



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

Vraag 2: Acht u het behoud van de huidige structuur van het materiële toepassingsgebied, met zijn indeling in opdrachten voor werken, leveringen en diensten, wenselijk? Zo niet, welke alternatieve structuur zou u voorstellen?

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) onderschrijft de wens van Michel Barnier, commissaris voor Interne markt en diensten (zie IP/11/88) om de aanbestedingsregels te verduidelijken teneinde het leven gemakkelijker te maken voor zowel overheidsinstanties als ondernemingen die in Europa opdrachten verwerven. Dit doel zal naar onze mening echter niet worden bereikt door een nieuwe algehele herziening van het bestaande Europese wetgevingskader, waarbij de huidige structuur van het materiële toepassingsgebied met zijn – op zichzelf heldere – onderscheid tussen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten vervalft. De indeling tussen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten levert in de praktijk nauwelijks problemen op. De introductie van een nieuw aanbestedingsstelsel met een nieuw basistype overheidsopdracht zal de kenbaarheid van de aanbestedingsregelgeving bepaald niet bevorderen. De aanpassingen van de bestaande EU-regelingen zouden naar onze mening moeten zijn gericht op de codificatie of verdere uitleg van criteria die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn ontwikkeld. Codificatie van deze criteria zou de dagelijkse toepassing van het aanbestedingsrecht ten goede komen, waardoor de aandacht kan worden verlegd van de zorg voor een correcte toepassing/uitleg van het aanbestedingsrecht naar het best mogelijk te behalen aanbestedingsresultaat. De structuur/opzet van de huidige aanbestedingsregels dient naar onze mening – uit het oogpunt van kenbaarheid van de aanbestedingsregels - zo veel mogelijk onaangetast te blijven.

Voorts merken wij op dat de introductie van één basistype overheidsopdracht, waarbij het onderscheid tussen werken, leveringen en diensten komt te vervallen, onvermijdelijk zal leiden tot een aanzienlijke verlaging van de (huidige) werkendrempel (of anders: tot een aanzienlijke verhoging van de huidige drempel voor leveringen en diensten). Dat zou naar de mening van de NVvA onwenselijk zijn.

Vraag 4: Vindt u dat het onderscheid tussen A- en B-diensten moet worden herbekeken?

Zie antwoord vraag 5.

Vraag 5: Vindt u dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing moeten zijn op alle diensten, eventueel op basis van een versoepelde algemene regeling? Zo niet, welke dienst of diensten moeten volgens u onder de thans voor B-diensten geldende regeling blijven vallen, en waarom?

Dat voor sommige van de in bijlage IIB genoemde diensten naar de mening van de Commissie bezwaarlijk staande kan worden gehouden dat het grensoverschrijdend belang ervan geringer is dan dat van de diensten genoemd in bijlage IIA, geeft naar onze mening geen aanleiding tot het laten vervallen van het onderscheid tussen IIA en IIB-diensten. Zoals het Hof van Justitie in een zeer recent arrest nog eens benadrukt (zie HvJ 17 maart 2011 in zaak C-95/10), is de wetgever van de Unie uitgegaan van het vermoeden dat opdrachten voor de in (thans) bijlage IIB bedoelde



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

diensten, gelet op hun specifieke aard a priori geen voldoende grensoverschrijdend belang hebben dat kan rechtvaardigen dat de gunning ervan plaatsvindt na een aanbestedingsprocedure, waar ondernemingen uit andere lidstaten aan kunnen deelnemen. Ook wanneer onverhoopt toch sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, maken de specifieke kenmerken van een aantal van de in bijlage IIB genoemde diensten volgens het Hof van Justitie dat deze diensten zich niet lenen voor toepassing van Richtlijn 2004/18 (zie rechtsoverweging 43 van voornoemd arrest van 17 maart jl.). Het onderscheid tussen bijlage IIA en bijlage IIB-diensten dient naar onze mening in toekomstige wetgeving dan ook te worden gehandhaafd om te voorkomen dat ook voor bijlage IIB diensten een Europese aanbestedingsplicht gaat gelden. Dat het volgens de Commissie in de praktijk lastig kan zijn om een dienst als een IIA of een IIB dienst te "identificeren" houdt verband met de niet altijd even doorzichtige classificaties die in de CPV en CPC aan bepaalde diensten zijn toegekend. Daar zou uiteraard verbetering in kunnen worden gebracht, maar het vormt naar onze mening geen zelfstandige reden om het onderscheid tussen A en B-diensten in een toekomstige nieuwe aanbestedingsrichtlijn op te heffen. Dat de B-lijst wordt afgesloten met de restcategorie "overige diensten" (categorie 27) betekent ten slotte niet dat toepassing van de B-lijst tot regel is verheven. Met deze restcategorie is louter tot uitdrukking gebracht dat alle diensten onder de werking van de richtlijn vallen. Diensten die niet zijn terug te vinden in bijlage IIA dan wel niet tot de genoemde diensten in bijlage IIB gerekend kunnen worden, behoren automatisch tot bijlage IIB.

Vraag 6: Zou u ervoor pleiten de drempels voor de toepassing van de EU-richtlijnen te verhogen, hoewel dit op internationaal niveau de hierboven beschreven gevolgen zou meebrengen?

De drempelbedragen voor diensten en leveringen zijn erg laag. Een verhoging van de drempelbedragen zou meer ruimte bieden voor het rechtvaardigen van een aanbestedingsprocedure.

Voorts staan de verwervingskosten regelmatig in geen verhouding tot de waarde van de opdracht, waardoor een van de belangrijkste doelstellingen van het aanbesteden, namelijk het creëren van "value for taxpayers' money" niet bereikt wordt.

Vraag 10: Denkt u dat er nog steeds behoefte is aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in deze sectoren? Motiveer uw antwoord.

De antwoorden op de vragen 10, 11, 12 en 13 zijn gegeven door NVvA-leden afkomstig uit speciale sectoren.

Nee, die behoefte is er niet. Het gros van de bedrijven die actief zijn in deze sectoren betreft bedrijven -ondernemingen - die door eigen bedrijfsbelangen, stakeholders, raden van commissarissen en economische ontwikkelingen in zeer ruime mate worden gestuurd op efficiënt en marktconform handelen. Vaak met een eigen verklaring bij de jaarverslagen waarin wordt verklaard hoe de ondernemingen zich hieraan houden (comply or explain), bijvoorbeeld G.R.I. zoals door Financiën geëist van Nederlandse staatsondernemingen.

Nadere duiding van het in het GPA neergelegde afspraken is daarom niet nodig. Een andere reden is dat de extra regelgeving voortvloeiend uit de Richtlijn 2004/17/EG, zoals verwoord in nationale wetgeving, grote verschillen qua inhoud



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

vertoont tussen de verschillende Lid Staten. Dit werkt discriminerend. Extra regelgeving is ook niet nodig en werkt zelfs belemmerend voor efficiënte processen en is verder niet nodig vanwege het feit dat bij de ondernemingen sprake is van bestaande professionele inkoopprocessen.

Voorts zijn deze voorschriften niet nodig voor deze sectoren daar in de desbetreffende sectoren zowel aanbestedingsplichtige als niet aanbestedingsplichtige aanbieders actief zijn. Indien een aanbestedingsplichtige organisatie mee wenst te bieden op een concessie – waarbij het per Lid Staat verschillend kan zijn of er op dat moment nu wel of geen aanbestedingsplicht geldt - een groot aantal deelnemers aan de procedure geen aanbestedingsplicht hebben. Deze partijen kunnen onvoorwaardelijke biedingen neerleggen, maar partijen die mogelijk wel aanbestedingsplichtig zijn kunnen dat niet. Dit stelt betrokken partijen vaak voor dilemma's, waardoor besloten wordt tot terugtrekking van deelname. Dit leidt tot ongewenst marktverstoring, zorgt voor discriminatie en het gevolg is beperking van de mogelijke concurrentie.

Voorts geldt voor die sectoren waar op andere wijze al een vergaande vorm van toezicht bestaat door regulering via een toezichthouder als in het geval van Gasunie de NMa (Energiekamer), dat er voldoende waarborgen bestaan dat het inkoopproces op zo economisch en efficiënt mogelijke wijze tot stand komt. De potentiële nadelen van een monopolistisch karakter behoeven niet door meerdere maatregelen/instanties te worden gecompenseerd.

Vraag 11: Momenteel wordt het toepassingsgebied van de richtlijn omschreven op basis van de activiteiten die de betrokken entiteiten uitvoeren, hun juridische status (publiek- of privaatrechtelijk) en, als het om particuliere ondernemingen gaat, de vraag of al dan niet bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend. Acht u die criteria relevant of moeten andere criteria worden gebruikt? Motiveer uw antwoord.

Hier zouden andere criteria moeten worden gebruikt. Gekeken zou moeten worden naar de vraag of de onderneming daadwerkelijk "geld van de belastingbetaler" uitgeeft. Speciale ondernemingen, zoals energiebedrijven, waterbedrijven, vervoerders en exploitanten van luchthavens, besteden geld van de onderneming en niet van de overheid. Er vindt daarom geen uitstroom van belastinggeld plaats naar deze ondernemingen. Vaak is het zelfs andersom: de overheid ontvangt concessievergoedingen en vaak is sprake van een plicht tot uitkering van dividend aan de overheid. Het is dan ook niet terecht dat daar niet naar gekeken wordt en dat enkel gekeken wordt naar bijvoorbeeld bepaalde gezagsverhoudingen.

Tevens zou ook nog gekeken kunnen worden naar:

- Is er sprake van een monopolist die niet op andere wijze onder onafhankelijk toezicht valt
- levert deze monopolist diensten die tot de noodzakelijke basisvoorzieningen van de inwoners behoren.



Vraag 12: Mag worden aangenomen dat het winststreven of de commerciële ethiek van particuliere ondernemingen toereikend is om te garanderen dat zij bij hun aanschaffingen objectief en eerlijk te werk gaan (zelfs wanneer ze hun activiteiten uitoefenen op basis van bijzondere of uitsluitende rechten)?

Hier geldt hetgeen bij vraag 10 al is aangehaald. Verder kan hierover worden gezegd dat objectiviteit en efficiënt en marktconform handelen verwerkt is in de bedrijfsvoering van deze ondernemingen. Het inkoopproces (dat is veel meer dan het aanbesteden) is diep en breed verankerd in de bedrijfsvoering, de governance/administratieve organisatie die ziet op een scherpe check and balance binnen de organisatie. Ondernemingen maken uit een welbegrepen eigen belang maximaal gebruik van de expertise van de leveranciersmarkten. De ondernemingen hebben een eigen governance, Raad van Commissarissen welke toezicht houdt op de bedrijfsvoering, de ondernemingen moeten publieke verantwoording afleggen en de stakeholders c.q. aandeelhouders hebben aantoonbare controle mechanismen. Het winststreven van deze ondernemingen is al voldoende om de doelen te bereiken.

Vraag 13: Vormt de huidige bepaling in artikel 30 van de richtlijn een doeltreffende methode om het toepassingsgebied van de richtlijn aan te passen aan de veranderende patronen van regulering en mededinging op de relevante (nationale en sectorale) markten?

Het idee achter artikel 30 van de Richtlijn is goed, alleen is de uitvoering erg ingewikkeld en langdurig en heeft daarmee weinig toegevoegde waarde voor de praktijk.

Vraag 15: Denkt u dat de aanbestedende diensten met de procedures van de huidige richtlijnen de best mogelijke aanbestedingsresultaten kunnen boeken? Zo niet: hoe kunnen de procedures worden verbeterd om de administratieve lasten en de transactiekosten te verminderen en/of de duur van de procedures te verkorten, terwijl toch wordt gewaarborgd dat de aanbestedende diensten de beste kwaliteit/prijsverhouding krijgen?

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en concurrentie gerichte dialoog

Beide procedures bieden de overheid de mogelijkheid in overleg te treden met de markt om op dit manier vraag en aanbod beter op elkaar af te stemmen. Uit de praktijk blijkt dat daar bij meer opdrachten behoeften aan is dan de richtlijn op dit moment toe staat. Een uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van beide procedures zou dan ook wenselijk zijn.

Dynamisch aankoopstelsel

Het dynamisch aankoopstelsel is bedoeld voor gangbare aankopen met algemeen op de markt beschikbare kenmerken. Voor dit soort aankopen, ongeacht of dit leveringen of diensten zijn, is behoefte aan een eenvoudig systeem, met een korte doorlooptijd tussen het ontstaan van de behoefte en de levering van de producten of diensten. De regeling van het dynamisch aankoopstelsel is helaas omslachtig en tijdrovend, vooral doordat ieder opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel separaat moet worden aangekondigd.



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

Vraag 18: Zou u, op basis van uw ervaringen met het gebruik van de versnelde procedure in 2009 en 2010, voorstander zijn van een veralgemening van deze mogelijkheid tot verkorting van de termijnen onder bepaalde voorwaarden? Zou dit volgens u mogelijk zijn zonder de kwaliteit van de inschrijvingen in het gedrang te brengen?

Ja, de mogelijkheid om gebruik te maken van de versnelde procedure zou moeten worden verruimd. De ervaringen met verkorte termijnen zijn goed. Bij procedures met verkorte termijnen bestaan geen verschillen in kwaliteit of volledigheid van documenten in relatie tot procedures, waarbij de minimumtermijnen of zelfs langere termijnen worden gehanteerd. Ook zou de openbare procedure versneld moeten kunnen worden uitgevoerd

Vraag 25: Vindt u dat de richtlijn uitdrukkelijk moet toestaan dat rekening wordt gehouden met eerder opgedane ervaringen met een of meer inschrijvers? Zo ja, welke waarborgen zijn noodzakelijk om discriminatie te voorkomen?

Ja, de richtlijn moet toestaan dat rekening wordt gehouden met negatieve ervaringen uit het verleden. Het is nauwelijks aan een aanbestedende dienst uit te leggen dat een ondernemer, die ernstig tekort is geschoten in de uitvoering van de overeenkomst en daardoor veel hinder en ook schade heeft veroorzaakt, hetzelfde recht heeft als iedere andere ondernemer om aan de (nieuwe) aanbesteding deel te nemen en dat de opdracht aan hem moet worden gegund als hij, afhankelijk van het gekozen gunningscriterium, de economisch meest voordelige inschrijving doet of de laagste prijs biedt.

30. Acht u het in het licht van het bovenstaande nuttig op EU-niveau wetgeving vast te stellen betreffende de werkingssfeer en de criteria voor publiek-publieke samenwerking?

31. Bent u het ermee eens dat een concept met bepaalde gemeenschappelijke criteria voor de vrijstelling van bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking dient te worden ontwikkeld? Wat zouden volgens u belangrijke elementen van dat concept moeten zijn?

32. Of zou u de voorkeur geven aan specifieke regels voor verschillende vormen van samenwerking, in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie (bv. "in-house" en horizontale samenwerking)? Zo ja, kunt u nader toelichten waarom en wat die regels zouden moeten zijn?

33. Moeten er voor overdrachten van bevoegdheden ook EU-regels komen? Leg uit waarom.

De vragen 30 tot en met 33 worden gecombineerd beantwoord.



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

Er bestaat in de praktijk een grote behoefte aan publiek-publieke samenwerking, bijvoorbeeld in de vorm van shared service centers. Dit houdt mede verband met de vele bestuurslagen die binnen de lidstaten zijn gecreëerd. De jurisprudentie van het Hof van Justitie komt al gedeeltelijk aan de wens tot samenwerking tussen verschillende aanbestedende diensten tegemoet, maar levert – zoals de Commissie terecht constateert – op dit moment een (te) ingewikkeld plaatje op. Het lijkt ons van groot belang dat de verschillende vormen van toegestane publiek-publieke samenwerking (zowel institutioneel als contractueel) langs de lijnen van de jurisprudentie van het Hof worden uitgewerkt in een nieuwe richtlijn. Een Europese regeling voor de overdracht van bevoegdheden ligt naar onze mening niet voor de hand; dat is een staatsrechtelijk onderwerp dat aan de lidstaten moet worden overgelaten.

Vraag 49: Bent u er voorstander van dat alleen van geselecteerde gegadigden / de winnende inschrijver de bewijsstukken moeten worden overgelegd en gecontroleerd?

Ja, in het kader van lastenverlichting is dit een goede aanpassing. Deze aanpassing wordt overigens momenteel meegenomen in een wetsvoorstel voor een nieuwe aanbestedingswet dat in Nederland in behandeling is bij de Tweede Kamer.