

Aanbesteding en schaarse rechten

Een inleiding

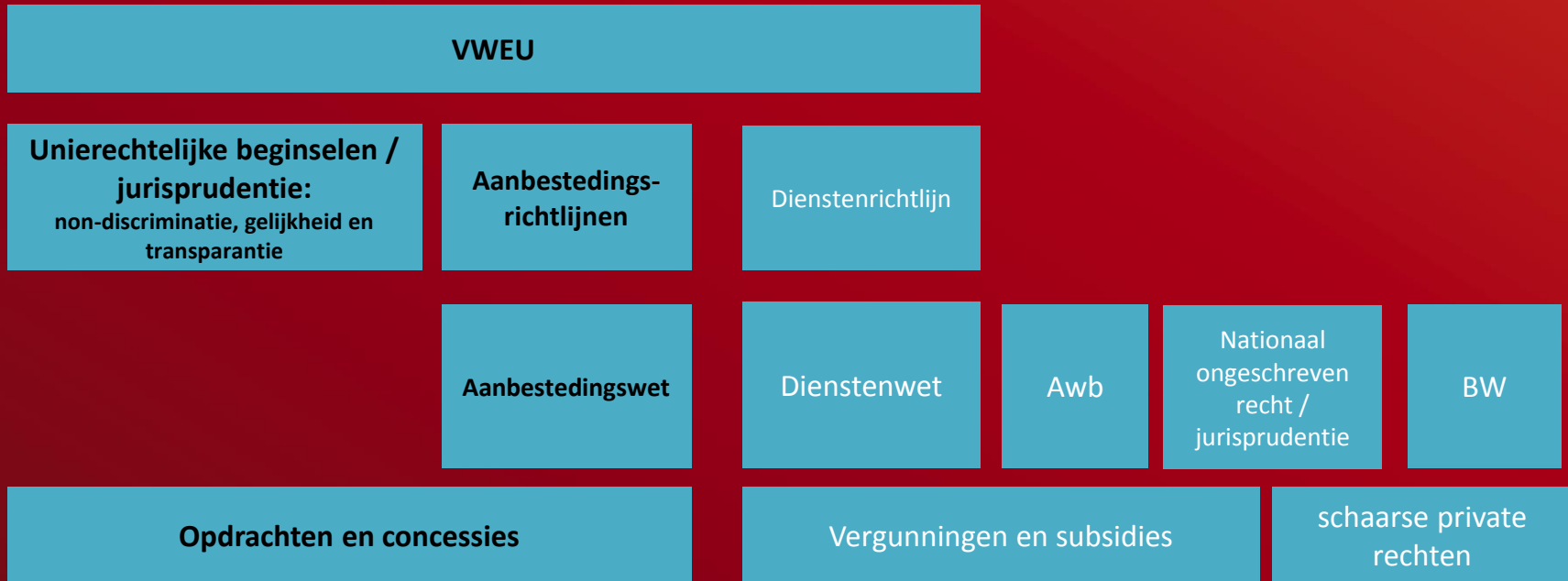
mr. T.G. Zweers - te Raaij

15 juni 2017

Europese aanbestedingsrecht

- Economisering bestuursrecht
- “Katalysator”
- “Aanbestedingsrecht in ruime zin”?

Juridisch kader



Gereguleerde overeenkomsten:

- Wat
- Waarom
- Hoe

Niet gereguleerde overeenkomsten:

- Unierechtelijke beginselen als sprake van DGB

- 1957: EEG-Verdrag

Totstandbrenging Gemeenschappelijke markt:

- 1962: Algemene Programma's opheffing beperkingen
- 1964: Voorstel Coördinatierichtlijn
- 1966: Gewijzigd voorstel Coördinatierichtlijn
- 1971: Richtlijn Werken

(Concessie)opdracht

- Wat
- HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14 (Falk Pharma):
 - Exclusief recht
 - Keuze van een begunstigde
- Exclusief recht op economische activiteit met een vermogenswaarde

- Waarom
- Gemeenschappelijke markt > opheffing beperkingen vrijheden:
 - Verbod discriminatie naar nationaliteit
 - Het bieden van gelijke kansen
 - Verplichting tot transparantie > Daadwerkelijke mededinging

Aanbestedingsprocedure

- Hoe

Non-discriminatie beginsel - Gelijkheidsbeginsel > transparantieverplichting

Richtlijn werken (1971):

- Technische specificaties niet-discriminerend
- **Voldoende bekendmaking**
- Objectieve criteria
- Procedure

Voldoende bekendmaking

- Richtlijn 1971
- Wat moet worden gepubliceerd en waarom?

Transparantie van begin tot eind

- Transparantie gedurende hele procedure en daarna
- *Succhi di Frutta* (HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 P)
- Transparantie (doorzichtigheid) uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel
- Voorkomen risico favoritisme en willekeur
- Maar ook zelfstandige betekenis: eisen moeten duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn
- Geen wezenlijke wijzigingen in de opdracht (zie ook Pressetext)

Nationaal aanbestedingsrecht

Coherent juridisch kader en uniformiteit

Als aankondiging of uitnodiging 2 of meer ondernemers:

- Uitgangspunten gelijkheid non-discriminatie en transparantie tijdens nationale procedure en gelijkheid en transparantie tijdens meervoudig onderhandse
- HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503 (Kadasterzaak)
- 1.4 Aanbestedingswet 2012: objectieve criteria > onderhandse gunning

Onderdrempelige opdracht

1.17 e.v. Aanbestedingswet 2012

1.22 e.v. Aanbestedingswet 2012 > ARW 2016

Niet gereguleerde overeenkomsten

Concessie (vóór richtlijn 2014/23/EU):

- HvJ EU 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria)
- Unierecht – verbod van discriminatie ogv nationaliteit
- verplichting tot transparantie > passende mate van openbaarheid
- HvJ EU 21 juli 2005, C-231/03 (Coname)
- Gebrek aan transparantie – ongelijke behandeling ten nadele van ondernemingen uit andere lidstaten – indirecte discriminatie
- HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03 (Parking Brixen)
- Transparantieplichting – Gelijkheidsbeginsel – in zuiver interne situaties, want ook wanneer geen sprake is van discriminatie naar nationaliteit
- HvJ EU 17 juli 2008, C-347/06 (ASM Brescia)
- Non-discriminatiebeginsel – Gelijkheidsbeginsel > transparantieplichting (gebrek: indirecte discriminatie) – wanneer concessie een DGB heeft [economisch belang van de overeenkomst, plaats van uitvoering of technische kenmerking overeenkomst]

2B-opdracht (vóór richtlijn 2014/24/EU):

- HvJ EU 13 november 2007, C-507/03 (An Post)
- DGB – gebrek aan transparantie – indirecte discriminatie

Onderdrempelige opdracht:

- HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (Tecnoedi);
- DGB: waarde opdracht slechts ¼ van EU drempelwaarde

Niet gereguleerde overeenkomsten (2)

- HvJ EU 21 juli 2005, C-231/03 (Coname)
- transparantieverplichting geen verplichting tot volgen van aanbestedingsprocedure (zie ook HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, Betfair)

- HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG):
- *Alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure*

- HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom):
- Concessie/schaarse vergunning:
- *marktbevraging*

- Coherent juridisch kader en uniformiteit

Onderdrempelige (concessie)opdrachten met DGB

- 1.8 en 1.9 Aanbestedingswet 2012:
 - > Beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie: passende mate van openbaarheid
- 1.17 e.v. Aanbestedingswet 2012:
 - > Aankondiging

Spelregels bij verdeling schaarse rechten?

nysingh
advocaten-notarissen



- Toepassingsbereik gelijkheidsbeginsel en verplichting tot transparantie:
 - 2009 (Handboek Aanbestedingsrecht): “*Er is echter geen enkele reden om deze lijn door te trekken naar transacties en rechtshandelingen die een wezenlijk ander karakter hebben dan een opdracht.*”
 - Waar staan we nu?
 - Dat hoort u na de pauze!

Vragen?
dorien.zweers@nysingh.nl