

Jaarboek  
van de Nederlandse Vereniging  
voor Aanbestedingsrecht 2002-2003



**Nederlandse Vereniging  
voor Aanbestedingsrecht**

**JAARBOEK 2002-2003**

*Inleidingen gehouden op de vergaderingen  
van 2002 en 2003*

*Redactie: mr H.D. van Romburgh*

VNG Uitgevers – Den Haag 2005

© Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht en de auteurs, 2004.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h van de Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912), kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reprorechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

## Inhoud

<i>mr H.D. van Romburgh</i> Woord vooraf	1
<b>‘Aanbestedende diensten, financiële verslaglegging en controle’ - Voorjaarsvergadering 2002</b>	
<i>J.M. van Zanen-Nieberg RA</i> De Algemene Rekenkamer en haar controle op de Europese aanbestedings- richtlijnen	7
<b>‘Capita selecta selectie- en gunningscriteria in het aanbestedingsrecht’ - Najaarvergadering 2002</b>	
<i>mr C.J.G.M. Bartels LL.M</i> Transparantie ten aanzien van gunningscriteria	17
<i>mr A.C.M. Fischer-Braams</i> Duurzaam inkopen en de Europese aanbestedingsrichtlijnen	29
<b>‘Capita selecta wetgevend pakket’ - Najaarvergadering 2003</b>	
<i>Prof. dr mr W. Wedekind</i> Enkele aspecten van het ‘wetgevend pakket’ in de zogeheten klassieke sectoren	41
<i>Prof. dr L.W. Gormley, MA, Msc, Barrister</i> Conciliatie of de bemiddelingsprocedure - ‘De Ins en Outs’	51



## Woord vooraf

*mr H.D. van Romburgh\**

Het aanbestedingsrecht maakt roerige tijden door. Sedert de VARA/NPS uitzending van 9 november 2001 ‘Sjoemelen met miljoenen’ was Nederland in de ban van schaduwboekhoudingen en malversaties bij de aanbesteding van bouwprojecten. Er ging een schok van verontwaardiging door Nederland. De media besteedde er meer dan ruime aandacht aan. Dit alles zou uitmonden in de door de Tweede Kamer op 5 februari 2002 met algemene stemmen ingestelde Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid.

De conclusies in het eindrapport van de enquêtecommissie ‘De bouw uit de schaduw’ troffen niet alleen de bouwsector, maar ook de overheid. Niet alleen de overheid als ‘opdrachtgever’, ook als wetgever en toezichthouder werd een onvoldoende gescoord. Nadat de wetgever in 1993 de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen had vastgesteld. Bleef enige verdere parlementaire aandacht uit, totdat de schaduwboekhoudingen boven tafel kwamen.

De Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid bleek in haar eindrapport meer boven water te halen, dan het bouwbedrijfsleven aanvankelijk bleek te willen erkennen en het Nederlandse volk zelfs had kunnen bevroeden.

Vrijwel in alle gevallen, waarin onderhands werd aanbesteed, bleek ongeoorloofd vooroverleg te zijn gevoerd. Er heerste naar het oordeel van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid in de bouwsector een cultuur van vooroverleg en van ‘smeren en fêteren’. Daarmee werd in een aantoonbaar groot aantal gevallen de eerlijke mededinging geweld aangedaan. Er is op een veelheid van rechtsgebieden inbreuk gemaakt op de rechtsorde. Het betrof niet alleen inbreuken van mededingingsrechtelijke aard, maar evenzo van strafrechtelijke en

---

\* Huib van Romburgh is hoofd van de Sector Verwerving en Juridische Aangelegenheden bij het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en onder meer vice-voorzitter van de N.V.v.A.

fiscaalrechtelijke aard. De cultuur van vooroverleg in de bouw bleek sterker, dan het sedert 1992 bestaande verbod daarop.

De onregelmatigheden – mededingingsrechtelijk, fiscaal- en commun- strafrechtelijk georiënteerde feiten – zijn veelal wel te onderscheiden, maar niet te scheiden. Onregelmatigheden op het ene terrein vloeien in veel gevallen snel over in een ander rechtsgebied. Dit geldt eveneens voor overtredingen van het mededingingsrecht in relatie tot het aanbestedingsrecht.

In het eindrapport van de enquêtecommissie zijn een aantal aanbevelingen van onder meer aanbestedingsrechtelijke aard opgenomen. Deze aanbevelingen zijn uiteindelijk tijdens het plenaire debat tussen de Tweede Kamer en de enquêtecommissie door de Tweede Kamer uitgebreid aan de orde gesteld en zijn uiteindelijk volledig door de Kamer overgenomen. Een van de aanbevelingen betrof de wens om te komen tot één coherent, wettelijk verankerd kader voor het verstrekken van overheidsopdrachten. De aanbeveling is, naast vele andere door het kabinet overgenomen.

Een van de eerste hieruit voortkomende acties was het samenvoegen van het UAR-EG 1991 en het UAR 2000, tot het ARW 2004. Het ARW 2004 is door middel van beleidsregels verplicht door de rijksoverheid toe te passen. Alle andere aanbestedende diensten zijn vrij om naar bevind van zaken te handelen. Het ARW 2004 is ook niet van inhoudelijke kritieken gespaard gebleven. Vele aanbestedende diensten hebben besloten zelf een eigen aanbestedingsreglement op te stellen, dan wel de bestaande uniforme aanbestedingsreglementen te blijven gebruiken (de VNG heeft hiertoe onder meer opgeroepen). Het is slechts tijdelijke wetgeving. Zij vervalt zodra de nieuwe richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG zijn geïmplementeerd.

In mei 2000 heeft de Europese Commissie – als bekend – een wetgevend pakket ingediend. Het Europees Parlement was medio september 2003 nog steeds vastbesloten om onverkort vast te houden aan de in tweede lezing door het parlement aangenomen amendementen. Voor de Raad waren in ieder geval 13 amendementen onaanvaardbaar. Dit betekende, dat er voor wat betreft het wetgevend pakket geen volledige overeenstemming bestond tussen de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie.

In dergelijke gevallen biedt alleen een conciliatieprocedure nog uitkomst. Deze conciliatie is gelukkig geslaagd. Op 31 maart 2004 is de nieuwe richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het

plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – samen met de nieuwe richtlijn voor de nutsectoren - door de voorzitters van het Europees Parlement en de Raad getekend. Op 30 april 2004 zijn de nieuwe richtlijnen in het EU-publicatieblad verschenen. Daarmee was een hectische en spannende tijd afgerond.

Beide richtlijnen moeten uiterlijk op 31 januari 2006 in de Nederlandse wetgeving zijn geïmplementeerd. De Minister van Economische Zaken is voornemens dit op basis van de bestaande raamwet tijdelijk te doen een 'soort van overschrijven' van de richtlijnen in twee algemene maatregelen van bestuur. De Minister van Economische Zaken is voornemens de implementatie van beide richtlijnen nog in het voorjaar van 2005 te hebben voltooid. Daarna wil hij zijn aandacht gaan besteden in een materiële omzetting van de richtlijnen naar Nederlands recht. De verwachting bestaat dat de invoering van het nieuwe Nederlandse aanbestedingsrechtelijke kader niet voor eind 2007 zal zijn afgerond.

De NVvA heeft in juli 2004 het in de voorjaarsvergadering aanvaarde preadvies aan de Minister van Economische Zaken aangeboden.<sup>1</sup> Wellicht kan dit preadvies ondersteunend zijn bij de voorbereiding van deze wet.

Al met al er liggen wat roerige jaren achter ons. Ook de komende jaren zullen aanbestedingsrechtelijk nog interessant worden en aanleiding geven tot veel discussie.

Dit jaarboek omvat twee verenigingsjaren. In de voorjaarsvergadering van 2002 ging mevrouw Van Zanen-Nieberg in op de toezichthoudende taken van de Algemene Rekenkamer. Binnen de rijksoverheid is de Algemene Rekenkamer een gevreesd orgaan. Van het toezicht door de rekenkamer gaat dan ook een behoorlijke nalevingsprikkel uit.

Chantal Bartels ging in de najaarsvergadering van 2002 in op de transparantie ten aanzien van de gunningscriteria.<sup>2</sup> In de nieuwe richtlijn zijn nieuwe regels opgenomen ten aanzien van het stellen van gunningscriteria. De nieuwe regels betekenen een veel grotere doorzichtigheid en daardoor een grotere waarborg voor objectiviteit en non-discriminatoir gedrag bij de aanbestedende diensten. Ook professor

---

<sup>1</sup> Zie [www.aanbestedingsrecht.org](http://www.aanbestedingsrecht.org).

<sup>2</sup> Reeds gepubliceerd op [www.aanbestedingsrecht.org](http://www.aanbestedingsrecht.org).

Wedekind stipt dit in zijn bijdrage aan. Hij geeft in zijn bijdrage in vogelvlucht een helder overzicht van het recent aangenomen wettelijk pakket.

In de najaarvergadering van 2002 ging Anne Fischer-Braams in op het onderwerp 'duurzaam inkopen en de Europese aanbestedingsrichtlijnen'. Onder de nieuwe richtlijn zal dit veel gemakkelijker zijn, dan in het verleden. De nieuwe richtlijn bevat nu de mogelijkheid milieucriteria bij de selectie en de gunning te betrekken. Ook het Hof van Justitie heeft in de laatste jaren de deur voor het kunnen stellen milieucriteria open gezet.<sup>3</sup> De Europese wetgever heeft deze deur op het laatste moment in de nieuwe richtlijn weer wat meer op een kier gezet.

Wil Wedekind schetst een tour d'horizon van het toenmalige wetgevend pakket. Het richtlijnvoorstel is naar zijn oordeel niet alleen rozengeur en maneschijn. De Nederlandse wetgever zal nog wel de nodige poetsarbeid moeten verrichten om door de Europese wetgever gecreëerde lacunes en fouten weg te nemen of waar mogelijk te herstellen.

Laurence Gormley schetst de procedure rond de conciliatie. Het is weliswaar de meest democratische procedure bij de Europese wetgeving, maar beslist niet de eenvoudigste en minst risicooloze.

's-Gravenhage, december 2004.

---

<sup>3</sup> HvJ EG van 17 september 2002, zaak C-513/99, Concordia Bus Finland (voorheen Stagecoach Finland), Jur. 2002, p. I-7213 en HvJ EG van 4 december 2003, zaak C-448/01, EVN AG en Wienstrom GmbH/Oostenrijk, n.n.g.

# **‘Aanbestedende diensten, financiële verslaglegging en controle’**

Voorjaarsvergadering van de N.V.v.A. van 19 juni 2002



# De Algemene Rekenkamer en haar controle op de Europese aanbestedingsrichtlijnen

*J.M. van Zanen-Nieberg RA\**

## 1. De taken en verantwoordelijkheden van de Algemene Rekenkamer

### *Positie Algemene Rekenkamer*

De Algemene Rekenkamer is een Hoog College van Staat, net als de Eerste en Tweede Kamer, de Raad van State en de Nationale Ombudsman.

Hoge Colleges van Staat zijn onderdelen van de rijksoverheid die zijn ingesteld om de democratische rechtstaat goed te laten functioneren. Hoge Colleges van Staat, en dus ook de Algemene Rekenkamer, zijn anders dan andere overheidsinstellingen, onafhankelijk ten opzichte van de regering. Rechtspositie, taken en bevoegdheden van de Hoge Colleges van Staat bij wet geregeld. Voor de Algemene Rekenkamer zijn dat de Grondwet en de Comptabiliteitswet.

De Algemene Rekenkamer heeft net als de Staten-Generaal tot taak het regeringsbeleid te controleren. Een groot verschil is echter, dat de Algemene Rekenkamer uitsluitend oordelen geeft nadat het beleid is vastgesteld. Bovendien doet de Algemene Rekenkamer geen politieke uitspraken. Zij zal bijvoorbeeld nooit zeggen dat een bepaalde wet 'niet deugt'. Wel kan de Algemene Rekenkamer oordelen, dat een wet niet werkt zoals hij was bedoeld.

De Algemene Rekenkamer staat als onafhankelijk onderzoeksorgaan op afstand van het dagelijks politieke bedrijf en kan zo 'in alle rust' allerlei onderwerpen onder de loep nemen.

Dat betekent niet dat de Rekenkamer zich afzondert in een ivoren toren. Zij is zich er voortdurend van bewust dat de onderzoeksresultaten praktisch bruikbaar moeten zijn. Wanneer kamerleden of bewindspersonen behoefte hebben aan een onafhankelijk, deskundig oordeel over een

---

\* Anneke van Zanen-Nieberg is directeur van onderzoeksdirectie I van de Algemene Rekenkamer,

bepaald onderwerp, kunnen zij de Algemene Rekenkamer vragen hier onderzoek naar te doen. Ze kunnen hiertoe echter geen opdracht geven, want de Algemene Rekenkamer bepaalt zelf wat ze onderzoekt.

#### *Taken en bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer*

In de Grondwet is vastgelegd dat de Algemene Rekenkamer de uitgaven en ontvangsten van het Rijk onderzoekt. Tevens is daarin vastgelegd dat de Algemene Rekenkamer jaarlijks de Rijksrekening goedkeurt. Voor de nadere uitwerking van de bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer verwijst de Grondwet naar de Comptabiliteitswet.

In de Comptabiliteitswet wordt vervolgens beschreven, dat de Algemene Rekenkamer de opdracht heeft tot het uitvoeren van het (jaarlijkse) rechtmatigheidsonderzoek en de bevoegdheid heeft tot het uitvoeren van doelmatigheids- en doeltreffendheidsonderzoek.

In het rechtmatigheidsonderzoek onderzoekt de Algemene Rekenkamer de jaarlijkse financiële verantwoording van het Rijk. Behalve de deugdelijke weergave van de financiële verantwoordingen, onderzoekt zij of de verplichtingen, de uitgaven en ontvangsten (van de ministeries) rechtmatig zijn; dat wil zeggen tot stand zijn gekomen in overeenstemming met de begrotingswetten en met andere wettelijke regelingen. Tevens controleert zij of het financieel beheer binnen de ministeries op orde is, zodat altijd te volgen is wat er met de publieke middelen gebeurt.

Naast het rechtmatigheidsonderzoek heeft de Algemene Rekenkamer ook de opdracht tot het doen van doelmatigheidsonderzoek en doeltreffendheidsonderzoek. In het doelmatigheidsonderzoek staat de vraag centraal of de ministeries op een efficiënte wijze met de publieke middelen zijn omgegaan. In het doeltreffendheidsonderzoek wordt bekeken of de bestede middelen wel de gewenste resultaten (effecten) hebben opgeleverd.

#### *Europese aanbestedingsrichtlijnen in het rechtmatigheidsonderzoek*

Aangezien de Europese aanbestedingsregels wettelijk regels zijn, onderzoekt de Algemene Rekenkamer bij haar rechtmatigheidsonderzoek of deze regels worden nageleefd. Indien dit niet het geval is, zal zij afwijkingen van de regelgeving in haar rapporten bij de financiële verantwoording als onrechtmatig of (bij twijfel) (geen zekerheid over

de rechtmatigheid) aanduiden. Dit geschiedt steeds als de kwantitatieve tolerantiegrenzen per begrotingsartikel worden overschreden.<sup>4</sup>

Wanneer er ten aanzien van het beheer rondom de toepassing van de aanbestedingsregels afwijkingen worden geconstateerd - bijvoorbeeld een onjuiste inkoopprocedure - wordt daarover gerapporteerd in termen van tekortkomingen (of onvolkomenheden) in het beheer.

#### *De werkwijze van de Algemene Rekenkamer*

De Algemene Rekenkamer heeft in zijn algemeenheid, maar ook ten aanzien van de Europese aanbestedingsregels, twee mogelijkheden om haar onderzoeken uit te voeren:

- Door gebruik te maken van de voorcontrole door de accountantsdiensten van de ministeries, de zogenoemde departementale accountantsdiensten;
- Door middel van zelfstandig onderzoek.

De Algemene Rekenkamer steunt bij haar rechtmatigheidsonderzoek op grond van efficiencyoverwegingen, in belangrijke mate op de voorcontrole door de departementale accountantsdiensten. Deze benadering is ook in lijn met het single-auditprincipe binnen de rijksoverheid. De verantwoording behoeft slechts door één accountant te worden gecontroleerd en alle andere controlerende instanties maken gebruik van deze ene accountantscontrole.

Uiteraard dienen dan goede afspraken te worden gemaakt met deze (single) accountant over onder meer zijn controleaanpak, de controleprogramma's en de gehanteerde normatiek.

De Algemene Rekenkamer beoordeelt de naleving van deze afspraken door middel van een jaarlijkse review van de werkzaamheden van de departementale accountantsdiensten. Bij deze review worden de plannings-, de uitvoerings- en de afsluitfase van de departementale accountantscontrole beoordeeld, door middel van een beoordeling van stukken als het controleplan, controleprogramma's, afsluitingsmemoranda, het artikelsgewijs overzicht van fouten en onzekerheden, managementletters en accountantsrapporten. Ook vindt er periodiek overleg met iedere accountantsdienst plaats en worden de dossiers beoordeeld (dossierreview).

---

<sup>4</sup> Voor artikelen tot € 50 miljoen: 10% van het artikelbedrag. Voor artikelen tussen de € 50 miljoen en € 500 miljoen: € 5 miljoen en voor artikelen groter of gelijk aan € 500 miljoen: 1% van het artikelbedrag.

Als de review tot een bevredigend oordeel leidt, neemt de Algemene Rekenkamer de bevindingen en oordelen voortvloeiend uit de departementale accountantscontrole over.

## **2. Historische schets van het rechtmatigheidsonderzoek naar de Europese aanbestedingsrichtlijnen**

### *Begin van de aandacht voor de Europese aanbestedingsrichtlijnen bij het Rijk*

De Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen,<sup>5</sup> die de implementatie was van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in nationale wetgeving, gaf mede de aanzet tot een discussie in het Interdepartementale Overleg Departementale Accountantsdiensten (IODAD) in 1995.

De vraag was of en op welke wijze de naleving van de Europese aanbestedingsregels in de accountantscontrole moest worden betrokken. Aanvankelijk werd overeengekomen dat de departementale accountantsdiensten vanaf het begrotingsjaar het niet naleven van deze richtlijnen in hun controle als een kwantitatieve fout zouden betrekken.. Uiteindelijk duurde het tot de controle over 1997 dat de naleving van de aanbestedingsregelgeving onder de reikwijdte van de accountantsverklaring viel.

### *Bevindingen uit het jaarlijkse rechtmatigheidsonderzoek*

De Algemene Rekenkamer heeft hierop ingespeeld en besteedt vanaf het rechtmatigheidsonderzoek 1995, gepubliceerd in augustus 1996, aandacht aan de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen door de ministeries.

In het rechtmatigheidsonderzoek 1995 en 1996 heeft zij beoordeeld of in de administratieve organisatie de nodige procedures en maatregelen zijn genomen, dat aan de aanbestedingsregels wordt voldaan. Ten opzichte van 1995 bleek 1996 een duidelijke verbetering op dat punt te zien te geven. In 1996 bleek ruim meer dan de helft van de ministeries dit op hoofdlijnen te hebben gerealiseerd.

Met ingang van 1997 valt de naleving van de Europese regelgeving ook onder de reikwijdte van de accountantscontrole. De Algemene Rekenkamer stelde in het rechtmatigheidsonderzoek 1997 vast, dat de departementale accountantsdiensten dit in hun controle betrokken. De uitkomsten van deze controles wezen uit dat de implementatie in de

---

<sup>5</sup> Stb. 1993, 212.

administratieve organisatie verder was toegenomen. Zij wezen echter ook uit dat er bij twaalf departementen tekortkomingen bestonden in de naleving van de regels.

In het kader van het rechtmatigheidsonderzoek 1998 constateerde de Algemene Rekenkamer opnieuw tekortkomingen in het financieel beheer rond de aanbestedingsregels. Tekortkomingen bestonden bij negen ministeries. Deze varieerden van het niet geïmplementeerd zijn van deze regels in de (beschrijvingen van de) administratieve organisatie, het niet documenteren van de besluiten om hiervan af te wijken, tot het onrechtmatig niet Europees aanbesteden.

In het rechtmatigheidsonderzoek 2001 heeft de Algemene Rekenkamer geconstateerd, dat de controle door de departementale accountantsdiensten op de naleving van de Europese aanbestedingsregels over het algemeen toereikend is.

Tevens constateert de Algemene Rekenkamer in het rechtmatigheidsonderzoek 2001 nog steeds onrechtmatigheden en onzekerheden vanwege het niet naleven van de Europese aanbestedingsregels bij vijf ministeries, inclusief de daaronder ressorterende agentschappen, tot een bedrag van € 13 miljoen aan uitgaven en tot een bedrag van € 17 miljoen aan verplichtingen.

### **3. Zelfstandig onderzoek naar de Europese aanbestedingsrichtlijnen**

De Algemene Rekenkamer heeft in de periode van 1999 tot januari 2000 eigen onderzoek verricht naar aanbestedingen.<sup>6</sup> Zij onderzocht of het aanbestedingsbeleid bij het Rijk voldeed aan de wet- en regelgeving, en welke verbeteringen mogelijk zijn.

In totaal werden 110 aanbestedingsprocedures onderzocht, met een totaal financieel belang van 300 miljoen gulden. Bij 13 ministeries werden a-select 98 leveringen en diensten getrokken uit de gedane betalingen boven de 100.000 gulden. De selectie beperkte zich tot contracten voor de interne bedrijfsvoering, zoals uitgaven voor schoonmaak, catering, automatisering en kantoorbenodigdheden. Tevens werden van drie diensten van ministeries in totaal 12 werken in de steekproef opgenomen.

---

<sup>6</sup> Paragraaf 9.2 van het Algemeen Deel van de bundel rechtmatigheidsonderzoek 1999.

De bevindingen op basis van dit onderzoek kunnen als volgt worden weergegeven:

- Alle ministeries beschikten over een schriftelijk vastgelegd aanbestedingsbeleid;
- Alle ministeries hadden een Coördinerend Directeur Aanschaffingen aangesteld. Deze directeuren hadden wel uiteenlopende bevoegdheden;
- In veel gevallen beschikten de ministeries niet over een compleet aanbestedingsdossier;
- Acht ministeries hadden om uiteenlopende redenen geen enuntiatieve aankondiging of vóóraankondiging gedaan.

Uit het onderzoek bleek voorts dat de regelgeving voor aanbestedingen in het algemeen onvoldoende werd nageleefd. In acht gevallen was niet Europees aanbesteed, terwijl dit volgens de regelgeving wél had moeten gebeuren. In totaal voldeden slechts twaalf van de 110 onderzochte aanbestedingsprocedures volledig aan de gestelde eisen.

Uit het onderzoek bleek verder dat de ministeries over het algemeen geen inzicht hebben in de kosten en de opbrengsten van de aanbestedingsprocedures, omdat dit niet structureel wordt bijgehouden.

Het kabinet heeft eind 1999 een voor alle ministeries geldend actieplan 'Professioneel inkopen en aanbesteden' vastgesteld. Daarmee een verbetering van het aanbestedingsbeleid bij de Rijksoverheid wordt beoogd. Inmiddels is een projectorganisatie opgezet om de in het actieplan opgenomen verbeteringen vorm te geven.

#### **4. Interpretatieverschillen bij beoordeling van de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen**

De onderzoeken van de Algemene Rekenkamer naar de rechtmatigheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen geven aan, dat er geregeld interpretatieverschillen bestaan ten aanzien van de toepassing van de regels. Dit betreft met name de volgende drie punten, die met voorbeelden worden geïllustreerd.

##### **a. Welke dienstonderdelen zijn een aanbestedende dienst?**

Vergeleken met de bijlagen van de Europese richtlijnen uit 1993 is de lijst van aanbestedende diensten aanmerkelijk uitgebreid, ook ten aanzien van de publiekrechtelijke instellingen. Hierdoor is er meer duidelijkheid geschapen.

Toch een tweetal opmerkingen:

- De opsplitsing van een ministerie in een groot aantal aanbestedende diensten maakt de kans groter, dat de drempelbedragen niet worden gehaald.
- Er bestaat nog onduidelijkheid of bepaalde publiekrechtelijke instellingen buiten het Rijk aanbestedingsplichtig zijn, bijvoorbeeld de algemene ziekenhuizen.

b. Valt de opdracht onder de regelgeving?

De Algemene Rekenkamer constateerde in het rechtmatigheidsonderzoek financiële verantwoording over 1997 van het Ministerie van Algemene Zaken, dat dit ministerie de aankoop van reclameruimte (advertenties, outdoor-reclame en dergelijke) niet Europees had aanbesteed.

Naar de opvatting van de Rekenkamer had dit wel moeten gebeuren. Advertentie- en reclamediensten zijn, blijkens bijlage 1A bij de richtlijn Diensten, diensten in de zin van artikel 8 van deze richtlijn. Zij moesten dus wél worden aanbesteed.

c. Ligt de opdrachtwaarde boven de gestelde drempelwaarde?

De Algemene Rekenkamer constateert in het rechtmatigheidsonderzoek 2001 bijvoorbeeld dat bij inhuurcontracten meerwerk wordt toegekend, zodat het contractbedrag boven de Europese drempelwaarde uitkomt.

Daarnaast constateert de Algemene Rekenkamer, dat de deconcentratietendens binnen de rijksoverheid de beheersing van opdrachten die boven de drempelwaarde uitkomen bemoeilijkt. Immers daar waar eerst het beleid en de uitvoering centraal werden aangestuurd, wordt nu veelal de uitvoering gedecentraliseerd. Centraal, in een beleidsdirectie van een ministerie of in een publiekrechtelijke organisatie, wordt dan ‘slechts’ de beleidsmatige aansturing van deze decentrale uitvoerende organisaties verzorgd. Wanneer het ministerie of de publiekrechtelijke organisatie hierbij nog als aanbestedende dienst wordt aangemerkt, betekent dit dat voor de decentrale uitvoerende organisatie een centrale coördinatie noodzakelijk blijft, die verder gaat dan beleidsmatig toezicht.

## 5. Tot slot

De bevindingen uit de door de Algemene Rekenkamer verrichte (rechtmatigheids-)onderzoeken leiden tot de conclusie, dat er de laatste jaren

belangrijke verbeteringen zijn opgetreden in de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Tevens stelde de Algemene Rekenkamer vast, dat er op meerdere plaatsen een duidelijke professionalisering van de inkoopfunctie heeft plaatsgevonden. Dit laat echter onverlet dat er op een aantal specifieke punten nog verbeteringen mogelijk zijn. Dit betreft, naast de geconstateerde tekortkomingen in het rechtmatigheids-onderzoek 2001, met name de zorgvuldigheid ten aanzien van dossiervorming en het adequaat toepassen van de vooraankondigingen.

Verder acht de Algemene Rekenkamer het zinvol om een goed inzicht in kosten en opbrengsten van de aanbestedingsprocedures te verkrijgen, teneinde te beoordelen of de aanbestedingsrichtlijnen bijdragen aan een doelmatiger besteding van de publieke middelen. Mogelijk zal de Algemene Rekenkamer in de toekomst dit aspect in haar (doelmatigheids-) onderzoek betrekken.

Voor het komend jaar blijft echter de aandacht nog met name gericht op het aspect rechtmatigheid.

# **‘Capita selecta selectie- en gunningscriteria in het aanbestedings- recht’**

Najaarvergadering N.V.v.A. van 4 december 2002



## Transparantie ten aanzien van gunningscriteria

*Mr C.J.G.M. Bartels LL.M\**

### *Inleiding*

Het transparantiebeginsel, oftewel het doorzichtigheidsbeginsel is één van de pijlers van het aanbestedingsrecht. Zonder voldoende transparantie is het voor inschrijvers op een aanbestedingsprocedure moeilijk een passende offerte in te dienen en onmogelijk te toetsen of een aanbestedingsprocedure correct is verlopen. Voorts omvat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.

Deze transparantie is in het bijzonder vereist ten aanzien van de wijze waarop de offertes zullen worden beoordeeld. Aanbestedende diensten dienen derhalve de criteria die zij hiervoor hanteren vooraf kenbaar te maken aan de potentiële inschrijvers. Deze zogenaamde gunningscriteria hebben betrekking op de inhoudelijke criteria voor de keuze van de beste aanbidding.

De Richtlijnen Leveringen, Werken en Diensten laten de aanbestedende diensten de keuze tussen twee gunningscriteria: de laagste prijs of de economisch voordeligste aanbidding.<sup>7</sup>

Indien de opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding, kunnen verschillende criteria een rol spelen. Zo noemt de Richtlijn Diensten als criteria de kwaliteit, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, klantenservice en technische bijstand, de datum van levering, de termijn voor levering of uitvoering en de prijs. De Richtlijn Leveringen en Werken noemen ook nog de leveringstermijn,<sup>8</sup> de gebruikskosten en de rentabiliteit.

---

\* Chantal Bartels is partnerbij Bartels Sueters aanbestedingadvocaten te 's-Hertogenbosch.

<sup>7</sup> Artikel 36 Richtlijn Diensten, artikel 26 Richtlijn Leveringen en artikel 30 Richtlijn Werken.

<sup>8</sup> In de Richtlijn Werken wordt dit de termijn voor uitvoering genoemd.

Voor alle duidelijkheid: als ik spreek over *gunningscriteria* bedoel ik dus ‘de laagste prijs’ of ‘de economisch voordeligste aanbidding’; met *criteria* bedoel ik de criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding zoals bijvoorbeeld kwaliteit, technische waarde en prijs en als deze criteria nog worden verdeeld in onderliggende criteria noem ik deze *subcriteria*.

Indien de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding zal worden gegund dan moet volgens de Richtlijnen voor Overheidsopdrachten de criteria die zullen worden gehanteerd worden vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht. De criteria moeten zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat daaraan wordt gehecht, worden genoemd.

Waarom is transparantie ten aanzien van gunningscriteria geboden?

De verplichting om in het bestek of de oproep tot mededinging alle criteria te vermelden die aanbestedende diensten voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht, heeft tot doel potentiële inschrijvers in kennis te stellen van de elementen die in aanmerking zullen worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding. Op deze wijze zijn alle inschrijvers op de hoogte van de gunningscriteria waaraan hun aanbiddingen moeten voldoen, alsmede van het relatieve belang van die criteria. Dit vereiste waarborgt voorts de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers.<sup>9</sup>

Transparantie is voorts noodzakelijk ter controle van het gehele aanbestedingsproces. Onvoldoende transparantie leidt tot gebrek aan controle mechanismen aan de zijde van de inschrijvers over het gehele aanbestedingsproces. Indien vooraf niet duidelijk is hoe de offertes beoordeeld zullen worden kan ook achteraf niet getoetst worden of de offertes objectief zijn beoordeeld. Inschrijvers kunnen derhalve niet toetsen of de beginselen van non-discriminatie en concurrentie worden nageleefd.

Een veelgehoord argument van aanbestedende diensten die zich verzetten tegen transparantie ten aanzien van gebruik van gunningscriteria en de wijze van beoordelen is dat ‘*dit leidt tot het toeschrijven van de offertes naar de behoefte van de aanbestedende dienst*’. Ik verbaas me

---

<sup>9</sup> HvJ EG van 25 april 1996, C-87/94, Commissie - Koninkrijk België (Waalse bussen), Jur. 1996, p. I-2043.

iedere keer weer over deze opmerking. Het doel van een aanbestedingsprocedure is een goed inkoopresultaat. Hoe kan dit beter gerealiseerd worden dan door de ontvangst van passende offertes? Het ontvangen van passende offertes wordt bevorderd door vooraf de aspecten en het belang dat eraan wordt gehecht kenbaar te maken. Kortom, indien aanbestedende diensten hun beoordelingssysteem vooraf toelichten geeft dit inschrijvers de kans een passende offerte aan te bieden waarin het juiste product of dienst wordt aangeboden met de vereiste kwaliteit en tegen een goede prijs. Transparantie is derhalve ook nodig om de inkoopbehoefte bevredigend te vervullen.

Zowel de nationale rechter als het Hof van Justitie van de EG hebben de mate waarin transparantie is vereist ten aanzien van het gebruik en de toepassing van gunningscriteria verder uitgewerkt. Ik zal deze jurisprudentie (niet uitputtend) op een rij zetten. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen transparantie ten aanzien van *het gebruik en de toepassing* van bepaalde (sub)criteria en *de beoordeling* van de (sub)criteria aan de hand van weegfactoren. Met name de Nederlandse uitspraken waarin gunningscriteria een belangrijke rol spelen richten zich op de vraag in hoeverre aanbestedende diensten verplicht zijn (sub)criteria, weegfactoren en beoordelingssystemen vooraf kenbaar te maken aan de inschrijvers.

Gunningscriteria zijn logischerwijs vooral onderwerp van een geschil indien de aanbestedende dienst gekozen heeft voor de economisch voordeligste aanbieding. Juist in die gevallen is er ruimte voor interpretatie en mogelijke subjectiviteit. Alleen voldoende transparantie kan waarborgen dat de beleidsvrijheid van de aanbestedende diensten binnen de kaders die begrensd worden door non-discriminatie en objectiviteit blijft.

### **Het gebruik en de toepassing van bepaalde (sub)criteria**

#### *Gebruik van criteria*

In de Beentjeszaak heeft het Hof van Justitie van de EG de betreffende bepaling in de Richtlijnen voor Overheidsopdrachten over het kenbaar maken van criteria die zullen worden toegepast bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbieding bevestigd.<sup>10</sup> Het Hof stelde: *‘Wanneer de aanbestedende dienst de laagste prijs niet als enig gun-*

---

<sup>10</sup> HvJ EG van 20 september 1988, zaak C-31/87, Gebroeders Beentjes NV - Staat der Nederlanden, Jur. 1988, p. 4635.

*ningscriterium hanteert, maar uitgaat van verschillende criteria ten einde de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding, is zij gehouden om die criteria hetzij in de aankondiging, hetzij in het bestek te vermelden.’.*

Aanbestedende diensten mogen voorts bij de beoordeling van de aanbiddingen geen criteria in aanmerking nemen die niet in het bestek of de oproep tot mededinging waren vermeld.

Dit is nadrukkelijk door het Hof van Justitie van de EG bepaald in de Waalse bussenzaak.<sup>11</sup> Dit geschil betrof een aanbesteding van SRWT, een openbaarbusbedrijf, voor de levering van 307 bussen ter waarde van meer dan 2 miljard BFR.

De opdracht zou worden gegund aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding. Het ging daarbij met name om de basisprijs van de bussen waarop vervolgens een correctie werd toegepast naar gelang van de plus- en minpunten die uit de toetsing aan technische beoordelingscriteria voortvloeiden.

Het bijzonder bestek voorzag voor elke rubriek in een formule waardoor de SRWT in ‘fictieve franken’ uitgedrukte bonus- of maluspunten kon toekennen voor bepaalde kenmerken van de bussen. De waarde diende bij de basisprijs te worden opgeteld of ervan te worden afgetrokken.

Een van de inschrijvers had na sluitingstermijn een aanvullende nota op haar offerte ingediend waarin zij onder andere lijsten verstrekte met elementen die besparingen mogelijk maakten, zoals bijvoorbeeld een ander type stoel. SRWT had deze besparingselementen meegenomen bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding waardoor deze inschrijver in aanmerking kwam voor gunning.

Volgens het Hof was dit criterium inzake besparingselementen echter niet in het bestek opgenomen en mocht derhalve niet in aanmerking worden genomen. Een opdracht moet worden gegund op grond van criteria die aan alle inschrijvers voor de voorbereiding van hun aanbidding bekend zijn gemaakt.

#### *Het gebruik van subcriteria*

Het gebruik van subcriteria, als onderdeel van criteria ter beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding is volgens de Nederlandse rechters eveneens toegestaan. Deze subcriteria worden gebruikt ter

---

<sup>11</sup> HvJ EG van 25 april 1996, zaak C-87/94, Commissie - Koninkrijk België (Waalse bussen), Jur. 1996, p. I-2043.

beoordeling van de criteria die worden gehanteerd ten behoeve van de economisch voordeligste aanbidding. Dus indien het gunningscriterium economisch voordeligste aanbidding is waarbij gelet wordt op bijvoorbeeld klantenservice, dan kunnen ter beoordeling van het criterium 'klantenservice' subcriteria worden gebruikt zoals openingstijden, garantie, helpdesk etc.

Deze subcriteria hoeven volgens de President van de Rechtbank Arnhem niet vooraf kenbaar te worden gemaakt.<sup>12</sup>

Deze zaak betrof een aanbesteding van de gemeente Nijmegen van revalidatiemiddelen. Als gunningscriterium werd de economisch voordeligste aanbidding gehanteerd gelet op onder andere prijs en klantenservice. Het criterium klantenservice had de Gemeente uitgesplitst in vier onderdelen: locatie, instructie, verplichting tot koop van occasions en klachtenregeling. Deze subcriteria waren vooraf niet kenbaar gemaakt aan de inschrijvers. Aan het subcriterium locatie had de Gemeente bovendien extra gewicht toegekend. Ook deze weegfactoren waren vooraf niet kenbaar gemaakt.

De President stelt echter: *'...dat de inhoud van de gunningscriteria niet tot in detail in het bestek hoeft te worden beschreven. Ingevolge artikel 26 van Richtlijn 93/36/EEG dienen weliswaar alle gunningscriteria te worden vermeld in het bestek doch hieruit is niet af te leiden dat alle aspecten van een gunningscriterium uitputtend moeten zijn verwoord in het bestek. Het staat de aanbestedende instantie derhalve vrij om een gunningscriterium in het stadium van de beoordeling nader uit te werken, uit te splitsen dan wel te interpreteren. Uiteraard geldt daarbij wel als voorwaarde dat een dergelijke nadere specificatie valt onder het bereik van het oorspronkelijke gunningscriterium en niet leidt tot wijziging daarvan. Met andere woorden: de aanbestedende dienst mag in het stadium van de beoordeling geen nieuw gunningscriterium introduceren.'*

Hoewel dit vonnis ook in latere uitspraken door rechters wordt gevolgd,<sup>13</sup> acht ik het in strijd met het transparantiebeginsel dat subcriteria niet vooraf aan de inschrijvers kenbaar hoeven te worden gemaakt. Sterker nog, volgens President Rechtbank Arnhem mogen aanbestedende diensten het gunningscriterium nog in het stadium van

---

<sup>12</sup> President Rechtbank Arnhem 4 februari 2000 RSR/Gemeente Nijmegen, KG 2000, nr. 64.

<sup>13</sup> President Rechtbank Utrecht RSR/ Gemeente Lopik e.a. 2 maart 2000 en Gerechtshof Amsterdam RSR/ Gemeente Lopik e.a. 11 januari 2001, President Rechtbank Arnhem, 21 december 2001, BR 2002/8.

de beoordeling nader uitwerken. Dit zou betekenen dat na ontvangst van de offertes, afhankelijk dus van de inhoud van de offertes subcriteria kunnen worden aangepast, bijgesteld en toegevoegd, mits het valt onder het bereik van het oorspronkelijke gunningscriterium. Het is mijns inziens onbegrijpelijk dat er onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de vereiste transparantie voor criteria ter beoordeling van de economisch voordeligste aanbieding en de vereiste transparantie ten aanzien van de onderliggende subcriteria.

Dat dit ook daadwerkelijk leidt tot ongelijke behandeling van inschrijvers blijkt uit voornoemde zaak. Het bedrijf dat de procedure aanhangig had gemaakt had namelijk onvoldoende aandacht geschonken aan de faciliteiten van de locatie, nu hier in het bestek niet om gevraagd was. Derhalve werd haar offerte op dit punt, tevens het enige onderscheidende en derhalve doorslaggevende aspect bij de gunning, slechter beoordeeld dan de andere offertes, terwijl zij wel in alle faciliteiten kon voorzien. In bovengenoemde zaak is herevaluatie van de offertes toegevoegd. Dit heeft niet tot een ander gunningsresultaat geleid. Dat het gebrek aan transparantie op dit punt mogelijk niet geheel in lijn met het aanbestedingsrecht kan worden geacht, kan worden afgeleid uit het vonnis in de bodemprocedure.<sup>14</sup> De rechtbank stelt: *‘De President heeft onder meer overwogen dat de Gemeente had moeten nagaan of RSR die in haar offerte niet duidelijk had opgegeven over wat voor locaties zij kon beschikken, aan dit door de Gemeente niet expliciet opgegeven criterium voldeed. De Gemeente moest dus bij haar herevaluatie er voor zorgen dat RSR de gelegenheid kreeg aan te tonen in welke mate haar locaties aan de door de gemeente gestelde criteria op dat punt voldeden.’*

Hieruit blijkt dat transparantie noodzakelijk is om een passende offerte te kunnen indienen.

Het Hof van Justitie heeft in de SIAC-zaak nadrukkelijk gesteld dat de verplichting tot transparantie impliceert dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen.<sup>15</sup> Dit is mijns inziens niet het geval als de aanbestedende dienst nog in het stadium van de beoordeling het gunningcriterium mag uitwerken. Voorts wordt in dezelfde zaak gesteld dat gelijke behande-

---

<sup>14</sup> Rechtbank Arnhem RSR Revalidatieservice/Gemeente Nijmegen 18 april 2002, hoger beroep ingesteld.

<sup>15</sup> HvJ EG van 18 oktober 2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd - County Council of the County of Mayo, Jur. 2001, p. 7725.

ling van inschrijvers impliceert dat de transparantie en de objectiviteit van de procedure gewaarborgd zijn en in het bijzonder dat gunningscriteria duidelijk zijn vermeld in de aankondiging van de opdracht of in het bestek. Dit zou derhalve ook voor subcriteria moeten gelden.

De gunningscriteria moeten ten slotte zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.<sup>16</sup> Het gebruik van subcriteria die niet vooraf kenbaar zijn gemaakt leidt mijns inziens ongetwijfeld tot interpretatieverschillen.

## **Beoordeling van de criteria**

### *Toepassing van de criteria*

Bij de beoordeling van de aanbiedingen moeten de gunningscriteria op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.<sup>17</sup>

Voorts mag bij de beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding nog rekening worden gehouden met de kwaliteit van de aanbidding zoals die blijkt uit de ten behoeve van de selectie overgelegde gegevens, ook in de niet-openbare procedure.<sup>18</sup>

### *Gebruik van weegfactoren criteria economisch voordeligste aanbidding*

Uit de jurisprudentie blijkt dat het gebruik van verschillende weegfactoren als zodanig bij de criteria van de economisch voordeligste aanbidding is toegestaan mits dit in de aankondiging bekend is gemaakt. Achteraf mogen deze factoren in beginsel niet meer worden gewijzigd.

In de zaak *RSR Revalidatieservice/gemeenten Renkum e.a en NIC* had de aanbestedende dienst aangegeven welke criteria ter beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding werden gehanteerd én welke waarde aan de verschillende onderdelen werd toegekend.<sup>19</sup> Het Gerechtshof oordeelde dat op grond hiervan sprake was van een objectief, controleerbare, transparante beoordelingsmethode.

---

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Gerechtshof Amsterdam, 11 januari 2001 RSR/Gemeente Nieuwegein, VNG e.a. en President Rechtbank Groningen, 10 september 1998, Ingenieursbureau Wassenaar BV/Waterschap Dollardzijlvest.

<sup>19</sup> Gerechtshof te Arnhem, 5 september 2000.

Ook de President van de Rechtbank Amsterdam *ISS Transport bv/Connexion* stelt dat het niet vooraf kenbaar maken van de wijze waarop de gunningscriteria zouden worden getoetst achteraf leidt tot het onvermogen de bij de gunning gehanteerde methode op objectieve gronden te toetsen.<sup>20</sup>

De President van de Rechtbank Utrecht hanteert dezelfde uitgangspunten. In de zaak *Relan Werk bv/Cadans* bepaalde de President dat uit de Richtlijn Diensten volgt dat niet alleen de elementen van het gunningscriterium, maar ook de mate waarin deze elementen worden gewogen op voorhand bekend moeten worden gemaakt.<sup>21</sup> Een en ander vloeit immers rechtstreeks voort uit het transparantiebeginsel. De aanbestedende dienst had vooraf het verschillend gewicht dat zij bij de beoordeling van de criteria voor de economisch voordeligste aanbesteding hanteerde niet kenbaar gemaakt. Volgens de President stond het de aanbestedende dienst vrij om de elementen van het gunningscriterium verschillend te wegen, maar de deelnemers aan de aanbesteding dienden op voorhand te weten naar welke maatstaf hun aanbesteding zou worden beoordeeld. Om die reden werd de gevoerde aanbestedingsprocedure onrechtmatig geacht.

Zelfs in gevallen waar de aanbestedingsrichtlijnen mogelijk niet van toepassing zijn wordt gesteld dat het transparantiebeginsel wordt geschonden indien inschrijvers vooraf geen inzage krijgen in het beoordelingsschema en de bijbehorende wegingscriteria.<sup>22</sup> De zorgvuldigheid van een aanbesteder brengt in elk geval mee dat zij inschrijvers op gelijke wijze en objectief dient te behandelen en dat zij bij de door haar gevolgde procedure een voldoende mate van transparantie in acht dient te nemen.

Op grond van deze jurisprudentie kan derhalve worden geconcludeerd dat weegfactoren vooraf aan de inschrijvers bekend moeten worden gemaakt. De Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven zit op dezelfde lijn. Dit is met name van belang bij de opdrachten voor de uitvoering van werken waar het UAR-EG-1991 van toepassing is (verklaard).

---

<sup>20</sup> President Rechtbank Amsterdam, 8 februari 2001 *ISS Transport b.v./Connexion*

<sup>21</sup> President Rechtbank Utrecht, 21 december 2000, *Relan Werk b.v./Cadans uitvoeringsinstelling b.v.*

<sup>22</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 augustus 2000, *OZ Zorgverzekeraar U.A., VGZ e.a./Medeco b.v.*

De bepaling in het UAR-EG 1991 beperkt zich net als de Richtlijn Werken ook tot het openbaar maken van gunningscriteria 'zo mogelijk in afnemende volgorde van belangrijkheid'. Toch is vaste lijn in de uitspraken van de Raad van Arbitrage dat aan de inschrijvers vooraf kenbaar dient te zijn op welke wijze de door de aanbesteder opgegeven gunningscriteria zullen worden gewogen. Dit volgt volgens de Raad uit het wezenlijke beginsel dat een aanbestedingsprocedure transparant, verifieerbaar en zoveel mogelijk geobjectiveerd dient te zijn.

Overigens zijn er ook uitspraken waarin het vooraf kenbaar maken van weegfactoren niet noodzakelijk wordt geacht. In die gevallen wordt met een verwijzing naar de Richtlijn eenvoudigweg bepaald dat het vermelden van een rangorde van belangrijkheid voldoende zou zijn.<sup>23</sup> Gezien het voorstel dat er ligt voor een nieuwe geïntegreerde Richtlijn, waar ik hierna op zal ingaan, lijkt de tendens toch in de richting te wijzen dat zoveel mogelijk transparantie moet worden geboden, ook ten aanzien van het gebruik van weegfactoren.

#### *Gebruik van weegfactoren bij subcriteria*

Het gebruik van weegfactoren ter beoordeling van subcriteria is eveneens in bovengenoemde zaak *RSR/gemeente Nijmegen* aan de orde gekomen.<sup>24</sup> Volgens de President hoeft ook het gebruik van weegfactoren ter beoordeling van subcriteria niet vooraf kenbaar te worden gemaakt.

Mijns inziens is dit, net als de omstandigheid dat subcriteria als zodanig volgens de huidige stand van zaken in de Nederlandse jurisprudentie niet vooraf kenbaar te hoeven worden gemaakt, in strijd met het transparantiebeginsel.

#### *Scoresysteem*

Volgens het Gerechtshof Arnhem in bovengenoemde zaak *RSR/Gemeente Renkum e.a. en NIC* hoeft het scoresysteem per wegingsfactor van elk criterium niet vooraf bekend te worden gemaakt. De aanbestedende dienst had in dit geval ter beoordeling van de criteria scores per onderdeel toegekend van 1 tot 6,5 punten. Dit was vooraf niet kenbaar gemaakt. De punten werden in onderlinge vergelijking toegekend, hetgeen betekende dat het beste aanbod op een bepaald onderdeel met 6,5 punten werd beloond en het minste aanbod met 1

---

<sup>23</sup> President Rechtbank Arnhem, 21 december 2001 *Novionet b.v./Werkvoorziening Midden-Gelderland*, BR 2002/8.

<sup>24</sup> President Rechtbank Arnhem 4 februari 2000 *RSR/Gemeente Nijmegen*, KG 2000, nr. 64.

punt. Deze punten werden opgeteld bij de punten die aan de andere elementen van de criteria waren toegekend. De eindscore van het criterium werd vervolgens gewogen ten opzichte van de andere subcriteria. Volgens het Gerechtshof diende het scoresysteem slechts als een hulpmiddel bij de uiteindelijke waardering van elk criterium.

#### *De toekomst van transparantie*

De Europese Commissie heeft in haar voorstel van 10 mei 2000 voor één nieuwe geïntegreerde Richtlijn de bepalingen betreffende de gunningscriteria versterkt.<sup>25</sup> Of dit voorstel in haar huidige vorm ook daadwerkelijk zal worden aangenomen is nog onzeker. Het interne wetgevingsproces voor de nieuwe Richtlijn is nog niet geheel doorlopen.

De Commissie heeft de verplichtingen ten aanzien van de gunningscriteria versterkt omdat de aanbestedende diensten bij de huidige verplichting de gunningscriteria in afnemende volgorde van belangrijkheid te vermelden, nog steeds over een aanzienlijke beoordelingsmarge beschikken. Zij behouden immers op basis van de tekst van de Richtlijnen voor Overheidsopdrachten de mogelijkheid om bij de beoordeling een bepaald gewicht aan de criteria toe te kennen en dus een relatieve waarde waarvan de inschrijvers niet op de hoogte zijn. Zonder algemene regel volgens welke het verplicht is reeds bij het begin van de procedure een relatieve weging van de criteria op te geven is de definitieve keuze van de aanbestedende dienst volgens de Commissie dan ook moeilijk te controleren.

Dit gewicht moet reeds in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. In uitzonderlijke gevallen mag dit worden uitgesteld tot de uitnodiging tot deelneming of inschrijving. In ieder geval moeten alle inschrijvers op de hoogte zijn van de weging op het moment dat zij hun inschrijving opstellen. Dit gewicht mag worden uitgedrukt in een marge waarbinnen de aan ieder criterium toegekende waarde kan liggen.

Bij gebreke hiervan leidt dit tot nietigheid van de procedure.

De overwegingen bij de nieuwe Richtlijn laten hier al geen onduidelijkheid meer over bestaan: *‘Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te garanderen, dient de nodige doorzichtigheid met betrekking tot de gekozen criteria ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving, te worden gewaarborgd en vergroot. Daarom dienen de aanbestedende diensten*

---

<sup>25</sup> [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/publproc/general/com275nl.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/com275nl.pdf) en [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/publproc/general/com276nl.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/com276nl.pdf).

*gedurende de procedure voor het plaatsen van de opdrachten zo snel mogelijk de relatieve weging van elk van deze criteria aan te geven. In geen geval mag deze weging worden beperkt tot het aangeven van een eenvoudige afdalende volgorde van belang van de criteria.'.*

#### *Overzicht transparantie ten aanzien van gunningscriteria*

De nieuwe Richtlijn zal naar alle waarschijnlijkheid meer duidelijkheid scheppen ten aanzien van de vereiste transparantie. Vooralsnog bepaalt de tekst van de huidige Richtlijnen hoe om te gaan met gunningscriteria. De Nederlandse rechters en het Hof van Justitie hebben de toon gezet. Hieruit kan zoals hiervoor uiteengezet het volgende worden geconcludeerd ten aanzien van de vereiste transparantie:

- Bij gunning op grond van de economisch voordeligste aanbidding, is de aanbestedende dienst gehouden om de criteria hetzij in de aankondiging, hetzij in het bestek te vermelden.
- Aanbestedende diensten mogen bij de beoordeling van de aanbiddingen geen criteria in aanmerking nemen die niet in het bestek of de oproep tot mededinging waren vermeld.
- Gunningcriteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze worden uitgelegd en op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.
- De gunningscriteria moeten zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.
- Het gebruik van verschillende weegfactoren ter beoordeling van de criteria van de economisch voordeligste aanbidding is toegestaan mits deze vooraf kenbaar gemaakt.
- Het gebruik van subcriteria, als onderdeel van criteria ter beoordeling van de economisch voordeligste aanbidding is volgens de Nederlandse jurisprudentie eveneens toegestaan.
- Subcriteria hoeven volgens de Nederlandse jurisprudentie niet vooraf kenbaar te worden gemaakt.
- Het gebruik van verschillende weegfactoren ter beoordeling van subcriteria hoeft volgens de Nederlandse jurisprudentie niet vooraf kenbaar te worden gemaakt.
- Ook een scoresysteem ter beoordeling van de criteria hoeft niet vooraf kenbaar te worden gemaakt omdat het slechts wordt gehanteerd als hulpmiddel bij de beoordeling.



## Duurzaam inkopen en de Europese aanbestedingsrichtlijnen

*Mr A.C.M. Fischer-Braams\**

Het ministerie van VROM heeft in december 2001, na een vergelijking van verschillende offertes, aan Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn (het kantoor van de Landsadvocaat) de opdracht verstrekt om samen met TNO-STB (STB staat voor: Strategie, Technologie en Beleid) een onderzoek te doen naar de mogelijkheid voor overheidsinkopers om in het kader van Europese aanbestedingen specifieke duurzaamheidscriteria te stellen. Het eindrapport is aan de opdrachtgever aangeboden op 8 juli 2002, de Engelse vertaling ervan is deze maand gereed gekomen en, naar ik heb begrepen, zult u morgen het volledige rapport kunnen inzien op de website van het programmabureau Duurzaam Inkopen: [www.inkopersnet.nl](http://www.inkopersnet.nl).

Voor de uitvoering van de opdracht hebben wij een multidisciplinair onderzoeksteam gevormd. Van Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn zaten daarin: Hanny Geerdink, Tineke van Houten, Willemijn Neleman, Nienke Saanen en ikzelf. Met zijn vijven bestreken wij de invalshoeken van het Europese recht in brede zin, het Europese aanbestedingsrecht, het internationale recht en het Europese en nationale milieurecht. Maar een zuiver juridisch onderzoek volstond in dit geval niet. De opdracht hield namelijk in dat ook moest worden gezien hoe duurzaamheidscriteria technisch en praktisch zouden kunnen worden vertaald in onder meer productspecificaties. Die kennis hadden wij als advocatenkantoor niet in huis. Daarvoor was een 'technische man' nodig. Die vonden we in dr Arnold Tukker van TNO-STB, ons zesde teamlid.

Ik ga dadelijk in op de reikwijdte van ons onderzoek en zal vervolgens een schets geven van het juridische kader. Na mijn onvermijdelijk wat abstracte juridische verhandeling zal Arnold Tukker de kleding en kantoorgebouwencases in meer praktische en concrete zin toelichten.

---

\* Anne Fischer-Braams is advocaat te 's-Gravenhage.

### *Reikwijdte onderzoek*

Het beschikbare budget en de beschikbare tijd maakten dat het een voorlopig onderzoek met een verkennend karakter is geworden. Het onderzoek is beperkt tot twee productgroepen: kantoorgebouwen en kleding (textiel). Wij konden niet bezien of de specificaties die het Programmabureau Duurzaam Inkopen nu al beschikbaar heeft volledig binnen de juridische randvoorwaarden passen en misschien zelfs kunnen worden gepreciseerd of aangescherpt. Ook is niet beoordeeld welke – mogelijk verdergaande - duurzaamheidscriteria kunnen worden gesteld voor opdrachten die niet onder het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen (zoals opdrachten onder de drempelwaarden en dienstenconcessies).

Het onderzoek is voorts beperkt tot één deelaspect van duurzaamheid: de milieuaspecten. De sociale en economische aspecten van het trio 'People, Planet, Profit' moesten buiten beschouwing blijven. De relevante ontwikkelingen in VN-, OESO-, en WTO-verband zijn wel gesignaleerd, maar konden niet uitvoerig worden behandeld. Wel is uitvoerig aandacht besteed aan de ontwikkelingen in EU-verband, met name wat betreft het Europese aanbestedingsrecht. De Interpretatieve mededeling van de Commissie van 4 juli 2001, die gaat over het gemeenschapsrecht dat van toepassing is op overheidsopdrachten en over de mogelijkheid om milieuoverwegingen daarin te integreren, loopt als een rode draad door ons onderzoek heen.

### *Aanloop tot de Interpretatieve mededeling*

Mondiaal als op Europees niveau is de rol van het aankoopbeleid van overheden bij het bevorderen van duurzaamheid kan spelen meer en meer een issue geworden. Voor het EG-kader is een belangrijk moment de integratie in 1999 van de milieubescherming in het Verdrag. Artikel 6 EG luidt: *'De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap (...) in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.'*

De Commissie kwam in 1996 met een Groenboek en in 1998 met een Witboek. Daarin erkent zij de noodzaak om duidelijke aanwijzingen te geven over de mogelijkheden die het gemeenschapsrecht aan aanbestedende diensten biedt om bij het gunnen van overheidsopdrachten rekening te houden met milieuaspecten. De Commissie zit dan nog wel erg op de toer dat het doel van het aanbestedingsbeleid voornamelijk

economisch van karakter blijft en dat milieuaspecten daarbinnen moeten passen. Uiteindelijk komt zij dan in juli 2001 met de al genoemde Interpretatieve mededeling, die als vertrekpunt voor ons onderzoek heeft gediend.

Op 15 oktober 2001 volgde een vergelijkbare mededeling van de Commissie over het integreren van sociale aspecten in overheidsaanbestedingen.

In de mededeling van 4 juli 2001 worden vijf fasen onderscheiden:

- Definitie van de opdracht;
- Technische specificaties;
- Selectie van gegadigden;
- Gunning van de opdracht;
- Uitvoering van de opdracht.

De mededeling beoogt een analyse en overzicht te geven voor ieder van die fasen om milieuoverwegingen bij het verlenen van overheidsopdrachten te betrekken. Algemene conclusie uit de mededeling is dat het goed mogelijk is milieuoverwegingen mee te nemen. De criteria mogen de toegang tot de opdracht niet beperken ten koste van inschrijvers uit andere lidstaten.

De mogelijkheden zijn het grootst in de eerste en de laatste fase. In die fasen zijn de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing. Er is in deze twee fasen dus relatief veel vrijheid om rekening te houden met milieuaspecten. Maar – een adder onder het gras – de aanbestedende dienst is in deze fasen toch gebonden aan zekere grenzen, namelijk de grenzen die het primaire gemeenschapsrecht stelt. Dat zijn de Verdragsbepalingen over het vrije verkeer van goederen en diensten (de artikelen 28, 30, 46, 49 en 55 EG) en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie inzake dwingende eisen van algemeen belang (zie daarvoor nader het rapport). Uiteraard zijn ook van belang de algemene Verdragsbeginselen van non-discriminatie naar nationaliteit en van proportionaliteit. De aanbestedingsrichtlijnen vormen een uitwerking van al deze bepalingen en beginselen voor het specifieke terrein van overheidsopdrachten.

De mededeling geeft de stand van het gemeenschapsrecht van juli 2001 weer. In het rapport hebben wij zoveel mogelijk de relevante EG-ontwikkelingen meegenomen van na die datum tot de afsluiting van het onderzoek per 8 juli 2002.

### *Nieuwe ontwikkelingen sinds de mededeling*

Op 21 mei 2002 is in de Raad een politiek akkoord bereikt over voorstellen van de Commissie tot modernisering en omvorming van de drie aanbestedingsrichtlijnen voor de publieke sector. Er is straks één geïntegreerde aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten van Raad en Europees Parlement (het in NVvA-kring welbekende ‘wetgevend pakket’).

In dit wetgevende pakket voor de publieke sector - voor u het belangrijkste - is in artikel 53 nu expliciet opgenomen dat milieucriteria als sub-gunningscriterium kunnen worden gesteld, op voorwaarde dat het gunningscriterium van de economisch meest voordelige aanbidding wordt gehanteerd (en niet dat van de laagste prijs). De door de Raad geaccordeerde voorstellen zijn opgenomen in een Raadsdocument van 28 mei 2002.<sup>26</sup>

In de Raad van 30 september 2002 is een politiek akkoord bereikt over de vergelijkbare voorstellen voor de nutssectoren (postdiensten, water, energie, vervoer en telecommunicatie).<sup>27</sup> Beide voorstellen worden, voorzien van een gemeenschappelijk standpunt van de Raad, voor een tweede lezing voorgelegd aan het Europees Parlement. Een bemiddelingsprocedure (artikel 251 EG) tussen Parlement en Raad is naar stellige verwachting nodig om hen tot overeenstemming te laten komen over de positionering in overwegingen en tekst van de richtlijn van de milieu- en sociale criteria. Na inwerkingtreding van de nieuwe richtlijn zal een periode gelden van 21 maanden voor omzetting in de nationale rechtsorden.

Wanneer is de nieuwe richtlijn nu ook een nationaal gegeven? Vermoedelijk pas aan het eind van de omzettingstermijn (voorjaar 2005?), maar misschien ook eerder. Omzetting in nationaal recht vindt plaats door aanpassing van de (op de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen gebaseerde) Besluiten overheidsaanbestedingen en aanbestedingen nutssector. Voor werken zal het (op de Beleidsregels aanbesteding van werken) gebaseerde UAR-EG 1991 moeten worden aangepast. Aanpassing is stellig nodig, alleen al omdat de richtlijn een groot aantal nieuwe elementen en keuzes voor de lidstaten bevat die concreet omzetting behoeven. Bij wijze van voorbeeld: de keuze tussen wel of geen mogelijkheid tot toepassing van de ‘competitive dialogue’ voor bijzonder complexe opdrachten, wel of geen mogelijkheid van raamovereenkom-

<sup>26</sup> Dat document is in te zien op de website van de Raad <http://register.consilium.eu.int>. Deze tekst kan worden gedownload via: <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/02/st09/09270n12.pdf>.

<sup>27</sup> Zie het persbericht hierover op <http://www.europa.eu.int/rapid/start> onder IP/02/1391.

sten, wel of geen mogelijkheid van aankoopcentrales, wel of geen mogelijkheid van dynamische aankoopssystemen, wel of geen mogelijkheid van elektronische veilingen en tenslotte de uitvoering en nationale invulling van de gewijzigde regeling over uitsluitingsgronden (deels verplicht/deels facultatief).

Terug naar het onderwerp van vanmiddag: tot het moment waarop de nieuwe richtlijn is omgezet, moeten we het doen met de huidige richtlijnen en met de – nu door het Hof verduidelijkte – mogelijkheden die daarin zijn opgenomen voor het stellen van milieucriteria.

De vraag of milieucriteria onder het huidige gemeenschapsrecht bij de gunning van een overheidsopdracht kunnen worden gehanteerd, is aan de orde in het recente arrest over de Finse bussen. Een korte samenvatting. De gemeente Helsinki eisen had gesteld aan het niveau van de stikstofmonoxyde-emissies en het geluidsniveau van bussen. Hoe minder uitstoot en geluid, des te meer punten konden in de gunningsfase worden gescoord. De inschrijfster die met haar offerte als tweede uit de bus kwam (Concordia) vond dat dit niet kon. In haar visie waren beslissingscriteria in een aanbestedingsprocedure altijd van economische aard. Zij vocht voor de Finse rechter het besluit tot gunning aan HKL aan. Die rechter legde vervolgens een aantal (prejudiciële) vragen voor aan het Europese Hof. Op 17 september 2002 deed het Hof uitspraak.<sup>28</sup> Met die uitspraak kon in het eindrapport, op 8 juli 2002 is afgesloten, geen rekening worden gehouden.

Het Hof zet de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen (opheffen belemmeringen vrije verkeer van goederen en diensten) en van artikel 6 EG (integratie van de milieubescherming in de omschrijving en de uitvoering van het beleid en het optreden van de gemeenschap) naast elkaar. Het Hof stelt dan vast dat artikel 36, eerste lid, van Richtlijn 92/50/EEG niet uitsluit dat de aanbestedende dienst in het kader van de beoordeling van de economisch voordeligste aanbieder criteria met betrekking tot milieubescherming hanteert (r.o. 57). Eerder (in r.o. 55) overweegt het Hof dat artikel 36, eerste lid, niet zo kan worden uitgelegd, dat *elk* van de door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieder, *noodzakelijk van zuiver economische aard* is. Esthetische kenmerken - een bij uitstek moeilijk op geld waardebaar criterium - konden

---

<sup>28</sup> HvJ EG van 17 september 2002, zaak C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab e.a., Jur. 2002, p. I-7213.

volgens de richtlijn immers ook al als criterium worden gesteld. Het kan, aldus het Hof, niet worden uitgesloten dat *niet zuiver economische* factoren van invloed kunnen zijn op de *waarde* van een aanbidding voor de aanbestedende dienst. Wat dan precies wordt bedoeld met ‘waarde’ is niet duidelijk. Het moet een breder begrip zijn dan ‘economische waarde’. Het Hof overweegt tevens dat de andere richtlijnen in wezen dezelfde bepaling als artikel 36, eerste lid, bevatten. Die bepalingen moeten dus op dezelfde manier moet worden uitgelegd (r.o. 89 en 91).

Duidelijk is dat gunningscriteria met betrekking tot milieubescherming aan drie voorwaarden moeten voldoen (r.o. 64):

1. zij moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht en mogen de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven;
2. zij moeten vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht;
3. zij moeten alle fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht, en met name het discriminatieverbod, eerbiedigen.

Het Hof spreekt bij de eerste voorwaarde over een ‘verband’ met het voorwerp van de opdracht. Het Hof gaat daarmee niet zover als de Commissie wilde, die een ‘nauw’ verband eiste. Het Hof neemt uitdrukkelijk ook niet de strenge voorwaarde van de Commissie over dat de criteria een *rechtstreeks* economisch voordeel voor de aanbestedende dienst moeten meebrengen (vgl. r.o. 55).

#### *Samenvatting van de conclusies van het rapport*

1. De mogelijkheid om milieuoverwegingen mee te nemen is relatief het grootst in de *fases 1* (definitie van de opdracht) en *5* (voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht).
2. De begrenzing in die fasen wordt gevormd door de verdragsbepalingen over het vrije verkeer en de rechtspraak van het Europese Hof over dwingende eisen van algemeen belang. Dat betekent dat milieueisen geen (verkapte) discriminatie van marktdeelnemers uit andere lidstaten mogen opleveren.
3. De Europese rechtspraak laat uitzonderingen op het vrije verkeer toe op grond van dwingende eisen van algemeen belang, mits:
  - een regeling op EG-niveau ontbreekt;

- er geen onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en ingevoerde producten;
  - er een beroep kan worden gedaan op een niet-economische rechtvaardigingsgrond (bijvoorbeeld bescherming van het milieu);
  - de (milieu)eis bovendien noodzakelijk en proportioneel is.
4. De Commissie vindt dat een milieureiste in het kader van *de uitvoering van de opdracht* alleen mag worden gesteld als dat vereiste zodanig is geformuleerd dat het van invloed is op de prestatie of de uitvoering van de opdracht. Het Europese Hof heeft hierover het laatste woord en heeft zich over dit specifieke punt nog niet over uitgelaten (zie voor de gunningsfase hierna onder 9).

De uitspraak in de Finse bussenzaak gaat over gunningscriteria. Het ligt in de rede dat ook milieureisten aan de uitvoering van een opdracht in verband moeten kunnen worden gebracht met het voorwerp van die opdracht.

Dat is natuurlijk altijd makkelijker gezegd dan gedaan. Als ik een voorbeeld moet geven: voorwerp van de opdracht is de levering van houtvrij papier. Een eis bij de uitvoering van de opdracht kan dan zijn dat de verpakking van het papier zelf ook van milieuvriendelijk (herbruikbaar) materiaal is.

5. In de *fasen 2 tot en met 4* (respectievelijk formulering van technische specificaties, de selectie van de gegadigden en de gunning van de opdracht) bestaat minder vrijheid voor het hanteren van milieueisen.
6. De mogelijkheid om bij de *technische specificaties* milieueisen te stellen wordt begrensd door de bepalingen in de aanbestedingsrichtlijnen (artikel 10 van de Richtlijn Werken en 8 van de Richtlijn Leveringen). Ook in deze fase mag geen sprake zijn van (verkapte) discriminatie. Voor zover naar normen of milieukeuren wordt verwezen, moeten de criteria uit de norm of het milieukeur voor de aanbestedingsprocedure relevant zijn en van invloed zijn op de kenmerken van het gevraagde product. Bij aanvaarding van een bepaald certificaat of milieukeur als bewijs moet steeds worden aangegeven ‘of gelijkwaardig’. Gelijkwaardige oplossingen moeten worden geaccepteerd, althans inhoudelijk worden beoordeeld. Er mogen geen eisen worden gesteld die geen verband houden met de

productie zelf en bij verwijzing naar milieukeuren moeten ook andere bewijsmiddelen inhoudelijk worden beoordeeld.

7. In de *selectiefase* mogen gegadigden op bepaalde gronden, die ook met het milieu verband kunnen houden, van deelneming aan een aanbesteding worden uitgesloten. Het niveau van de eisen ter beoordeling van de technische bekwaamheid mag door de aanbestedende dienst worden bepaald, mits die eisen evenredig zijn. De middelen die als bewijs moeten worden geaccepteerd, zijn limitatief in de aanbestedingsrichtlijnen bepaald.
8. Milieubeheersystemen kunnen als bewijs worden aanvaard, maar kunnen niet integraal worden voorgeschreven.
9. In de *gunningsfase* mogen milieucriteria slechts worden gehanteerd ter bepaling van de economisch meest voordelige aanbidding. Er mag geen sprake zijn van (verkapte) discriminatie. De criteria moeten meetbaar zijn en gedurende de gehele aanbesteding op dezelfde wijze worden uitgelegd en toegepast. De procedureregels van de richtlijn (bekendmakingsvoorschriften) moeten in acht worden genomen.
10. Het Europese Hof heeft in de Finse bussenzaak uitgemaakt:
  - niet elk gunningscriterium ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding hoeft noodzakelijkerwijs van zuiver economische aard te zijn;
  - niet zuiver economische factoren kunnen (en mogen) van invloed zijn op de waarde van een aanbidding voor de aanbestedende dienst;
  - een gunningscriterium moet (1) verband houden met het voorwerp van de opdracht en het mag de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, het moet (2) uitdrukkelijk zijn vermeld in aankondiging of bestek en het moet (3) alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het discriminatieverbod, eerbiedigen.

#### *De praktische wenken*

Aan het slot van het rapport is een aantal praktische wenken opgenomen. Bij wijze van voorbeeld geef ik die met betrekking tot de definitie van de opdracht en de gunning van de opdracht.

### *Definitie van de opdracht*

Benut de mogelijkheid om bij de definitie van de opdracht het duurzame product, de duurzame dienst of het duurzame werk al te omschrijven. Kader in deze fase de opdracht al zo ver in dat duidelijk is dat niet-duurzame producten, diensten of werken niet in aanmerking komen. Formuleer de definitie van de opdracht positief en gericht op het product, de dienst of het werk. Bij de omschrijving van de opdracht gaat het nog niet om de aanbieder.

### *Gunning van de opdracht*

Geef uitdrukkelijk aan, dat gunning zal plaatsvinden op grond van de 'economisch meest voordelige aanbidding' en welke (zwaarwegende) rol het duurzaamheidsaspect daarbij zal spelen. Hanteer slechts criteria die zien op de aanbidding en geen criteria die zien op de aanbieder. Deze criteria zijn immers bij de selectie aan de orde geweest. Hanteer criteria die zien op milieukeurmerken van de opdracht. Maak aan de aanbidders duidelijk hoe de verschillende subcriteria worden beoordeeld en welke rangorde en welk gewicht aan de subcriteria zal worden toegekend. Stel de beoordelingsmatrix zeer zorgvuldig op, omdat daar niet meer van kan worden afgeweken. Bedenk bij de beoordeling van de aanbiddingen dat de uiteindelijke gunningsbeslissing aan de hand van deze beoordelingsmatrix moet kunnen worden gemotiveerd.

### *Afronding*

Groen aanbesteden is in, ook in het kader van publiek-private samenwerking. Het Engelse Office of Government Commerce (OGC) heeft recent richtsnoeren gepubliceerd over het betrekken van milieucriteria in PPS-contracten (PFI). Daaruit komt naar voren dat, mits een langer termijnvisie wordt gehanteerd milieuaspecten vroegtijdig in het proces worden onderkend, PPS en milieubelangen goed met elkaar verenigbaar zijn. De Green Public Private Partnership Guidance is in te zien en te downloaden.<sup>29</sup>

Wereldwijd gezien wordt al langer groen aanbesteed, bijvoorbeeld in Zweden en in Japan.

In Japan is groen aanbesteden voor de centrale overheid zelfs verplicht sinds 1 april 2001. Vermeldenswaard is vergelijkend ICLEI-onderzoek,<sup>30</sup> dat met subsidie van DG XII Research van de Europese Commissie is uitgevoerd. In dat onderzoek zijn de groene

---

<sup>29</sup> <http://pfi.ogc.gov.uk>.

<sup>30</sup> International Council for Local Environmental Initiatives.

aanbestedingspraktijken en –strategieën geïnventariseerd van Oostenrijk, Denemarken, Nederland, Zweden (de Europese koplopers), Hongarije, Japan en de Verenigde Staten. Het onderzoek The World Buys Green – International Survey on National Green Procurement Practices is in te zien en te downloaden.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> <http://www.iclei.org/ecoprocura/relief/>.

## **‘Capita selecta wetgevend pakket’**

Najaarvergadering N.V.v.A. van 20 november 2003 te Utrecht



## Enkele aspecten van het ‘wetgevend pakket’ in de zogeheten klassieke sectoren

*Prof. mr W. Wedekind\**

*Inleiding: Wetgevend pakket; stand van zaken*

Op 20 november 2003 werd door de N.v.V.A. een vergadering belegd over het zogeheten ‘wetgevend pakket’, de (toen) voorziene nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen. Daarover zijn in het januarinumnummer 2004 van de Tender Nieuwsbrief twee lezingen opgenomen, te weten van prof. dr L.W. Gormley en ir J.P. Papenhuijzen. Ondergetekende, wiens lezing wegens ziekte werd voorgedragen door mr H.D. van Romburgh, behandelde enige aspecten van het wetgevend pakket zoals dat in het Gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 20 maart 2003 voor ons ligt.

Vorige zomer heeft het Parlement op 2 juli 2003 en de Commissie op 14 augustus in tweede lezing advies daarover uitgebracht waarna een conciliatieprocedure is gestart (zie daarover de bijdrage van prof. Gormley). Volledigheidshalve: na genoemde vergadering op 20 november is de ontwikkeling verder gegaan. Op 2 december 2003 werd er een akkoord bereikt door het Parlement en de Raad. Vervolgens vond een plenaire behandeling plaats in die organen, waarbij de twee nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (zowel voor de ‘klassieke’- als nutssectoren) werden goedgekeurd. Zij zijn inmiddels als richtlijn 2004/17/EG (nutssectoren) en 2004/18/EG (klassieke sectoren) gepubliceerd en in werking getreden.

Het is altijd moeilijk met de kennis van nu (juli 2004) terug te kijken op een lezing die een half jaar geleden gehouden is, terwijl er inmiddels nieuwe richtlijnen zijn. Ik beperk mij dan ook tot een ‘quick scan’ van het standpunt van de Raad van 20 maart 2003 met soms een verwijzing naar de thans gepubliceerde tekst van richtlijn 2004/18/EG.

---

\* W. Wedekind is bijzonder hoogleraar aanbestedingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en bestuurslid van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht.

### *Doelstellingen*

Ten eerste: wat zijn de doelstelling(en) van de nieuwe richtlijn? In het hierboven genoemde advies van de Commissie van 14 augustus 2003 wordt gezegd dat het voorstel betreft een ‘...*herschikking van de gemeenschapswetgeving inzake overheidsopdrachten met het oog op de vorming van een daadwerkelijke Europese interne markt op dit terrein.*’. Het voorstel heeft volgens de commissie een drieledig doel: modernisering, vereenvoudiging en flexibilisering van het bestaande rechtskader.

### *Structuur ‘drie richtlijnen in één’*

Het tweede wat opvalt is dat de drie bestaande richtlijnen voor werken, leveringen en diensten in één richtlijn zijn samengebracht. Dit levert een considerans op met 49 (thans in richtlijn 2004/18/EG: 51) overwegingen.

Voorts is de richtlijn verdeeld in vijf ‘*titels*’ te weten:

- I Definities en algemene bepalingen (de artikelen 1 tot en met 3);
- II Op overheidsopdrachten toepasselijke voorschriften (de artikelen 4 tot en met 55 );
- III Regels op het gebied van concessies voor openbare werken (de artikelen 56 tot en met 65 );
- IV Regels op het gebied van prijsvragen op het gebied van diensten (de artikelen 66 tot en met 74); en tenslotte
- V Statistische verplichtingen, uitvoeringsbevoegdheden en slotbepalingen (de artikelen 75 tot en met 83).

Dat de inmiddels gepubliceerde richtlijn 2004/18 84 (en geen 83) artikelen kent komt door de (latere) opname van een nieuw artikel 81 inzake controlemechanismen.

Lange titels zijn verdeeld in *hoofdstukken* en deze zijn vaak weer verdeeld in *afdelingen*. Voorts zijn er twaalf bijlagen bijgevoegd, waaronder belangrijke wijzigingen in de lijsten van publiekrechtelijke instellingen, wijzigingen bij de technische specificaties in verband met opname van milieuaspecten en wijzigingen in de aankondigingen onder andere in verband met modernisering (het gebruik van elektronische communicatiemiddelen en nieuwe rechtsfiguren, zoals de ‘concurrentiegerichte dialoog’ (‘competitieve dialogue’). Er zijn veel detailwijzigingen en veel inhoudelijke vernieuwingen.

Met name met betrekking tot die nieuwe rechtsfiguren is het opmerkelijk, dat die ‘optioneel’ zijn voor de lidstaten; dat wil zeggen dat de

lidstaten deze nieuwe figuren al dan niet kunnen invoeren. Het betreft hier bijvoorbeeld artikel 11 (aankoopcentrales); artikel 29 (concurrentiegerichte dialoog); artikel 32 (raamovereenkomsten); artikel 33 (dynamische aankoopssystemen); artikel 54 (elektronische veilingen).

Ook elders in de versie van de Raad (en de richtlijn) zijn opties opengelaten (zoals artikel 45 in verband met criminaliteitsbestrijding op Europees niveau). Deze opties zijn uiteraard van uit een oogpunt van uniformiteit in Europa zeer te betreuren. Qua implementatiewetgeving kunnen er dus verschillen tussen de lidstaten ontstaan.

#### *Systematiek niet altijd even duidelijk*

Gezien het bovenstaande kan men zich de vraag stellen waarom een afzonderlijke titel gewijd wordt aan concessies voor werken en prijsvragen voor diensten. Had dit nu niet beter in een hoofdstuk gekund? Anderzijds is de tweede titel enorm lang uitgevallen. Had dit nu niet mooier kunnen worden ingedeeld? Soms is het een ware zoektocht. Zo worden de uitsluitingen bij diensten over verschillende artikelen uitgesmeerd terwijl de 'kopjes' anders suggereren [zie de artikelen 16 ('specifieke uitsluitingen') tot en met 18 en 20 tot en met 22 ('op overheidsopdrachten voor diensten toepasselijke regelingen')]. Wie dus bij die laatste zoekt, ziet mogelijk de eerdere artikelen over het hoofd.

Nog een voorbeeld: in artikel 3 blijkt het te gaan om verlening van bijzondere of exclusieve rechten aan een niet-aanbestedende dienst. Het artikel komt overeen met artikel 2, lid 2, van de huidige richtlijn leveringen. Waarom is dat artikel nu opgenomen in titel I dat gaat over definities en algemene beginselen. Daarentegen vindt men pas in artikel 18 het alleenrecht voor diensten gegeven aan een wèl-aanbestedende dienst; hetgeen overeenkomt met het huidige artikel 6 van de richtlijn diensten. Een gevaar is tevens dat geen begripsbepaling wordt gegeven van het begrip 'alleenrecht'. Dit leidt weer tot verschillende interpretaties in de lidstaten.

Een slechte systematiek ziet men ook bij de *drempelwaarden*. Weliswaar geeft artikel 7 'eenvoudiger' drempels (omdat alle waarden in Euro's en niet meer in SDR's worden aangegeven), doch er is geen verwijzing naar artikel 78 (twee jaarlijkse wijziging). In de praktijk blijkt nog steeds, dat niet een ieder van de juiste drempelwaarden op de hoogte is. Het is daarom ook niet juist, dat richtlijn 2004/18/EG nog

steeds oude drempels hanteert.<sup>32</sup> Overigens wordt ook bij concessies voor werken (artikel 56) en ‘gesubsidieerde’ opdrachten voor werken (artikel 8) een drempel van Euro 6.242.000 (thans dus Euro 5.923.624) gehanteerd. Voor die opdrachten, die niet onder het GPA vallen gelden thans nog lagere drempels. Het hanteren van een eenvormige drempelwaarde is natuurlijk ‘eenvoudiger’, doch in de toekomst kan men dus niet meer ‘herleiden’ wat wel en niet onder het GPA valt.

Artikel 9 behandelt de berekening van de drempelwaarden. In artikel 9, eerste lid, (tweede alinea) kan men wellicht een mogelijkheid lezen dat het is toegestaan een ‘algemene’ rekenvergoeding te geven, en dus niet alleen in de specifieke gevallen. Er is immers geen verwijzing te vinden naar artikel 29, achtste lid (betaling bij concurrentie gerichte dialoog) of artikel 67 (prijsvragen).

### *Definities*

In artikel 1 zijn 15 leden met definities opgenomen. Deze zijn (veelal tezamen met de 49 (thans in richtlijn 2004/18/EG: 51) overwegingen van groot belang voor de uitlegging van de richtlijn. Men zie bijvoorbeeld artikel 29: De concurrentiegerichte dialoog. In het gemeenschappelijk standpunt van 20 maart 2003 werd uitgewerkt wanneer deze mocht worden toegepast. In richtlijn 2004/18 staat dat deze afzonderlijke procedure alleen gebruikt mag worden voor ‘bijzonder complexe opdrachten’.

Wat daaronder verstaan moet worden vindt men in de nieuwe richtlijn in de definitiebepaling artikel 11, sub c, juncto considerans nummer 31 (waar overigens over ‘project’ in plaats van ‘opdracht’ wordt gesproken).

Soms staat er in artikel 1 meer dan één definitie per lid. Men moet daarbij onderscheid maken tussen geheel nieuwe - en geherformuleerde definities. Juist die geherformuleerde definities baren soms zorgen, omdat ze afwijken van de definities die wij thans kennen.

Een enkel voorbeeld: er is nu een algemene definitie van overheidsopdrachten opgenomen (artikel 1, tweede lid, onder a., waarna een onderverdeling volgt voor werken, leveringen en diensten). Wat opvalt dat in het geval van werken in de algemene definitie slechts gesproken wordt

---

<sup>32</sup> Dit is inmiddels hersteld door Verordening (EG) nr. 1874/2004, PbEU 2004, L 326/17, van 29 oktober 2004. Zie ook de Mededeling van de Commissie van 29 oktober 2004, PbEU 2004, C266/3 (drempelwaarden voor niet-Eurolanden).

over 'uitvoering', terwijl artikel 1, tweede lid, onder b, de ruimere definitie geeft die wij thans kennen. De definitie van een 'werk' wordt tevens in dit onderdeel opgenomen, waarbij met name opvalt, dat daaraan (anders dan thans) de 'civieltechnische' werken worden toegevoegd. In artikel 8 (gesubsidieerde opdrachten) wordt die definitie dan echter weer niet gebruikt en als het ware uiteengehaald. Ik geef toe het zijn details, doch die kunnen in de praktijk toch weer problemen op gaan leveren. In gevallen dat men niet precies kan aangeven of het om een werk, een levering of een dienst gaat, vindt men nu bij de definities de 'samenloop'-bepalingen.

Wat voorts opvalt is, dat de concessieovereenkomst voor diensten wordt gedefinieerd (artikel 1, vierde lid), doch deze vervolgens in artikel 17 van de werkingssfeer van de richtlijn wordt uitgesloten. 'L'art pour l'art' zou men kunnen zeggen. Nog een aardige. Nieuw is het begrip ondernemer (artikel 1, achtste lid, tweede zin) 'dat louter ter vereenvoudiging van de tekst wordt gebruikt'. Het komt in de plaats van de thans gebruikte termen aannemer, leverancier en dienstverlener'. De 'ondernemers' worden nader uitgewerkt in artikel 4. Op zich niets mis mee, doch waarom wordt dan in artikel 6 van richtlijn 2004/18 (waarin het over 'vertrouwelijkheid' gaat) weer gesproken over een 'economisch subject' (de term uit eerdere ontwerpen). Overigens wijkt dit artikel 6 af van de versie uit het gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 20 maart 2003.

Soms is het een 'zoekplaatje' binnen een artikel wat voor werken, respectievelijk leveringen of diensten geldt, bijvoorbeeld bij de onderhandelingsprocedures (artikelen 30 en 31). Zo is er bijvoorbeeld bij leveringen een uitbreiding van gevallen waarin men de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking mag toepassen (artikel 31, tweede lid, sub c en d). Men moet dan op zijn hoede zijn dit ook niet te willen toepassen bij diensten of werken. Te betreuren is dat, wederom, de onderhandelingsprocedures zelf niet werden uitgewerkt. Anders - en mijns inziens beter - het UAR-EG 1991 artikel 46 en verder. Daarbij komt dat in de richtlijn niet verwezen wordt naar de bekende 'antileur' verklaring van de Raad en Commissie uit 1993.<sup>33</sup> Een verbetering is wel artikel 40, vijfde lid, waarin is bepaald wat de uitnodiging tot onderhandeling moet bevatten.

---

<sup>33</sup> Pb.EG.L.111 van 30.4.1994,p. 114

### *‘Opleuken’ van aanbestedingsproces*

Het blijkt dat het aanbestedingsproces wordt ‘opgeleukt’ met een groot aantal milieu- en sociale bepalingen. Dat was ook de wens van het Parlement. Uiteraard zijn dit belangrijke onderwerpen, doch het is de vraag in hoeverre men het aanbestedingsproces, dat in wezen een aanschaffingsproces is, daarmee moet belasten. Immers het gevaar van directe- of indirecte discriminatie ligt daarbij op de loer. Men ziet dat eigenlijk door de gehele richtlijn heen rekening wordt gehouden met die aspecten. Zie bijvoorbeeld expliciet de ‘voorbehouden’ opdrachten voor onder andere sociale werkplaatsen (artikel 19) en de overname van de ‘Beentjesformule’ (artikel 26: het toepassen van ‘bijzondere voorwaarden’, die ‘met name’ verband kunnen houden met sociale of milieuoverwegingen). Maar men ziet het ook bij artikel 23 (technische specificaties en milieukeurmerken) of artikel 50 normen inzake milieubeheer bij selectie; of artikel 53 (inzake de gunning), waar overigens wel expliciet de milieukeurmerken worden genoemd, doch niet de sociale.

### *Wat bleef (voorlopig) liggen?*

Belangrijke onderwerpen werden niet ‘meegenomen’, zoals de nog steeds ‘hangende’ PPS problematiek. Daarover is thans (april 2004) een Groenboek verschenen alsmede een consultatieronde gestart.<sup>34</sup> Ook de problemen rond ‘in house’ diensten ( Teckalarrest; in Nederland ‘inbesteden’) werd uiteindelijk niet gecodificeerd. Soms is jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie niet verwerkt. Zo ontbreekt een vernieuwing van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling.’ De omvangrijke jurisprudentie daarover had daar volgens mij wel aanleiding toe gegeven.

De ‘onder en boven de drempel’ problematiek ( Telaustria-arrest en de kwestie Assen, waarover ook te vinden is in genoemd Groenboek) werd niet opgenomen. De Commissie is daarin halfslachtig. Enerzijds benadrukt zij de beginselen van het gemeenschapsrecht, zoals de transparantie, doch anderzijds wil zij niet de procedure aangeven die beneden de drempel gevolgd zou moeten of mogen worden.<sup>35</sup> Ook ontbreekt de Alcatel-problematiek. Inmiddels wordt dat meegenomen in de consultatieronde over de herziening van de zogeheten ‘rechtsmiddelen’ richtlijnen.

---

<sup>34</sup> Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM (2004) 327 def., 30 april 2004.

<sup>35</sup> Zie Advies van de Commissie d.d. 14 augustus 2003, COM/2003/0503 def- COD 2000/0115 sub 4.3.: door Commissie verworpen amendementen.

*Volgt richtlijn normale aanbestedingsproces?*

De richtlijn volgt beter dan de huidige richtlijnen het normale aanbestedingsproces. Dit geschiedt in een helaas heel lang onderdeel (titel II), de hoofdstukken V tot en met VII. Een ‘spoorboekje’ is het daarom nog niet geworden.

In Titel II, hoofdstuk V worden de procedures (artikelen 28 tot en met 34) behandeld. Het huidige artikel 9 van de richtlijn ‘Werken’ (bouwteam sociale woningbouw) is gelukkig behouden (artikel 34). Er is nu expliciet vermeld aan welke artikelen van de richtlijn men zich bij een dergelijk bouwteam moet houden. Dat zijn grosso modo artikel 2 (transparantie), de artikelen inzake de bekendmaking en die inzake de kwalitatieve selectie.

Hoofdstuk VI geeft regels voor bekendmaking en transparantie (artikelen 35 tot en met 43). Men vergelijk hierbij artikel 2 waar staat: *‘Aanbestedende diensten.... betrachten transparantie in hun handelen’*. In de Nederlandse tekst lijkt dit een inspanningsverplichting in te houden.

Hoofdstuk VII (artikelen 44 tot en met 55) behandelt het verloop van de procedure in het algemeen. Het is te betreuren dat artikel 44 (opschrift) spreekt over *‘controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten’*. Daarmee komt het onderscheid tussen selectie-eisen en gunningscriteria (hetgeen door het Hof van Justitie steeds wordt beklemtoond en in de praktijk nog steeds tot problemen leidt) niet duidelijk tot zijn recht. Er is vernieuwde aandacht voor de ‘kwalitatieve selectiecriteria’ (onder andere artikel 45: uitsluiting van ‘criminelen’, doch in beperkte mate. Vereist is veroordeling bij onherroepelijk vonnis én op beperkte gronden ( namelijk een viertal delicten op Europees niveau) en er is voorzien in een afwijkingmogelijkheid voor de lidstaten.

Er is vernieuwde aandacht voor kwaliteitsnormen (artikel 49), normen inzake milieubeheer (artikel 50) en de officiële lijsten van erkende ondernemingen en certificering (artikel 52). Reeds eerder wees ik op het grote belang van dergelijke lijsten,<sup>36</sup> omdat het de selectieproblematiek enorm zou vergemakkelijken. Bovendien zou men beter daarbij tevens de antecedentenonderzoeken (BIBOB) kunnen betrekken, dan thans gedurende het concrete aanbestedingstraject zelf.

---

<sup>36</sup> In: Enige hoofdzaken van de richtlijn ‘werken’ vergeleken met de richtlijn ‘uitgesloten sectoren’ en de interpretatieproblematiek daarbij, BR februari 1992, p. 90.

### *De gunning*

De gunningscriteria (artikel 53) blijven hetzelfde, dus: hetzij alleen de laagste prijs, hetzij de economisch voordeligste inschrijving.

Wat opvalt is dat men vrij vaak ook termen tegenkomt als ‘beste bod’ (artikel 30, tweede lid) of ‘beste inschrijving’ (artikel 32, vierde lid, sub d). Het gevaar van een te ruime beoordelingsmarge door de aanbestedende diensten ligt daarbij op de loer. Voorts valt in het gemeenschappelijk standpunt van de Raad op, dat het moet gaan om ‘voor de aanbestedende diensten’ economisch voordeligste inschrijving. Dit was evenwel niet opgenomen in artikel 53 van de Nederlandse tekst van de uiteindelijke richtlijn. Dit is inmiddels hersteld.<sup>37</sup>

De bepaling inzake de gunning op grond van de ‘economisch voordeligste’ aanbidding vermeld expliciet ‘milieukeurmerken’ en wordt aangescherpt. Van de subcriteria dient het ‘relatieve gewicht’ te worden aangegeven. Dit kan worden uitgedrukt in een marge met een ‘passend’ verschil tussen minimum en maximum. Mocht om ‘aantoonbare redenen’ geen weging mogelijk zijn, dan mag men de volgorde van belangrijkheid gebruiken. Er is dus, om met recente en terechte Nederlandse rechtspraak te spreken, wel ‘een zekere beoordelingsvrijheid bij de interpretatie en beoordeling van de aanbiddingen’,<sup>38</sup> doch deze is aan grenzen gebonden.

De gunningsbepaling wordt overigens gevolgd door artikel 54 inzake de elektronische veiling (die ‘optioneel’ door de lidstaten in te voeren is). De gedachte is: vóór gunning vindt nog een ‘veiling’ plaats; deze is zowel mogelijk bij het laagste prijscriterium, als bij het criterium van de economisch voordeligste aanbidding. Het is de vraag hoe dat laatste in de praktijk zal gaan. Een belangrijke vraag was of een veiling ook bij werken zou kunnen plaatsvinden? Een amendement van het Parlement meende van niet, doch de Commissie achtte een expliciete uitsluiting niet nodig. Zij verwijst daartoe naar het optionele karakter van de bepaling en de definitie in artikel 1, zevende lid, waaraan in de definitieve tekst van de richtlijn een tweede zin is toegevoegd, die daarop ziet (‘mag niet worden aangewend voor de aanbesteding van bepaalde

---

<sup>37</sup> Vergelijk het hierboven genoemde advies van de Commissie sub 4.3. ad amendementen 70 - 95. Deze omissie is hersteld met de Rectificatie van richtlijn 2004/18/EG van het secretariaat-generaal van de Raad in overeenstemming met het Europees Parlement en de Raad, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten van 5 oktober 2004, 11143/04 JUR 317 (Verbetering en aanvulling van de rectificatie van 22 april 2004, 8460/04 JUR 201).

<sup>38</sup> Hof Amsterdam, 2 mei 2002, KG, 2002, 155, sub 4.12 slot.

werken of diensten voor intellectuele prestaties, zoals het ontwerpen van bouwwerken’).

De kwestie van abnormaal lage inschrijvingen is geregeld in artikel 55. Er vindt een nadere uitwerking plaats en er wordt een duidelijke relatie gelegd met staatssteun.

#### *Beantwoording aan doelstellingen?*

Dat van een herschikking gesproken mag worden is duidelijk. Alleen al door het ineenschuiven van de drie bestaande richtlijnen voor werken, leveringen en diensten, is een nieuwe systematiek ontstaan.

Op modernisering (gebruik van elektronische middelen) wordt zeer sterk de nadruk gelegd: niet alleen wordt elektronisch tot gelijkwaardig met schriftelijk bestempeld,<sup>39</sup> maar tevens worden nieuwe (rechts)figuren ingevoerd zoals dynamische aankoopssystemen en elektronische veilingen. Wellicht is er daardoor onevenredig veel nadruk op ‘modernisering’ komen te liggen. Zorg nu eerst eens dat normale procedures goed lopen en bouw dan stapsgewijs uit. In verband met die ‘modernisering’ zijn er ook weer nieuwe modellen voor aankondigingen, waarvan sommigen (bijvoorbeeld het ‘kopersprofiel’) lacuneus zijn.

Of voldaan is aan de doelstelling van vereenvoudiging wens ik te betwijfelen. Ik zou er met ja en neen op willen antwoorden.

Gebruikersvriendelijkheid: ja, voor diegenen die huidige richtlijnen en achtergronden kennen. Voor nieuwkomers blijft het een vrij ondoordringbaar geheel. Bovendien moet men nu steeds bedacht zijn op specifieke bepalingen voor werken, diensten en leveringen.

Wat de flexibilisering betreft: ja, bijvoorbeeld concurrentiele dialoog als aparte procedure naast de (behouden) onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging in bepaalde gevallen, maar niet voldoende. Bijvoorbeeld het bouwteammodel (artikel 34) wordt nog steeds beperkt (vergelijk het huidige artikel 9 werken).

Mijn algemene indruk is: wij komen er wel weer uit maar met veel gesteggel! De wetgever die ingevolge de aanbevelingen van de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid een aanbestedingswet zal dienen te maken waarin de richtlijnen zullen worden geïmplementeerd wacht een schone taak. Een duidelijk juridisch kader is het wetgevend pakket niet geworden. Het voordeel in vergelijking tot de huidige richt-

---

<sup>39</sup> Zie overweging 33 gemeenschappelijk standpunt Raad; thans in de richtlijn overweging 35 en artikel 1, lid 12.

lijnen is wel de uitvoerige considerans en de mogelijkheid om de bedoeling van de Europese wetgever na te speuren vanwege de gepubliceerde opvattingen van Commissie, Parlement en Raad.

Toch lijkt mij een nieuwe 'handleiding' (of 'vademeccum') gewenst, ter vervanging van de oude handleidingen van de Commissie uit 1997. Ongetwijfeld zal er weer veel nieuwe rechtspraak ontstaan. Het handhavingsprobleem blijft groot punt, doch ook daar zijn inmiddels wijzigingen aangekondigd<sup>40</sup>.

Wel vraag ik mij af waarom er altijd weer een discussie over 'een handhavingsautoriteit' per lidstaat is. Waarom komt er geen handhavingsautoriteit (uiteraard anders dan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) op Europees niveau? Het zou de broodnodige uniformiteit in het Europese aanbestedingsrecht zeer ten goede komen.

---

<sup>40</sup> Zie de recente raadpleging van aanbestedende diensten 'vóór het begin van de procedure tot herziening van de richtlijnen betreffende beroepsmogelijkheden op het gebied van overheidsopdrachten'.

## Conciliatie of de bemiddelingsprocedure 'De Ins en Outs'

*Prof. dr L.W. Gormley* \*

### *Inleiding*

Corbett, Jacobs, en Shackleton schrijven dat '*Conciliation casts a backward shadow over the whole co-decision procedure*'.<sup>41</sup> Deze laatste fase in de onderhandelingen in de co-decisie procedure wordt niet als het automatische en enig mechanisme door de Raad en het Europees Parlement beschouwd om meningsverschillen over voorstellen voor nieuwe Europese regelgeving te beslechten.<sup>42</sup> Soms wordt alle moeite genomen om conciliatie te voorkomen. Dit gebeurt bijvoorbeeld als er voor het Gemeenschappelijk Standpunt maar een nipte meerderheid in de Raad is en hoewel dat Standpunt als niet ideaal wordt beschouwd, de bezwaren van het Parlement niet van een zodanige aard zijn dat zij amendementen rechtvaardigen.

### *Een gevreesd diersoort?*

Juridisch gezien is conciliatie een laatste stap om de partners in de co-decisie procedure (ofwel medebeslissingsprocedure) van artikel 251 EG op een lijn te brengen. De co-decisie procedure is de meest democratische van de verschillende besluitvormingsprocedures in het EG-verdrag. Het Europees Parlement heeft hierin de meeste invloed op communautaire regelgeving. Zij wordt steeds vaker gebruikt. Op dit moment zijn er 37 verdragsbepalingen die het gebruik van co-decisie eisen. In de parlementaire periode 1999-2004 (na de wijzigingen te Amsterdam en Nice) werden 403 co-decisie dossiers succesvol afge-

---

\* Prof. dr Laurence Gormley, MA, MSc, Barrister, is Hoogleraar Europees Recht en Jean Monnet Professor aan de Rijksuniversiteit Groningen (Jean Monnet Centre of Excellence). Hij is tevens Voorzitter van de NVvA. Deze bijdrage is een geactualiseerde versie van de in de najaarsvergadering van de NVvA gehouden presentatie, rekening houdende met de gevolgen van uitbreiding van de Euroese Unie op 1 mei 2004 en de verkiezingen van juni 2004.

<sup>41</sup> Corbett, Jacobs & Shackleton, *The European Parliament* (5th. Ed., John Harper, London, 2003) 193. Zie ook de Gemeenschappelijke Verklaring over praktische afspraken voor de nieuwe co-decisie procedure (PBEG 1999 C 148/1). Het Europees Parlement heeft een gids aan conciliatie en co-decisie gewijd. Deze is nog niet in het Nederlands beschikbaar, zie [http://www.europarl.eu.int/code/information/guide\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/code/information/guide_en.pdf).

<sup>42</sup> Ibidem.

sloten.<sup>43</sup> Dit is een forse stijging in vergelijking met 165 dossiers in de periode 1993-2004 (na Maastricht, toen maar 15 bepalingen die deze procedure gebruikten). Conciliatie (ofwel bemiddeling) wordt omschreven in artikel 251, leden 3 en volgende, EG. Om de conciliatie in het juiste perspectief te plaatsen is een kort overzicht van de co-decisie procedure nodig.

#### *De Co-decisie procedure*

De eerdere fases van de procedure zijn bepaald in artikel 251, lid 2, EG. De procedure begint met het vaststellen door de Commissie van een voorstel, dat bij het Europees Parlement en de Raad wordt ingediend. Als na eerste lezing van een voorstel in het Parlement de Raad alle voorgestelde amendementen van het Europees Parlement overneemt, of als het Parlement geen amendementen voorstelt, stelt de Raad het voorgestelde besluit vast; de verordening, richtlijn of besluit is daarmee totstandgekomen. Maar, als de Raad slechts enige of geen van de voorgestelde amendementen van het Europese Parlement overneemt, stelt de Raad zijn Gemeenschappelijk Standpunt vast en hij deelt dit mede aan het Europees Parlement, vergezeld van een uitleg door de Raad over waarom hij bepaalde voorgestelde amendementen niet heeft overgenomen; de Commissie maakt ook haar standpunt hierover bekend. Indien (normaliter) binnen 3 maanden het Parlement akkoord is gegaan met het Gemeenschappelijke Standpunt, of het heeft niet gereageerd, wordt het betrokken besluit geacht overeenkomstig het Gemeenschappelijk Standpunt te zijn aangenomen. Als het Parlement het Gemeenschappelijk Standpunt met absolute meerderheid verwerpt, wordt het voorgenomen besluit geacht te zijn verworpen. Einde verhaal.

Als het Parlement met absolute meerderheid van zijn leden amendementen voorstelt op het Gemeenschappelijk Standpunt, wordt de geamendeerde tekst toegezonden aan de Raad en aan de Commissie. De Commissie brengt advies over deze amendementen uit. Binnen gewoonlijk drie maanden kan de Raad al deze amendementen met gekwalificeerde meerderheid van stemmen goedkeuren; in dit geval wordt het besluit geacht te worden aangenomen in de vorm van het aldus geamendeerde Gemeenschappelijk Standpunt.

Als de Commissie een negatief advies heeft uitgebracht over de voorgestelde amendementen, moet de Raad met eenparigheid van stemmen daarover beslissen. Indien de Raad niet alle amendementen goedkeurt, roept de voorzitter van de Raad, in overeenstemming met de voorzitter van het Parlement, (normaliter) binnen zes weken het bemiddelingscomité bijeen. Deze termijnen kunnen met respectievelijk een maand en

---

<sup>43</sup> Waarvan 105 in 2003-2004 (Bron: EP gids *op. cit.*, p. 4).

twee weken worden verlengd op initiatief van het Parlement of de Raad.<sup>44</sup>

*Wie zit in het bemiddelingscomité?*

Het bemiddelingscomité bestaat uit leden van de Raad of hun vertegenwoordigers en een gelijk aantal vertegenwoordigers van het Parlement. Met nu 25 lidstaten betekent dit 25 vertegenwoordigers van de Raad en 25 van het Parlement. Het voorzitterschap wordt formeel gezien gedeeld, maar in de praktijk wordt het om de beurt door de leiders van de delegaties van de Raad en van het Parlement bekleed. Van de kant van de Raad neemt een minister van de lidstaat die het voorzitterschap van de Raad bekleedt de leiding. De overige leden zijn meestal de plaatsvervangend permanente vertegenwoordigers (Coreper I), behalve als het om een belangrijke conciliatie gaat. Dan ziet men een aantal andere ministers verschijnen.

Van de kant van het Parlement is de samenstelling van de delegatie aanzienlijk complexer. Drie van de Vice-voorzitters van het Parlement zijn permanente leden van elke conciliatie. De overige leden komen meestal van de voor het onderwerp verantwoordelijke comités, waaronder natuurlijk de voorzitter en de rapporteur van het comité die de hoofdverantwoordelijkheid voor de zaak in handen heeft. De parlementaire delegatie moet ook het politieke evenwicht van het Parlement weerspiegelen. Sinds de verkiezingen in juni 2004 is de samenstelling altijd:

- 10 leden van de fractie van de Europese Volkspartij (Christendemocraten) en Europese Democraten;
- 8 leden uit de fractie van de Partij van de Europese Sociaal-democraten;
- 3 leden uit de fractie van de Alliantie van Liberalen en Democraten voor Europa;
- 1 lid uit de fractie van de Groenen / Vrije Europese Alliantie;
- 1 lid uit de Confederale Fractie Europees Unitaire Links / Fractie Noords Groen Links;
- 1 lid uit de Fractie Onafhankelijkheid / Democratie;
- 1 lid uit de Fractie Unie voor een Europa van Nationale Staten.

Iedere groep draagt leden voor binnen het voor hun bestaande quotum, maar zij moeten rekening houden met de leden wier aanwezigheid *ex officio* is vereist. Bij voorbeeld, als de EVP-ED-groep de voorzitter en

---

<sup>44</sup> Artikel 251, zevende lid, EG.

de rapporteur van het verantwoordelijke comité en twee van de drie vaste voorzitters levert, heeft de groep maar nog zes plaatsen te vergeven. De permanente leden van de delegatie van het parlement spelen een sleutelrol: hun sterkte komt door hun constante deelname en zij kunnen verwijzen naar precedentes van eerdere conciliaties en ook op de meer horizontale vraagstukken letten, zoals ‘comitologie’. Om te verzekeren dat de aanwezigheid van de parlementaire delegatie nooit beneden sterkte is, worden ook 25 plaatsvervangende leden aangewezen. Een van de permanente leden functioneert als co-voorzitter van de conciliatie behalve als de president van het parlement zelf aanwezig is (wat zeer zeldzaam is). Het ligt in de bedoeling dat de andere leden van het parlement expertise met zich meebrengen over het onderwerp van de conciliatie: daarom zijn de meeste leden vanuit de leden van het verantwoordelijke comité in het Parlement gekozen, of vanuit een ander comité, dat zijn visie aan het verantwoordelijke comité heeft bekend gemaakt.

De paritaire aard van conciliatie wordt ook duidelijk gemaakt op de manier van voorzitterschap in de praktijk: gelijkwaardigheid en om de beurt. Als een conciliatie van een onderwerp wordt voorgezeten in een vergaderzaal van de Raad, wordt de volgende conciliatie voorgezeten door het Parlement in de gebouwen van het Parlement. Een tweede bijeenkomst over hetzelfde onderwerp zal ook worden voorgezeten door de co-voorzitter die de eerste bijeenkomst niet heeft voorgezeten.

#### *Hoe ziet de procedure er uit?*<sup>45</sup>

Vroeger, tijdens de eerste bemiddelingen, zaten de twee delegaties recht tegenover elkaar, maar tegenwoordig zitten beide voorzitters naast elkaar met de delegaties respectievelijk links en rechts; de commissie zit er tussen in. De bedoeling hiervan is om het duidelijk te maken dat men samen een comité vormt met gelijke verantwoordelijkheden van alle leden.

Het zal geen verassing zijn dat onderhandelingen met 25 mensen aan elke kant van de tafel onpraktisch zijn. Daarbij komt het feit dat van de kant van de Raad elke deelnemer een of twee ambtenaren bij zich heeft, terwijl de delegatie vanuit het Parlement ook een reeks adviseurs heeft. Daarnaast is er een vertegenwoordiging van de Commissie. Dit betekent dat er soms 150 mensen in de zaal kunnen zijn als het bemiddelingscomité in voltallige zitting bijeenkomt.

---

<sup>45</sup> De volgende omschrijving is ontleend aan de omschrijving in Corbett, Jacobs & Schakleton, *op. cit.*, p. 190-191, met aanpassingen en aanvullingen op basis van de informatie in het EP gids, *op. cit.*

In de praktijk vinden vooraf contacten plaats tussen de vertegenwoordigers van het parlement (meestal de voorzitter of de rapporteur van het verantwoordelijke comité) en het voorzitterschap van de Raad. De commissie is daarbij ook aanwezig. Deze bijeenkomsten noemt men een 'trialoog'. Zij vormen nu een essentieel deel van het bemiddelingsproces, omdat beide partners in meer vrijheid kunnen onderhandelen op zoek naar een compromis dan in volle zitting mogelijk is. Volle zittingen van het bemiddelingscomité nemen veel tijd in beslag. Vooral omdat zij vaak moeten worden onderbroken om de twee delegaties tijd te geven zich intern te beraden over de aanvaardbaarheid van tijdens de zitting voorgestelde compromissen.

Iedere delegatie houdt ook voorbereidende vergaderingen. In die van het Parlement doet de voorzitter van het comité verslag over de gang van contacten met het voorzitterschap van de Raad. Er vindt ook bespreking plaats over de te volgen strategie in het bemiddelingscomité.

De typische gang van zaken ziet er als volgt uit:

- De Raad deelt het Parlement mee, dat het niet kan instemmen met de voorgestelde amendementen en dus begint de bemiddelingsprocedure.
- De vertegenwoordiging van het parlement wordt gekozen en houdt een eerste voorbereidingszitting om haar strategie te bespreken en een onderhandelingsmandaat te geven aan de voorzitter of de rapporteur van het verantwoordelijke comité voor hun informele contacten met het voorzitterschap van Raad.<sup>46</sup>
- Een informele bijeenkomst wordt gehouden tussen de co-voorzitter vanuit het Parlement of de rapporteur en het voorzitterschap van de Raad op niveau van de permanente vertegenwoordiger. Hier wordt de verschillen in de standpunten van het Parlement en de Raad onder de loep genomen, 'non-papers' met mogelijke compromisvoorstellen worden uitgewisseld.
- Dan vindt een voltallige zitting van het bemiddelingscomité plaats met bij voorbeeld de volgende tijdsplanning:  
16.00 bijeenkomst van de delegatie van het Parlement;  
17.00 uur trialoog tussen de leiders van de drie deelnemers;  
17.30 uur volle zitting van het bemiddelingscomité;  
18.30 aparte bijeenkomsten van elke delegatie om de nieuwe aanbiedingen onder de loep te nemen;

---

<sup>46</sup> Deze bijeenkomst heet in het Engels de 'constituent meeting' van het comité.

19.30 uur hervatting van de volle zitting om een bereikte overeenstemming goed te keuren, of om vast te stellen dat er geen overeenstemming is bereikt en een datum voor een nieuwe bijeenkomst binnen de termijn vast te stellen.<sup>47</sup>

Bij elke bemiddeling dient overeenstemming te zijn bereikt binnen een termijn van 6 weken. Op initiatief van één van de partners kan deze termijn echter worden verlengd tot 8 weken. Om op de meest effectieve wijze gebruik te maken van de beschikbare tijd, worden de bijeenkomsten formeel bijeengeroepen op dezelfde dag als de eerste bijeenkomst (hoewel een aankondiging altijd vooraf wordt toegestuurd).

Is er eenmaal overeenstemming bereikt in het bemiddelingscomité, wordt de gemeenschappelijke ontwerptekst gecontroleerd door de juristen-taalspecialisten. Als de ontwerptekst is vastgesteld, wordt de tekst voorgelegd aan het Parlement en de Raad voor goedkeuring. Deze hebben 6 weken (dat kan tot 8 weken worden verlengd) om een besluit te nemen. Het Parlement beslist met een absolute meerderheid van stemmen; de Raad met gekwalificeerde meerderheid van de stemmen. Als één van de twee instellingen het voorgestelde besluit niet binnen de gestelde termijn goedkeurt, wordt het voorstel geacht niet te zijn aangenomen.

Als het bemiddelingscomité geen gemeenschappelijke ontwerptekst vaststelt, wordt het voorgestelde besluit geacht niet te zijn aangenomen. Sinds de inwerkingtreding van de wijzigingen door de Verdragen van Amsterdam en Nice, hebben de bemiddelingscomités echter tot nu toe altijd overeenstemming bereikt.

Uit het bovenstaande wordt duidelijk dat het cruciaal is om overeenstemming te bereiken over een tekst waar vooral de achterban in het Parlement achter kan gaan staan. Omdat de deelnemers in bemiddeling van de kant van de Raad een veel kortere lijn hebben, is de kans groot dat de Raad zal instemmen met de gemeenschappelijke ontwerptekst. In het Parlement is er nog altijd een reële kans dat de gemeenschappelijke ontwerptekst het niet zal halen in de plenaire stemming. Dat gebeurt niet vaak: in de parlementaire periode 1999-2004 werd in 86 dossiers overeenstemming in het bemiddelingscomité bereikt. In maar 2 gevallen keurde de plenaire zitting van het Europees Parlement de tekst niet goed. In het geval er door verschillende groepen van de ontevreden europarlementariërs - hoewel zij misschien vanuit

---

<sup>47</sup> Het kan ook gebeuren dat de onderhandelingen tot diep in de nacht doorgaan, met meerdere trialogen en bijeenkomsten van de individuele delegaties tussendoor.

verschillende redenen ontevreden zijn - wél een coalitie wordt gevormd, kan het mis gaan met de resultaten van bemiddeling.

*Bemiddeling bij het 'wetgevend pakket'*

Bij de bemiddeling over het 'wetgevend pakket' lagen de hoofdproblemen bij de sociale en milieucriteria. Er waren ook andere punten die een rol speelden in beide voorstellen: toezichtmechanismen; naleving van algemene beginselen van aanbesteding, zowel onder als boven de drempels; beperkingen op het gebruik van elektronische veilingen; het bevorderen van het gebruik van elektronische handtekeningen, en toegankelijkheid voor gehandicapten. Bovendien voor de klassieke sectoren werd overeenstemming bereikt over de volgende punten: het gebruik van niet-prijs gerelateerde criteria voor de aankoop van schoolboeken in de lidstaten waar nog een nationale vaste prijs voor schoolboeken geldt en de verplichting op de aanbestedende dienst om alle details aan te geven van de diensten (internetsites en dergelijke) waar informatie kon worden gevonden over het algemene wet- en regelkader over belastingen, milieubescherming, werknemersbescherming en arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn in de plaats van uitvoering van de overeenkomst. Voor de nutssectoren was er ook aandacht voor maatregelen tegen sociale dumping en voor een tijdlimiet voor de bekendmaking van beslissingen over toelating tot een kwalificatiesysteem.

Het bemiddelingscomité kwam twee keer bijeen, op 4 november en 2 december 2003. Overeenstemming over een gemeenschappelijke ontwerptekst werd op 2 december 2003 bereikt. De delegatie vanuit het Parlement stemde in met 12 stemmen vóór en 2 stemmen tegen.<sup>48</sup> Op 9 december stelden de co-voorzitters van het bemiddelingscomité vast, dat de gemeenschappelijke ontwerptekst werd goedgekeurd.<sup>49</sup> De bemiddeling kwam binnen tijd rond. Op 29 januari 2004 ging het Europees Parlement met het gemeenschappelijke ontwerptekst akkoord. Op 2 februari 2004 ging ook de Raad hiermee akkoord. De Richtlijnen 2004/17 (nutssectoren) en 2004/18 (klassieke sectoren) werden op 31 maart door de voorzitter van het Parlement en de voorzitter van de Raad te Straatsburg ondertekend.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Zie de verslagen over de bemiddeling: PE 297.633 (A5-0007/2004) over de klassieke sectoren en PE 287.634 (A5-0008/2004) over de nutssectoren (beide van 21 januari 2004). Toen waren er alléén 15 lidstaten. Daarmee was het comité kleiner dan nu het geval zou zijn.

<sup>49</sup> Volgens Alinea III.8 van de Gemeenschappelijke Verklaring over praktische afspraken voor de nieuwe co-decisie procedure (PBEG 1999 C 148/1).

<sup>50</sup> Zie Richtlijn 2004/17/EG, PbEU, 2004 L 134/1 en Richtlijn 2004/18/EG, PbEU 2004, L 134/114.