

IOEA-Nieuwsbrief

Door het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingen is onlangs een nieuwsbrief vastgesteld, die hieronder volgt.

Lijsten van aanbestedende diensten en publiekrechtelijke instellingen

IOEA nieuwsbrief 25, oktober 2002

Inleiding

De aanbestedingsrichtlijnen verwijzen naar twee bijlagen: één met de aanbestedende diensten van de centrale overheid (bijlage I van de richtlijn leveringen) en één met de publiekrechtelijke instellingen (bijlage I van de richtlijn werken). Beide lijsten gelden voor de gehele klassieke sector (diensten, leveringen en werken). De richtlijn nutssectoren heeft een eigen bijlage met aanbestedende diensten uit die sector.

Deze nieuwsbrief heeft ten doel meer duidelijkheid te geven over de status van de lijsten en het doel ervan.

De wijziging en publicatie van de lijsten.

De lijsten zoals deze op dit moment in de richtlijnen zijn opgenomen¹ geven geen goed overzicht omdat zij slechts een momentopname weergeven (het moment van publicatie van de richtlijnen in het EG Publicatieblad) en niet regelmatig door de Europese Commissie worden aangepast en gepubliceerd. Om toch de laatste stand van zaken zo goed mogelijk weer te geven, publiceert EZ op zijn website (www.ez.nl)² de laatste versie van de lijsten van aanbestedende diensten in Nederland (met de wijzigingen zoals deze in IOEA verband zijn vastgesteld en aan de Commissie zijn doorgegeven). Deze lijst verschilt derhalve aanzienlijk van de destijds gepubliceerde richtlijnbijlagen.

Status van de lijsten

Naast informatie aan overheidsinstellingen en bedrijfsleven binnen de Europese Gemeenschap wie er als aanbestedende dienst moeten of kunnen worden beschouwd hebben de

lijsten ook internationaal een functie namelijk in het kader van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA) van de Wereldhandelsorganisatie (WTO). De Europese Commissie heeft n.l. de verplichting deze lijsten aan deze organisatie door te zenden. De Commissie geeft hieraan – evenmin als aan de regelmatige aanpassing van de lijsten zelf – in de praktijk weinig tot geen uitvoering.

De lijsten (zowel lijsten op de EZ website als de richtlijnbijlagen) kunnen vanwege voortdurende wijzigingen binnen de overheidsorganisatie op centraal en decentraal niveau slechts een momentopname weergeven. Kort na publicatie van de richtlijn of kort na een wijziging van de lijst op de EZ website kan de feitelijke situatie inmiddels immers al weer veranderd zijn vanwege wijziging in de financiering of het toezicht of vanwege privatisering, naamsverandering of samenvoeging met andere overheidsinstellingen waardoor de betrokken instellingen ophouden aanbestedende dienst of publiekrechtelijke instelling te zijn. De status van de beide lijsten kan derhalve vanwege het karakter van een momentopname van de publicatie niet anders dan indicatief zijn³.

Lijst van de centrale overheid

Instellingen van de centrale overheid moeten alle overheidsopdrachten – als onderdeel van één en dezelfde rechtspersoon Staat – Europees aanbesteden. Bijlage I (leveringen) vermeldt de centrale overheidsinstanties met een uitsplitsing van de onderdelen, waaruit de centrale overheid bestaat: naast de verschillende departementen (met onderverdeling in directoraten-generaal en afzonderlijke diensten of agentschappen zoals het CBS of Senter) onder meer ook de Eerste en Tweede Kamer der Staten Generaal, de Raad van State en de Algemene Rekenkamer. Vermelde instellingen zijn zelfstandige entiteiten binnen de rechtspersoon Staat, die een zelfstandig aanschaffingsbeleid voeren en regelmatig overheidsopdrachten aan-

besteden. Naast de zelfstandige entiteiten binnen de rechtspersoon Staat is het uiteraard ook mogelijk om op deze lijst specifiek – binnen de centrale overheid – opgerichte zelfstandige instellingen met eigen rechtspersoonlijkheid te vermelden (die ook moeten voldoen aan de lagere drempelbedragen).

De IOEA nieuwsbrief aggregatie van opdrachten⁴ gaat nader in op de vraag wanneer er sprake kan zijn van een zelfstandige entiteit binnen een aanbestedende dienst.

Wat voor betekenis heeft vermelding van een instelling op de centrale overheidslijst?

Deze lijst is enerzijds van belang omdat de instellingen op deze lijst het lage drempelbedrag voor de centrale overheid moeten aanhouden, anderzijds geeft deze lijst aan uit welke zelfstandige onderdelen de rechtspersoon Staat bestaat⁵. Deze afzonderlijk vermelde instellingen hoeven hun opdrachten niet te aggregeren (of samen te voegen) met die van andere onderdelen van het betrokken ministerie of bij die van de Staat.

Wijziging van de organisatie binnen de rechtspersoon Staat of binnen de betrokken instelling (opheffing, naamsverandering, reorganisatie etc.) brengt overigens geen verandering in de verplichting met zich mee dat overheidsopdrachten door de Staat of een onderdeel ervan moeten worden aanbesteed, los van de vraag of deze nu wel of niet afzonderlijk is vermeld. Bij privatisering (of verkoop van de taken aan een private marktpartij) hangt het er van af of de private instelling of het overgedragen onderdeel ervan voldoet aan de criteria van een publiekrechtelijke instelling⁶. Is dit het geval, dan dient de geprivatiseerde instelling de opdracht alsnog Europees aan te besteden en is plaatsing op de lijst van publiekrechtelijke instellingen noodzakelijk.

Lijst van publiekrechtelijke instellingen (PRI)

Deze instellingen worden bij name genoemd of per categorie. Een categorievermelding geeft duidelijkheid

aan instellingen (en bedrijven) dat zij onder de aanbestedingsregels vallen. Een categorievermelding vindt plaats wanneer instellingen onder één noemer zijn te brengen en afzonderlijke vermelding niet relevant is (musea, scholen of instellingen, die zelfstandige regionale vestigingen hebben als politie, brandweer etc.). Afzonderlijke vermelding van alle individuele instellingen als aanbestedende dienst is niet wenselijk teneinde de lijsten overzichtelijk te houden. Dit te meer omdat bepaalde aanbestedende diensten zoals kleine musea zelden of nooit een overheidsopdracht boven het drempelbedrag zullen plaatsen.

Wat voor betekenis heeft vermelding van een instelling op deze PRI lijst?
Vanwege het karakter van een ‘momentopname geeft vermelding op deze lijst slechts een aanwijzing dat een bepaalde instelling een publiekrechtelijke instelling is. Niet de plaatsing op de lijst maar de criteria van de richtlijnen blijven bepalend om vast te stellen of een instelling daadwerkelijk een aanbestedende dienst is. Dit betekent dat, indien een instelling niet op deze lijst staat vermeld, dit zeker niet wil zeggen dat deze geen aanbestedende dienst is. Het omgekeerde is ook van toepassing: staat een instelling wel daarop vermeld dan kan in de praktijk blijken dat deze vanwege inmiddels gewijzigde omstandigheden geen aanbestedende dienst meer is. De bewijslast ligt voor de aanbestedende dienst in dat geval wel moeilijker.

Doel van de lijsten

Wat is nu het nut van de beide lijsten als deze alleen maar een indicatie geven en geen bewijs. Enerzijds geven zij een beeld welke overheidsinstellingen zelfstandige instellingen of publiekrechtelijke instellingen zijn. Zo verwijst het EU Hof van Justitie in het ARA/BFI-arrest⁷ naar deze lijst als hulpmiddel om te kunnen bepalen of een instelling voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard. Ook wijst het Hof op het belang van afzonderlijke vermelding van gemeentelijke instellingen met een publiek belang op de lijst van de publiekrechtelijke instellingen. Hetzelfde geldt uiteraard voor (zelfstandige) instellingen van de centrale overheid die niet

als zodanig door de buitenwacht te herkennen zijn.

Vermelding van zelfstandige entiteiten buiten de centrale overheid

Vanwege de voortschrijdende bestuurlijke reorganisatie binnen Nederland (instelling stadsprovincies en stadsdeelgemeenten, samenvoeging van gemeenten etc.) rijst de vraag of zelfstandige onderdelen van provincies, gemeenten en andere territoriale onderdelen ook niet voor vermelding als zelfstandige entiteiten in aanmerking zouden moeten komen. Dit is niet goed mogelijk en lijkt ook niet wenselijk.

Bijlage I uit de richtlijn leveringen voor instellingen van de centrale overheid (waarvoor lagere drempelbedragen gelden) komt daarvoor niet in aanmerking. Bijlage I uit de richtlijn werken is alleen van toepassing op publiekrechtelijke instellingen: territoriale lichamen als gemeenten etc. vallen daar als zodanig niet onder. Hoewel niet onmogelijk (getuige de opgave van andere lidstaten⁸) is er ook geen noodzaak om territoriale lichamen of onderdelen ervan afzonderlijk te vermelden omdat deze lichamen op zich zelf al voldoende onderscheidend zijn. Gebruikmaking van deze lijst (werken) is derhalve alleen mogelijk voor zelfstandige onderdelen van territoriale lichamen met eigen rechtspersoonlijkheid, die aangemerkt kunnen worden als een publiekrechtelijke instelling (zie het voorbeeld uit het ARA/BFI-arrest). Daarnaast is afzonderlijke vermelding van zelfstandige onderdelen zonder eigen rechtspersoonlijkheid binnen territoriale lichamen zoals bijv. de deelgemeenten van Amsterdam of Rotterdam) volgens het IOEA niet wenselijk om de lijst overzichtelijk en werkbaar te houden (niet te uitgebreid en niet voortdurend aan aanpassingen onderhevig).

Conclusie

– Niet de vermelding op de lijst maar de criteria uit de richtlijnen bepalen of een publiekrechtelijke instelling een aanbestedende dienst is.
– Hoewel de lijsten van aanbestedende diensten (van centrale overheid en publiekrechtelijke instellingen) zowel binnen de EU als internationaal (WTO) een formele functie hebben als informatiebron geven ze – omdat ze niet regelmatig door de Commissie

worden aangepast en gepubliceerd – slechts een momentopname weer. Zij kunnen daarom niet anders dan indicatief van karakter zijn.

– Op de EZ website (www.ez.nl) is de laatste versie van beide lijsten te zien.

N.B. Aan deze interpretatie kunnen geen rechten worden ontleend. Het EU Hof van Justitie zal – mocht het ooit tot een uitspraak komen – uiteindelijk bepalen of de hier vermelde interpretatie van de richtlijnen juist is.

¹ Laatste versie dateert van 13 oktober 1997 (klasieke sector) en van 16 februari 1998 (nutssector).

² Onder Beleid of Ondernemen, vervolgens Europees aanbesteden en introductie/overheidsorganisaties

³ Dit indicatieve karakter wordt overigens ook in het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten waarover op 21 mei 2002 een politiek akkoord is bereikt als zodanig erkend doordat er aldaar gesproken wordt van niet limitatieve lijsten.

⁴ Zie nieuwsbrief aggregatie nr 26

⁵ Dit laatste is onder meer van belang vanwege de internationale verplichting uit hoofde van WTO overeenkomst inzake overheidsopdrachten, die de Europese Commissie heeft om de gegevens van de lijsten door te geven. De Commissie geeft hieraan evenmin als aan de regelmatige aanpassing van de lijsten zelf -in de praktijk weinig tot geen uitvoering.

⁶ Zie nieuwsbrief publiekrechtelijke instellingen nr 24

⁷ EG HvJ van 10 november 1998 (ARA/BFI Holding BV), overweging 51.

⁸ Andere bestuurslichamen (Denemarken), autonome lichamen op het gebied van het staatsbestuur, van de autonome gemeenschappen of van de lagere overheid (Spanje) en districten en stedelijke gemeenschappen (Frankrijk)