

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

M.J.F. van der Keur
TenderCoach, Den Haag

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

ir. H.L.J.M. Wijnen
PIANO, Den Haag

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger
E-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Virginie Wagenaar
Tel.: (020) 515 93 95
E-mail: Virginie.Wagenaar@reedbusiness.nl

Abonnementen:

Abonnementen: € 204,00 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 25,00 (incl. BTW)
Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen. Abonnementen lopen automatisch door, tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer 0314-358358.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:

Klantenservice: (0314) 35 83 58
e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopaanbesteden.nl

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gear-
chiveerd in de kennisbank Inkoop en Aanbesteden
van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor
Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraag-
stukken op het gebied van het nationale, Europese en
internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt
en traint overheden en nutsbedrijven ter optimali-
sering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen
in het kader van de implementatie van wettelijke
EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste
zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvol-
ledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie
en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele
verbeteringen van de opgenomen gegevens houden
zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of
vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke
toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt
voor het toezenden van informatie en/of speciale
aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal
geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar
heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv,
t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV
Doetinchem.

Nederlands
uitgeversverbond

Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave
van Reed Business bv, Amsterdam
© 2013
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Op het raakvlak van aanbesteden en Dienstenrichtlijn

In de zaak *Duomo Gpa*¹ wordt een eis, gesteld in een aanbesteding, getoetst op strijdigheid met de vrijverkeersbepalingen uit het EU-Werkingsverdrag dan wel de Dienstenrichtlijn². Aan de aanbestedingsrichtlijnen liggen de bepalingen van het Verdrag ten grondslag. Daarbij gaat het onder andere om het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Deze twee vrijheden zijn uitgewerkt in de Dienstenrichtlijn die eind 2009 geïmplementeerd moest zijn. In genoemde zaak wordt duidelijk hoe het aanbestedingsrecht en vrijverkeersrecht elkaar raken en dat de komst van de Dienstenrichtlijn het voor aanbestedende diensten moeilijker maakt beperkingen van het vrije dienstenverkeer te rechtvaardigen.

De feiten

In verschillende Italiaanse gevoegde zaken stond de geldigheid van een gestelde eis aan inschrijvers bij een aanbesteding ter discussie. Deze eis vloede voort uit een Italiaanse wet. In Italië mogen provincies en gemeenten het vereffenen, vaststellen en innen van lokale belastingen overdragen aan derde partijen. Gunning van deze opdrachten vond in onderhavige zaken plaats via het verlenen van een concessie voor diensten. Ondernemingen die in aanmerking wilden komen voor deze opdracht, moesten zich inschrijven in een register, zo bepaalde deze Italiaanse wet.³ Om toegelaten te worden tot dat register, moeten zij beschikken over een volgestort maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen euro.

Deze eis namen de aanbestedende diensten op in hun aanbesteding. Ondernemingen die hierover niet beschikten, kwamen niet in aanmerking voor de opdracht en werden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Nadat verschillende partijen beroep tegen uitsluiting instelden, heeft de Italiaanse rechter het Europese Hof twee prejudiciële vragen gesteld.

De vragen betreffen de verenigbaarheid van de Italiaanse wet die geleid heeft tot de eis (het kapitaalvereiste) in de aanbestedingsprocedures, met artikel 15 en 16 van de Dienstenrichtlijn, dan wel de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU) en het vrij verkeer van diensten (art. 56 VwEU).

Conclusie Advocaat-Generaal⁴

De A-G onderzoekt in zijn conclusie allereerst de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn. Om vóór 2010 tot een echte interne markt te komen, is op 28 december 2006 de Dienstenrichtlijn in werking getreden. Deze moest eind 2009 in de lidstaten geïmplementeerd zijn. Op grond van de Dienstenrichtlijn mogen overheden geen eisen vaststellen (ook niet in aanbestedingen) die het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging beperken.

Zowel de vaststelling van de Italiaanse wet als de aanvang van de aanbestedingsprocedures en de besluiten tot uitsluiting van de inschrijvers die niet aan het kapitaalvereiste voldeden, hebben plaatsgevonden vóór 28 december 2009. Echter, volgens de A-G is dit irrelevant omdat de Dienstenrichtlijn bepaalt dat de lidstaten na 28 december 2006 geen nieuwe eisen mochten vaststellen die in strijd zijn met de richtlijn. Omdat de Italiaanse wet na die datum vastgesteld is, moet deze volgens de A-G aan de Dienstenrichtlijn worden getoetst.

De Italiaanse wet is een aan de betrokken dienstverrichters gerichte 'eis' in de zin van de Dienstenrichtlijn. De bepaling bevat namelijk voorwaarden voor het verrichten van een dienst waarvoor partijen door deelname aan een aanbestedingsprocedure in aanmerking konden komen en vormt daarom een belemmering van het vrij verkeer van diensten dan wel de vrijheid van vestiging. Een dergelijke eis kan mogelijk op grond van de Dienstenrichtlijn worden gerechtvaardigd. Er moet

daarom worden getoetst of de eis verenigbaar is met de richtlijn. Daarbij kent de Dienstenrichtlijn een onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden van eisen gesteld aan dienstverrichters die permanent gevestigd zijn in de lidstaat waar zij de dienst uitvoeren (art. 15 Drl.) en eisen gesteld aan dienstverrichters die niet op duurzame wijze vanuit de lidstaat waar de diensten worden verricht hun diensten aanbieden (art. 16 Drl.). De Italiaanse wet is gericht op beide categorieën dienstverrichters en moest daarom zowel aan artikel 15 als aan artikel 16 getoetst worden om vast te stellen of de eis al dan niet aan inschrijvers bij een aanbesteding gesteld mag worden.

Eisen gesteld aan gevestigde dienstverleners (art. 15)

In de Dienstenrichtlijn is gekozen voor een opsomming in twee afzonderlijke lijsten van beperkingen van de vrijheid van vestiging: 'verboden eisen' die niet gerechtvaardigd kunnen worden (art. 14) en eisen die onder specifieke voorwaarden wel gerechtvaardigd kunnen worden (art. 15). De Italiaanse wet valt onder deze tweede categorie. Het gaat om de in artikel 15 lid 2 sub c genoemde 'eisen aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming'. De eis kan gerechtvaardigd worden wanneer deze voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 15 lid 3: discriminatieverbod (a), noodzakelijkheid (b) en evenredigheid (c).

Discriminatieverbod?

De wet is zowel van toepassing op staatsburgers van Italië als niet-staatsburgers. Het betreft daarmee volgens de A-G een niet-discriminerende eis op grond van nationaliteit.

Noodzakelijkheid?

De wet moet gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang. Dit betreft een niet-uitputtende lijst van (niet-economische) belangen ter rechtvaardiging van een eis die het vrij verkeer belemmert. Het belang dat de Italiaanse overheid heeft aangedragen ter rechtvaardiging van de wet is de financiële belangen van de gemeenten die de diensten van vaststelling en inning uitbesteden te beschermen tegen het risico dat de concessiehoudende vennootschappen de geïnde bedragen op het daarvoor bestemde tijdstip niet aan de schatkist kunnen overmaken wegens insolventie. De A-G concludeert dat dit een dwingende reden van algemeen belang in de zin van de richtlijn betreft.

Evenredig?

Is de wet geschikt om het nagestreefde doel te bereiken en gaat deze niet verder dan nodig? De

A-G acht de wet niet evenredig omdat een garantie van 10 miljoen euro niet in alle gevallen noodzakelijk zal zijn. Op deze manier worden kleine ondernemingen uitgesloten om in aanmerking te komen voor de opdracht. Daarnaast kan het doel, de economische belangen van de betrokken gemeenten veilig stellen, volgens hem met minder restrictieve maatregelen worden bereikt.

Eisen gesteld aan tijdelijke dienstverleners (art. 16)

De toets van de Italiaanse wet aan artikel 16 verloopt voor het grootste deel hetzelfde als de toets aan artikel 15, met één opmerkelijk verschil: de definitie van 'noodzakelijkheid' is in het kader van tijdelijke dienstverrichting aanzienlijk strikter dan in het kader van vestiging. De eis kan alleen gerechtvaardigd worden wanneer deze noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of het milieu. Er bestaat hier wél een uitputtende lijst aan belangen die ter rechtvaardiging kunnen dienen. De vraag of het minimumkapitaalvereiste gerechtvaardigd kan worden door een van deze belangen laat de A-G open. Hij concludeert ook hier dat de wet niet evenredig is.

Uitspraak Europese Hof

Opvallend is dat het Hof de eerste prejudiciële vraag niet beantwoordt. Het Hof gaat alleen in op de tweede vraag, omdat de feiten zich voordeden vóór 28 december 2009 en de Dienstenrichtlijn voor die datum nog niet geïmplementeerd hoefde te zijn. Het Hof gaat verder niet in op de stelling van de A-G dat na 28 december 2006 geen nieuwe eisen die strijd met de Dienstenrichtlijn opleverden mochten worden ingevoerd.

Ook het Europese Hof gaat ervan uit dat de wet zowel betrekking kan hebben op duurzame vestiging als op tijdelijke dienstverlening. Het Hof toetst daarom zowel aan artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) als artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten). De toets aan deze bepalingen verloopt in hoofdlijnen hetzelfde als de toets onder de Dienstenrichtlijn, met als verschil dat het Hof in haar jurisprudentie heeft toegestaan dat bij niet-discriminerende belemmeringen van het vrije dienstenverkeer of van de vrijheid van vestiging alle (niet-economische) dwingende redenen van algemeen belang ingeroepen kunnen worden. Het Hof oordeelt uiteindelijk na toetsing aan de verdragsbepalingen dat de eis onevenredig is. Dit leidt tot de uitspraak: de Italiaanse regeling omvat beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting en vestiging die onevenredig en dus ongerechtvaardigd zijn.

Commentaar

Het is voor aanbestedende diensten belangrijk om te beseffen dat zij minder ruimte hebben om in aanbestedingen eisen op te leggen aan dienstverleners wanneer getoetst wordt aan de Dienstenrichtlijn in plaats van aan het Verdrag. Waar aanbestedende diensten voorheen een onuitputtende lijst aan (niet-economische) belangen in konden roepen om de gestelde (niet-discriminerende) eisen te rechtvaardigen, bestaan nu nog maar vier rechtvaardigingsgronden welke strikt geïnterpreteerd moeten worden. Aanbestedende diensten maken namelijk vrijwel nooit onderscheid in eisen gesteld aan permanente vestigers en tijdelijke dienstverleners. Wanneer dat onderscheid ontbreekt, moet de eis altijd aan artikel 15 en 16 Dienstenrichtlijn getoetst worden en kan slechts bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu tot rechtvaardiging leiden.

Wanneer een gemeente bijvoorbeeld een regeling kent die voorschrijft dat bij de aanbesteding van architectendiensten in bepaalde gevallen geëist moet worden dat de architect kennis heeft van de bouwkundige stijl van de gemeente, zou deze regeling voorheen gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op behoud van het historisch erfgoed. Dit betreft een (erkende) dwingende reden van algemeen belang. Uiteraard moet de regeling dan wel geschikt zijn voor het nagestreefde doel en proportioneel zijn. Echter, op grond van de Dienstenrichtlijn zou de regeling slechts gerechtvaardigd kunnen worden op grond van de openbare orde, openbare veiligheid, bescherming van het milieu of de volksgezondheid. Geen van deze vier rechtvaardigingsgronden zou hier van toepassing kunnen zijn.

Andere voorbeelden van dwingende redenen van algemeen belang die voorheen als rechtvaardiging konden dienen, maar niet onder de Dienstenrichtlijn, zijn doelstellingen van sociaal beleid, consumentenbescherming, voorkoming van fraude, verkeersveiligheid, culturele beleidsdoelen enzovoort. Taaleisen gesteld in aanbestedingen voor dienstenopdrachten zullen nu ook onder de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd moeten worden. Echter, taaleisen zullen in sommige gevallen wel op grond van bescherming van de openbare orde of veiligheid gerechtvaardigd kunnen worden.

Deze opmerkelijke inperking aan gerechtvaardigde belangen om het dienstenverkeer te beperken wordt door prof. Bart Hessel in het boek 'De Dienstenrichtlijn decentraal'⁵ omschreven als een ongemotiveerd politiek compromis.

lees verder op pagina 8 >

vervolg van pagina 7 >

Hij stelt dat hij het inhoudelijk gezien volstrekt onbegrijpelijk vindt dat in artikel 16 lid 1 deze excepties zo fors zijn beperkt en is ervan overtuigd dat politieke redenen hier een rol hebben gespeeld. Hij vindt het niet te verklaren dat er meer marktwerking nodig zou zijn voor diensten dan voor goederen, personen en kapitaal.

Ook de A-G plaatst in zijn conclusie vraagtekens bij het limitatieve karakter van de lijst van artikel 16 en zelfs bij haar verenigbaarheid met de verdragsbepalingen en uiteindelijk bij de geldigheid zelf van de Dienstenrichtlijn op dit punt.

Conclusie(s)

Deze uitspraak laat zien hoe het aanbestedingsrecht en het vrijverkeersrecht elkaar raken. Doordat de A-G de Italiaanse wet aan de Dien-

stenrichtlijn toetst en het Hof aan het Verdrag, is in deze zaak de vergelijking te maken tussen de twee verschillende manieren van rechtvaardiging van eisen gesteld in aanbestedingen die het dienstenverkeer beperken. Er zijn op dit moment nog geen uitspraken van het Hof waarin aan de Dienstenrichtlijn getoetst is. Echter, alle aanbestedingsprocedures die na 28 december 2009 aangevangen zijn, waarin eisen zijn opgenomen die het vrije dienstenverkeer belemmeren, waar de aanbestedingsrichtlijn geen uitkomst biedt, en die betrekking hebben op diensten die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, zullen getoetst worden aan de Dienstenrichtlijn. Hoewel de conclusie voor wat betreft de Italiaanse wet uiteindelijk in beide gevallen gelijk is, is het van belang voor aanbestedende diensten om te beseffen dat de

rechtvaardigingsmogelijkheden van eisen door de Dienstenrichtlijn zijn ingeperkt.

drs. K. van den Brand
Kenniscentrum Europa decentraal

Noten

1. EHvJ, 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10, C-358/10, C-359/10.
2. Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt, 12 december 2006.
3. Artikel 32, lid 7 bis, van decreto-legge nr. 185, 29 november 2008, omgezet in wet nr. 2, 28 januari 2009.
4. Conclusie A-G P. Cruz Villalón, 16 november 2011.
5. Bart Hessel e.a., *De Dienstenrichtlijn decentraal. De gevolgen van de Dienstenrichtlijn voor decentrale overheden*, Den Haag 2009.

GEZIEN?!

Europa decentraal publiceert deel 3: veelgestelde vragen aanbesteden

Op 1 april 2013 is de Aanbestedingswet in werking getreden. Vanaf die dag moeten alle decentrale overheden de wet en het met die wet geïntroduceerde flankerend beleid bij al hun aanbestedingen - zowel nationaal als Europees - in acht nemen. Om decentrale overheden te ondersteunen bij al hun vragen over de toepassing van de nu ook via deze wet geïmplementeerde (Europese) aanbestedingsregels publiceert Europa decentraal vanaf 1 april 2013 in feuilletonvorm haar geactualiseerde notitie 'veelgestelde vragen aanbesteden'. Reeds eerder zijn gepubliceerd delen 1 en 2. In deel 1 worden een aantal veelgestelde, algemene vragen met betrekking tot de werking van het aanbestedingsrecht- en beleid behandeld alsmede regels voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de Europese aanbestedingsrichtlijn vallen. In deel 2 worden vragen behandeld

over alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten. Ook wordt ingegaan op de contractduur en waardebepaling van een opdracht. In het recent gepubliceerde deel 3 worden aspecten met betrekking tot inbesteden en quasi-inbesteden behandeld alsmede veel voorkomende vragen met betrekking tot raamovereenkomsten. Zie nader www.europadecentraal.nl.

Richtsnoeren leveringen en diensten gepubliceerd

In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 is aangekondigd dat het Ministerie van Economische Zaken het initiatief neemt om in samenwerking met aanbestedende diensten en ondernemers te komen tot richtsnoeren voor leveringen en diensten, die als doel hebben om uniformering en verbeterde naleving te bereiken. Op verzoek van de minister is een schrijfgroep met vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en ondernemers,

onder leiding van een onafhankelijke voorzitter, ingesteld. Deze schrijfgroep heeft op 28 maart 2013 het definitieve advies inzake Richtsnoeren Leveringen en Diensten aan het Ministerie van Economische Zaken aangeboden. Het document bevat een stappenplan voor de verschillende aanbestedingsprocedures met daarbij opgenomen de toepasselijke bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 en de relevante passages uit de Gids proportionaliteit. De schrijfgroep heeft daarnaast voor diverse onderdelen uit het stappenplan richtsnoeren opgesteld die zijn bedoeld voor de aanpak van knelpunten. Voor de richtsnoeren geldt dat zij niet bindend zijn, maar uit handreikingen bestaan die door de schrijfgroep voor verschillende situaties van het plaatsen van opdrachten voor leveringen en diensten als passend worden geacht. Deze richtsnoeren zijn uitgeschreven en voorzien van een toelichting. De richtsnoeren leveringen en diensten zijn onder meer te downloaden via www.pianoo.nl.

GUNNINGEN

Het Waterschap Groot Salland heeft een aanbesteding uitgeschreven voor het uitvoeren van **multidisciplinair meerjarig onderhoud aan**

de keersluis Ramspol. Voor deze omvangrijke opdracht hebben zich twee gegadigden gemeld. De meest voordelige inschrijving werd

gedaan door Cofely Energy en Infra BV te Wormerveer.