

## Hoofdstuk 2: Regels voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de Europese aanbestedingsrichtlijn vallen

Ook voor opdrachten die buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, werken in sommige gevallen Europese of nationale regels door. Omdat het voor decentrale overheden belangrijk is om te weten welke (Europese) regels gelden voor deze opdrachten, wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de vraag welke opdrachten dat dan betreft en welke regels en beginselen in dat geval gelden. Omdat de meeste vragen van decentrale overheden over de toepassing van de zogenaamde 'klassieke' richtlijn 2004/18 gaan, beperken wij ons in onderstaande informatie ook daartoe (tenzij anders aangegeven).

### 2.1 Welke opdrachten vallen (gedeeltelijk) buiten de Europese richtlijnen?

De uitzonderingsgronden waardoor overheidsopdrachten (gedeeltelijk) buiten de richtlijn vallen en waarmee decentrale overheden het meest te maken krijgen, worden hieronder besproken. Op verschillende van deze uitzonderingen wordt in latere hoofdstukken nog verder ingegaan. Ze zullen hier slechts kort genoemd worden.

#### Onder de drempelwaarden

Buiten toepassingsbereik van de Europese richtlijnen vallen allereerst opdrachten die onder de [Europese drempelwaarden](#) uitkomen. De Europese drempelwaarden worden iedere twee jaar door de Europese Commissie bekeken en opnieuw vastgesteld. Voor decentrale overheden liggen de drempelwaarden sinds 1 januari 2012 tot en met 31 december 2013 voor overheidsopdrachten op grond van richtlijn 2004/18 voor werken op € 5 miljoen en voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten op € 200.000,= exclusief BTW. Zie ook Aanbestedingswet art. 2.1. ev.

#### Concessieovereenkomsten voor diensten

De [concessieovereenkomst](#) voor diensten is 'een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten (zie hoofdstuk 1) met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs' (art. 1 lid 4 en 17 van richtlijn 2004/18, art. 1.1. en 1.7c van de Aanbestedingswet).

Concessieovereenkomsten voor diensten zijn bij de totstandkoming van de richtlijnen uitdrukkelijk uitgesloten van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen. Een voorbeeld van een dienstenconcessie is de verlening van een opdracht van een decentrale overheid aan een andere partij (de concessiehouder) om een vervoersdienst uit te voeren en gedurende een aantal jaar te exploiteren. In december 2011 heeft de Commissie een voorstel voor een aparte richtlijn voor concessies gepubliceerd. Meer daarover kunt u lezen op onze [website](#) en in een [publicatie](#) van Europa decentraal over de voorstellen voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Voor meer informatie over concessieovereenkomsten kunt u ook de [interpretatieve mededeling](#) van de Commissie hierover uit 2000 raadplegen.

#### IIB-diensten

Op basis van art. 21 van de richtlijn geldt voor opdrachten voor het verlenen van in bijlage IIB bij de richtlijn vermelde diensten een 'lichter' aanbestedingsregime. In art. 21 wordt gesteld dat op dergelijke opdrachten slechts art. 23 en art. 35 lid 4 van de richtlijn van toepassing zijn. Dat betekent dat geen discriminatoire technische specificaties mogen worden gehanteerd en dat achteraf een resultaat van de gunning dient te worden bekendgemaakt. Zie voor meer informatie over het aanbesteden van IIB-diensten ook art. 2.2 lid 3 en 2.38 ev. van de wet alsmede onze [website](#) en [praktijkvraag](#).

#### Alleenrechten voor diensten

Art. 18 van richtlijn 2004/18 stelt dat de richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een alleenrecht dat deze uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genieten, op voorwaarde dat deze bepalingen met het Europese Verdrag verenigbaar zijn. In de aanbestedingswet

is deze bepaling terug te vinden in art. 2.24 sub a. In dit art. wordt gesproken over een uitsluitend recht (zie art. 1.1. van de wet voor een definitie). In hoofdstuk 3 zal verder ingegaan worden op de voorwaarden waaronder alleenrechten gevestigd kunnen worden. Ook zal in dat hoofdstuk het verschil tussen bijzondere-, uitsluitende-, en alleenrechten besproken worden. Ook op onze [website](#) kunt u terecht voor meer informatie over dit onderwerp.

### **Overige uitzonderingen**

In art. 10 t/m 18 van de richtlijn (art. 2.23 en 2.24 van de aanbestedingswet) zijn alle uitzonderingsbepalingen terug te vinden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan opdrachten op het gebied van defensie, geheim verklaarde opdrachten, opdrachten die tot doel hebben de aanbestedende dienst in staat te stellen openbare telecommunicatienetten beschikbaar te stellen, te exploiteren of aan het publiek telecommunicatiediensten te verlenen etc.

## **2.2 Welk aanbestedingsregime geldt voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten het regime van de Europese richtlijnen vallen?**

Zoals eerder gezegd hebben de Commissie en het Europese Hof van Justitie in de afgelopen jaren een onderscheid aangebracht tussen opdrachten die onder het werkingsregime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen (de 'Europees aanbestedingsplichtige opdrachten') en opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen. Onder deze laatste kunnen bijvoorbeeld opdrachten onder de Europese drempelwaarden, IIB-diensten opdrachten en de hierboven genoemde uitgezonderde opdrachten vallen. Een belangrijk ijkpunt voor de Commissie hierbij is de vraag of opdrachten een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' hebben. Hieronder volgt meer informatie daarover.

### **2.2.1 Welke regels gelden voor opdrachten met grensoverschrijdend belang?**

Het Europese Hof van Justitie heeft de fundamentele vrijheden uit het Verdrag, namelijk het recht van vrije vestiging en het vrije dienstenverkeer en het daaraan ten grondslag liggende verbod van discriminatie naar nationaliteit, in een reeks arresten zeer ruim geïnterpreteerd. Via de transparantieverplichting die nodig is om discriminatie te voorkomen, komt het Hof tot de conclusie dat telkens actief concurrentie moet worden opgeroepen wanneer een overheidsinstelling een overeenkomst wil aangaan die grensoverschrijdend belang heeft. Dit geldt volgens genoemde [jurisprudentie](#) voor opdrachten onder de Europese drempels, opdrachten voor IIB-diensten en concessieovereenkomsten voor diensten. Een van meest kenmerkende zaken over 'de toepassing van het transparantiebeginsel teneinde non-discriminatie te voorkomen' op opdrachten buiten het Europese richtlijnregime betrof de zaak An Post.

#### **An Post**

In de zaak An Post (C507/03) sloot het Ierse Ministerie van Sociale Zaken een contract met de Ierse postdienst (An Post) op grond waarvan rechthebbenden op sociale uitkeringen de hun verschuldigde bedragen in de postkantoren konden innen (een opdracht voor 2B-dienstverlening). Dit doet het ministerie zonder een Europese aanbesteding uit te schrijven en dus zonder enige voorafgaande publicatie.

Het Hof overweegt in deze zaak dat de gemeenschapswetgever heeft bepaald dat voorafgaand aan de verlening van een opdracht voor IIB-diensten geen oproep tot mededinging hoeft te worden gedaan. Echter, dit neemt volgens het Hof niet weg dat uit de Verdragsbepalingen een verplichting kan voortvloeien deze opdrachten wel bekend te maken. Deze verplichting wordt echter enkel aangenomen 'in het geval dat dergelijke opdrachten toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen'. Het Hof legt de bewijslast hiervoor bij de Commissie. De Commissie moet dan aantonen dat de opdracht ondanks het feit dat zij betrekking heeft op B-diensten, duidelijk belang heeft voor een onderneming uit een andere lidstaat, alsmede dat deze onderneming haar interesse voor deze opdracht niet heeft kunnen uiten doordat zij voor gunning geen toegang had tot bruikbare informatie. Het Hof geeft in deze zaak echter niet duidelijk aan op welke manier een aanbestedende dienst een opdracht bekend moet maken wanneer er sprake is van duidelijk grensoverschrijdend belang. Het Hof hanteert inmiddels dezelfde benadering voor opdrachten onder de drempel en voor IIB-diensten. Zie voor een volledig overzicht van relevante Europese jurisprudentie de bovengenoemde link naar jurisprudentie op de website van Europa decentraal.

### **2.2.2 Wanneer is er sprake van grensoverschrijdend belang?**

#### **Interpretatieve mededelingen van de Commissie**

In 2006 heeft de Commissie een [interpretatieve mededeling](#) over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, uitgebracht om tegemoet te komen aan de ontstane verwarring door de verschillende uitspraken van het Hof. Deze mededeling dateert van voor de An Post-uitspraak.

In de mededeling geeft de Commissie aan dat het de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst is om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn in een beoogde opdracht. Volgens de Commissie moet deze beslissing gebaseerd zijn 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.

Aanbestedende diensten moeten, aldus de Commissie, 'zelf besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten.' Zij moeten zich bij hun keus laten leiden door een beoordeling van de relevantie van de opdracht voor de interne markt, met name met het oog op het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de desbetreffende sector. Hoe groter het belang van de opdracht voor potentiële inschrijvers uit andere lidstaten is, hoe meer ruchtbaarheid eraan moet worden gegeven. Passende media voor de publicatie van bekendmakingen kunnen zijn: het internet, nationale staats-, dag- en vakbladen, lokale media, het publicatieblad van de EU resp. TED. De benadering die de Commissie kiest houdt in feite in dat voor opdrachten die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging dient te worden gevolgd, met het verschil dat de publicatie eventueel kan plaatsvinden op de website van de aanbestedende dienst.

Zie voor meer informatie ook deze [praktijkvraag](#).

### **2.2.3 Bevatten de richtlijnvoorstellen uit 2011 veranderingen ten aanzien van opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen maar wel grensoverschrijdend belang hebben?**

#### **Groenboek 2011**

In het [Groenboek](#) betreffende de modernisering van de aanbestedingsregels uit 2011 (pagina 22) schreef de Commissie over opdrachten onder de Europese aanbestedingsdrempels dat veel aanbestedende diensten signaleren dat 'de Interpretatieve mededeling over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen' niet altijd toereikend is, met name wanneer het erom gaat te bepalen wanneer er al dan niet sprake is van een grensoverschrijdend belang.

De onzekerheid over de vraag welke mate van transparantie moet worden betracht bij opdrachten onder de drempel (met name de vraag of wel of niet Europees zou moeten worden aanbesteed), zou problemen opleveren, met name voor kleinere aanbestedende diensten. In het Groenboek staat verder dat 'hoewel een toekomstig wetgevingsvoorstel meer dan waarschijnlijk geen betrekking zou hebben op opdrachten beneden de drempels, zou kunnen worden overwogen nadere richtsnoeren te geven om de aanbestedende diensten te helpen beoordelen of er in concrete gevallen al dan niet sprake is van een grensoverschrijdend belang'. In het nieuwe richtlijnvoorstel heeft de Commissie hierover echter nog geen concrete bepalingen opgenomen.

### **2.2.4 Bevat de aanbestedingswet bepalingen ten aanzien van opdrachten die buiten de richtlijnen vallen maar grensoverschrijdend belang hebben?**

In afdeling 1.2.2 (art. 1.7 sub b) van de aanbestedingswet worden voor aanbestedingen waarop de Europese richtlijnen niet van toepassing zijn maar die wel een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit van

toepassing verklaard. Zie over het 'duidelijk grensoverschrijdend belang' ook pagina 14 ev. van de [Memorie van Toelichting](#) bij de wet.

## 2.2.5 Welke regels gelden voor opdrachten zonder grensoverschrijdend belang?

### Uitgangspunten in de aanbestedingswet

Voor opdrachten die buiten het toepassingsbereik vallen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, en waarbij ook geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, gelden de Europese *beginselen* en procedurevoorschriften op grond van de huidige wet- en regelgeving niet. In de aanbestedingswet wordt echter ten aanzien van deze opdrachten bepaald dat de uitgangspunten van transparantie en gelijke behandeling en proportionaliteit ook op deze opdrachten van toepassing zijn. De toepassing van de *uitgangspunten* van transparantie en gelijke behandeling mag echter niet leiden tot een onevenredige lastentoename of een beperking van de ruimte voor aanbestedende diensten om maatwerk toe te passen. In vergelijking met de Europese beginselen (zie art. 1.7 ev. Aanbestedingswet) is de reikwijdte van de uitgangspunten transparantie en gelijkheid (zie art. 1.11 ev. Aanbestedingswet) bij toepassing op deze opdrachten zonder duidelijk grensoverschrijdend belang dus iets beperkter.

Ook wordt bij de toepassing van de uitgangspunten van transparantie en gelijkheid een onderscheid gemaakt tussen de toepassing waar het gaat om een vrijwillige nationale aanbesteding of een meervoudig onderhandse procedure. Bij de meervoudig onderhandse procedure (art. 1.15 Aanbestedingswet) is gelijkheid alleen van toepassing op de inschrijvers die door de aanbestedende dienst zijn uitgenodigd in te schrijven op een opdracht. Bij de categorie 'nationale aanbestedingen' ziet het gelijkheidsbeginsel op alle ondernemers (zie art. 1.12 Aanbestedingswet).

Naast de hierboven genoemde beginselen en uitgangspunten, is het beginsel van proportionaliteit, dat in de overwegingen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is opgenomen, in de aanbestedingswet van toepassing verklaard op alle nationale en Europese aanbestedingsprocedures. Zie hierover onder meer de art. 1.10, 1.13, 1.16 van de Aanbestedingswet. Op basis van het proportionaliteitsbeginsel zijn aanbestedende diensten verplicht bij het voorbereiden en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving te stellen, die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Zie voor meer informatie hierover ook de [gids proportionaliteit](#).

### Meer informatie

[Drempelwaarden](#), Europa decentraal

[Concessies](#), Europa decentraal

[Alleenrecht](#), Europa decentraal

[Aanbestedingswet](#) en [Memorie van Toelichting](#)

[Interpretatieve mededeling](#), over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen

[Gids proportionaliteit](#)

[Voorstel concessierichtlijn](#) en [veelgestelde vragen concessierichtlijn](#)

Praktijkvraag: [Wat is het toepasselijke aanbestedingsregime bij IIB-diensten?](#)

[Jurisprudentie](#) aanbesteden verdragsbeginselen