

Vergaderjaar 2010–2011

32 440

Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)

Nr. 11

NOTA VAN WIJZIGING

Ontvangen 28 maart 2011

Het voorstel van wet wordt gewijzigd als volgt:

A

In artikel 1.1 wordt «Onze Minister van Economische Zaken» vervangen door: Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

B

Het opschrift van hoofdstuk 1.2 komt te luiden:

HOOFDSTUK 1.2 BEGINSELEN EN UITGANGSPUNTEN BIJ AANBESTEDEN

C

Na het opschrift van hoofdstuk 1.2 wordt, onder vernummering van de afdelingen 1.2.1, 1.2.2 en 1.2.3 tot onderscheidenlijk 1.2.2, 1.2.3 en 1.2.4, een afdeling ingevoegd, luidende:

**AFDELING 1.2.1 ALGEMENE BEPALING VOOR HET SLUITEN VAN
SCHRIFTELIJKE OVEREENKOMSTEN ONDER BEZWARENDE TITEL VOOR
HET VERRICHTEN VAN WERKEN, LEVERINGEN OF DIENSTEN**

Artikel 1.3a

1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:

a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;

b. de keuze voor het al of niet samenvoegen van een opdracht;

c. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a tot en met c, bedoelde keuze.

D

Het opschrift van afdeling 1.2.2 (nieuw) komt te luiden:

AFDELING 1.2.2 BEGINSLEN BIJ EUROPESE AANBESTEDINGEN

E

In artikel 1.5 vervalt: als bedoeld in artikel 1.4.

F

Artikel 1.6 komt te luiden:

Artikel 1.6

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf handelt transparant.

2. Bij de toepassing van het eerste lid draagt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in ieder geval zorg voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, tot het sluiten van een concessieovereenkomst voor openbare werken of het uitschrijven van een prijsvraag.

3. Het tweede lid is niet van toepassing:

a. ingeval van toepasselijkheid van artikel 1.4, onderdeel a: indien het bepaalde bij of krachtens deel 2 of deel 3 van deze wet niet verplicht tot het bekendmaken van een aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een opdracht;

b. ingeval van toepasselijkheid van artikel 1.4, onderdelen b en c: indien met overeenkomstige toepassing van het bepaalde bij of krachtens deel 2 of deel 3 van deze wet geen verplichting geldt tot het bekendmaken van een aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een opdracht.

G

Artikel 1.7 wordt gewijzigd als volgt:

1. In het eerste lid vervalt: als bedoeld in artikel 1.4.

2. Het tweede lid komt te luiden:

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;

b. de uitsluitingsgronden;

c. de inhoud van de geschiktheidseisen;

d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;

e. de te stellen termijnen;

f. de gunningscriteria;

g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;

h. de voorwaarden van de overeenkomst.

H

Artikel 1.8 vervalt.

I

Het opschrift van afdeling 1.2.3 (nieuw) komt te luiden:

AFDELING 1.2.3 UITGANGPUNTEN BIJ NATIONALE AANBESTEDINGEN

J

In artikel 1.10 vervalt: als bedoeld in artikel 1.9.

K

Artikel 1.11 wordt gewijzigd als volgt:

1. In het eerste lid vervalt: als bedoeld in artikel 1.9.

2. Het tweede lid komt te luiden:

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

- a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
- b. de uitsluitingsgronden;
- c. de inhoud van de geschiktheidseisen;
- d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
- e. de te stellen termijnen;
- f. de gunningscriteria;
- g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
- h. de voorwaarden van de overeenkomst.

L

Artikel 1.12 vervalt.

M

Het opschrift van afdeling 1.2.4 (nieuw) komt te luiden:

AFDELING 1.2.4 UITGANGSPUNTEN BIJ DE MEERVOUDIG ONDERHANDSE PROCEDURE

N

Artikel 1.15 wordt gewijzigd als volgt:

1. In het eerste lid vervalt: als bedoeld in artikel 1.13.

2. Het tweede lid komt te luiden:

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in ieder geval acht op:

- a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
- b. de te stellen termijnen;
- c. de met de inschrijving verbonden kosten;
- d. de voorwaarden van de overeenkomst.

O

Artikel 1.16 vervalt.

P

Het opschrift van Hoofdstuk 1.3 komt te luiden:

HOOFDSTUK 1.3 ADMINISTRatieve VOORSCHRIFTEN BIJ AANBESTEDINGEN

Q

Artikel 1.17 wordt vervangen door twee nieuwe artikelen, luidende:

Artikel 1.16a

De bepalingen in deze afdeling gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten tot het verrichten van werken, leveringen of diensten, die niet een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieovereenkomst is waarop artikel 1.4, onderdeel a, van toepassing is.

Artikel 1.17

1. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die een aankondiging doen, maken die aankondiging bekend op het elektronische systeem voor aanbestedingen.
2. De in het eerste lid bedoelde bekendmaking geschiedt door middel van een op het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gesteld formulier.

R

In de artikelen 1.18, eerste lid, 1.19, eerste lid, en 1.20, eerste lid, vervalt telkens: als bedoeld in de artikelen 1.4, onderdelen b en c, en 1.9.

S

In artikel 1.19, tweede lid, wordt «één jaar» vervangen door: twee jaar.

T

Na hoofdstuk 1.3 wordt, onder vernumming van hoofdstuk 1.4 tot 1.5, een hoofdstuk ingevoegd, luidende:

HOOFDSTUK 1.4 VOORSCHRIFTEN VOOR HET AANBESTEDEN VAN WERKEN DOOR AANBESTEDENDE DIENSTEN

Artikel 1.20a

1. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangegeven waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijzen waarop door in die maatregel aangewezen aanbestedende diensten overheidsopdrachten voor werken beneden de in afdeling 2.1.1 van deze wet bedoelde waarden kunnen worden geplaatst.
2. De aanbestedende dienst past de in het eerste lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking daarvan in de aanbestedingsstukken.

3. De in het tweede lid bedoelde motivering wordt op diens schriftelijk verzoek aan een ondernemer verstrekt.

U

In artikel 2.26 wordt, onder lettering van de onderdelen f tot en met h tot g tot en met i, na onderdeel e een onderdeel ingevoegd, luidende:
f. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;.

V

In artikel 2.27 wordt, onder lettering van de onderdelen h tot en met j tot i tot en met k, na onderdeel g een onderdeel ingevoegd, luidende:
h. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;.

W

Artikel 2.29 wordt gewijzigd als volgt:

1. In onderdeel e wordt «niet-uitgesloten of niet-afgewezen gegadigden» vervangen door: geselecteerde gegadigden.

2. Na onderdeel i wordt, onder lettering van de onderdelen j tot en met l tot k tot en met m, een onderdeel ingevoegd, luidende:
j. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;.

X

Artikel 2.31, eerste lid, wordt gewijzigd als volgt:

1. In onderdeel e wordt «niet-uitgesloten of niet-afgewezen gegadigden» vervangen door: geselecteerde gegadigden.

2. Na onderdeel h wordt, onder lettering van de onderdelen i tot en met k tot j tot en met l, een onderdeel ingevoegd, luidende:
i. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;.

Y

In artikel 2.39, eerste lid, wordt, onder lettering van de onderdelen b en c tot d en e, na onderdeel a een onderdeel ingevoegd, luidende:
b. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;.

Z

In artikel 2.52, tweede lid, wordt «werken» vervangen door: overheidsopdrachten voor werken.

AA

In artikel 2.63 wordt «de technische- en beroepsbekwaamheid» vervangen door: de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid.

BB

Artikel 2.65, eerste lid, komt te luiden:

1. De aanbestedende dienst maakt de aankondiging of de inhoud ervan niet eerder op een andere wijze bekend dan nadat deze door middel van

het elektronische systeem voor aanbestedingen aan de Europese Commissie is gezonden.

CC

In artikel 2.70 wordt «de aard en omvang van de opdracht» vervangen door: het voorwerp van de opdracht.

DD

In artikel 2.84, eerste lid, wordt «de uitsluitingsgronden» vervangen door: uitsluitingsgronden.

EE

In artikel 2.87, eerste lid, onderdeel a en onderdeel b, vervalt telkens de zinsnede: van een lidstaat van de Europese Unie.

FF

In artikel 2.88, onderdeel c, wordt «de aard en omvang van de opdracht» vervangen door: het voorwerp van de opdracht.

GG

In artikel 2.89, tweede lid, wordt »één jaar» vervangen door: twee jaar.

HH

In artikel 2.90, derde lid, wordt na «aan de inschrijver en de inschrijving» ingevoegd: die verband houden met en.

II

In artikel 2.91, eerste lid, wordt in de aanhef na «economische draagkracht» ingevoegd: in ieder geval.

JJ

In artikel 2.92, tweede lid, wordt «bekwaamheid» vervangen door: draagkracht.

KK

Aan artikel 2.93 wordt een derde lid toegevoegd, luidende:

3. Een aanbestedende dienst die als geschiktheidseis stelt dat de gegadigde eerdere overheidsopdrachten heeft verricht als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, vraagt op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten en niet naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn.

LL

Voor artikel 2.101 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2.100a

De aanbestedende dienst gaat, alvorens hij de opdracht gunt, de geschiktheid van iedere niet-uitgesloten inschrijver na aan de hand van de

eigen verklaring en de ingediende bewijsstukken die op grond van artikel 2.85, derde lid, zijn verzocht.

MM

Artikel 2.127 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid wordt de eerste volzin vervangen door: Een betrokken inschrijver als bedoeld in artikel 2.126, tweede lid, is iedere inschrijver die niet definitief is uitgesloten.

2. Het tweede lid komt te luiden:

2. Een betrokken gegadigde als bedoeld in artikel 2.126, tweede lid, is iedere gegadigde aan wie de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van zijn verzoek tot deelneming ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de gunningsbeslissing.

NN

Aan het slot van artikel 2.153, vijfde lid, onderdeel a, vervalt: of.

OO

In artikel 3.58 wordt «de aard en omvang van de opdracht» vervangen door: het voorwerp van de opdracht.

PP

Artikel 3.80 komt te luiden:

Artikel 3.80

1. Een speciale-sectorbedrijf maakt geen oneigenlijk gebruik van een raamovereenkomst en gebruikt deze evenmin om de mededinging te hinderen, te beperken of te vervalsen.

2. De afdelingen 2.4.2 en 2.4.5 zijn van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten.

QQ

1. In de artikelen 4.1, 4.4, eerste en derde lid, 4.5, eerste lid, 4.7, eerste en derde lid, 4.9, eerste en tweede lid, 4.10, eerste en tweede lid, en 4.11, eerste lid, wordt «Onze Minister van Justitie» telkens vervangen door: Onze Minister van Veiligheid en Justitie.

2. In artikel 4.11, tweede lid, wordt «Onze Minister» vervangen door: Onze Minister van Veiligheid en Justitie.

RR

Artikel 4.7, eerste lid, wordt gewijzigd als volgt:

1. Aan het slot van onderdeel a wordt toegevoegd: indien aan het bepaalde in dat artikel is voldaan.

2. In de onderdelen c en d wordt telkens na «boetevermindering» ingevoegd: op grond van clementie.

SS

Artikel 4.12, tweede lid, komt te luiden:

2. Ter uitvoering van richtlijn nr. 2004/18/EG kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld omtrent de instelling, afgifte en bewijskracht van certificaten dan wel de instelling van, opname in en bewijskracht van de opname op een erkenningslijst.

TT

Artikel 4.14 wordt gewijzigd als volgt:

1. Na het eerste lid wordt, onder vernummering van het tweede tot en met zesde lid tot het derde tot en met zevende lid, een lid ingevoegd, luidende:

2. Onze Minister kan door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen tevens formulieren ter beschikking stellen voor aankondigingen waarop deel 2 of deel 3 van deze wet niet van toepassing zijn.

2. In het zesde lid wordt «vierde lid» vervangen door: vijfde lid.

UU

In artikel 4.15, tweede lid, onder a, eerste gedachtestreepje, wordt na «2.133 tot en met 2.137,» ingevoegd: mits deze aankondiging ook de rechtvaardiging bevat van de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht,.

VV

In artikel 4.17, eerste lid, aanhef wordt «bedoeld in de artikelen 4.15, tweede lid, onder a, eerste gedachtestreepje, en 4.16, eerste lid, onder b» vervangen door: bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, onder b.

WW

Artikel 4.24 komt te luiden:

Artikel 4.24

Indien de overeenkomst, bedoeld in artikel 4.21, is gesloten of mede is gesloten ten bate van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, worden de bevoegdheden van de artikelen 4.21 tot en met 4.23 uitgeoefend door Onze Minister.

XX

Voor artikel 4.26 wordt, onder vernummering van de hoofdstukken 4.4 en 4.5 tot 4.5 onderscheidenlijk 4.6, een opschrift ingevoegd, luidende:

HOOFDSTUK 4.4 ARBITRAGE EN KLACHTEN

YY

Na artikel 4.26 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 4.26a

Onze Minister bevordert de instelling van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.

ZZ

Artikel 4.27 wordt gewijzigd als volgt:

1. Het eerste lid komt te luiden:

1. Onze Minister onderzoekt binnen twee jaar na de inwerkingtreding van deze wet de wijze waarop aanbestedende diensten overheidsopdrachten voor leveringen en diensten beneden de in afdeling 2.1.1 van deze wet bedoelde waarden plaatsen en de toepassing van de artikelen 1.7, 1.11 en 1.15 voor overheidsopdrachten. Hij doet daarvan verslag aan de Staten-Generaal.

2. In het tweede lid wordt na «geschiedt» ingevoegd: of dat de toepassing van de artikelen 1.7, 1.11 en 1.15 onvoldoende leidt tot proportionele eisen, voorwaarden en criteria.

3. De tweede volzin van het tweede lid komt te luiden: Deze voorschriften hebben betrekking op de naleving van een of meer in die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen richtsnoeren door bij die maatregel aan te wijzen aanbestedende diensten.

4. Na het tweede lid worden, onder vernummering van het derde lid tot vijfde lid, twee leden ingevoegd, luidende:

3. Indien toepassing is gegeven aan het tweede lid, past de aanbestedende dienst de voorschriften toe of motiveert een afwijking daarvan in de aanbestedingsstukken.

4. De in het derde lid bedoelde motivering wordt op diens schriftelijk verzoek aan een ondernemer verstrekt.

5. In het vijfde lid wordt «Onze Minister van Economische Zaken» vervangen door: Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

AAA

Artikel 4.28 komt te luiden:

Artikel 4.28

Onze Minister onderzoekt binnen twee jaar na de inwerkingtreding van deze wet de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk en doet daarvan verslag aan de Staten-Generaal. In het verslag wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de toegang van ondernemers tot opdrachten en aan de naleving.

BBB

In artikel 4.29, eerste lid, vervalt de zinsnede «, met dien verstande dat op grond van dat recht voorgeschreven aankondigingen worden gedaan door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen».

CCC

In artikel 4.31 wordt «Onze Minister van Justitie» vervangen door: Onze Minister van Veiligheid en Justitie.

DDD

In artikel 4.36 wordt «van artikel 25 of 60 van richtlijn nr. 2004/18/EG» vervangen door: van artikel 45 van richtlijn nr. 2004/18/EG.

EEE

Na artikel 4.37 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 4.37a

Indien artikel I van het bij koninklijke boodschap 24 juli 2010 ingediende voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Kamerstukken 32 450) tot wet is of wordt verheven en in werking treedt of is getreden, dan vervallen de artikelen 4.25 en 4.35 van deze wet en wordt de Algemene wet bestuursrecht als volgt gewijzigd:

1. In Bijlage 2, Hoofdstuk 3, artikel 7, onderdeel B, vervalt in de alfabetische volgorde «Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden: artikel 14» en wordt toegevoegd: Aanbestedingswet 20.., artikel 4.21.

2. In Bijlage 2, Hoofdstuk 4, artikel 11, onderdeel B, vervalt in de alfabetische volgorde «Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden: artikel 14» en wordt toegevoegd: Aanbestedingswet 20.., artikel 4.21.

TOELICHTING

I. Algemeen

1. Hoofdpijnen van de voorgestelde wijzigingen

1. Inleiding

In het Regeerakkoord van het kabinet, «Vrijheid en verantwoordelijkheid» (hierna: Regeerakkoord) is vastgelegd dat het midden- en kleinbedrijf en zelfstandigen zonder personeel meer kansen moeten krijgen bij aanbestedingen door de overheid. Het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet bevat een aantal maatregelen die de toegang van het midden- en kleinbedrijf en zelfstandigen zonder personeel verbetert. In deze nota van wijziging wordt door middel van een aantal extra maatregelen uitvoering gegeven aan de genoemde passage uit het Regeerakkoord. Deze maatregelen dragen eraan bij dat de toegang van ondernemers tot opdrachten verder wordt verbeterd. Daarnaast wordt in deze nota van wijziging uitvoering gegeven aan de motie-Van Vliet (Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XIII, nr. 105), waarin de regering wordt verzocht een uniform kader op te stellen voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden met inachtneming van zo laag mogelijke drempelwaarden.

2. Verbeteren toegang ondernemers tot opdrachten

Zoals blijkt uit het Regeerakkoord wil het kabinet de kansen van het midden- en kleinbedrijf bij aanbestedingen verbeteren. Het wetsvoorstel schrijft voor dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven het

proportionaliteitsbeginsel in acht moeten nemen. Het proportionaliteitsbeginsel is in het wetsvoorstel verder geconcretiseerd. In de nota van wijziging worden deze bepalingen aangevuld door in de artikelen 1.7, 1.11 en 1.15 expliciet op te nemen dat clusteren en contractvoorwaarden onder het proportionaliteitsbeginsel vallen. Hiermee wordt onnodig clusteren teruggedrongen en moeten ook de contractvoorwaarden in redelijke verhouding staan tot de opdracht.

De toegang van ondernemers tot opdrachten en de groeimogelijkheden van ondernemers worden ook belemmerd wanneer bij aanbestedingen gevraagd wordt naar ervaring met exact gelijke opdrachten. Uitgangspunt moet echter zijn dat een ondernemer de competentie heeft om een opdracht uit te voeren. Zo zal iemand die een viaduct heeft gebouwd in het algemeen ook in staat zijn een brug te bouwen. Door middel van het in de nota van wijziging opgenomen onderdeel KK wordt nu voorgescreven dat naar vergelijkbare referenties moet worden gevraagd, zodat ervaring wordt getoetst op basis van competenties.

Tenslotte wordt de toegang van ondernemers tot aanbestedingsprocedures in deze nota van wijziging verbeterd door de geldigheidsduur van de gedragsverklaring aanbesteden te verlengen van 1 jaar naar 2 jaar. Hierdoor hoeven ondernemers minder vaak de lasten van een aanvraag van de gedragsverklaring te dragen. Bovendien wordt hiermee uitvoering gegeven aan de motie-Atsma (Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 12).

3. Uniform kader onder de Europese drempelwaarden

Een groot deel van de opdrachten bevindt zich onder de Europese drempelwaarden en ondernemers willen ook graag op die opdrachten een eerlijke kans maken. Het wetsvoorstel bepaalt in de afdelingen 1.2.3 en 1.2.4 (oorspronkelijk: 1.2.2 en 1.2.3) dat gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit ook onder de drempels gelden. In onderdeel C van deze nota van wijziging is een nieuwe afdeling in het wetsvoorstel ingevoegd, met een algemene bepaling die inhoudt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op objectieve gronden moeten beslissen op welke wijze zij een opdracht in de markt willen zetten, met andere woorden: welke procedure zij daarvoor kiezen en of zij opdrachten al dan niet samenvoegen. Deze keuze kan variëren van een procedure conform een richtlijnprocedure tot enkelvoudig ondershands. Het is van belang dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf de procedure afstemt op de aard en de omvang van de opdracht. Een goed afgestemde procedure verbetert immers de toegang van ondernemers die geschikt zouden zijn om de opdrachten uit te voeren en houdt de lasten voor ondernemers zo laag mogelijk. De aanbestedende dienst kiest ook op objectieve criteria om een opdracht al dan niet samen te voegen. Dit draagt eraan bij dat onnodig clusteren verder wordt teruggedrongen. Voorts wordt bepaald dat ook de keuze voor de ondernemers die mogen deelnemen aan de procedure op objectieve gronden moet rusten. Hiermee wordt onder meer bewerkstelligd dat bij onderhandse procedures niet alleen dezelfde ondernemers aan bod komen. Tenslotte wordt voorgescreven dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de gemaakte keuzes desgewenst gemotiveerd aan een ondernemer toelicht. Het opnemen van de uitgangspunten en het opnemen van de plicht om de keuze voor de procedure en uit te nodigen ondernemers op objectieve gronden te maken zorgt voor een meer concreet en uniform kader waaraan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij de procedures onder de Europese drempelwaarden zijn gebonden.

De Europese drempelwaarde ligt bij overheidsopdrachten voor werken relatief hoog, waardoor er onder de Europese drempelwaarde in grote mate gebruik wordt gemaakt van openbare aanbestedingsprocedures. Hierdoor is verdere uniformering gewenst. Voor deze opdrachten wordt al

veelvuldig gebruik gemaakt van het Aanbestedingsreglement voor Werken, maar in de toepassing ervan wordt vaak op onderdelen ongemotiveerd afgeweken. Op deze punten kan verdere uniformering worden bereikt. Daarom wordt in het nieuwe artikel 1.20a (onderdeel T) voorgescreven dat voor nationale aanbestedingen voor werken een richtsnoer wordt aangewezen, dat moet worden nageleefd. Afwijkingen zijn mogelijk maar moeten worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Desgevraagd moet de motivering aan een ondernemer worden verstrekt.

Aangewezen zal worden het Aanbestedingsreglement voor Werken. In het Aanbestedingsreglement voor Werken zijn procedurevoorschriften opgenomen met betrekking tot de wijze waarop aanbestedingen voor werken moeten verlopen. Door deze maatregel zal bij werken uniformiteit in de wijze van aanbesteden optreden. Ondernemers worden hierdoor niet meer geconfronteerd met steeds weer andere procedures. Hierdoor worden de lasten verminderd, en wordt de toegang van met name kleinere ondernemers verbeterd. Bovendien wordt hiermee uitvoering gegeven aan de motie-Van Vliet (Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XIII, nr. 105).

In artikel 4.27 van het wetsvoorstel was bepaald na vier jaar na de inwerkingtreding van de wet bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld ten aanzien van uniformering onder de Europese drempelwaarden. Als gevolg van onderdeel ZZ van de nota van wijziging wordt artikel 4.27 thans beperkt tot opdrachten voor leveringen en diensten. Voor werken wordt deze voorziening, zoals hiervoor is toegelicht, immers al ingevuld. Daarnaast wordt in deze nota van wijziging de evaluatietermijn met betrekking tot een uniforme wijze van aanbesteden van leveringen en diensten verkort van 4 jaar naar 2 jaar. In onderdeel ZZ van de nota van wijziging wordt artikel 4.27 tevens uitgebreid, waardoor het de evaluatie ook ziet op de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bij overheidsopdrachten. Indien uit de evaluatie blijkt dat dit beginsel niet tot proportionele eisen, voorwaarden en criteria leidt, kan de handreiking proportionaliteit als richtsnoer worden aangewezen. Hiervan kunnen aanbestedende diensten dan alleen nog maar gemotiveerd afwijken.

Tenslotte wordt de evaluatiebepaling in artikel 4.28 van het wetsvoorstel, die ziet op de naleving, in de nota van wijziging verbreed naar de doeltreffendheid en de effecten van het wetsvoorstel, zodat alle doelen van het wetsvoorstel bij de evaluatie betrokken zullen worden. Ook deze termijn wordt verkort van 4 jaar naar 2 jaar.

4. Klachtenafhandeling

Zoals in paragraaf 5.2 van de memorie van toelichting is aangekondigd neemt de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie het initiatief tot oprichting van een commissie van aanbestedingsexperts. Deze commissie van aanbestedingsexperts kan bijdragen aan een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige afhandeling van klachten. De commissie kan dit doen door op verzoek van een ondernemer of aanbestedende dienst een advies te geven over een situatie of geschil. In onderdeel YY van deze nota van wijziging wordt bepaald dat de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie bevordert dat deze commissie wordt ingesteld. Hiermee wordt wettelijk verankerd dat er een laagdrempelige onafhankelijke instantie moet komen, waar klachten over aanbestedingen kunnen worden neergelegd. Voordat tot oprichting van de commissie van aanbestedingsexperts kan worden overgegaan dient het kader te worden bepaald op basis waarvan de commissie van aanbestedingsexperts haar werkzaamheden gaat uitvoeren. De werkwijze van de commissie van aanbestedingsexperts wordt gezamenlijk met aanbestedende diensten en ondernemingen opgezet. Hiermee wordt bereikt dat de commissie van aanbestedingsexperts zo breed mogelijk ondersteund

wordt. Voor ogen staat een onafhankelijke commissie, waarin experts zitting hebben die hun sporen in de aanbestedingspraktijk hebben verdiend. Deze experts moeten in staat zijn om goed onderbouwde, evenwichtige en bruikbare adviezen te geven aan ondernemers, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zal een dergelijk advies moeilijk naast zich neer kunnen leggen.

2. Gevolgen voor de lasten

Het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet bevat een aantal maatregelen die de lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten met ruim € 70 miljoen reduceert. Enkele maatregelen in deze nota van wijziging hebben een aanvullend effect op de lasten. In deze paragraaf zal hierop worden ingegaan.

Het verlengen van de geldigheidstermijn van de gedragsverklaring aanbesteden van één naar twee jaar zal leiden tot een verdrievoudiging van de lastenreductie die was berekend in het onderzoek «Lastenontwikkeling aanbestedingsbeleid». Thans vragen aanbestedende diensten regelmatig naar een verklaring omtrent het gedrag van maximaal 3 tot 6 maanden oud. In de memorie van toelichting werd ervan uitgegaan dat een ondernemer in plaats ten minste twee aanvragen voor een verklaring omtrent het gedrag per jaar, maar één aanvraag voor een gedragsverklaring aanbesteden hoefde te doen. De aanpassing uit deze nota van wijziging leidt er toe dat waar een ondernemer nu nog vier of meer keer per twee jaar een verklaring omtrent het gedrag moet aanvragen, hij na de inwerkingtreding van de wet nog maximaal één keer per twee jaar een aanvraag voor een gedragsverklaring aanbesteden behoeft te doen en te betalen. Waar sprake was van een lastenreductie van € 0,3 miljoen zal nu € 0,9 miljoen bedragen.

De gevolgen voor de lasten van het aanwijzen van het Aanbestedingsreglement Werken als richtsnoer zijn niet te kwantificeren. Door uniformering kost het zowel aanbestedende diensten als ondernemers minder tijd en moeite om een specifieke aanbestedingsprocedure te doorgronden en te volgen. In 92% van overheidsopdrachten voor werken wordt momenteel het Aanbestedingsreglement Werken gebruikt, maar er wordt vaak van bepalingen afgeweken. Onduidelijk is hoe groot het effect van de verdere uniformering zal zijn op de lasten.

Tenslotte wordt door middel van deze nota van wijziging bepaald dat aanbestedende diensten de keuze voor de procedure, het al dan niet samenvoegen van opdrachten en de uit te nodigen ondernemers op objectieve gronden moeten maken. Desgewenst moeten deze keuzes aan ondernemers worden toegelicht. Dit zal leiden tot een lastenverzwaring voor aanbestedende diensten. Aangezien vooraf niet valt vast te stellen hoe vaak een dergelijk verzoek zal worden gedaan kan niet worden gekwantificeerd hoe groot dit effect zal zijn. Indien een aanbestedende dienst de keuzes heeft vastgelegd in algemeen beleid, zal in het algemeen volstaan kunnen worden met een verwijzing naar het vastgestelde en openbaar kenbaar gemaakte beleid.

II. Artikelen

Onderdelen B, F, G, I, K, M en N

In de bovengenoemde onderdelen van deze nota van wijziging wordt een aantal bepalingen uit hoofdstuk 1.2 van het wetsvoorstel, gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit, gewijzigd. Deze

wijzigingen beogen de betekenis van de beginselen en de uitgangspunten te verhelderen. In dat kader wordt ook voorgesteld het opschrift van dat hoofdstuk voortaan te doen luiden: Beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden (onderdeel B). De diverse onderdelen worden hieronder zo nodig nog afzonderlijk verder toegelicht. Daaraan voorafgaand bevat deze paragraaf een algemene uiteenzetting over de uitgangspunten die aan de voorstellen ten grondslag liggen.

De hiervoor genoemde Europese beginselen zijn een inspiratie geweest om een aantal algemene normen ofwel uitgangspunten te formuleren voor de niet-Europese aanbestedingen. Het gaat hierbij dus om aanbestedingen waarop de richtlijnen niet van toepassing zijn en waarbij evenmin sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het is evenwel uitdrukkelijk niet de bedoeling deze Europese beginselen als zodanig (en indirect daarmee ook de jurisprudentie daaromtrent van het Hof van Justitie van de EU) ook van toepassing te verklaren op niet-Europese aanbestedingen. Deze beginselen vormen een afgeleide van en zijn onderdeel van de verdragsbepalingen in het Werkingsverdrag van de Europese Unie inzake het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten. In essentie gaat het er bij de aanbestedingsrichtlijnen om dat ondernemers uit alle lidstaten van de EU gelijke en eerlijke kansen moeten hebben op de Europese markt. Dit is uitgewerkt in de vorm van concrete aanbestedingsprocedures in de aanbestedingsrichtlijnen.

In het wetsvoorstel is voor niet-Europese aanbestedingen gekozen voor een andere benadering. In beginsel staat het aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven vrij om de wijze te bepalen waarop zij komen tot de keuze voor een ondernemer aan wie zij de opdracht verstrekken. Wel dienen zij op grond van het in paragraaf 1.3 al toegelichte nieuwe artikel 1.20a daarbij een bewuste keuze te maken. Afhankelijk van de gekozen procedure moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vervolgens een aantal uitgangspunten in acht nemen. Zo bepalen de artikelen 1.9–1.11 dat, indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf er zelf voor kiest een aankondiging bekend te maken, zij ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen en transparant en proportioneel moet handelen. Indien wordt gekozen voor het doen van een uitnodiging aan twee of meer ondernemers, gelden de voorschriften van de artikelen 1.14 en 1.15. Hierin is bepaald dat de inschrijvers op gelijke wijze moeten worden behandeld, is een motiveringsplicht voor de gunningsbeslissing opgenomen en een proportionaliteitsbeginsel met een specifieke opsomming van aandachtspunten.

De specifieke, in het wetsvoorstel opgenomen voorschriften voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven doen uiteraard niet af aan algemene rechtsregels uit andere bronnen die bepaalde handelingen betreffen. Zo gelden voor organen van aanbestedende diensten, die in de regel bestuursorgaan zijn, uiteraard de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht. Op grond van de zogenaamde schakelbepaling van artikel 3.1 van de Algemene wet bestuursrecht zijn bijvoorbeeld de in de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing op privaatrechtelijke handelingen van bestuursorganen.

Voor speciale-sectorbedrijven en aanbestedende diensten die geen bestuursorgaan zijn, geldt niet de Algemene wet bestuursrecht. Wel gelden daar de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid.

De bovengenoemde regels en eisen leiden als zodanig niet tot concrete gedragsvoorschriften in specifieke gevallen. Wel zullen zij qualitate qua altijd als uitgangspunt dienen voor het handelen van bestuursorganen en

speciale-sectorbedrijven. In het wetsvoorstel, en in het bijzonder in de door middel van de daarin in deze nota van wijziging aangebrachte wijzigingen, wordt aan een en ander binnen redelijke grenzen wel een verdere invulling gegeven. Door het nieuwe artikel 1.3a bijvoorbeeld wordt een objectieve keuze van procedure en ondernemers die worden betrokken bij een aanbestedingsprocedure bevorderd. Daarnaast bevordert de motiveringsplicht van het tweede lid van dat artikel de transparantie van een gemaakte keuze en daarmee het afleggen van verantwoording daarover.

Onderdeel C

In een nieuwe eerste afdeling van hoofdstuk 1.2 van het wetsvoorstel wordt een centrale bepaling opgenomen die geldt voor alle gevallen waarin een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf voornemens is een overeenkomst te sluiten inzake het verrichten van werken, leveringen of diensten. Bepaald wordt dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf op basis van objectieve criteria moet komen tot een keuze voor de wijze waarop hij de beoogde overeenkomst tot stand wil brengen. Onder de objectieve criteria worden ook verstaan de lasten voor het bedrijfsleven die met een bepaalde procedure gepaard gaan.

Tevens zal een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf op objectieve criteria moeten kiezen voor het al dan niet samenvoegen van opdrachten. Daarnaast wordt bepaald dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf op basis van objectieve criteria moet komen tot een keuze voor de ondernemer of de ondernemers die worden toegelaten tot de gekozen procedure. In het tweede lid wordt vervolgens bepaald dat de motivering van deze keuzes op schriftelijk verzoek aan een ondernemer moet worden verstrekt.

Het begrip aanbestedingsprocedure is geen in het wetsvoorstel afgebakend begrip. Dat is niet nodig en ook niet wenselijk. Iedere wijze waarop een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een opdracht in de markt zet, moet worden beschouwd als een procedure.

Door in het eerste lid van artikel 1.3a te bepalen dat de keuze voor de procedure en de uit te nodigen ondernemers op objectieve gronden moet berusten wordt bereikt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een bewuste keuze maken over de wijze waarop zij een opdracht in de markt willen zetten, over het al dan niet clusteren van een opdracht en met betrekking tot de ondernemers die zij een kans op een opdracht willen geven. Die wijze kan variëren van enkelvoudig ondershands tot een van de procedures van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Bij een aanbesteding boven de Europese drempelwaarden is de keuze beperkt tot de krachtens de aanbestedingsrichtlijnen toegestane procedures. Ook binnen de daar gegeven mogelijkheden dient een bewuste keuze te worden gemaakt. Op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen kunnen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven vrij kiezen voor een openbare of niet-openbare procedure. In sommige gevallen, bijvoorbeeld als de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verwacht dat er veel inschrijvers zullen zijn, verdient het de voorkeur om voor de niet-openbare procedure te kiezen. Immers, toepassing van de openbare procedure betekent voor alle inschrijvers (en dat kunnen er veel zijn) dat zij tijd en moeite moeten steken in het doen van de inschrijving.

Bij een aanbesteding onder de Europese drempelwaarden kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kiezen voor een nationale aanbestedingsprocedure met een aankondiging, een meervoudig onderhandse procedure of een enkelvoudig onderhandse procedure. Ook daarbij moet op grond van objectieve criteria een keuze

worden gemaakt. Elementen waaraan kan worden gedacht zijn bij voorbeeld de grootte van de opdracht, de baten en de lasten die een bepaalde procedure met zich meebrengt, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering.

Ook het al dan niet samenvoegen van opdrachten dient op basis van objectieve criteria plaats te vinden. Hiermee wordt bereikt dat de keuze over het al dan niet samenvoegen niet alleen proportioneel moet zijn, maar ook op objectieve gronden moet plaatsvinden. Dit houdt in dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een bewuste keuze maken over de wijze waarop zij een opdracht in de markt willen zetten. Die keuze kan ook inhouden dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een samengevoegde opdracht in percelen verdeeld.

Ook de uit te nodigen ondernemers dienen op basis van objectieve criteria uitgekozen te worden. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan objectieve criteria toepassen zoals ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of andere elementen. Ook loting is een keuzemogelijkheid, eventueel in combinatie met andere selectiecriteria. Bij een enkelvoudige of meervoudige procedure zullen in ieder geval voldoende mogelijke aanvragers op een door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op te stellen shortlist moeten worden geplaatst om een adequate mededinging te garanderen. Ook kunnen de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gebruik maken van systemen waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers wordt opgesteld. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan dan naderhand, bij de plaatsing van individuele opdrachten, uit de lijst van gekwalificeerde ondernemers op niet-discriminerende wijze ondernemers selecteren die worden uitgenodigd een offerte in te dienen (bv. door toepassing van een rouleersysteem).

Zoals hiervoor is vermeld verplicht het tweede lid de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om op schriftelijk verzoek van een ondernemer te motiveren waarom voor een bepaalde procedure is gekozen, waarom een opdracht al dan niet is samengevoegd en waarom een bepaalde ondernemer of ondernemers wel of niet tot de procedure zijn toegelaten. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in het concrete geval is toegepast, kan de motivering bestaan uit een verwijzing naar die vaste gedragslijn. Voor aanbestedende diensten die bestuursorgaan zijn en die beleidsregels in de zin van de Algemene wet bestuursrecht hebben vastgesteld, vloeit dit reeds voort uit artikel 4:82 van die wet. Afwijkingen van een bekendgemaakte gedragslijn dienen uiteraard individueel te worden gemotiveerd.

Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf naar de mening van een ondernemer in een bepaald geval geen objectieve criteria heeft toegepast, kan een benadeelde ondernemer dit in een civiele procedure op grond van een onrechtmatige daadsactie bij de rechter aan de orde stellen.

Onderdelen E, G, eerste lid, J, K, eerste lid, N, eerste lid, P, Q en R

In deze artikelen wordt een aantal tekstuele verbeteringen voorgesteld.

Onderdeel F

De redactie van dit artikel is aangepast, waardoor het artikel beter leesbaar wordt. De belangrijkste wijziging is dat de verplichting om zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankon-

diging thans positief in het tweede lid wordt geformuleerd. Daardoor kan de formulering van de inperking in het derde lid worden vereenvoudigd.

Onderdelen G, K en N

Het tweede lid van de artikelen 1.7, 1.11 en 1.15 geeft een, op de situatie toegesneden, niet-limitatieve invulling van het proportionaliteitsbeginsel. Aan deze opsomming worden twee voorwaarden toegevoegd waar de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf acht op moet slaan. Het gaat om het samenvoegen van opdrachten en de contractvoorwaarden.

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dient ook bij het samenstellen van een opdracht, concessieovereenkomst of prijsvraag een proportionele afweging te maken met betrekking tot de vraag welke elementen die opdracht, overeenkomst of prijsvraag dient te bevatten. Wanneer een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf opdrachten wil samenvoegen zal hij zich bij de voorbereiding van de opdracht ervan moeten vergewissen of de samenvoeging in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Hierbij zal in ieder geval goed moeten worden gekeken naar de markt waarin de opdracht wordt uitgezet. Zo zal een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf in een markt met veel midden- en kleinbedrijf een andere strategie moeten bewandelen om uiteindelijk de beste aanbiedingen te krijgen. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zal moeten bezien of het samenvoegen van opdrachten wenselijk is. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn vanwege de beheersbaarheid van een project of de transactiekosten. Indien het wenselijk is om opdrachten samen te voegen zal een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf altijd de afweging moeten maken of het gezien de aard en omvang van de desbetreffende opdracht en de markt waarin de opdracht wordt uitgezet goed is om de samengevoegde opdracht in meerdere percelen te verdelen, zodat bij voorbeeld ook het midden- en kleinbedrijf rechtstreeks in kan schrijven. Een weloverwogen afweging over de keuze om opdrachten al dan niet samen te voegen leidt tot de beste aanbiedingen uit de markt.

Ook de in de overeenkomst op te nemen voorwaarden moeten in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. Dit betekent dat geen contractvoorwaarden behoren te worden opgelegd waaraan een groot deel van de markt niet kan voldoen, dan wel voorwaarden die een onnodig hoge druk leggen op de inschrijvende partijen. Een voorbeeld daarvan is de voorwaarde dat de ondernemer bij de uitvoering van de opdracht een aansprakelijkheidsverzekering moet afsluiten. Een dergelijke voorwaarde kan ertoe leiden dat midden- en kleinbedrijven en zelfstandigen zonder personeel niet inschrijven omdat zij de premie niet kunnen betalen. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zal zich moeten afvragen of de gestelde contractvoorwaarden met het oog op de desbetreffende opdracht en de markt waarin die opdracht wordt geplaatst, redelijk zijn. Een ondernemer die niet deelneemt vanwege zijns inziens onredelijke contractvoorwaarden en daarover een procedure bij de rechter wenst te beginnen, doet er goed aan zo spoedig mogelijk een kort geding aan te spannen. Zoals uit het Grossmann-arrest (HvJEG 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann) blijkt mag van een potentiële inschrijver een pro-actieve houding worden verwacht en juridische actie in een stadium waarin eventuele onvolkomenheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

Onderdelen H, L en O

De in deze onderdelen opgenomen bepaling over het al dan niet samenvoegen van opdrachten kan vervallen aangezien dit onderwerp thans als onderdeel van het proportionaliteitsbeginsel in het wetsvoorstel is opgenomen.

Onderdeel S

De geldigheid van de gedragsverklaring aanbesteden wordt ook in artikel 1.19 op twee jaar gesteld. Zie hierover paragraaf 1.2 van het algemene deel van deze toelichting.

Onderdeel T

In paragraaf 1.3 is reeds in het algemeen ingegaan op de in dit onderdeel voorgestelde wijziging. Zoals daar al is uiteengezet, wordt op grond van dit artikel het Aanbestedingsreglement voor Werken aangegeven voor in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten.

In artikel 1.20a wordt op formeel wetsniveau bepaald dat eventueel te stellen voorschriften over de wijze waarop aanbestedende diensten opdrachten voor werken beneden de Europese drempelwaarden plaatsen, uitsluitend kunnen bestaan in aanwijzing van een richtsnoer. Daarnaast wordt in de wettekst zelf (tweede lid) aangegeven dat aanbestedende diensten van het aangewezen richtsnoer kunnen afwijken mits ze die afwijking in de aanbestedingsstukken motiveren (pas toe of leg uit). Een en ander is vergelijkbaar met de constructie die is gekozen bij de implementatie van de Code-Tabaksblatt (zie het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag). Duidelijk is voorts dat deze aanwijzing van een richtsnoer dat richtsnoer daarmee niet tot een algemeen verbindend voorschrift maakt.

Een motivering van een afwijking kan bestaan uit een motivering die specifiek van toepassing is voor het desbetreffende geval, maar ook in een verwijzing naar door de desbetreffende aanbestedende dienst vastgestelde beleidsregels waarin een gemotiveerde keuze is gemaakt om op een of meer onderdelen af te wijken van een richtsnoer. Desgewenst dient de aanbestedende dienst een ondernemer de motivering te verstrekken. Door een en ander wordt bewerkstelligd dat de redenen voor een afwijking altijd transparant zijn. De naleving van de verplichting het Aanbestedingsreglement voor Werken te volgen of een afwijking in de aanbestedingsstukken te motiveren zal voor decentrale overheden onderdeel uitmaken van de controle in het kader van de accountantsverklaring. Daarnaast kan niet-naleving door een benadeelde ondernemer in een civiele onrechtmatige-daadsprocedure aan de orde worden gesteld.

Voor de volledigheid wordt nog op het volgende gewezen. Het Aanbestedingsreglement voor Werken bevat louter procedureregels voor daarin omschreven procedures, maar regelt niet in welke gevallen welke procedure moet worden gevolgd (die keuze moet op grond van artikel 1.3a wel op objectieve criteria worden genomen). Daarover bevatten de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005 van de bouwdepartementen wel voorschriften. Dergelijke voorschriften kunnen gehandhaafd blijven. Ook gemeentelijke beleidsregels waarin dergelijke voorschriften staan, kunnen worden gehandhaafd.

Onderdelen T, U, V, W, X en Y

In al deze onderdelen wordt in de opsomming van stappen die worden doorlopen bij een aanbestedingsprocedure, voor de volledigheid het proces-verbaal toegevoegd.

De in de onderdelen W en Y voorgestelde wijziging, waarbij de zinsnede «niet-uitgesloten of niet-afgewezen gegadigden» wordt vervangen door «geselecteerde gegadigden», bewerkstelligt consistentie in de terminologie in het wetsvoorstel. In enkele artikelen was reeds sprake van «geselecteerde gegadigden». Met deze wijziging wordt dat doorgevoerd in de onderdelen die daarvoor in aanmerking komen. De term geselecteerde gegadigde verdient de voorkeur omwille van de duidelijkheid. Inhoudelijk is geen verschil beoogd.

Onderdelen Z en AA

Deze wijzigingen bevatten tekstuele verbeteringen.

Onderdeel BB

De voorgestelde wijziging verduidelijkt dat aankondigingen eerst op TenderNed bekend moeten worden gemaakt en pas daarna op andere platforms.

Onderdelen CC, FF en OO

In het wetsvoorstel worden «voorwerp van de opdracht» en «aard en omvang van de opdracht» als synoniemen gebruikt. Omwille van de consistentie wordt ervoor gekozen om daarvoor telkens «voorwerp van de opdracht» te gebruiken. Het voorwerp van de opdracht is het object van de opdracht, datgene waarop de opdracht betrekking heeft. Dit omvat zowel de aard van de opdracht als de omvang van de opdracht.

Onderdeel DD

De wijziging beoogt de betekenis van de zin te verhelderen. De ondernemer geeft aan of en zo ja welke uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn. Dat wordt beter tot uitdrukking gebracht door het bepaald lidwoord voor «uitsluitingsgronden» te laten vervallen.

Onderdeel EE

De uitsluitingsgronden zijn gebaseerd op de tekst van de richtlijnen nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG. Deze richtlijnen zien op de interne markt van de Europese Unie. Het is echter ook voorstelbaar dat ondernemers van buiten de Europese Unie deel willen nemen aan aanbestedingsprocedures en daarmee een kans willen maken op opdrachten. De uitsluitingsgronden die gesteld worden aan Europese ondernemers moeten daarom ook op deze ondernemers van toepassing zijn. Dat wordt bereikt door de beperking «van een lidstaat van de Europese Unie» te laten vervallen.

In dit wetsvoorstel betreft het de uitsluitingsgronden die zien op a. faillissement, liquidatie of surseance van betaling en b. een veroordeling wegens overtreding van een beroepsgedragsregel.

Onderdeel GG

Ook in dit artikel dient de geldigheidstermijn van de gedragsverklaring aanbesteden te worden verlengd tot twee jaar.

Onderdeel HH

Artikel 2.90, derde lid, betreft gedeeltelijke implementatie van artikel 44, tweede lid, tweede alinea, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Daarin wordt voorgeschreven dat de eisen niet alleen in een redelijke verhouding staan tot maar ook verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht.

De thans voorgestelde tekst stemt beter overeen met de tekst van de richtlijn.

Onderdeel II

Uit de aanhef van artikel 47, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, en mede gelet op het vierde lid van dat artikel, wordt duidelijk dat de in dat artikel opgesomde bewijsmiddelen voor de financiële en economische draagkracht niet limitatief zijn opgesomd. Met deze wijziging van artikel 2.91, eerste lid, wordt mogelijke twijfel daarover weggenomen.

Onderdeel JJ

Met deze wijziging wordt een verschrijving rechtgezet. In het eerste lid van artikel 2.92 is geen sprake van bekwaamheid maar van financiële en economische draagkracht.

Onderdeel KK

Het stellen van bekwaamheidseisen gebeurt vaak door middel van het vragen van referentieprojecten. Met deze wijziging van onderdeel KK wordt beoogd dat de gevraagde referentieprojecten worden beschreven op grond van de competenties, bijv. ervaring met het bouwen van een gebouw, in plaats van ervaring met het bouwen van een school. Door deze wijziging in combinatie met de eis dat de gevraagde projecten niet gelijk maar vergelijkbaar moeten zijn, wordt het makkelijker voor nieuwkomers en bedrijven die willen doorgroeien om aan te tonen dat ze een dergelijke opdracht aan kunnen.

Onderdeel LL

Artikel 44, eerste lid van richtlijn nr. 2004/18/EG schrijft voor dat een aanbestedende dienst de geschiktheid van alle niet-uitgesloten inschrijvers controleert, voordat hij overgaat tot het gunnen van de opdracht. In het wetsvoorstel wordt een eigen verklaring geïntroduceerd en is het niet langer mogelijk om van alle inschrijvers de bewijsmiddelen op te vragen. De voorgeschreven controle zal dus in de eerste plaats moeten plaatsvinden aan de hand van de eigen verklaring en de meegezonden referentieprojecten. Met het opnemen van deze bepaling is artikel 44, eerste lid, van de richtlijn toch geïmplementeerd.

Onderdeel MM

Artikel 2.127 wordt aangepast zodat de tekst niet langer spreekt over «worden geacht betrokken te zijn bij» hetgeen een juridisch vermoeden in zich houdt waar tegenbewijs tegen mogelijk is. De bepaling is daardoor duidelijker geworden en de betrokkenheid van inschrijvers en gegadigden is buiten kijf komen te staan.

Onderdeel NN

Het woord of in dit onderdeel is overbodig, omdat «of» aan het eind van onderdeel b reeds aangeeft dat het gaat om een alternatieve opsomming.

Onderdeel PP

Op grond van het oude artikel 3.80 was afdeling 2.4.1 in het geheel van toepassing verklaard. Dat ging verder dan op grond van artikel 14, vierde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG noodzakelijk was. Met deze wijziging wordt het toepassen van raamovereenkomsten door speciale-sectorbedrijven

niet aan strengere eisen onderworpen dan op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijn gevegd wordt. Daarmee wordt een concurrentieel nadeel voorkomen.

Onderdeel QQ

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de aanduiding van de bevoegde ministers te actualiseren (zie ook onderdelen A en OO). In het tweede lid van artikel 4.11 zou verwarring kunnen ontstaan over de minister die er bedoeld werd. Daarom is ervoor gekozen de benaming daar volledig uit te schrijven.

Onderdeel RR

Eerste lid

In artikel 4.7 wordt verwezen naar de in artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht bedoelde misdrijven. In het eerste onderdeel van artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht is echter een inperking toegevoegd, te weten dat het misdrijf moet zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Door de toevoeging van de zinsnede «indien aan het bepaalde in dat artikel is voldaan» wordt tot uitdrukking gebracht dat ook aan die inperking moet zijn voldaan, wanneer het gaat om misdrijven genoemd in het eerste onderdeel van artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht. Met andere woorden: het moet gaan om overtreding van een in artikel 83 genoemd misdrijf juncto artikel 83.

Tweede lid

Artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d, bepaalt dat de Minister van Veiligheid en Justitie bij zijn beoordeling van een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden uitsluitend mededingingsrechtelijke overtredingen betreft waarbij geen boetevermindering is toegepast door de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit of de Europese Commissie. De voorgestelde toevoeging verduidelijkt dat het alleen gaat om boetevermindering die is opgelegd vanwege het verlenen van medewerking aan de opsporing van deze overtredingen (de zogeheten clementie-bepaling). Boetevermindering die wordt opgelegd wegens financieel onvermogen of wegens andere omstandigheden wordt niet meegenomen. In die laatste gevallen betreft de Minister van Veiligheid en Justitie onherroepelijk geworden beschikkingen wegens overtreding van artikel 56 van de Mededingingswet of de artikelen 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wel in zijn beoordeling.

Onderdeel SS

Deze wijziging behelst een tekstuele verbetering.

Onderdeel TT

Op grond van afdeling 1.3 van dit wetsvoorstel kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst verplicht is een aankondiging te doen voor een opdracht, waarvoor de Europese Commissie geen formulier heeft vastgesteld. Daarom is het nodig dat de minister de bevoegdheid krijgt om formulieren vast te stellen die voorzien in die behoefte. Te denken valt aan aankondigingen die gedaan worden voor een opdracht die verstrekt wordt binnen een elektronische marktplaats of voor aankondigingen betreffende concessieovereenkomsten voor diensten. Bij het vaststellen

en beschikbaar stellen van de formulieren wordt zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij de bestaande (Europese) formulieren.

Onderdelen SS en VV

Door de wijziging in de onderdelen SS en VV wordt een verduidelijking bewerkstelligd. In artikel 4.15, tweede lid, onderdeel a, staat dat indien er een aankondiging van de gegunde opdracht is gedaan waarin een motivering is opgenomen waarom deze opdracht «onderhands» mocht worden, de termijn voor het instellen van een vernietiging 30 kalenderdagen is. Voor de volledigheid zij hier benadrukt dat, indien de motivering ontbreekt, de termijn 6 maanden bedraagt, op grond van artikel 4.15, tweede lid, onderdeel b.

Door het vereiste van de motivering in artikel 4.15, tweede lid, onderdeel a, op te nemen, hoeft in artikel 4.17 niet langer een verwijzing opgenomen te worden naar artikel 4.15. In onderdeel VV vervalt deze verwijzing om die reden.

Onderdeel WW

In de oorspronkelijke tekst van artikel 4.24 was ervan uitgegaan dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 van dit wetsvoorstel moet worden aangemerkt. De NMa heeft evenwel geen eigen rechtspersoonlijkheid maar vormt een onderdeel van de rechtspersoon staat. De Nederlandse Staat sluit overeenkomsten die (mede) ten bate komen van de NMa. De formulering van artikel 4.24 houdt daarmee thans rekening.

Onderdeel YY

De hoofdlijnen van dit artikel zijn in paragraaf 3 al toegelicht. Daaraan wordt nog toegevoegd dat ook hier (evenals in artikel 1.3a) het begrip aanbestedingsprocedure ruim moet worden uitgelegd. Met andere woorden: het werkteerrein van de commissie zal zich kunnen uitstrekken over alle situaties waarbij een opdracht in de markt wordt gezet. Overigens is het denkbaar dat de commissie zich zeker in de beginfase op dit punt beperkingen oplegt en eerst ervaring zal willen opdoen op een beperkter terrein, bijvoorbeeld op het gebied van proportionaliteit. Zoals in paragraaf 5.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is opgemerkt, is een advies van de commissie niet bindend voor partijen. Zij kunnen zich te allen tijde tot de rechter wenden.

Onderdeel ZZ

Eerste lid

In het nieuwe eerste lid zijn de in paragraaf 1.3 opgenomen wijzigingen verwerkt met betrekking tot de verkorting van de evaluatietermijn en de beperking tot leveringen en diensten. Daarnaast is de evaluatie uitgebreid met de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. De evaluatie van dat beginsel is niet beperkt tot opdrachten voor leveringen en diensten onder de drempelwaarden, maar ziet op alle overheidsopdrachten.

Derde en vierde lid

Het tweede lid van artikel 4.27, zoals dat tot dusverre luidde, bevat een delegatiegrondslag voor bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels indien het plaatsen van opdrachten door aanbestedende diensten beneden de Europese drempelwaarden op onvoldoende uniforme wijze geschiedt. De tweede volzin van dat artikellid geeft aan dat de te stellen

voorschriften in het bijzonder betrekking kunnen hebben op de naleving van een aan te wijzen richtsnoer. In de memorie van toelichting (blz. 115/116) was aangegeven dat het in de rede lag in de algemene maatregel van bestuur te bepalen dat aanbestedende diensten gemotiveerd van het richtsnoer zouden mogen afwijken. Deze bepaling wordt thans aangescherpt en afgestemd op het in deze nota van wijziging voorgestelde artikel 1.20a.

In de eerste plaats wordt op formeel wetsniveau bepaald dat eventueel te stellen voorschriften over de wijze waarop aanbestedende diensten opdrachten (als gevolg van het nieuwe eerste lid: voor leveringen en diensten) beneden de Europese drempelwaarden plaatsen, uitsluitend kunnen bestaan in aanwijzing van een richtsnoer. Met andere woorden: de delegatiegrondslag is ingeperkt. In de tweede plaats wordt in de wettekst zelf (derde lid) aangegeven dat aanbestedende diensten van een aangewezen richtsnoer kunnen afwijken mits ze die afwijking in de aanbestedingsstukken motiveren (pas toe of leg uit). Een en ander is vergelijkbaar met de constructie die is gekozen bij de implementatie van de Code-Tabaksblatt (zie het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag). Duidelijk is voorts dat deze aanwijzing van een richtsnoer dat richtsnoer daarmee niet tot een algemeen verbindend voorschrift maakt. Omdat, anders dan bij de stukken waarop de Code-Tabaksblatt betrekking heeft, aanbestedingsstukken niet worden gepubliceerd, wordt voorts bepaald dat aan ondernemers desgevraagd de motivering wordt verstrekt.

Een motivering van een afwijking kan bestaan uit een motivering die specifiek van toepassing is voor het desbetreffende geval, maar ook in een verwijzing naar door de desbetreffende aanbestedende dienst vastgestelde beleidsregels waarin een gemotiveerde keuze is gemaakt om op een of meer onderdelen af te wijken van een richtsnoer. Hierdoor wordt bewerkstelligd dat de redenen voor een afwijking altijd transparant zijn. Op de mogelijkheden voor handhaving van voorschriften als hier bedoeld is in de toelichting op onderdeel T al ingegaan.

Met het uitbreiden van het kader van de evaluatie, werd het ook noodzakelijk geacht om, indien de resultaten daartoe aanleiding geven, de mogelijkheid te creëren voor het aanwijzen van een richtsnoer over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Een goed aanknopingspunt voor een dergelijk richtsnoer kan gevormd worden door de handreiking proportionaliteit.

Onderdeel AAA

In paragraaf 1.3 van deze toelichting is reeds uiteengezet dat de evaluatietermijn van het wetsvoorstel wordt teruggebracht van vier jaar na twee jaar. Daarnaast wordt de evaluatie niet langer beperkt tot een verslag over de naleving, maar heeft deze betrekking op alle doelstellingen van het wetsvoorstel. Uitdrukkelijk wordt voorts bepaald dat daarbij speciaal aandacht zal worden besteed aan de toegang van ondernemers tot opdrachten en aan de naleving van de aanbestedingsregels.

Onderdeel BBB

In TenderNed zijn enkele mechanismen ingebouwd die voorkomen dat een aanbestedende dienst een verkeerde aankondiging doet. Een aanbestedende dienst, die TenderNed gebruikt, moet de gehele aanbestedingsprocedure van de (voor)aankondiging van de opdracht tot de aankondiging van de gegunde opdracht in de juiste volgorde doorlopen. In de overgangssituatie waarbij de eerste aankondiging niet via TenderNed is gebeurd, kunnen aankondigingen in een latere fase van de aanbestedingsprocedure dan ook niet door middel van TenderNed gedaan

worden. Aanbestedende diensten die reeds vóór de inwerkingtreding van deze wet vrijwillig een eerste aankondiging via TenderNed hebben gepubliceerd, kunnen ook de overige aankondigingsformulieren via TenderNed bekend maken. Aanbestedende diensten die TenderNed pas gaan gebruiken na de inwerkingtreding van de wet (vanwege de wettelijke verplichting) en de al lopende aanbesteding via een ander elektronisch systeem (niet via TenderNed) hebben gepubliceerd, moeten de resterende aankondigingsformulieren in de aanbestedingsprocedure op een andere wijze afwickelen. Bij de start van een nieuwe aanbesteding kan dan van meet af aan van TenderNed gebruik worden gemaakt.

Onderdeel DDD

In artikel 4.36 wordt een verschrijving hersteld, waarbij naar de verkeerde artikelen in richtlijn nr. 2004/18/EG wordt verwezen.

Onderdeel EEE

Dit wetsvoorstel bevat voor boetebesluiten op grond van artikel 4.21 een bijzondere rechtsgang: beroep in eerste aanleg bij rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Deze bijzondere rechtsgang is in dit wetsvoorstel geregeld in de artikelen 4.25 en 4.35. Een dergelijke bijzondere rechtsgang wordt mede geregeld in het Wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Kamerstukken II, 2009/10, 32 450, nr. 2). Met de voorgestelde samenloopregeling wordt beoogd te ondervangen dat op grond van dat wetsvoorstel in de Algemene wet bestuursrecht nog wordt verwezen naar de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden, terwijl deze door onderhavig wetsvoorstel wordt vervangen.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
M. J. M. Verhagen