid, de provincies, gemeenten en waterschappen eraan gebonden zijn.

### Publiekrechtelijke instelling

De laatste categorie, die van de 'publiekrechtelijke instelling' is lastiger. Wat in het ene land door een publiekrechtelijke instelling geregeld wordt, kan elders in Europa door een andere instelling worden verzorgd. Ook de verschijningsvorm van publiekrechtelijke instellingen kan van alles zijn. Sommige zitten verpakt in een vennootschap, of in een stichting. De vraag of bepaalde opdrachten dan als overheidsopdrachten gelden, zou als gevolg daarvan per land verschillend kunnen zijn. Daarom werkt de wet met allerlei criteria.

### Criteria

Volgens de wet is een instelling een 'publiekrechtelijke instelling' als deze is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Een tweede criterium is dat de instelling rechtspersoonlijkheid bezit. Deze eerste twee criteria gelden cumulatief. Ofwel: de instelling moet aan alle voorwaarden voldoen. Een derde criterium is de vraag of de instelling activiteiten ontplooit die in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd. Ook het feit dat er van overheidswege toezicht op wordt gehouden kan een indicator zijn. Of als de leiding voor meer dan de helft door de staat of andere publiekrechtelijke instellingen is aangewezen.

### Ziekenfonds

In een Duitse zaak die nog loopt, zaak C/300-07 tussen Oymanns Orthopädie Schuhtechnik en een ziekenfonds genaamd AOK, oordeelde

de advocaat-generaal dat ook het Duitse ziekenfonds een publiekrechtelijke instelling is en dus gebonden is aan het Europese aanbestedingsrecht. In deze zaak had het ziekenfonds AOK bedrijven uitgenodigd tot het doen van offertes voor het maken van orthopedische schoenen.

Oymanns Orthopädie Schuhtechnik had een offerte ingediend en diende bij de rechter een klacht in wegens inbreuk op het aanbestedingsrecht. De AOK was van mening dat het met aanbestedingsrecht geen rekening hoefde te houden. De Düsseldorfse rechter in de zaak stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie in Luxemburg: is een instelling als de AOK, een ziekenfonds, een publiekrechtelijke instelling in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijn? Volgens de advocaat-generaal in de zaak is dat het geval. Er was al eens een uitspraak geweest van het Duitse Gerechtshof waarin de instelling als een publiekrechtelijke instelling werd gekwalificeerd en voor de advocaat-generaal gaf het aspect dat de staat er financieel bij betrokken is de doorslag. Het kiezen uit de verschillende aanbidders die op de advertentie hadden gereageerd moest dus volgens het aanbestedingsrecht verlopen.

### Algemeen belang & commercie

Soms is het niet eenvoudig om een onderscheid te maken tussen het algemeen belang en de commercie, en tussen afhankelijk van staatsgeld en onafhankelijk, omdat het heel wel mogelijk is dat een instelling verschillende diensten aanbiedt, waarvan een deel ook winstgevend is. Dat was het probleem in de zaak Ing. Aigner tegen Fernwärme Wien GmbH van 10 april 2008. Het ging hier ook om een prejudiciële vraag van de Oostenrijkse rechter aan het Hof in Luxemburg. Fernwärme Wien is een bedrijf dat woningen, openbare instellingen, kantoren en ondernemingen voorziet van stadsverwarming. Daarvoor wordt energie gebruikt die vrijkomt bij afvalverwerking. Fernwärme Wien is een rechtspersoon en volledig in handen van de stad Wenen, die de bestuurders en de leden van de raad van toezicht benoemt en ontslaat. Behalve de verwarming van de stad, regelt Fernwärme ook koelsystemen voor vastgoedprojecten. In dit kader had de firma een aanbesteding uitgeschreven en daarbij vermeld dat de Oostenrijkse wettelijke aanbestedingsregeling niet van toepassing was

op de betrokken opdracht. Ing. Aigner diende een offerte in en een klacht, omdat het aanbestedingsrecht wél van toepassing zou zijn. De Oostenrijkse rechter wil weten of Fernwärme bij het geven van een opdracht uit de meer commerciële tak ook het aanbestedingsrecht moet toepassen. De Luxemburgse rechter oordeelt dat de vraag of een firma als Fernwärme als een publiekrechtelijke instelling geldt, functioneel moet worden uitgelegd. Er moet dus onderzocht worden of de entiteit is opgericht met het specifieke doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang. 'Voorzien in de verwarming voor een stedelijke agglomeratie door middel van een milieuvriendelijk procédé vormt onmiskenbaar een doel van algemeen belang. Er zijn bijna geen concurrenten en de stad Wenen hecht ook uit milieuoverwegingen bijzonder belang aan dit verwarmingssysteem. Het zou dan ook niet toestaan dat het systeem werd afgeschaft, zelfs niet indien dit systeem met verlies zou functioneren.' Op grond van dit aspect wordt Fernwärme Wien aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling.

### Altijd aanbesteding

Met het zijn van publiekrechtelijke instelling was de vraag of ook daadwerkelijk elke geplaatste opdracht door zo'n publiekrechtelijke instelling met commerciële takken als een aanbesteding geldt, nog niet beantwoord. Deze vraag beantwoordt de zaak Mannesmann Anlagenbau Austria. Dit arrest ging over de uitlegging van de voorloper van de nieuwe richtlijn. Het Hof kwam daar tot de conclusie dat alle door een instelling met de hoedanigheid van aanbestedende dienst geplaatste opdrachten, van welke aard ook, onder de regels van deze richtlijn moeten vallen. Dat geldt niet alleen voor opdrachten voor werken, maar op grond van andere arresten ook voor diensten (BFI Holding en Korhonen e.a.) en voor leveringen (Adolf Truley). Het Hof benadrukt in het arrest Fernwärme dat de jurisprudentie, gewezen ten tijde van de oude richtlijnen, ook geldt voor richtlijn 2004/18, omdat deze een bewerking vormt van alle eerdere richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten.

Mr. Rosalie Koolhoven,  
Docent Nederlands recht,  
Universität Osnabrück