

1.2. Basisnormen voor het plaatsen van opdrachten

Het Hof heeft een reeks **basisnormen voor het plaatsen van overheidsopdrachten** ontwikkeld, die **direct zijn ontleend aan de regels en beginselen van het EG-Verdrag**. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit impliceren een **verplichting tot transparantie**, die volgens de rechtspraak van het Hof ⁽¹⁾ inhoudt „dat aan elke potentiële inschrijver **een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst**” ⁽²⁾.

Deze normen zijn van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten, op opdrachten waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels ligt ⁽³⁾ en op opdrachten voor de in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG en bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG genoemde diensten voor de aspecten die niet door deze richtlijnen ⁽⁴⁾ zijn geregeld. Het Hof stelt expliciet: „**Ook indien bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten zijn uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin gehouden om de fundamentele regels van het Verdrag in acht te nemen**” ⁽⁵⁾.

1.3. Relevantie voor de interne markt

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 ⁽⁶⁾.

Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om te beslissen of **ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn** 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, moet deze worden gegund volgens de aan het Gemeenschapsrecht ontleende basisnormen.

Wanneer de Commissie kennis krijgt van een mogelijke schending van de basisnormen voor het plaatsen van overheidsopdrachten die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zal zij **de relevantie van de opdracht voor de interne markt in het licht van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie beoordelen**. Er zal alleen een inbreukprocedure krachtens artikel 226 van het EG-Verdrag worden ingesteld, wanneer dit **met het oog op de ernst van de inbreuk en de effecten ervan op de interne markt passend** lijkt.

2. BASISNORMEN VOOR HET PLAATSEN VAN OPDRACHTEN DIE RELEVANT VOOR DE INTERNE MARKT ZIJN

2.1. Bekendmaking

2.1.1. Verplichting te zorgen voor een passende bekendmaking

Volgens het Hof ⁽⁷⁾ impliceren de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie een **verplichting tot transparantie**, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver **een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend**.

De transparantieverplichting houdt in dat een **in een andere lidstaat gevestigde onderneming toegang krijgt tot alle relevante informatie over de opdracht voordat deze wordt gegund**, zodat zij desgewenst haar **belangstelling voor die opdracht kan tonen** ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Zie arrest in zaak C-324/98, *Telaustria*, Jurispr. 2000, blz. I-10745, punt 62; arrest van 21 juli 2005 in zaak C-231/03, *Coname*, punten 16-19; arrest van 13 oktober 2005 in zaak C-458/03, *Parking Brixen*, punt 49.

⁽²⁾ Zaak *Telaustria*, punt 62, en zaak *Parking Brixen*, punt 49 (nadruk van de auteur).

⁽³⁾ Zie het arrest in zaak C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, Jurispr. 2001, blz. I-9505, punt 20, en het arrest van 20 oktober 2005 in zaak C-264/03, *Commissie/Frankrijk*, punten 32 en 33.

⁽⁴⁾ Arrest van 27 oktober 2005 in zaak C-234/03, *Contse*, punten 47-49. De richtlijnen inzake overheidsopdrachten voorzien slechts in een beperkt aantal regels voor deze opdrachten (zie artikel 21 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 32 van Richtlijn 2004/17/EG).

⁽⁵⁾ Zaak *Bent Moustén Vestergaard*, punt 20 (nadruk van de auteur).

⁽⁶⁾ Zaak *Coname*, punt 20 (nadruk van de auteur).

⁽⁷⁾ Zaak *Telaustria*, punt 62, en zaak *Parking Brixen*, punt 49.

⁽⁸⁾ Zaak *Coname*, punt 21.

Volgens de Commissie is het niet voldoende contact op te nemen met een aantal potentiële inschrijvers, ook al beperkt de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land of probeert zij alle potentiële leveranciers te bereiken. Met een dergelijke selectieve aanpak kan discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, en met name van nieuwe marktpartijen, niet worden uitgesloten. Hetzelfde geldt voor alle vormen van „passieve” publiciteit, waarbij een aanbestedende dienst van actieve bekendmaking afziet, maar reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst. Ook wanneer voor informatie alleen wordt verwezen naar persverslagen, parlementaire of politieke debatten of congressen en dergelijke, is dit geen passende bekendmaking.

Daarom kan alleen aan de door het Hof gestelde eisen worden voldaan door **de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst**. De aanbestedende dienst moet **deze bekendmaking doen om de opdracht voor mededinging open te stellen**.

2.1.2. Medium van de bekendmaking

De aanbestedende diensten moeten 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 richtbaarheid eraan moet worden gegeven. In het bijzonder bij opdrachten voor de in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG en bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG genoemde diensten waarvan de waarde de drempels voor de toepassing van deze richtlijnen overschrijdt, houdt een passende transparantie gewoonlijk in dat de opdracht in een medium met een groot bereik moet worden bekendgemaakt.

Passende en algemeen gebruikte media zijn bijvoorbeeld:

— Internet

Door het eenvoudige en wijdverbreide gebruik van internet zijn bekendmakingen van opdrachten op websites nu heel toegankelijk, vooral voor ondernemingen uit andere lidstaten en voor kleine en middelgrote bedrijven op zoek naar kleinere opdrachten. Internet biedt diverse mogelijkheden voor de bekendmaking van overheidsopdrachten.

Bekendmakingen op **de eigen website van de aanbestedende dienst** zijn flexibel en kosteneffectief. Bij de presentatie moet erop worden gelet dat potentiële inschrijvers de informatie gemakkelijk kunnen vinden. De aanbestedende diensten kunnen ook overwegen om in hun **kopersprofiel** op internet informatie op te nemen over komende opdrachten die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen ⁽¹⁾.

Specifieke **portalsites** voor bekendmakingen van opdrachten hebben een grotere zichtbaarheid en er zijn meer zoekfuncties mogelijk. De oprichting van een specifiek platform voor kleine opdrachten met een directory van aankondigingen van opdrachten in combinatie met een e-mailabonnement is in dit verband een goede praktijk die de mogelijkheden van internet optimaal gebruikt om de transparantie en efficiëntie te vergroten ⁽²⁾.

— Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen

— Lokale media

Weliswaar mogen aanbestedende diensten nog steeds lokale media, zoals plaatselijke kranten, gemeentelijke aankondigingsbladen of zelfs aanplakborden gebruiken, maar omdat deze alleen een bekendmaking op strikt plaatselijk niveau garanderen, is dit alleen geschikt voor speciale gevallen, zoals zeer kleine opdrachten waarvoor alleen een lokale markt bestaat.

— Publicatieblad van de Europese Unie/ TED (Tenders Electronic Daily)

Bekendmaking in het Publicatieblad is niet verplicht, maar kan wel een interessante mogelijkheid zijn, vooral voor grotere opdrachten.

⁽¹⁾ Zie bijlage VIII bij Richtlijn 2004/18/EG en bijlage XX bij Richtlijn 2004/17/EG.

⁽²⁾ Zie bijvoorbeeld de pas geopende portaal-site voor kleinere opdrachten in het Verenigd Koninkrijk, www.supply2.gov.uk.

2.1.3. Inhoud van de bekendmaking

Het Hof heeft expliciet gezegd dat de transparantieplichting niet inhoudt dat een formele aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd ⁽¹⁾. De bekendmaking mag dus beperkt blijven tot een korte beschrijving van de **essentiële gegevens van de opdracht en de gunningsprocedure** en een uitnodiging contact op te nemen met de aanbestedende dienst. Zo nodig kan dit worden aangevuld met informatie die op internet beschikbaar is of die bij de aanbestedende dienst kan worden aangevraagd.

De bekendmaking en eventuele aanvullende documentatie moeten zoveel informatie bevatten als een onderneming uit een andere lidstaat **redelijkerwijs nodig heeft om te beslissen** of zij van haar belangstelling voor de opdracht blijk zal geven.

Zoals hieronder in punt 2.2.2 wordt vermeld, mag de aanbestedende dienst maatregelen nemen ter beperking van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd een offerte in te dienen. In dat geval moet de aanbestedende dienst voldoende informatie verstrekken over de mechanismen die voor de selectie van gegadigden voor de shortlist worden gebruikt.

2.1.4. Procedures zonder voorafgaande bekendmaking

De richtlijnen inzake overheidsopdrachten bevatten specifieke afwijkingen die in bepaalde omstandigheden procedures zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk maken ⁽²⁾. De belangrijkste gevallen betreffen **dwingende spoed** ten gevolge van onvoorziene gebeurtenissen en opdrachten die om technische of artistieke redenen dan wel om redenen van de bescherming van alleenrechten **slechts door één specifieke ondernemer kunnen worden uitgevoerd**.

Volgens de Commissie kunnen deze afwijkingen ook worden toegepast bij opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen. Aanbestedende diensten mogen dergelijke opdrachten dus zonder voorafgaande bekendmaking plaatsen, mits wordt voldaan aan de in de richtlijnen genoemde voorwaarden voor een van de afwijkingen ⁽³⁾.

2.2. Gunning van de opdracht

2.2.1. Beginselen

In zijn arrest in de zaak *Telaustria* heeft het Hof bepaald dat het beginsel van transparantie inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend en **de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid** kunnen worden getoetst. In feite is de garantie van een eerlijke en onpartijdige procedure het noodzakelijke uitvloeisel van de verplichting te zorgen voor een transparante bekendmaking.

De opdracht moet derhalve in overeenstemming met de **regels en beginselen van het EG-Verdrag** worden gegund, zodat alle ondernemers die in de opdracht geïnteresseerd zijn onder eerlijke voorwaarden kunnen meedingen ⁽⁴⁾. Dit kan in de praktijk het best worden bereikt door:

— Een niet-discriminerende beschrijving van het onderwerp van de opdracht

In de beschrijving van de vereiste kenmerken van een product of een dienst mag niet worden verwezen naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een specifiek productieproces, naar handelsmerken, octrooien, typen of een specifieke oorsprong of productie, tenzij een dergelijke verwijzing wordt gerechtvaardigd door het onderwerp van de opdracht en vergezeld gaat van de woorden „of daarmee overeenstemmend” ⁽⁵⁾. In ieder geval moeten bij voorkeur algemenere beschrijvingen van de prestaties of functies worden gegeven.

⁽¹⁾ Zaak *Coname*, punt 21.

⁽²⁾ Artikel 31 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 40, lid 3, van Richtlijn 2004/17/EG.

⁽³⁾ Zie conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-525/03, *Commissie/Italië*, punten 46-48.

⁽⁴⁾ Zie zaak C-470/99, *Universale-Bau AG*, Jurispr. 2002, blz. I-11617, punt 93.

⁽⁵⁾ Zie de zaak *Bent Moustén Vestergaard*, punten 21-24, en de interpretatieve mededeling van de Commissie - Een gemakkelijker toegang voor goederen tot de markten van andere lidstaten, PB C 265 van 4.11.2003, blz. 2. Opdrachten voor de in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG of bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG opgenomen diensten moeten voldoen aan de voorschriften voor technische specificaties in artikel 23 van Richtlijn 2004/18/EG dan wel artikel 34 van Richtlijn 2004/17/EG indien hun waarde de drempel voor de toepassing van die richtlijnen te boven gaat. De technische specificaties voor dergelijke opdrachten moeten worden vastgesteld voordat er een gegadigde wordt geselecteerd; zij moeten de potentiële inschrijvers bekend zijn dan wel voor hen beschikbaar zijn op zodanige wijze dat de transparantie wordt gegarandeerd en alle potentiële inschrijvers dezelfde kansen hebben; zie conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-174/03, *Impresa Portuale di Cagliari*, punten 76-78.

- Gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten

De aanbestedende diensten mogen geen **voorwaarden opleggen die leiden tot een directe of indirecte discriminatie** van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, zoals de eis dat ondernemingen die voor de opdracht in aanmerking wensen te komen, in dezelfde lidstaat of regio moeten zijn gevestigd als de aanbestedende dienst ⁽¹⁾.

- Wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels

Indien gegadigden of inschrijvers certificaten, diploma's of andere schriftelijke bewijsstukken moeten overleggen, moeten, in overeenstemming met het beginsel van wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels, documenten uit andere lidstaten die een gelijkwaardige garantie bieden, worden aanvaard.

- Passende termijnen

De termijnen voor de indiening van blikken van belangstelling en van een offerte moeten lang genoeg zijn om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun offerte voor te bereiden.

- Transparante en objectieve aanpak

Alle deelnemers moeten vooraf kennis kunnen nemen van de toepasselijke voorschriften en de zekerheid hebben dat deze voorschriften voor iedereen op dezelfde wijze worden toegepast.

2.2.2. *Beperking van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd een offerte in te dienen*

De aanbestedende diensten mogen maatregelen nemen om het aantal gegadigden tot een geschikt niveau te beperken, mits dit **op transparante en niet-discriminerende wijze** gebeurt. Zij kunnen bijvoorbeeld **objectieve criteria** toepassen, zoals ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of andere elementen. Zij mogen zelfs kiezen voor **loting**, eventueel in combinatie met andere selectiecriteria. In ieder geval moeten er **voldoende aanvragers op de shortlist** worden geplaatst om een adequate mededinging te garanderen.

Ook mogen de aanbestedende diensten gebruik maken van **kwalificatiesystemen**, waarbij **een lijst van gekwalificeerde ondernemingen** wordt opgesteld aan de hand van een transparante en open procedure die in voldoende mate is bekendgemaakt. De aanbestedende dienst kan dan naderhand, bij de plaatsing van individuele opdrachten die binnen de werkingssfeer van het systeem vallen, uit de lijst van gekwalificeerde ondernemingen op niet-discriminerende wijze ondernemingen selecteren die worden uitgenodigd een offerte in te dienen (bv. door toepassing van een rouleersysteem).

2.2.3. *Beslissing over de gunning van de opdracht*

Het is van belang dat de uiteindelijke beslissing over de gunning van de opdracht in overeenstemming is met de vooraf vastgestelde procedurele voorschriften en dat **volledig de hand wordt gehouden aan de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling**. Dat geldt vooral voor procedures waarbij met een groep inschrijvers op een shortlist wordt onderhandeld. De onderhandelingen moeten zodanig worden georganiseerd dat alle inschrijvers toegang hebben tot dezelfde hoeveelheid informatie en dat geen van de inschrijvers op ongerechtvaardigde wijze wordt bevoordeeld.

2.3. **Rechterlijke bescherming**

2.3.1. *Beginselen*

In zijn *Telaustria*-arrest heeft het Hof gewezen op het belang van de mogelijkheid **de onpartijdigheid van de procedure te toetsen**. Zonder goed toetsingsmechanisme kan de inachtneming van de basisnormen van eerlijkheid en transparantie niet doeltreffend worden gegarandeerd.

⁽¹⁾ Wel mag worden verlangd dat de inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund ter plaatse van de prestatie een bepaalde zakelijke infrastructuur opzet indien dit door de specifieke omstandigheden van de opdracht wordt gerechtvaardigd.

2.3.2. Richtlijnen inzake beroepsprocedures

De richtlijnen inzake beroepsprocedures ⁽¹⁾ hebben uitsluitend betrekking op opdrachten die binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ⁽²⁾ vallen. Dit betekent dat zij in de huidige context alleen van toepassing zijn op opdrachten voor de in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG en bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG opgenomen diensten waarvan de waarde de drempel voor de toepassing van deze richtlijnen te boven gaat. De beroepsprocedures voor dergelijke opdrachten moeten in overeenstemming zijn met de richtlijnen inzake beroepsprocedures en met de rechtspraak ter zake. Deze beginselen zijn ongewijzigd overgenomen in het onlangs aangenomen voorstel voor een nieuwe richtlijn over beroepsprocedures ⁽³⁾.

2.3.3. Basisnormen die zijn ontleend aan het primaire Gemeenschapsrecht

Bij opdrachten waarvan de waarde onder de drempels voor toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt, moet er rekening mee worden gehouden dat volgens de rechtspraak van het Hof ⁽⁴⁾ particulieren **gerechtigd zijn zich daadwerkelijk voor de rechter te beroepen op door hen aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten**. Het recht op deze bescherming is een van de algemene rechtsbeginselen die voortspruiten uit de grondwettelijke tradities die de lidstaten met elkaar gemeen hebben. Wanneer Gemeenschapsrechtelijke bepalingen ontbreken, moeten de lidstaten zorgen voor de voorschriften en procedures die nodig zijn om een daadwerkelijke bescherming voor de rechter te waarborgen.

In verband met dit vereiste moet in ieder geval tegen **beslissingen ten nadele van iemand die belangstelling voor de opdracht heeft of heeft gehad** (zoals beslissingen om een gegadigde of inschrijver uit te sluiten) beroep openstaan wegens mogelijke schending van aan het primaire Gemeenschapsrecht ontleende basisnormen. Om een doeltreffende uitoefening van het beroepsrecht mogelijk te maken, moeten de aanbestedende diensten beslissingen die voor beroep openstaan, motiveren, hetzij in de beslissing zelf, hetzij op verzoek na de mededeling van de beslissing ⁽⁵⁾.

Volgens de rechtspraak over rechterlijke bescherming mogen de beschikbare **rechtsmiddelen** niet minder doeltreffend zijn dan die welke worden toegepast bij soortgelijke vorderingen die op het nationale recht gebaseerd zijn (gelijkwaardigheidsbeginsel) en ook mogen zij het in de praktijk niet onmogelijk of uitzonderlijk moeilijk maken rechterlijke bescherming te krijgen (effectiviteitsbeginsel) ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Richtlijn 89/665/EEG, PB L 395 van 30.12.1989, blz. 33, en Richtlijn 92/13/EEG, PB L 76 van 23.3.1992, blz. 14.

⁽²⁾ Zie artikel 72 van Richtlijn 2004/17/EG en artikel 81 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁽³⁾ Voorstel van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG met betrekking tot de verbetering van de doeltreffendheid van beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, COM(2006) 195 definitief.

⁽⁴⁾ Zie zaak C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, Jurispr. 2002, blz. I-6677, punt 39, en zaak 222/86, *Heylens*, Jurispr. 1987, blz. 4097, punt 14.

⁽⁵⁾ Zie zaak *Heylens*, punt 15.

⁽⁶⁾ Zie voor dit beginsel de zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Jurispr. 1996, blz. I-1029, punt 83, en zaak C-327/00, *Santex*, Jurispr. 2003, blz. I-1877, punt 55.