

## Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)

Aan De Minister van Economische Zaken  
Postbus 20101  
2500 EC Den Haag

**Datum**  
30 maart 1999

**Doorkiesnummer**  
(070) 370 6198

**Onderwerp**  
advies inzake het arrest Mannesmann Anlagenbau (C-44/96)

Op 15 januari 1998 heeft het Hof van Justitie van de EG het arrest Mannesmann Anlagenbau (zaak C-44/96) gewezen. De ICER heeft het arrest geanalyseerd op de gevolgen daarvan voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk en de regelgeving omtrent aanbestedingen. Zij heeft besloten u als volgt te adviseren.

### 1. Samenvatting van het arrest

De Oostenrijkse Staatsdrukkerij (ÖS) is belast met de verzorging van officieel drukwerk zoals paspoorten, rijbewijzen, identiteitskaarten en het Bundesgesetzblatt. Daarnaast opereert zij op de vrije markt. In dat kader heeft zij 100 procent van de aandelen in een commerciële onderneming. In februari 1995 heeft ÖS een onderneming overgenomen, die zich bezighoudt met zogenoemde heatset-rotatiedruk. Vervolgens richtte deze laatste vennootschap onderneming SRG op, waarvan zij 99,9 procent van de aandelen houdt. SRG heeft tot doel het vervaardigen van drukwerk in Müllendorf volgens bovengenoemd fabricageprocédé. Ter bekorting van de voorbereidingsperiode voor de ingebruikstelling van deze fabriek van SRG in oprichting, schreef de ÖS een aanbesteding uit voor de technische installaties. Bij de aanbesteding liet de ÖS de inschrijvers weten dat SRG de bouwheer was die verantwoordelijk was voor de aanbesteding en het plaatsen van de opdrachten.

De vraag rees of de aanbesteding al dan niet diende plaats te vinden volgens de bepalingen van de nationale wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. SRG en de ÖS waren van mening, dat deze regeling niet van toepassing was omdat er bij gebreke van een aanbestedende dienst in casu geen sprake was van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken.

Blijkens het gestelde onder punt 22 is het Hof van oordeel dat de Staatsdruckerei is opgericht om als enige de vervaardiging van officiële administratieve documenten te verzorgen. Volgens het Hof (punt 25) is een dergelijke entiteit ingevolge de desbetreffende wettelijke regeling opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of van commerciële aard. De verplicht te vervaardigen documenten houden immers nauw verband met de openbare orde en de institutionele werking van de staat. Vervolgens merkt het Hof op, dat het irrelevant is

dat de voorziening in de behoeften van algemeen belang slechts een relatief klein deel uitmaakt van de activiteiten die de Staatsdruckerei werkelijk verricht. Een uitlegging van de richtlijn in die zin, dat de toepassing ervan zou variëren naar gelang het relatieve aandeel van de publieke taken groter of kleiner is, zou in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel (punt 34), dat verlangt dat een regel van gemeenschapsrecht duidelijk is en dat de toepassing ervan voorzienbaar is voor allen die erdoor worden geraakt.

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag stelt het Hof, dat de richtlijn geen onderscheid maakt tussen overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van de publieke taken en die welke geen verband houden met deze taak. Gezien het doel van de richtlijn moet worden uitgesloten, dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht dan ook de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.

## **2. Consequenties arrest voor Nederlandse aanbestedingspraktijk**

Het arrest heeft in hoofdzaak betrekking op de - cumulatieve - criteria die gelden voor het begrip "publiekrechtelijke instelling" in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Een van deze criteria is dat een entiteit moet zijn opgericht met het specifieke doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang. In de Nederlandse opvatting, zoals geformuleerd in het kader van de interventie in de Mannesmann-zaak, wordt het uitgangspunt gehanteerd, dat hierbij van belang is hoe groot het relatieve aandeel van de publieke taak is ten opzichte van de andere - commerciële of industriële - activiteiten die de entiteit verricht. Het arrest van het Hof wijkt op dit punt af van de Nederlandse opvatting. Volgens het Hof is het relatieve aandeel van de taken van algemeen belang irrelevant. Bepalend is of de entiteit is opgericht met het oog op de taak van algemeen belang, hoe gering het aandeel van deze taak ten opzichte van de andere activiteiten ook is.

Dit betekent dat in de aanbestedingspraktijk de interpretatie van het criterium zal moeten veranderen. In theorie kan dit betekenen dat een groter aantal entiteiten als aanbestedende dienst moet worden aangemerkt. In de praktijk kan dat meevallen, omdat een entiteit pas als aanbestedende dienst aangemerkt kan worden wanneer aan drie, cumulatief, te vervullen voorwaarden is voldaan:

- voorzien in behoeften van algemeen belang;
- het bezit van rechtspersoonlijkheid, en
- een overwegende overheidsinvloed, hetzij bij de benoeming van bestuurders, hetzij in de vorm van toezicht, hetzij in de vorm van financiële deelneming.

Van overwegende overheidsinvloed zal niet spoedig sprake zijn bij een instelling die in overwegende mate commerciële taken uitoefent.

De ICER concludeert dat het niettemin wenselijk is dat de verschillende departementen nagaan of er instellingen zijn die door de nieuwe interpretatie van het criterium "voorzien in behoeften van algemeen belang" als aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt. Als handvat hiervoor zou het door het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingsvoorschriften (IOEA) opgestelde (indicatieve) overzicht van aanbestedende diensten kunnen dienen.

## **3. Aanpassing van aanbestedingsregelgeving of -praktijk**

Het arrest noodzaakt volgens de ICER niet tot aanpassingen in de regelgeving omtrent aanbestedingen. In de regelgeving ter uitvoering van de Raamwet EEG-voorschriften

aanbestedingen, zijn de Europese richtlijnen vrijwel letterlijk overgenomen. Het is daardoor slechts nodig, dat er een andere interpretatie wordt gegeven aan de bepalingen van de richtlijnen. Ook verder is er geen regelgeving bekend die als gevolg van het arrest wijziging behoeft.

Met een nieuwsbrief van het IOEA zijn de betrokken overheden op de hoogte gesteld van de gewijzigde interpretatie en de consequenties hiervan. Korthedshalve wordt naar deze nieuwsbrief verwezen (IOEA-Nieuwsbrief nr. 13, Stcrt. 1998, 224).

#### **4. Eventuele bestuurlijke implicaties voor ziekenhuizen en onderwijsinstellingen**

De vraag kan rijzen hoever de bestuurlijke verantwoordelijkheid van de centrale overheid reikt indien een veelheid van bijvoorbeeld ziekenhuizen en onderwijsinstellingen als aanbestedende dienst zou moeten worden aangemerkt. Beantwoording is echter niet eenvoudig. Hier wordt een problematiek geraakt die de context van het Mannesmannarrest te boven gaat. Meer in het algemeen speelt de vraag naar de wijze waarop decentrale overheden met inbegrip van zelfstandige bestuursorganen omgaan met de uitvoering van tot een lidstaat gerichte communautaire verplichtingen. Dit aspect komt uitgebreid aan de orde in een nog dit voorjaar te verwachten rapportage van de Interdepartementale commissie voor constitutionele aangelegenheden en wetgevingsbeleid (ICCW). Naar verwachting zal dit rapport ook op deze situatie toepasbare voorstellen bevatten. De ICER volstaat hier dan ook met verwijzing naar deze aanstaande rapportage.

#### **5. Conclusie**

De ICER adviseert u op grond van het bovenstaande het advies ter kennis te brengen van het IOEA met het verzoek om in dat kader na te gaan of er instellingen zijn die door de nieuwe interpretatie van het criterium "voorzien in behoeften van algemeen belang" als aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt. Als handvat hiervoor zou het door het IOEA opgestelde (indicatieve) overzicht van aanbestedende diensten kunnen dienen.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht,

mr. S.I.H. Gosses  
(eerste voorzitter)

prof. mr. C.P.M. Cleiren  
(tweede voorzitter)

*Postadres Secretariaat ICER:  
Kamer 4A63  
Postbus 20061  
2500 EB DEN HAAG  
fax: (070) 3 48 51 28*