
743

Besluit van 17 december 1998 tot wijziging van het Besluit aanbestedingen nutssector

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Economische Zaken van 21 juli 1998, nr. 98048269 WJA/W;

Gelet op artikel 1 van richtlijn nr. 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 februari 1998 tot wijziging van Richtlijn nr. 93/38/EEG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG L 101), alsmede op artikel 2 van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen;

De Raad van State gehoord (advies van 19 november 1998, nr. W10.98.0376);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Economische Zaken van 14 december 1998, nr. WJA/W 98078454;

Hebben goedgevonden en verstaan:

ARTIKEL I

Het Besluit aanbestedingen nutssector¹ wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 1 wordt als volgt gewijzigd:

1. Onderdeel b komt te luiden:

b. richtlijn 93/38/EEG: richtlijn nr. 93/38/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 juni 1993, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG L 199), naar de tekst zoals deze laatstelijk is gewijzigd bij richtlijn nr. 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 februari 1998 (PbEG L 101);

2. Onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel e door een puntkomma wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

f. de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten: de op 15 april 1994 te Marrakech totstandgekomen Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (Trb.1994, 235).

B

Artikel 2 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het eerste lid komt te luiden:

1. Voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten als bedoeld in artikel 1, onder 4°, van richtlijn 93/38/EEG, die voldoen aan het bepaalde in artikel 14, eerste tot en met dertiende lid, van de richtlijn en die niet in de artikelen 6 tot en met 13 van de richtlijn van toepassing zijn uitgesloten, passen de aanbestedende diensten de artikelen 4, tweede tot en met vierde lid, 5, 15 tot en met 20, 21, eerste tot en met derde lid en vijfde lid, 22, 24, eerste en derde lid, 25, eerste en vijfde lid, 26, 27, 28, eerste tot en met vijfde lid, eerste volzin, en zesde lid, eerste volzin, 29, tweede lid, 31 tot en met 34, 35, eerste lid, 36, eerste tot en met vijfde lid, en 41, eerste, derde en vierde lid, van de richtlijn toe.

2. In het tweede lid wordt «24, eerste en tweede lid,» vervangen door: 24, eerste lid,.

C

Na artikel 2 worden twee nieuwe artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 2a

Aanbestedende diensten passen bij een procedure voor het plaatsen van een opdracht tegenover aannemers, leveranciers en dienstverleners in de lidstaten van de Europese Unie de voorwaarden, bedoeld in de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten, toe, indien zij deze voorwaarden voor diezelfde procedure toepassen ten aanzien van aannemers, leveranciers en dienstverleners uit andere staten die partij bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten zijn en deze voorwaarden gunstiger voor hen zijn dan de voorwaarden, bedoeld in richtlijn 93/38/EEG.

Artikel 2b

Aanbestedende diensten kunnen elke andere vorm van inschrijving dan schriftelijk, rechtstreeks of via de post, toestaan, indien zij er voor zorgen dat:

- a. elke inschrijving alle informatie bevat die voor de beoordeling ervan nodig is;
- b. het vertrouwelijk karakter van de inschrijvingen, in afwachting van de beoordeling ervan, wordt gerespecteerd;
- c. de inschrijvingen, indien zulks om redenen van juridisch bewijs noodzakelijk is, zo snel mogelijk schriftelijk of door toezending van een gewaarmerkt afschrift worden bevestigd en
- d. het openen van de inhoud van de inschrijvingen plaatsvindt na het verstrijken van de termijn voor indiening.

D

In artikel 7, tweede lid, wordt «artikel 42, eerste lid», vervangen door: artikel 42, eerste lid en lid 1bis,.

E

In artikel 8, tweede lid, wordt «artikel 41» vervangen door: artikel 41, eerste lid,.

ARTIKEL II

¹ Stb. 1997, 437.

Het advies van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt op grond van artikel 25a, vierde lid, onder b, van de Wet op de Raad van State, omdat het zonder meer instemmend luidt.

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 17 december 1998

Beatrix

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink

Uitgegeven de *dertigste* december 1998

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

NOTA VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

1.1. WTO-Overeenkomst inzake overheidsopdrachten¹

Op 15 april 1994 is in Marrakech de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie totstandgekomen. Bijlage 4 van deze overeenkomst bevat de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten² (verder: de Overeenkomst). Blijkens de considerans van de Overeenkomst heeft deze tot doel een internationaal kader van evenwichtige rechten en verplichtingen op het gebied van overheidsopdrachten tot stand te brengen met het oog op een verdere liberalisatie en uitbreiding van de wereldhandel. De Overeenkomst is een plurilaterale overeenkomst, hetgeen wil zeggen dat niet alle WTO-lidstaten partij zijn, maar alleen degene die zich daarvoor apart hebben aangemeld. Partij bij de Overeenkomst zijn: Griekenland, Luxemburg, Noorwegen, Zweden, België, Denemarken, de Europese Gemeenschap, Finland, Frankrijk, Spanje³, de Verenigde Staten van Amerika, Japan, Zwitserland, Canada, Zuid-Korea, Israël, Aruba⁴, Hongkong/China, Liechtenstein en Singapore⁵. Het is mogelijk dat in een later stadium andere landen van buiten de EG alsnog tot de Overeenkomst toetreden. De Overeenkomst is op grond van artikel XXIV, eerste lid, van de Overeenkomst op 1 januari 1996 in werking getreden.

Ten gevolge van de Overeenkomst moeten de partijen bij de Overeenkomst in principe hun markten voor overheidsopdrachten openen voor aanbieders uit de andere staten die partij zijn bij de Overeenkomst. Deze markten worden hierdoor geopend voor buitenlandse concurrentie. De totstandgekomen overeenkomst betekent een wezenlijke bijdrage op de weg naar liberalisatie van de wereldhandel. Alleen al in de Europese Gemeenschap bedraagt de omvang van dit deel van de markt zowat 720 miljard ECU. Om deze liberalisatie ook daadwerkelijk van de grond te krijgen bevat de Overeenkomst een aantal procedures die moeten waarborgen dat buitenlandse aanbieders dezelfde kansen krijgen als de nationale aanbieders.

Gezien het karakter en de inhoud van de Overeenkomst heeft de Minister van Economische Zaken er reeds op 9 januari 1996 in een bekendmaking⁶ op gewezen, dat aanbestedende diensten er rekening mee moeten houden dat de rechter in een concreet geval tot het oordeel kan komen dat de bepalingen van de Overeenkomst zich sinds de inwerkingtreding van de Overeenkomst op 1 januari 1996 lenen voor rechtstreekse werking (dat wil zeggen dat men er zich voor de rechterlijke instanties van de Gemeenschap of een lidstaat op kan beroepen). Om deze reden deden aanbestedende diensten er al vanaf 1 januari 1996 verstandig aan om met de inhoud van de Overeenkomst rekening te houden.

De Overeenkomst heeft niet alleen gevolgen voor de Nederlandse aanbestedende diensten, maar in principe ook voor de Nederlandse leveranciers, dienstverleners en aannemers. Allereerst kunnen deze aanbieders meer concurrentie verwachten op hun (Europese) thuismarkt. Daar staat tegenover dat ook voor hen nieuwe markten opengaan. De onder de Overeenkomst vallende aanbestedende diensten van de andere landen die partij zijn bij de Overeenkomst, zullen hen in principe op voet van gelijkheid met de aanbieders uit het land van de aanbestedende dienst moeten laten meedingen naar de opdrachten voor diensten, leveringen en werken die deze aanbestedende diensten verstrekken. De procedure verloopt volgens het recht van het land van de aanbestedende dienst, dat uiteraard wel in overeenstemming met de Overeenkomst behoort te zijn. Uitnodigingen tot deelneming aan een voorgenomen aanbesteding worden kenbaar gemaakt door middel van de in bijlage II

¹ WTO staat voor World Trade Organisation.

² Gepubliceerd in het Engels in PbEG 1994 L 336, p. 273 en in Trb. 1994, 235, p. 406 en in het Nederlands in PbEG 1996 C 256 en in Trb. 1995, 130, p. 438.

³ Trb. 1995, 130, p. 514.

⁴ Trb. 1996, 325, p. 3-4.

⁵ WTO/GPA-report 1997 van 27/10.

⁶ Bekendmaking van 9 januari 1996 betreffende de inwerkingtreding van het verdrag inzake overheidsopdrachten (Agreement on Government Procurement) (Trb. 130, 19 juli 1995), Stcrt. 1996, 10.

van de Overeenkomst per verdragspartij aangewezen publicatiebladen. Voor Nederland is dat het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

De voorgeschiedenis van de Overeenkomst begint bij de op 30 oktober 1947 te Genève totstandgekomen Algemene Overeenkomst betreffende Tarieven en Handel (verder: GATT) (Stb. K 440¹). In deze overeenkomst werden overheidsaankopen expliciet uitgesloten van de GATT-regels. De Tokio-Ronde van 1979 resulteerde in de op 12 april 1979 te Genève totstandgekomen Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (verder: GATT-Code). De GATT-Code was beperkt tot leveranties van goederen aan centrale overheden. Nu alle partijen die lid waren van de GATT-Code ook partij zijn geworden bij de Overeenkomst, zal de GATT-Code naar alle waarschijnlijkheid worden afgeschaft. Vrijwel gelijktijdig met de afronding van de onderhandelingen van de Uruguay-Ronde is eind 1993 overeenstemming bereikt over de Overeenkomst.

De Overeenkomst bevat onder meer anti-discriminatiebepalingen, regels met betrekking tot drempelbedragen, de aankondiging van geplande aanbestedingen, de aanbestedingsprocedure, de kwalificatie-eisen voor aanbieders, de technische specificaties waarin de kenmerken van de aan te schaffen producten of diensten worden omschreven, en een rechtstreeks klachtrecht voor benadeelde aanbieders bij een rechterlijke instantie of een onafhankelijke beroepsinstantie.

In meer dan één opzicht is de reikwijdte van de Overeenkomst ruimer dan die van de GATT-Code. Zo is de Overeenkomst niet alleen van toepassing op opdrachten voor leveringen, maar ook op opdrachten voor diensten en opdrachten voor werken, indien de waarde van een opdracht boven het vastgestelde drempelbedrag uitgaat. Verder is de reikwijdte van de Overeenkomst ook ruimer ten aanzien van de kring van aanbestedende diensten die de aanbestedingsregels moeten toepassen. Anders dan de GATT-Code, die als gezegd alleen van toepassing is op centrale overheden, is de Overeenkomst ook van toepassing op andere overheden en bepaalde openbare nutsinstellingen.

Wat dat laatste betreft, bevatten de bijlagen I.1, I.2 en I.3 van de Overeenkomst lijsten waarin instanties worden genoemd, die de aanbestedingsregels moeten naleven. In bijlage I.1 van de Overeenkomst, betreffende de instanties van de centrale overheid staan voor Nederland vermeld alle ministeries, inclusief de daaronder ressorterende diensten, het Kabinet voor Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse Zaken, Hoge Colleges van Staat, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale Ombudsman; deze lijst is limitatief. De opsommingen in de bijlagen I.2 en I.3 van de Overeenkomst zijn vanwege de grote aantallen daargenoemde instanties niet-limitatief.

In bijlage I.2 van de Overeenkomst staat voor Nederland een aantal zogenaamde sub-central government entities vermeld, zoals waterschappen, instellingen van wetenschappelijk onderwijs, door het Rijk gefinancierde universiteiten en academische ziekenhuizen.

In bijlage I.3 van de Overeenkomst staan alle overige instanties, die hun opdrachten volgens de bepalingen van de Overeenkomst moeten plaatsen. Het gaat hier om bedrijven of publiekrechtelijke lichamen in de water-, elektriciteit-, openbaar vervoer-, haven- of luchthavensector.

De bijlagen I.4 en I.5 van de Overeenkomst vermelden de categorieën van diensten en werken waarop de Overeenkomst van toepassing is.

Hoewel de Overeenkomst is geënt op de oorspronkelijke aanbestedingsrichtlijnen van de Europese Gemeenschap, zijn er, zoals uit het bovenstaande blijkt, op diverse onderdelen afwijkingen. In verband daarmee zal vanuit de rijksoverheid in de komende tijd zorgvuldig aandacht worden besteed aan de informatievoorziening over de consequenties van de Overeenkomst en de daaruit voortvloeiende aanpassingen van de

¹ Een integrale versie is gepubliceerd in Trb. 1966, 1.

richtlijnen. Het Interdepartementale Overlegorgaan Europese Aanbestedingen zal een geactualiseerde uitgave van de brochures over overheidsaanbestedingen publiceren en daarnaast in zijn nieuwsbrieven ingaan op specifieke aspecten van de nieuwe regelgeving. Verder zal op de in 1997 door het Ministerie van Economische Zaken over aanbestedingen geopende internet-site – waarin de aanbestedingsrichtlijnen op zo overzichtelijk mogelijke wijze worden weergegeven en ook de mogelijkheid tot het stellen van vragen is opgenomen – hieraan aandacht worden besteed.

De Overeenkomst is voor het gehele Koninkrijk goedgekeurd¹, maar zij is alleen voor Aruba geratificeerd². Nederland is derhalve geen partij bij de Overeenkomst.

Nederland heeft afgezien van een ratificatie van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten naast de EG, omdat de externe bevoegdheid van de EG op het terrein van de overheidsopdrachten een exclusieve bevoegdheid betreft en Nederland derhalve niet bevoegd is de overeenkomst te ratificeren. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende overwegingen.

De voornaamste gemeenschappelijke regels op het terrein van de overheidsopdrachten bestaan uit richtlijnen met als rechtsbasis de artikelen 57, tweede lid, 66, en/of 100 A EG. Gelet op de inhoud van deze regels, is daarmee door de gemeenschapsinstellingen totale harmonisatie beoogd op dit terrein en niet slechts minimumharmonisatie. In ieder geval moet worden geconcludeerd dat de EG een exclusieve interne bevoegdheid heeft verworven op het terrein van overheidsopdrachten.

Indien de EG een interne bevoegdheid heeft, maar niet is voorzien in de uitdrukkelijke toekenning van een externe bevoegdheid aan de EG, beschikt zij, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (verder: het Hof), over een van de interne bevoegdheid afgeleide externe bevoegdheid. Aangezien de gemeenschappelijke regels op het terrein van overheidsopdrachten niet uitdrukkelijk voorzien in de toekenning van een externe bevoegdheid aan de EG, heeft de EG op dit terrein een afgeleide externe bevoegdheid. Bezien moet worden of deze afgeleide externe bevoegdheid een exclusieve bevoegdheid is.

Het Hof heeft geconcludeerd dat artikel 100 A EG niet als zodanig de basis kan vormen voor een exclusieve bevoegdheid van de EG (Advies 1/94, Jur. 1994, p. I-5267, r.o. 88 en 101), maar op dat artikel gebaseerde «harmonisatiemaatregelen [kunnen] de vrijheid van de Lid-Staten om met derde landen te onderhandelen, [...] beperken, ja zelfs hun die bevoegdheid kunnen ontnemen» (Advies 1/94, r.o. 88). Dit geldt mijns inziens *mutatis mutandis* voor harmonisatiemaatregelen die zijn gebaseerd op andere artikelen dan artikel 100 A EG, zoals de artikelen 57, tweede lid, en 66 EG.

Derhalve moet worden onderzocht in welke gevallen sprake is van een exclusieve externe bevoegdheid van de EG. Volgens de rechtspraak van het Hof is dat het geval indien:

- a. de EG in haar interne wetgeving bepalingen heeft opgenomen betreffende de aan onderdanen van derde landen toe te kennen behandeling, of indien zij haar instellingen uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft verleend om met derde landen te onderhandelen (Advies 1/94, r.o. 95); of
- b. de harmonisatie op een bepaald beleidsterrein volledig is (Advies 1/94, r.o. 96); of
- c. in enigerlei vorm gemeenschappelijke regels zijn getroffen en die gemeenschappelijke regels zouden kunnen worden aangetast of aan de betekenis hiervan afbreuk zou kunnen worden gedaan doordat de lidstaten, individueel of collectief optredend, jegens derde landen verplichtingen aangaan (zaak 22/70, Jur. 1971, p. 263, r.o. 17; zie bv. ook Advies 2/91, Jur. 1993, p. I-1061, r.o. 9–11).

¹ Artikel 2 van de Rijkswet van 21 december 1994 tot goedkeuring van het op 15 april 1994 te Marrakech tot stand gekomen verdrag tot oprichting van de Wereld Handelsorganisatie, met bijlagen 1, 2, en 3, en van het eveneens op 15 april 1994 te Marrakech tot stand gekomen verdrag inzake overheidsopdrachten, met bijlage (Stb. 947).

² Trb. 1996, 325, p. 4.

Aan de hand van deze drie door het Hof geformuleerde criteria moet worden getoetst of de externe bevoegdheid van de EG op het terrein van de overheidsopdrachten exclusief is.

a. In de gemeenschappelijke regels op het terrein van overheidsopdrachten zijn geen bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de behandeling van onderdanen van derde landen en deze regels voorzien, zoals gezegd, ook niet in de uitdrukkelijke bevoegdheid van de EG om met derde landen te onderhandelen.

b. Zoals hierboven gesteld, zijn de interne regels op het terrein van overheidsopdrachten volledig geharmoniseerd, maar ten aanzien van de betrekkingen met derde landen is door de gemeenschapsinstellingen aan de lidstaten een (marginale) bevoegdheid toegekend om, onder voorwaarden, overeenkomsten met andere staten aan te gaan (zie artikel 12 van richtlijn nr. 93/38/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 juni 1993, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG L 199)); zie ook de memorie van toelichting bij de Rijkswet van 21 december 1994 tot goedkeuring van het op 15 april 1994 tot stand gekomen verdrag tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, kamerstukken II, 1994/95, 23 961 (R 15 125), nr. 3, p. 85). Deze bevoegdheid om overeenkomsten aan te gaan met derde landen is door de gemeenschapsinstellingen beperkt tot enkele welomschreven gevallen. Hieruit leid ik af dat de gemeenschapsinstellingen van mening zijn dat de EG een exclusieve externe bevoegdheid heeft waarvan zij slechts in de hierboven bedoelde gevallen afstand hebben willen doen. Omdat deze bevoegdheid door de gemeenschapsinstellingen aan de lidstaten is toegekend, ben ik tevens van mening dat deze instellingen de toekenning van deze bevoegdheid aan de lidstaten geheel of ten dele ongedaan kunnen maken door de externe bevoegdheid zelf uit te oefenen. Ik ben dan ook van mening dat deze bevoegdheid van de lidstaten om met derde landen overeenkomsten te sluiten als gevolg van het sluiten door de EG van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten beperkt is jegens de partijen bij deze overeenkomst.

c. Ten slotte moet worden onderzocht of de interne regels met betrekking tot overheidsopdrachten zouden kunnen worden aangetast dan wel of aan de betekenis daarvan afbreuk zou kunnen worden gedaan doordat lidstaten partij worden bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten. Ik acht dit in theorie niet uitgesloten, omdat de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten inschrijvers uit derde landen die partij zijn bij de overeenkomst in bepaalde gevallen meer rechten toekent dan inschrijvers uit lidstaten van de Europese Unie hebben op grond van de interne regels. Op dit moment doet een dergelijk risico zich niet voor, omdat de EG zelf partij is bij de overeenkomst en door het stellen van aanvullende gemeenschappelijke regels een dergelijke discriminatoire behandeling van onderdanen van de EG heeft voorkomen (zie artikel 42bis van richtlijn 93/38/EEG). Desalniettemin zou dit risico zich kunnen voordoen, indien de EG de overeenkomst zou opzeggen en lidstaten van de Europese Unie daarbij partij zouden blijven. In dat geval zouden de gemeenschappelijke regels met betrekking tot overheidsopdrachten worden aangetast en zou aan de betekenis van deze regels afbreuk worden gedaan. Het bestaan van dit risico acht ik voldoende reden om te concluderen dat de EG over een exclusieve externe bevoegdheid beschikt op het terrein van de overheidsopdrachten.

Aan deze conclusie doet niet af dat de goedkeuring van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten voor de EG slechts heeft plaatsgevonden voor het gedeelte dat onder de bevoegdheid van de EG valt (artikel 2, eerste lid, van het Besluit 94/800/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 december 1994, PbEG L 336/1). Artikel 2 van dit besluit heeft niet alleen betrekking op de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten, maar ook op andere plurilaterale overeenkomsten die tot

stand zijn gekomen in het kader van de oprichting van de Wereldhandelsorganisatie. Het artikel sluit dan ook niet uit dat de EG op het terrein van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten exclusief extern bevoegd is. Overigens wordt ook niet door artikel 2, eerste lid, uitgesloten dat de EG op alle onderdelen van alle betrokken plurilaterale overeenkomsten exclusief extern bevoegdheid is. Wat dat betreft is van belang dat de zinsnede «wat betreft het gedeelte dat onder haar bevoegdheid valt» nog voldoende ruimte biedt voor uiteenlopende conclusies in die gevallen waarin van het Hof van Justitie van de EG geen duidelijkheid is verkregen over het al dan niet exclusieve karakter van de bevoegdheid van de EG. Hoewel het Hof op het terrein van de overheidsopdrachten (nog) geen duidelijkheid heeft verschaft, zijn er evenwel voldoende argumenten om aan te nemen dat de EG op het terrein van de overheidsopdrachten exclusief extern bevoegd is.

De exclusieve externe bevoegdheid van de EG op het terrein van de overheidsopdrachten blijkt ook uit de exclusieve sluiting door de EG op 12 april 1979 van het GATT-verdrag inzake overheidsaankopen (PbEG 1980, L 71), zoals gewijzigd (PbEG 1987, L 345) en op 25 mei 1993 van de Overeenkomst in de vorm van een verklaring van intentie tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Verenigde Staten van Amerika inzake overheidsopdrachten (PbEG L 125). Het verdrag dat in het kader van de Wereldhandelsorganisatie tot stand is gekomen, is weliswaar ruimer dan deze verdragen, maar dat doet mijns inziens niet af aan de exclusieve externe bevoegdheid van de EG op dit terrein. De verruiming heeft betrekking op de aard van de aan te besteden opdrachten en de herkomst van de aanbesteders. In alle gevallen betreft het voorschriften die binnen de EG volledig zijn geharmoniseerd.

Nederland is uiteraard wel als lidstaat van de Europese Unie verplicht richtlijn 98/4/EG uit te voeren. Voor Nederland is nu aan de orde de uitvoering van richtlijn 98/4/EG. Deze uitvoering is ook mogelijk doordat artikel 2 van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen een grondslag biedt voor het stellen van regels bij algemene maatregel van bestuur die strekken tot uitvoering van een communautaire maatregel inzake aanbestedingen.

1.2. Richtlijn 98/4/EG

Op 22 december 1994 heeft de Raad van de Europese Unie de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie¹ goedgekeurd.² Op 30 december 1994 heeft de Europese Gemeenschap de Overeenkomst geratificeerd³ en is daardoor bij de inwerkingtreding van de Overeenkomst op 1 januari 1996 partij bij de Overeenkomst geworden.

Naar aanleiding van de Overeenkomst is richtlijn nr. 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 februari 1998 vastgesteld tot wijziging van Richtlijn 93/38/EEG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG L 101) (verder: richtlijn 98/4/EG). Richtlijn 98/4/EG wijzigt richtlijn nr. 93/38/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG L 199) (verder: richtlijn 93/38/EEG). De gewijzigde richtlijn 93/38/EEG regelt in hoofdzaak de verhoudingen tussen aanbestedende diensten in de nutssector in de Europese Gemeenschap en aanbieders in de Europese Gemeenschap met betrekking tot opdrachten voor diensten, leveringen en uitvoering van werken.

Naar aanleiding van de Overeenkomst heeft de Europese Gemeenschap nog een tweede richtlijn⁴ vastgesteld voor overheidsopdrachten van aanbestedende diensten buiten de nutssector. Deze richtlijn is voor

¹ De Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie is gepubliceerd in de bijlage van het in noot 11 vermelde goedkeuringsbesluit.

² Besluit nr. 94/800/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (Pb EG L 336).

³ Trb. 1995, 130, p. 514.

⁴ Richtlijn nr. 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 1997 tot wijziging van de Richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PbEG L 328).

Nederland uitgevoerd door wijziging van het Besluit overheids-aanbestedingen (Stb. 1998, 542).

De wijzigingen van richtlijn 98/4/EG hebben betrekking op de drempelbedragen voor opdrachten van de nutssector voor diensten, leveringen en werken, de gegevensverschaffing bij verzoek tot bevestiging van belangstelling, eerbiediging door de Commissie van de Europese Gemeenschappen (verder: Commissie) van commercieel gevoelige gegevens, verkorte termijnen bij periodieke indicatieve aankondiging, de wijze van indienen van aanvragen tot deelneming en van inschrijvingen, erkenningsregeling van geschiktheid van aanbieders, informatieverschaffing bij gunning van de opdracht en het statistisch overzicht. Voorts wordt een zogenaamd non-discriminatiebeginsel geïntroduceerd, inhoudende dat bij het gunnen van opdrachten door aanbestedende diensten de lidstaten van de Europese Unie in hun onderlinge betrekkingen voorwaarden toepassen die even gunstig zijn als die welke zij bij de tenuitvoerlegging van de Overeenkomst toepassen tegenover andere staten. De laatstgenoemde wijziging is een extra wijziging door de Europese Gemeenschap aangebracht die overigens weer wel indirect met de Overeenkomst heeft te maken; op deze laatstbedoelde wijziging wordt ingegaan in subparagraaf 2.9.

De werking van richtlijn 98/4/EG zal in de toekomst waarschijnlijk ook worden uitgebreid naar de overige staten¹ die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER). Het daartoe benodigde EER-besluit is echter nog niet genomen. Wanneer dat besluit is genomen, zal het Besluit aanbestedingen nutssector zo nodig en ook tijdig worden aangepast.

2. Inhoud van richtlijn 98/4/EG

Bij de omzetting van richtlijn 98/4/EG in nationale regelgeving zijn de volgende onderwerpen relevant:

2.1. Drempelbedragen

Artikel 14, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG kende ten aanzien van de drempelbedragen twee verschillende groepen van aanbestedende diensten: aanbestedende diensten op het gebied van telecommunicatie en alle overige onder de richtlijn vallende aanbestedende diensten. Voor de aanbestedende diensten op het gebied van telecommunicatie golden deels afwijkende drempelbedragen.

Het gewijzigde artikel 14, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG onderscheidt daarentegen drie groepen van aanbestedende diensten:

- a. aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen als bedoeld in bijlage X van de richtlijn;
- b. aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen als bedoeld in bijlage I, II, VII, VIII en IX van de richtlijn en
- c. aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen als bedoeld in bijlage III, IV, V en VI van de richtlijn.

De in artikel 14, eerste lid, onder a, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde aanbestedende diensten zijn de aanbestedende diensten op het gebied van telecommunicatie. De in artikel 14, eerste lid, onder b, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde aanbestedende diensten zijn de aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen op het gebied van:

- de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater,
- de productie, het vervoer of de distributie van elektriciteit,
- stadsspoorweg-, tram-, trolley-, of busverbindingen,
- luchthavenfaciliteiten of
- zeehaven-, binnenhaven- of andere aanlandingsfaciliteiten.

De in artikel 14, eerste lid, onder c, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde

¹ Het betreft Liechtenstein, Noorwegen en IJsland.

aanbestedende diensten zijn de aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen op het gebied van:

- het vervoer, de opslag of distributie van gas of warmte,
- exploratie en winning van aardolie en aardgas,
- exploratie en winning van steenkool of andere vaste brandstoffen of
- vervoersdiensten per trein.

Deze verdeling in drie groepen van aanbestedende diensten vloeit voort uit de Overeenkomst. De Overeenkomst is namelijk wel van toepassing op de aanbestedende diensten, bedoeld in artikel 14, eerste lid, onder b, van richtlijn 93/38/EEG, maar niet op de aanbestedende diensten, bedoeld in artikel 14, eerste lid, onder a en c, van richtlijn 93/38/EEG.

Elke groep van aanbestedende diensten heeft zijn eigen drempelbedragen voor opdrachten voor levering, diensten en de uitvoering van werken.

Voor de in artikel 14, eerste lid, onder a, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde aanbestedende diensten blijven de drempelbedragen voor opdrachten ongewijzigd: 600 000 ECU voor opdrachten voor leveringen en voor opdrachten voor diensten en 5 000 000 ECU voor opdrachten voor de uitvoering van werken.

Voor de in artikel 14, eerste lid, onder b, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde aanbestedende diensten komen de drempelbedragen grotendeels in SDR¹ in plaats van in ECU te luiden. Het drempelbedrag voor opdrachten voor leveringen wordt van 400 000 ECU gewijzigd in 400 000 SDR en voor opdrachten voor de uitvoering van werken van 5 000 000 ECU in 5 000 000 SDR. Voor opdrachten voor diensten komen er twee verschillende drempelbedragen. Deze tweedeling is een gevolg van het feit dat de Overeenkomst op minder categorieën van opdrachten voor diensten betrekking heeft dan richtlijn 93/38/EEG. Voor opdrachten van aanbestedende diensten waarop de Overeenkomst van toepassing is, komt het drempelbedrag in SDR te luiden: 400 000 SDR in plaats van 400 000 ECU. Voor opdrachten voor diensten waarop de Overeenkomst *niet* van toepassing is, blijft het oude drempelbedrag van 400 000 ECU van toepassing. Doordat de SDR en de ECU op dit moment vrijwel evenveel waard zijn, zijn de consequenties van deze wijzigingen op dit moment niet meer dan marginaal.

De Overeenkomst is van toepassing op de opdrachten voor diensten, genoemd in bijlage XVI.A van richtlijn 93/38/EEG, met uitzondering van de onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten van categorie 8 en van de telecommunicatiediensten van categorie 5 met de CPC-referentienummers 7524, 7525 en 7526. De Overeenkomst is niet van toepassing op de opdrachten voor diensten, genoemd in bijlage XVI.B van richtlijn 93/38/EEG, met inbegrip van de onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten van categorie 8 en van de telecommunicatiediensten van categorie 5 met de CPC-referentienummers 7524, 7525 en 7526, genoemd in bijlage XVI.A van richtlijn 93/38/EEG.

Ook voor de in artikel 14, eerste lid, onder c, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde aanbestedende diensten blijven de drempelbedragen voor opdrachten ongewijzigd: 400 000 ECU voor opdrachten voor leveringen en voor opdrachten voor diensten en 5 000 000 ECU voor opdrachten voor de uitvoering van werken.

De tegenwaarden in ECU en in nationale valuta van alle drempelbedragen worden in beginsel om de twee jaar herzien. In het begin van de maand november voorafgaand aan het kalenderjaar, waarin de nieuwe tegenwaarden gaan gelden, worden zij in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakt (het gewijzigde artikel 14, veertiende en vijftiende lid, van richtlijn 93/38/EEG). Bij alle drempelbedragen wordt uitgegaan van de waarde van de opdracht exclusief BTW. De tegenwaarden van de drempelbedragen voor opdrachten van aanbestedende diensten, geldig van 1 januari 1998 tot en met

¹ SDR staat voor Special Drawing Rights. Dit zijn speciale trekkingsrechten uitgegeven door het IMF, die recht geven op het verkrijgen van omwisselbare valuta. De waarde van de SDR is gekoppeld aan de waarde van een zogenaamde mand van de belangrijkste valuta van de wereld.

31 december 1999, zijn gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen 1998 C 22¹.

De verwijzingen in de artikelen 22, eerste lid, onder b, en 23, eerste en tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG naar de drempelbedragen, bedoeld in artikel 14, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG, zijn aangepast aan de gewijzigde drempelbedragen.

2.2. Gegevensverschaffing bij verzoek tot bevestiging van belangstelling

Op grond van artikel 21, tweede lid, onder c, van richtlijn 93/38/EEG moeten aanbestedende diensten tot nog toe bij een oproep tot mededinging door middel van een periodieke indicatieve aankondiging na die aankondiging alle gegadigden verzoeken hun belangstelling te bevestigen aan de hand van nadere informatie met betrekking tot de betreffende opdracht, alvorens met de selectie van de inschrijvers of deelnemers aan de onderhandelingen te beginnen. In het gewijzigde artikel 21, tweede lid, onder c, van richtlijn 93/38/EEG is hieraan een lijst van met name genoemde gegevens toegevoegd die deze informatie ten minste moet bevatten. Het betreft onder andere de aard en hoeveelheid van de betreffende opdracht, het type aanbestedingsprocedure, de eventuele begin- of einddatum van de opdracht, de uiterste datum van indiening van aanvragen, de taal of talen waarin de aanvraag moet worden gesteld, het adres van de opdrachtverlener, de economische en technische vereisten, financiële waarborgen en inlichtingen welke van de aanbidders worden verlangd, en de contractvorm van de opdracht.

2.3. Eerbiediging door de Commissie van commercieel gevoelige gegevens

Aanbestedende diensten die een opdracht hebben geplaatst of een prijsvraag voor ontwerpen hebben gehouden, delen volgens het ongewijzigde artikel 24, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG de Commissie het resultaat daarvan mede. De Commissie publiceert een deel van de gegevens die haar bij die mededeling worden verstrekt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. De Commissie eerbiedigt daarbij op grond van artikel 24, tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG het gevoelige commerciële karakter van die gegevens die door aanbestedende diensten bij de toezending als zodanig zijn aangemerkt. Gegevens die door de aanbestedende diensten als commercieel gevoelig kunnen worden aangemerkt zijn de in de punten 6 en 9 van bijlage XV van richtlijn 93/38/EEG genoemde gegevens over het aantal ontvangen aanbiedingen en over de naam en het adres van de aanbieder bij de aankondiging van gegunde opdrachten.

Op grond van het gewijzigde artikel 24, tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG kunnen de aanbestedende diensten ook de in punt 11 van bijlage XV van richtlijn 93/38/EEG genoemde gegevens over de betaalde prijs, c.q. de prijs van de hoogste en de laagste offerte waarmee rekening is gehouden bij de aanbesteding van de opdracht als commercieel gevoelig aanmerken.

2.4. Verkorte termijnen bij periodieke indicatieve aankondiging

Bij openbare procedures als bedoeld in het gewijzigde artikel 26, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG kan de termijn voor ontvangst van offertes worden verkort van 52 tot 22 dagen (was 36 dagen) vanaf de datum van verzending van de aankondiging van een opdracht. In het geval van een verkorting van die termijn blijft het uitgangspunt echter een verkorting tot een termijn die voor belangstellenden lang genoeg is om een geldige inschrijving in te dienen en die doorgaans niet korter is dan 36 dagen. Aan de voorwaarde voor verkorting van die termijn, namelijk dat de aanbe-

¹ De tegenwaarden van de drempelbedragen in Nederlandse guldens voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 1999 zijn ook gepubliceerd in de IOEA-nieuwsbrief nr. 9 van januari 1998. De nieuwsbrief is verkrijgbaar bij het IOEA, tel. 070-3798820.

stedende dienst overeenkomstig artikel 22, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG een periodieke indicatieve aankondiging moet hebben gepubliceerd, zijn in het gewijzigde artikel 26, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG twee voorwaarden toegevoegd. De periodieke indicatieve aankondiging moet de in de delen II en III van bijlage XIV van richtlijn 93/38/EEG vereiste gegevens bevatten, voorzover die gegevens op het ogenblik van de publicatie van die aankondiging beschikbaar zijn. Deze gegevens hebben onder meer betrekking op de aard en hoeveelheid van de te leveren producten of algemene kenmerken van het werk of categorie waartoe de dienst behoort, de termijn voor de levering of uitvoering of looptijd van de opdracht, de economische en technische eisen en de financiële en technische waarborgen die van de leveranciers worden verlangd. Voorts moet de periodieke indicatieve aankondiging ten minste 52 dagen en ten hoogste twaalf maanden eerder dan de in artikel 21, eerste lid, onder a, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde aankondiging van een opdracht aan het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen zijn toegezonden.

Bij niet-openbare procedures en procedures van gunning via onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mededinging als bedoeld in artikel 26, tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG is de in onderdeel a van die bepaling genoemde termijn van vijf weken gewijzigd in 37 dagen en de in onderdeel c van die bepaling genoemde termijn van drie weken gewijzigd in 24 dagen.

2.5. Wijze van indienen van aanvragen tot deelneming en van inschrijvingen

Aanvragen tot deelneming aan opdrachten en uitnodigingen tot inzending van een offerte moeten volgens artikel 28, vijfde lid, van richtlijn 93/38/EEG via de snelste weg geschieden. Vervallen is het vereiste, dat aanvragen tot deelneming die per telegram, telex, telefax, telefoon of langs elektronische weg plaatsvinden, per brief moeten worden bevestigd.

Inschrijvingen moeten op grond van het nieuwe artikel 28, zesde lid, eerste volzin, van richtlijn 93/38/EEG schriftelijk, rechtstreeks of via de post, worden ingediend.

Het nieuwe artikel 28, zesde lid, tweede volzin, van richtlijn 93/38/EEG biedt lidstaten echter de mogelijkheid elke andere vorm van indiening van de inschrijving op een aanbesteding dan schriftelijk, rechtstreeks of via de post, toe te staan. Een andere vorm van indiening moet wel voldoen aan bepaalde eisen van volledigheid, juridische bewijskracht, vertrouwelijkheid en het niet openen van de inschrijvingen voor het verstrijken van de termijn voor indiening.

Om de aanbestedende diensten op dit punt een zo groot mogelijke vrijheid van handelen te bieden, wordt van deze mogelijkheid in het voorliggend besluit gebruik gemaakt door de invoering van een nieuw artikel 2b in het Besluit aanbestedingen nutssector. Wanneer aanbieders, die zich op grote afstand van de aanbestedende dienst bevinden, willen inschrijven op aanbestedingen kan het bijvoorbeeld wenselijk zijn om van snellere communicatiemiddelen gebruik te kunnen maken dan de post, zoals per fax. Hoe dat per fax zou kunnen, wordt hierna in de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel C, uiteengezet.

2.6. Erkenningsregeling van geschiktheid van aanbieders

Op grond van artikel 30, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG kunnen aanbestedende diensten desgewenst een regeling voor erkenning van geschiktheid van leveranciers, aannemers of dienstverleners opzetten en beheren. In het gewijzigde artikel 30, eerste lid, is hieraan toegevoegd dat aanbestedende diensten die een erkenningsregeling opzetten of beheren,

ervoor zorgen dat leveranciers, aannemers en dienstverleners te allen tijde erkenning kunnen aanvragen.

2.7. Informatieverschaffing bij gunning van de opdracht

Het nieuwe derde lid van artikel 41 van richtlijn 93/38/EEG verplicht aanbestedende diensten die een van de in de bijlagen I, II, VII, VIII en IX van richtlijn 93/38/EEG vermelde activiteiten uitoefenen¹, de deelnemende leveranciers, aannemers en dienstverleners onverwijld en desgevraagd schriftelijk in kennis te stellen van de gunning van de opdracht.

Het nieuwe vierde lid van artikel 41 van richtlijn 93/38/EEG verplicht diezelfde aanbestedende diensten zo spoedig mogelijk na de ontvangst van een schriftelijk verzoek iedere afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen voor de afwijzing van zijn aanvraag of van zijn inschrijving op een aanbesteding, en aan iedere inschrijver die een aan de eisen beantwoordende offerte heeft gedaan, de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte alsmede de naam van de begunstigde mee te delen.

De aanbestedende diensten kunnen evenwel besluiten dat sommige van deze gegevens niet worden medegedeeld, indien openbaarmaking van deze gegevens de toepassing van enige wet- of regelgeving in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het openbaar belang, schade zou kunnen toebrengen aan de rechtmatige, commerciële belangen van bepaalde openbare of particuliere ondernemingen, met inbegrip van de belangen van de onderneming waaraan de opdracht is gegund, dan wel de eerlijke mededinging tussen de dienstverleners, leveranciers of aannemers zou kunnen schaden.

2.8. Statistisch overzicht

Op grond van het nieuwe lid 1 bis van artikel 42 van richtlijn 93/38/EEG moeten de lidstaten de Commissie jaarlijks een statistisch overzicht sturen van geplaatste opdrachten van aanbestedende diensten die een van de in de bijlagen I, II, VII, VIII en IX van richtlijn 93/38/EEG vermelde activiteiten uitoefenen.

Daarnaast blijft gehandhaafd de verplichting van de lidstaten op grond van artikel 42, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG de Commissie jaarlijks een statistisch overzicht te zenden van door de nutssector geplaatste opdrachten, die onder de desbetreffende drempelbedragen blijven.

2.9. Non-discriminatie

Aan richtlijn 93/38/EEG is een nieuw artikel 42bis toegevoegd dat bepaalt dat bij het gunnen van opdrachten van aanbestedende diensten de lidstaten van de Europese Unie in hun onderlinge betrekkingen voorwaarden toepassen die even gunstig zijn als die welke zij bij de tenuitvoerlegging van de Overeenkomst toepassen tegenover andere staten. De aanleiding hiervoor is dat sommige bepalingen van de Overeenkomst gunstiger voorwaarden voor de inschrijvers inhouden dan richtlijn 93/38/EEG. Het nieuwe artikel beoogt te voorkomen dat inschrijvers van buiten de Gemeenschap bij opdrachten van aanbestedende diensten in de Gemeenschap in een gunstigere positie komen dan inschrijvers in de Gemeenschap.

Op grond van de tweede volzin van artikel 42bis van richtlijn 93/38/EEG raadplegen de lidstaten elkaar te dien einde in het kader van het Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten over de uit hoofde van de Overeenkomst te treffen maatregelen.

De vraag rijst wat nu precies het karakter van artikel 42bis van richtlijn 93/38/EEG is. Moeten de eerste en tweede volzin daarvan gezien worden als één procedurele bepaling gericht aan het adres van de lidstaten zelf?

¹ Zie hoofdstuk I, Algemeen, paragraaf 2.1, Drempelbedragen, van deze nota.

Of komt aan de eerste volzin zelfstandige, inhoudelijke betekenis toe? Het laatste is mijns inziens het geval. Immers, de eerste volzin van de genoemde bepaling bevat een resultaatsverplichting dat aanbieders uit de Gemeenschap minstens even gunstig moeten worden behandeld als aanbieders uit derde landen die partij bij de Overeenkomst zijn. Daarbij zal duidelijk zijn dat de opdracht in de tweede volzin aan de lidstaten om elkaar te raadplegen op zichzelf niet voldoende is om zeker te stellen dat dit resultaat ook inderdaad wordt bereikt. Bij nader inzien moet dan ook worden geconstateerd dat de woorden «te dien einde» in de aanhef van de tweede volzin wel erg klemmend zijn geformuleerd en daarmee een te nauwe koppeling tussen het bepaalde in de eerste en tweede volzin leggen. In deze redenering word ik bovendien gesterkt door de onvoorwaardelijke formulering van de zesde overweging in de preambule van richtlijn 98/4/EG.

Uitgaande van de zelfstandige, inhoudelijke betekenis van artikel 42bis, zal deze bepaling in de nationale regelgeving moeten worden uitgevoerd. Daarbij kan niet volstaan worden met terugverwijzing naar het richtlijn-artikel, omdat dat artikel zich tot de lidstaten zelf richt en niet tot de aanbestedende diensten.

2.10. Overige wijzigingen

De wijzigingen in artikel 35, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG zijn van redactionele aard en hebben geen materiële wijzigingen tot gevolg. Artikel 38 van richtlijn 93/38/EEG is vervallen. De vaststelling van de tegenwaarden in nationale valuta van de in artikel 14 van richtlijn 93/38/EEG genoemde drempels is nu geregeld in de nieuwe leden veertien tot en met zestien van laatstgenoemd artikel. Ook de wijzigingen in artikel 41, eerste en tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG zijn slechts redactioneel van aard. Ten slotte zijn de bijlagen XII, XIII, XIV en XV bij richtlijn 93/38/EEG vervangen door de overeenkomstige bijlagen bij richtlijn 98/4/EG.

2.11. Advies bij het opstellen van opdrachten van aanbestedende diensten

Ten aanzien van het inwinnen van advies bij het opstellen van opdrachten van aanbestedende diensten staat in de dertiende overweging van richtlijn 98/4/EG dat de aanbestedende diensten bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht advies mogen vragen of aanvaarden, mits een dergelijk advies niet leidt tot uitschakeling van de mededinging. In de toelichting bij het gewijzigd voorstel voor richtlijn 98/4/EG¹ merkt de Commissie hierover op dat deze overweging ten doel heeft uitdrukkelijk te wijzen op een punt dat reeds voortvloeit uit het bestaande Gemeenschapsrecht zoals dit wordt toegepast ten aanzien van technisch advies. Want hoewel niets in het bestaande Gemeenschapsrecht eraan in de weg staat dat aanbestedende diensten bij het opstellen van technische specificaties voor een bepaalde opdracht advies zouden vragen of aanvaarden van een onderneming die zou kunnen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure, bestaat die mogelijkheid krachtens het huidige Gemeenschapsrecht *niet* indien daardoor het beginsel van de gelijke behandeling, met name door het uitschakelen van de mededinging, in het gedrang zou komen. Gezien deze stand van zaken is het niet noodzakelijk de bepalingen van de richtlijn te wijzigen om haar in overeenstemming te brengen met artikel VI, lid 4, van het GPA². Bijgevolg verandert er niets ten aanzien van de bestaande situatie van het vragen van advies bij het opstellen van opdrachten van aanbestedende diensten.

¹ Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/38/EEG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie van 25 november 1996, COM(96) 598 def., p. 5-6.

² GPA staat voor Government Procurement Agreement ofwel de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten.

3. Omzetting van richtlijn 98/4/EG in nationale regelgeving

Ter uitvoering van richtlijn 98/4/EG wordt het Besluit aanbestedingen nutssector door het voorliggende besluit aangepast. De uitvoering geschiedt voornamelijk door te verwijzen naar bepalingen van de door richtlijn 98/4/EG gewijzigde richtlijn 93/38/EEG. Daarnaast is van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele onvolkomenheden te verbeteren in verwijzingen in artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector naar richtlijn 93/38/EEG. Voor een verdere toelichting hierop wordt verwezen naar hoofdstuk II, Artikelsgewijze toelichting, artikel I, onderdeel B, van deze nota.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van richtlijn 98/4/EG hebben de lidstaten tot en met 16 februari 1999 de tijd om aan de richtlijn te voldoen. Ondanks deze ruime periode is het van belang dat dit besluit zo spoedig mogelijk van kracht wordt. De Overeenkomst naar aanleiding waarvan richtlijn 98/4/EG tot stand is gekomen, is namelijk reeds op 1 januari 1996 in werking getreden. Zoals eerder is opgemerkt¹, is er in een publicatie in de Staatscourant op gewezen, dat er rekening mee moet worden gehouden dat de rechter in een concreet geval tot het oordeel kan komen dat de bepalingen van de Overeenkomst zich lenen voor rechtstreekse werking. De onduidelijkheid van deze situatie verdwijnt door de uitvoering van richtlijn 98/4/EG in de nationale wetgeving.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I, onderdeel A

Het Besluit aanbestedingen nutssector gaat in beginsel (zie hierna bij onderdeel C) uit van een stelsel van statische verwijzingen naar de bepalingen van verschillende EG-richtlijnen op het terrein van opdrachten van aanbestedende diensten. Dit maakt het noodzakelijk in het definitieve artikel bij wijziging van een van die richtlijnen een verwijzing naar de gewijzigde richtlijn op te nemen.

Tevens voorziet onderdeel A in een definiëring van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten; dit is nodig vanwege het nieuwe artikel 2a van het Besluit aanbestedingen nutssector.

Artikel I, onderdeel B

In artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector worden de artikelen van richtlijn 93/38/EEG opgesomd, die de aanbestedende diensten in de nutssector moeten toepassen bij het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten dan wel bij het uitschrijven van prijsvragen voor ontwerpen.

Voor de uitvoering van richtlijn 98/4/EG is een aantal aanpassingen in artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector noodzakelijk. Zo is de verwijzing naar artikel 14 van richtlijn 93/38/EEG gepreciseerd tot een verwijzing naar het eerste tot en met dertiende lid van dat artikel. De aan dat artikel nieuw toegevoegde leden veertien tot en met zestien behoeven namelijk geen omzetting in nationale regelgeving. De verwijzing naar artikel 28 van richtlijn 93/38/EEG is beperkt tot het eerste tot en met vijfde lid, eerste volzin, omdat het vijfde lid, tweede volzin, van dat artikel sinds de wijziging door richtlijn 98/4/EG geen tot aanbestedende diensten gerichte norm meer bevat. Verder zijn het nieuwe artikel 28, zesde lid, eerste volzin (wijze van indienen van aanvragen tot deelneming en van inschrijvingen), en het nieuwe artikel 41, derde en vierde lid (informatieverschaffing bij gunning opdrachten), van richtlijn 93/38/EEG aan de opsomming van artikel 2, eerste lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector toegevoegd. Ten slotte is de verwijzing naar

¹ Zie hiervoor in subparagraaf 1.1, WTO-Overeenkomst inzake overheidsopdrachten, 3e alinea.

artikel 38 van richtlijn 93/38/EEG in artikel 2, eerste lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector geschrapt, omdat artikel 38 van richtlijn 93/38/EEG is vervallen. Voor een toelichting hierop wordt volstaan met een verwijzing naar hoofdstuk I, Algemeen, paragraaf 2, van deze nota.

Daarnaast is van de gelegenheid gebruik gemaakt om in de opsomming in artikel 2, eerste lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector de verwijzing naar artikel 24 van richtlijn 93/38/EEG te beperken tot het eerste en derde lid van dat artikel. Doordat het tweede en vierde lid geen tot aanbestedende diensten, maar tot de Commissie, gerichte normen bevatten, was de verwijzing hiernaar overbodig. De verwijzing naar artikel 24, tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG in artikel 2, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector kan om dezelfde reden worden gemist. Ten slotte is de verwijzing naar artikel 41, tweede lid, van richtlijn 93/38/EEG in artikel 2, eerste lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector geschrapt, omdat deze bepaling zich niet rechtstreeks tot aanbestedende diensten richt. Bovendien is aan deze bepaling reeds uitvoering gegeven in artikel 8, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector.

Overigens moet er op worden gewezen dat de inhoud van een aantal artikelen in richtlijn 93/38/EEG, waarnaar de artikelen 2, eerste, tweede en derde lid, en 8, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector verwijzen, is gewijzigd. Het betreft de artikelen 14, eerste lid, 22, eerste lid, onder b, en 23, eerste en tweede lid (drempelbedragen), 21, tweede lid, onder c (gegevensverschaffing bij verzoek tot bevestiging van belangstelling), 26 (verkorte termijnen bij periodieke indicatieve aankondiging), 30, eerste lid (erkenningregeling van geschiktheid van aanbieders), 35, eerste lid (niet-toepasselijkheid van artikel 34, gunningscriteria), en 41, eerste lid (informatiebewaarplicht), van richtlijn 93/38/EEG. Voor de betekenis van deze wijzigingen wordt verwezen naar hoofdstuk I, Algemeen, paragraaf 2, van deze nota.

Ook zijn de bijlagen XII, XIII, XIV en XV van richtlijn 93/38/EEG gewijzigd. Bijlage XII bevat modellen voor de aankondiging van opdrachten van aanbestedende diensten voor de uitvoering van werken, leveringen, of diensten; bijlage XIII bevat een model voor een mededeling inzake het bestaan van een erkenningregeling; bijlage XIV bevat een model voor een periodieke aankondiging terwijl bijlage XV een model bevat voor kennisgeving van gegunde opdrachten. Aanbestedende diensten zijn op grond van artikel 2, eerste en derde lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector juncto de artikelen 21, eerste lid, 24, eerste lid, en 30, negende lid, van richtlijn 93/38/EEG verplicht deze modellen te gebruiken.

Artikel I, onderdeel C

Aan richtlijn 93/38/EEG wordt zoveel mogelijk uitvoering gegeven door in artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector te bepalen aan welke bepalingen van die richtlijn aanbestedende diensten moeten voldoen. Deze wijze van uitvoering is echter niet mogelijk wanneer de norm van de richtlijn bepaling zich niet rechtstreeks richt tot de aanbestedende dienst. Deze situatie doet zich, als gezegd in hoofdstuk I, Algemeen, paragraaf 2.9, van deze nota, voor in het geval van het nieuwe artikel 42bis, eerste volzin, van richtlijn 93/38/EEG. De bepaling is daarom uitgeschreven in het nieuwe artikelen 2a, van het Besluit aanbestedingen nutssector. Eveneens kan niet worden terugverwezen naar de richtlijn in het geval waar de richtlijn een keuze laat aan de lidstaten. Dit geval doet zich voor in het nieuwe artikel 28, zesde lid, van richtlijn 93/38/EEG. De bepaling is daarom uitgeschreven in het nieuwe artikel 2b, van het Besluit aanbestedingen nutssector.

Voor een toelichting op artikel 2a van het Besluit aanbestedingen

nutssector wordt verwezen naar hoofdstuk I, Algemeen, subparagraaf 2.9, van deze nota.

Wanneer het besluit om richtlijn 98/4/EG van toepassing te laten zijn op de Europese Economische Ruimte is genomen, zal artikel 2a van het Besluit aanbestedingen nutssector ook moeten gaan gelden voor aannemers, leveranciers en dienstverleners in de overige staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Voor een verdere toelichting op dat punt wordt verwezen naar hoofdstuk I, Algemeen, subparagraaf 1.2, van deze nota.

Ingevolge het nieuwe artikel 28, zesde lid, eerste volzin, van richtlijn 93/38/EEG en artikel 2, eerste lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector moeten inschrijvingen op aanbestedingen in principe schriftelijk, rechtstreeks of via de post, worden ingediend. Lidstaten kunnen echter elke andere vorm van indiening toestaan, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. In het nieuwe artikel 2b van het Besluit aanbestedingen nutssector wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt door aanbestedende diensten de gelegenheid te bieden de indiening van inschrijvingen anders dan schriftelijk, rechtstreeks of via de post, toe te staan, mits deze aanbestedende diensten ervoor zorgen dat aan een viertal vereisten wordt voldaan. Deze vereisten staan in het nieuwe artikel 2b van het Besluit aanbestedingen nutssector vermeld en zijn letterlijk overgenomen uit de bovengenoemde richtlijnbevestiging.

Het in het vierde vereiste genoemde «openen van de inhoud van de inschrijvingen» kan ruim worden opgevat. Voldoende is dat geen kennis kan worden genomen van de inhoud van de inschrijvingen. Dit is in overeenstemming met de bedoeling van het vierde vereiste, namelijk te voorkomen dat een aanbestedende dienst door, vóór het verstrijken van de termijn van inschrijving, kennis te nemen van de inhoud van inschrijvingen, invloed uitoefent op de inschrijvingen. Een striktere uitleg zou leiden tot de onbedoelde consequentie dat sommige vormen van inschrijving op voorhand niet kunnen worden gebruikt, omdat er geen opening voor nodig is, zoals bijvoorbeeld een fax. De indiening van een inschrijving per fax moet echter ook mogelijk kunnen zijn, zolang maar de geheimhouding van de inhoud van de inschrijving is gewaarborgd tot aan het sluiten van de termijn van indiening. Dit kan door een fax te laten binnenkomen bij bijvoorbeeld een onafhankelijk adviesbureau of een notariskantoor. Ook in dat geval kan, ervan uitgaande dat de bewoordingen van het desbetreffende richtlijnartikel ruim kunnen worden opgevat, van het na zekere tijd openen van de inhoud van de inschrijvingen zoals dat in de richtlijn is bedoeld, worden gesproken.

Artikel I, onderdeel D

Op grond van artikel 7, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector zendt de Minister van Economische Zaken de Commissie jaarlijks het in artikel 42, eerste lid, van richtlijn 93/38/EEG bedoelde statistische overzicht van door de nutssector geplaatste opdrachten, die onder de desbetreffende drempelbedragen blijven. Aan artikel 7, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector is toegevoegd de verplichting voor de Minister van Economische Zaken het in het nieuwe artikel 42, lid 1bis, van die richtlijn bedoelde statistische overzicht jaarlijks aan de Commissie te zenden. Dit tweede statistische overzicht betreft geplaatste opdrachten van aanbestedende diensten die een van de in de bijlagen I, II, VII, VIII en IX van richtlijn 93/38/EEG vermelde activiteiten uitoefenen¹.

De Minister van Economische Zaken stelt deze statistische overzichten op aan de hand van de gegevens die hij van de aanbestedende diensten op grond van artikel 6 van het Besluit aanbestedingen nutssector en bijlage 5 van de Regeling gegevensverstrekking overheidsaanbestedingen en aanbestedingen nutssector verkrijgt. In verband met de uitbreiding van

¹ Zie hoofdstuk I, Algemeen, paragraaf 2.1, Drempelbedragen, van deze nota.

de statistiekverplichting van artikel 7, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector zal bijlage 5 van de Regeling gegevensverstrekking overheidsaanbestedingen en aanbestedingen nutssector worden aangepast.

Artikel I, onderdeel E

De in artikel 8, tweede lid, van het Besluit aanbestedingen nutssector voorkomende verwijzing naar artikel 41 van richtlijn 93/38/EEG is gepreciseerd tot een verwijzing naar het eerste lid van dat artikel 41; dit als gevolg van de uitbreiding van artikel 41 van richtlijn 93/38/EEG met een derde en vierde lid.

Artikel II

In hoofdstuk I, Algemeen, paragraaf 3, van deze nota is er op gewezen dat sinds de inwerkingtreding van de Overeenkomst door het uitblijven van richtlijn 98/4/EG een onduidelijke situatie is ontstaan. Om een einde te maken aan deze onduidelijkheid, is het wenselijk dat dit besluit zo snel mogelijk in werking treedt. Daarom wordt ernaar gestreefd het Besluit tot wijziging van het Besluit aanbestedingen nutssector zo spoedig mogelijk in het Staatsblad te plaatsen, hetgeen inwerkingtreding impliceert op de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Transponeringstabel

artikelen in richtlijn 98/4/EG (tussen haakjes de wijzigingen in richtlijn 93/38/EEG)	artikelen in het Besluit aanbestedingen nutssector
1, punt 1, onder a (wijz. artikel 14, eerste lid)	2, eerste lid, behoeft geen wijziging
1, punt 1, onder b (nieuw veertiende t/m zestiende lid bij artikel 14)	behoeft geen omzetting; 2, eerste lid, wel om wetstechnische redenen aangepast
1, punt 2 (wijz. artikel 21, tweede lid, onder c)	2, eerste lid, behoeft geen wijziging
1, punt 3 (wijz. artikel 22, eerste lid, onder b)	2, eerste lid, behoeft geen wijziging
1, punt 4 (wijz. artikel 23, eerste en tweede lid)	2, tweede lid, behoeft geen wijziging
1, punt 5 (wijz. artikel 24, tweede lid)	behoeft geen omzetting
1, punt 6 (wijz. artikel 26)	2, eerste lid, behoeft geen wijziging
1, punt 7, onder a (wijz. artikel 28, vijfde lid, eerste volzin)	2, eerste lid, aangepast
1, punt 7, onder a (wijz. artikel 28, vijfde lid, tweede volzin)	behoeft geen omzetting
1, punt 7, onder b (nieuw zesde lid, eerste volzin, bij artikel 28)	2, eerste lid, aangepast
1, punt 7, onder b (nieuw zesde lid, tweede volzin, bij artikel 28)	nieuw artikel 2b
1, punt 8 (wijz. artikel 30, eerste lid)	2, derde lid, behoeft geen wijziging
1, punt 9 (wijz. artikel 35, eerste lid)	2, eerste lid, behoeft geen wijziging
1, punt 10 (artikel 38 vervalt)	2, eerste lid, aangepast
1, punt 11 (wijz. artikel 41)	2, eerste lid, en 8, tweede lid, aangepast
1, punt 12 (nieuw lid 1bis bij artikel 42)	7, tweede lid, aangepast
1, punt 13 (nieuw artikel 42bis, eerste volzin)	bijlage 5 Rgo aangepast
1, punt 13 (nieuw artikel 42bis, tweede volzin)	nieuw artikel 2a
1, punt 14 (wijz. van de bijlagen XII t/m XV)	behoeft geen omzetting
2	behoeft geen omzetting
3	behoeft geen omzetting

Rgo: Regeling gegevensverstrekking overheidsaanbestedingen en aanbestedingen nutssector

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink