



## **Werkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012**

### **Rapportage deelwerkgroep 1 Noviteiten AW 2012**

Definitieve versie d.d. 30 november 2014

Leden deelwerkgroep 1:

- Mevrouw V.C.H.M. Broeders
- De heer H.J. van der Horst
- De heer J.S.O. den Houting
- De heer S.G. Kaai
- De heer J.W.H. Raadgever
- Mevrouw A. Schepers
- De heer B. Schumacher 'Beginselen en Uitgangspunten'
- De heer F.J.M. Spaapen
- De heer E.J. Stoffels
- De heer K. van de Water

Trekkers deelwerkgroep 1:

- De heer J.M. Hebly
- Mevrouw P. Heemskerk

## INHOUDSOPGAVE

	INLEIDING
1	Definities
2	Beginselen en uitgangpunten
3	Algemene bepalingen / Nationaal
4	Procedurele aspecten
5	Elektronisch aankondigen en aanbesteden
6	Eigen verklaring en gedragsverklaring aanbesteden
7	Uitsluiting / selectie
8	Gunning
9	Rechtsbescherming

## **INLEIDING**

### **Stelling:**

De Aanbestedingswet 2012 heeft een aantal noviteiten geïntroduceerd.

### **Vraag:**

Zouden deze bij de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen gehandhaafd moeten worden?

## **1. INLEIDING**

Op 28 maart 2014 is Richtlijn 2014/24/EU *betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van de Richtlijn 2004/18/EG* ('de Richtlijn') in werking getreden. Nederland heeft twee jaar de tijd om deze Richtlijn in nationale wetgeving te implementeren. Dat impliceert dat de op 1 april 2013 in werking getreden Aanbestedingswet 2012 toe is aan haar eerste revisie. De wetgever heeft niet alleen de taak de Richtlijn adequaat in de Aanbestedingswet in te voegen, maar heeft daarnaast ook de kans om de ervaringen die met de Aw 2012 zijn opgedaan in de actualiseringslag mee te nemen.

De Nederlandse Vereniging van Aanbestedingsrecht wenst een bijdrage te leveren aan de voorliggende taak tot implementatie en er aan bij te dragen dat bij het vervullen van die taak mogelijkheden tot verbetering niet onbenut worden gelaten. Daartoe heeft de NVvA een werkgroep in het leven geroepen, die de Minister (ongevraagd) zal voorzien van gegevens en zienswijzen. Deelwerkgroep 1 heeft zich gericht op het identificeren van de noviteiten die de Aw 2012 ten opzichte van de Richtlijn 2004/18 heeft geïntroduceerd,<sup>1</sup> en zich de vraag gesteld of die noviteiten kunnen en moeten worden gehandhaafd. Hiertoe heeft de deelwerkgroep deze noviteiten geïnventarieerd en gerubriceerd in negen onderwerpen. Deze negen onderwerpen zijn vervolgens steeds door één lid of twee leden van de deelwerkgroep becommentarieerd. De commentaren zijn redactioneel bewerkt door de beide 'trekkers' van de deelwerkgroep. De eindtekst is het resultaat van de werkzaamheden van de deelwerkgroep als geheel.

Elk deeladvies bevat per onderwerp een inleiding met verwijzing naar de relevante wetsartikelen en de noviteiten in de Aw 2012 ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG. Aan de hand van de totstandkominggeschiedenis van die artikelen en de tot op heden opgedane ervaring (ook waar de ervaring heeft geresulteerd in belangwekkende jurisprudentie) worden nut en noodzaak van die noviteiten besproken, hetgeen uitmond in een beschouwing van de vraag of de betreffende noviteit in de herzieningslag van de Aw 2012 kan en moet worden gehandhaafd.

---

<sup>1</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Bij het uitvoeren van haar taak is een aantal zaken de deelwerkgroep in het bijzonder opgevallen.

In de eerste plaats zullen gelijktijdig met de Richtlijn ook de Richtlijnen 2014/23 *betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten* en 2015/25 *betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren van water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG* moeten worden geïmplementeerd. Daarnaast behoeft de implementatiewetgeving van Richtlijn 2009/81 *betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied* naar verwachting de nodige aanpassing. Het ligt in de rede om deze drie Richtlijnen in één ronde in de Aw 2012 te verdisconteren teneinde het aanbestedingsrecht te concentreren en gemakkelijk toegankelijk te houden.

Hoewel de implementatie van de Richtlijn de wetgever op zichzelf niet dwingt tot het uitvoeren van breder ingegeven herzieningswerkzaamheden, biedt het de wetgever daartoe wel een uitgelezen kans. De deelwerkgroep heeft in dat verband geconstateerd dat op een aantal terreinen nog mogelijkheden voor de wetgever liggen om uitwerking te geven aan begrippen uit de Richtlijn die geen communautaire betekenis (lijken te) hebben en die derhalve naar nationaal recht moeten worden ingevuld.<sup>2</sup> Hierbij kan acht worden geslagen op richtinggevende bepalingen inzake dergelijke begrippen in bijvoorbeeld de considerans van de Richtlijn.<sup>3</sup>

Op andere terreinen heeft de wetgever zich juist niet onbetuigd gelaten en door middel van een aantal artikelen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG uitgewerkte bepalingen in de Aw 2012 opgenomen. Te denken valt aan afdeling 1.2.3 ter zake nationale aanbestedingen. De wetgever heeft ervoor gekozen een aparte afdeling aan dit type aanbestedingen te wijten. De inhoud van de afdeling is voor aanbestedende diensten echter niet altijd duidelijk of gemakkelijk toepasbaar. Het organiseren van een rechtmatige aanbesteding wordt voor aanbesteders dan te meer een uitdaging, waar nationale jurisprudentie zich niet steeds even goed verhoudt tot Europese jurisprudentie.<sup>4</sup>

Juist waar de wetgever op sommige terreinen kiest voor een zeker abstractieniveau, is naar het oordeel van de deelwerkgroep de Gids Proportionaliteit een belangrijke noviteit die behouden zou moeten blijven. In die Gids wordt ten aanzien van een groot aantal deelonderwerpen een concrete invulling gegeven van meer abstracte leerstukken. Doordat sprake is van *comply or explain* is de

---

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld het begrip 'ernstige fout', zoals aan de orde in: Hof Den Haag 3 september 2013, 200.126.056/01 (*Valys*) (n.n.g) en HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*).

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld voor het begrip ernstige fout, Overweging 39.

<sup>4</sup> Te denken valt aan de vraag in welke gevallen sprake is van een 'grensoverschrijdend belang' dat het organiseren van een passende mate van openbaarheid vereist. Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 8 oktober 2008, LJN: BF7031, Hof Den Bosch 23 juni 2009, 8 december 2009 en 1 maart 2011 in zaak HD 200.018.435 (n.n.g); Hoge Raad 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543; HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*), HvJ EU 14 november 2013, C-388/12 en Gerecht EU 29 mei 2013, zaak T 384/10. Zie tevens Commissie van Aanbestedingsexperts 27 januari 2014, advies nr. 48.

Gids nergens knellend. Aanbesteders die daarvan immers willen afwijken, kunnen dat doen zolang zij een dergelijke afwijking maar adequaat en transparant motiveren. In de Gids Proportionaliteit is onder meer ook uitwerking gegeven aan het streven om zo veel mogelijk het gunningcriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te hanteren.<sup>5</sup> Dat heeft tot discussies op het scheidsvlak van de gunningcriteria laagste prijs en economisch meest voordelige inschrijving geleid, die voor de wetgever aanleiding zouden kunnen zijn nadere sturing te geven.<sup>6</sup>

De Richtlijn 2014/24/EU kent voorts een aantal noviteiten die aanleiding vormen de Aanbestedingswet 2012 aan te passen. Naast meer in het oog springende wijzigingen zoals de introductie van nieuwe procedures<sup>7</sup> en de legitimatie van de publiek-publieke samenwerking<sup>8</sup> bevat de Richtlijn ook een aantal minder evidente nieuwigheden, zoals de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om zelf – voorafgaand aan de gunning - onderzoek te doen naar de toepasselijkheid van uitsluitinggronden.<sup>9</sup> Deze voorzetten zouden niet onbenut moeten worden gelaten.

Rechtsbescherming wordt in Nederland met name geboden in kort geding. Voorzieningenrechtters treffen uitsluitend voorlopige ordemaatregelen. Daarvoor is vereist dat met een zekere mate van evidentie kan worden vastgesteld dat in een mogelijke bodemprocedure de klagende partij in het gelijk wordt gesteld. Dat maakt voorzieningenrechtters in hun beoordeling soms terughoudend, welke terughoudendheid verder kan worden gevoed door de omstandigheid dat zij dikwijls niet deskundig zijn op de terreinen waarop zij worden geadieerd. De vraag rijst of een dergelijke terughoudendheid past bij de door de Rechtsbeschermingrichtlijn verlangde rechtsbescherming waarbij een gegadigde op adequate en doeltreffende wijze beroep moet kunnen instellen tegen de handelwijze van een aanbestedende dienst.<sup>10</sup>

Een stap in de goede richting kan worden gezet met de oprichting van een onafhankelijke aanbestedingsautoriteit. Voor het instellen van een dergelijke autoriteit zijn in de Richtlijn 2014/24/EU diverse argumenten te vinden. Allereerst wordt in de considerans van de Richtlijn overwogen dat op basis van uitgevoerde evaluaties nog ruimte bestaat voor verbetering bij de toepassing van het Aanbestedingsrecht.<sup>11</sup> Lidstaten krijgen de verplichting te voorzien in deugdelijk toezicht, waarvan de resultaten regelmatig openbaar moeten worden gemaakt zodat daaruit lering kan worden getrokken<sup>12</sup>. In de tweede plaats wordt in Overweging 122 van de Richtlijn 2014/24/EU aangegeven dat *alle* burgers als belastingbetalers een rechtmatig belang hebben bij deugdelijke aanbestedingsprocedures. Dat impliceert dat ook zij de mogelijkheid moeten hebben om, los van de bestaande beroepsprocedures, mogelijke schendingen van het aanbestedingsrecht te melden aan

<sup>5</sup> Vgl. artikel 67, lid 1, Richtlijn 2014/24.

<sup>6</sup> Vgl. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454 en Rb. Gelderland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493.

<sup>7</sup> Zoals het Innovatiepartnerschap in artikel 31 Richtlijn.

<sup>8</sup> Zie artikel 12 lid 4 van de Richtlijn.

<sup>9</sup> Overweging 85.

<sup>10</sup> Zie artikel 1, lid 1, Richtlijn 2007/66 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007.

<sup>11</sup> Vgl. Overweging 121.

<sup>12</sup> In deze taak wordt nu door PIANOO voorzien; het is evenwel de vraag of dit het door de Richtlijn bedoelde toezicht betreft.

een bevoegde autoriteit of instantie die ook doeltreffende maatregelen kan treffen.<sup>13</sup> Voorts geldt dat het MKB tot deelname aan aanbestedingen moet worden gestimuleerd, hetgeen in nauwe samenwerking met de Europese Commissie door een toezichthouder moet worden bewaakt<sup>14</sup>. Tot slot is in artikel 83 van de Richtlijn de mogelijkheid een Aanbestedingsautoriteit te introduceren geëxpliciteerd.

Een deel van de bezwaren tegen uitsluitende rechtsbescherming in kort geding is overigens bij de introductie van de Aanbestedingswet 2012 ondervangen door de sinds 1 april 2013 fungerende Commissie van Aanbestedingsexperts. Deze Commissie – die een relatief lange opstartperiode achter de rug heeft waarin zij betrekkelijk weinig is ingeschakeld – bestaat uit juristen en materie-deskundigen. Juist die deskundigen kunnen een waardevolle bijdrage leveren aan het daadwerkelijk ten gronde beoordelen van geschillen tussen aanbesteders en inschrijvers. Een drempel voor het benaderen van de Commissie van Aanbestedingsexperts is echter dat zij bezwaren niet ontvankelijk verklaart indien de zaak al onder de rechter is, terwijl noch het indienen van een klacht bij de Commissie noch een beslissing naar aanleiding van de klacht schorsende werking heeft voor de aanbestedingsprocedure of de geldende Alcateltermijn. De wetgever zou daarin aanleiding kunnen vinden het systeem van rechtsbescherming nog eens kritisch te beschouwen, aangezien de voorzieningenrechter in die fase dan toch de facto de enige blijft die het geschil beoordeelt.

De leden en trekkers van deelwerkgroep 1 geven de wetgever hun aanbevelingen gaarne ter serieuze overweging mee.

Leden deelwerkgroep 1:

- Mevrouw V.C.H.M. Broeders
- De heer H.J. van der Horst
- De heer J.S.O. den Houting
- De heer S.G. Kaai
- De heer J.W.H. Raadgever
- Mevrouw A. Schepers
- De heer B. Schumacher 'Beginselen en Uitgangspunten'
- De heer F.J.M. Spaapen
- De heer E.J. Stoffels
- De heer K. van de Water

Trekkers deelwerkgroep 1:

- De heer J.M. Hebly
- Mevrouw P. Heemskerk

---

<sup>13</sup> Dat maakt inschakeling van de nationale Ombudsman minder voor de hand liggend, gegeven de noodzaak zo nodig snel te interveniëren.

<sup>14</sup> Overweging 125.

## Definities

(H.J. van der Horst)

### 1. Inleiding

De Aanbestedingswet 2012 kent zo'n 40 definities, die weliswaar op alfabetische volgorde zijn geordend maar ongenummerd zijn, hetgeen verwijzingen lastig maakt. Daarnaast staan in diverse artikelen van de wet verspreid ook nog definities, bijvoorbeeld het begrip 'bijzonder complexe opdracht'. Voorts zijn begrippen niet nader gedefinieerd zoals 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' of 'erkende organisatie'. Diverse definities in de AW 2012 wijken af van de definities van de aanbestedingsrichtlijnen. Tot slot roepen de definities van bijzondere rechten en uitsluitende rechten de nodige vragen op.

Uit oogpunt van rechtszekerheid en betrouwbaarheid is het essentieel dat aanbestedingsrechtelijke begrippen duidelijk en eenduidig worden gedefinieerd. Begrippen moeten worden gedefinieerd wanneer zij niet in het woordenboek zijn te vinden of een speciale betekenis hebben in de context van het inkoop- en aanbestedingsproces. Onzorgvuldig definiëren van begrippen leidt niet zelden tot eindeloze discussies of – erger - tot conflicten. Zo heeft de definitie 'aanbestedingsstukken' geleid tot een onbegrijpelijk advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat de Nota van inlichtingen *niet* tot de aanbestedingsstukken moet worden gerekend (Advies 53, 24 januari 2014). Dat dit wel zo is, volgt bijvoorbeeld uit 'de (aloude) praktijk' en uit artikel 2.13.2 ARW 2012 (de Nota van inlichtingen kan het bestek (een aanbestedingsstuk) immers aanvullen of wijzigen). Een juiste definiëring van een en ander had de discussie (kunnen) voorkomen.

Eerst is onderzocht welke begrippen niet eenduidig, onjuist of niet conform de aanbestedingsrichtlijnen zijn geformuleerd. Verder is nagegaan welke definities ontbreken. Bijzondere aandacht is besteed aan de begrippen bijzondere en uitsluitende rechten, daar beide begrippen in zowel de AW 2012 als in de richtlijnen niet eenduidig zijn geformuleerd.

Tot slot constateren wij een storende omissie met betrekking tot de werkingssfeer van Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012.



## 1. Onjuiste / onvolledige definities

Definities Aw 2012	RL 2004/18 RL 2004/17	RL 2014 /24	Opmerkingen
aanbestedingsstukken: alle documenten in een aanbestedingsprocedure die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de procedure zijn gebracht		„aanbestedingsstukken“: alle stukken die door de aanbestedende dienst worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van onderdelen van de aanbesteding of de procedure, met inbegrip van de aankondiging van opdracht, de vooraankondiging indien deze wordt gebruikt als oproep tot mededinging, de technische specificaties, het beschrijvende document, de voorgestelde contractvoorwaarden, formaten voor de aanbidding van documenten door gegadigden en inschrijvers, informatie over algemeen toepasselijke verplichtingen en alle aanvullende documenten	Definitie richtlijn 2014/24 is nauwkeuriger.
aankoopcentrale: een aanbestedende dienst die voor aanbestedende diensten onderscheidenlijk speciale-sectorbedrijven bestemde leveringen of diensten verwerft of opdrachten plaatst met betrekking tot voor aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven bestemde werken, leveringen of diensten	Art. 1 lid 10 Een „aankoopcentrale” is een aanbestedende dienst die: — voor aanbestedende diensten bestemde leveringen en/of diensten verwerft of — overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot voor aanbestedende diensten bestemde werken, leveringen of diensten.	„aankoopcentrale”: aanbestedende dienst die gecentraliseerde aankoopactiviteiten en eventueel aanvullende aankoopactiviteiten verricht;	Terecht maakt RL 2004/18 een onderscheid tussen de overheidsopdracht en de raamovereenkomst. Zie ook de opmerking bij definitie overheidsopdracht

<b>Definities Aw 2012</b>	<b>RL 2004/18 RL 2004/17</b>	<b>RL 2014 /24</b>	<b>Opmerkingen</b>
aannemer: een ieder die de uitvoering van werken op de markt aanbiedt; <i>dienstverlener</i> : een ieder die diensten op de markt aanbiedt; leverancier: een ieder die producten op de markt aanbiedt	De termen „aannemer”, „leverancier” of „dienstverlener” omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt	Niet (meer) gedefinieerd. Valt onder het 'containerbegrip' ondernemer; art. 2 lid 10	Definitie Aw is niet volledig. Definitie art. 2.10 RL 2014 is vollediger. Maar definitie art. 1 lid 8 RL 2004/18/EG is ook duidelijk.
Bijzonder en uitsluitend recht			Zie § 4
		Art.1 leden 1 en 2 Onderscheid centrale overheidsinstanties en decentraal aanbestedende diensten	Een verduidelijking is nuttig.
overheidsbedrijf: een bedrijf waarop een aanbestedende dienst rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kan uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften	RL 2004/18 Kent het begrip overheidsbedrijf niet RL2004/17. „overheidsbedrijf”: bedrijf waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften. Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van	Art. 4. Lid 2 RL 2014/25 „Overheidsonderneming”: onderneming waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelname of de op de onderneming van toepassing zijnde voorschriften Het vermoeden van overheersende invloed bestaat in een van de volgende gevallen wanneer een aanbestedende dienst,	Definitie valt deels samen met de omschrijving in art. 3.25 Aw. Definitie RL 2004/17 is volledig. Wellicht aansluiting zoeken met art. 25g Mededingingswet: a) een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke

	<p>een bedrijf:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten, of</li> <li>- over de meerderheid van de stemmen beschikken die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden, of</li> <li>- meer dan de helft van de leden van het bestuur, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van de onderneming kunnen aanwijzen.</li> </ul>	<p>direct of indirect:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van het bedrijf bezit;</li> <li>b) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikt;</li> <li>c) meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van het bedrijf kan aanwijzen.</li> </ul>	<p>rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen;</p> <p>b) een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt.</p> <p>Art. 1.2 Aw opnemen bij de definitie overheidsbedrijf.</p>
<b>Definities Aw 2012</b>	<b>RL 2004/18 RL 2004/17</b>	<b>RL 2014 /24</b>	<b>Opmerkingen</b>
overheidsopdracht: een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst;			<p>Een raamovereenkomst is geen overheidsopdracht. Een raamovereenkomst kan leiden tot een overheidsopdracht. Zie art. 2 lid 14.b RL 2014/24</p> <p>Art. 33 lid 2 RL</p> <p>Opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst, worden gegund volgens de in dit lid en de leden 3 en 4 voorgeschreven procedures.</p> <p>In dezelfde zin ook art. 2.139 Aw.</p> <p>Zie ook Rb Den Haag 27 okt. 2010, r.o 5.10</p> <p>Artikel 1 onder n Bao bepaalt dat onder een raamovereenkomst moet worden</p>

			<p>verstaan: “een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen”. Daarmee onderscheidt een raamovereenkomst zich van een overheidsopdracht in de zin van artikel 28 Bao, waarvoor geen beperking in de looptijd geldt. Zo'n overeenkomst ziet op een overheidsopdracht die tot werkelijke prestaties verplicht. Een raamovereenkomst daarentegen bevat enkel afspraken over toekomstige, mogelijk nog te verlenen, opdrachten (Pijnacker Hordijk e.a., vierde druk, pag. 84) Zie Van Romburgh, diss. 2005, blz. 122: de bezwarende titel ontbreekt.</p>
Overheidsopdracht voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die a. Uitsluitend betrekking heeft op het verrichten van in bijlage II van richtlijn nr. 2004/18/EG			<p>Bijlage II RI 2004/18 is vervangen door Bijlage VI en VII van Verordening 213/2008. De definitie van de overheidsopdracht voor diensten moet met RL 2014/24 overigens toch op de schop. Het onderscheid tussen II A en II B diensten komt te vervallen.</p>

aangewezen diensten			Overigens lijkt een fout in RL 2014/24 (art. 2 lid 9) te staan:  „overheidsopdrachten voor diensten”: overheidsopdrachten die betrekking hebben op het verlenen van andere diensten dan die bedoeld in punt 6. De verwijzing naar ‘punt 6’ is onbegrijpelijk
overheidsopdracht voor werken: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op: a. De uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken in het kader van in bijlage I van richtlijn nr. 2004/18/EG aangewezen werkzaamheden, b de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk, of c. Het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.			Bijlage I RL 2004/18 is vervangen door Bijlage V van Verordening 213/2008. Suggestie: definitie van werk na deze definitie vermelden, teneinde de toegankelijkheid te vergroten. Zie art. 2 lid 6 en 7 RL 2014/24.
Raamovereenkomst: een schriftelijke overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en een	Een „raamovereenkomst” is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel	Art. 33 Een raamovereenkomst is een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer ondernemers met	Definitie van de richtlijn 2014/24/EU is nauwkeuriger. Art. 33 RL 2014/24/EU geeft duidelijk aan dat wanneer sprake is van over-

of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten of speciale sectoropdrachten vast te leggen	gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.	het doel voor een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen, met name wat de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid betreft	eenstemming over de voorwaarden de opdracht kan worden gegund. Kortom een raamovereenkomst impliceert dat er nog geen bezwarende titel is. Zie opmerkingen bij overheidsopdracht. Zie ook Handleiding Overheidsopdrachten Diensten: kent een gelijk luidende toelichting (blz.13) en Europese Commissie, <i>Explanatory Note, Framework Agreements – Classic Directive, 2005.</i>
---	--	---	--

## 2. Ontbrekende definities in artikel 1.1.

Ontbrekende definitie	RL 2004/18	RL 2014/24	Opmerkingen
Bestuursorgaan			In de definities van bijzonder recht en uitsluitend recht wordt in art. 1.1 verwezen naar bestuursorgaan zonder dat bestuursorgaan is gedefinieerd. Suggestie: definitie Algemene wet bestuursrecht.
Bijzonder complexe opdracht			Definitie op basis van art. 26 lid 4 RL 2014/24?
CPV	De „Gemeenschappelijke Woordenlijst Overheidsopdrachten”, hierna CPV (Common Procurement Vocabulary) genoemd, verwijst naar de op overheidsopdrachten toepasselijke referentienomenclatuur als	Niet gedefinieerd wel genoemd onder meer in art 23 RL 2014/24	Deze definitie ontbreekt in Aw 2012. Als rechtvaardiging voor deze omissie wordt verwezen naar de Richtlijn 2009/81 (defensie en veiligheidsopdrachten). Zie MvT, blz. 118.

	<p>vastgesteld bij Verordening (EG) nr. 2195/2002, en zorgt voor overeenstemming met de overige bestaande nomenclaturen.</p> <p>In geval van uiteenlopende interpretaties betreffende het toepassingsgebied van deze richtlijn als gevolg van mogelijke discrepanties tussen de CPV-nomenclatuur en de in bijlage I bedoelde NACE-nomenclatuur, of tussen de CPV-nomenclatuur en de in bijlage II bedoelde nomenclatuur van de centrale productclassificatie (CPC) (voorlopige versie), zijn respectievelijk de NACE-nomenclatuur of de CPC-nomenclatuur van toepassing</p>		<p>Krachtens artikel XXIII van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van 15 april 1994 (GPA) (Trb. 1994, 235) zijn defensie- en veiligheidsopdrachten van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18 uitgezonderd. Artikelen 1, leden 1, 3 en 5, artikel 30 lid 1, onderdeel a, artikel 66 en artikel 69 lid 2, onderdeel a Richtlijn 200/81 (defensie- en veiligheidsopdrachten) verwijzen expliciet naar de CPV-nomenclatuur.</p> <p>Kortom, een onjuiste redenering.</p> <p>Prioriteitsregeling kan achterwege blijven, daar richtlijn 2014/24 geen CPC meer kent. Daarbij vragen wij ons af hoe de 'afschaffing' van de CPC zich verhoudt met GPA?</p>
Erkende organisatie wordt in meerdere bepalingen genoemd: art. 2.77, 2.95, 2.79	Gedefinieerd in art. 23 lid 7 Richtlijn 2004/18/EG	Niet in Richtlijn 2014/24/EU	Definitie opnemen ARW: erkende organisatie: een testlaboratorium, een ijklaboratorium of inspectie- of certificatieorganisatie die voldoet aan de toepasselijke Europese normen
Europese normen, Europese technische goedkeuringen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatieinstellingen opgestelde technische referentiesystemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van producten.	In Bijlage VI gedefinieerd		Is niet gedefinieerd, begrippen komen wel in Aw 2012 voor. Zie onder meer art. 2.76. Bijlage VI opnemen of de definities in de wet opnemen.
Kopersprofiel			Geen toegevoegde waarde.

<p>Maatschappelijke waarde</p>		<p>Amendement Koppejan  Het doel van de wetgeving wordt als beginsel gecodificeerd. Op dit moment ontbreekt het aan een duidelijk doel in de wet ten aanzien van het zoveel mogelijk maatschappelijke waarde creëren voor de uitgave van publieke middelen. Met ruim € 100 miljard aan jaarlijkse uitgaven waarop de AW 2012 van toepassing is, is sprake van een groot maatschappelijk belang om deze publieke middelen zo goed mogelijk te besteden waardoor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde wordt gecreëerd. Voorbeelden in andere landen laten zien dat hier met gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbestedingen, belangrijke besparingen zijn te realiseren voor de overheid</p> <p>Rb Noord-Nederland 25 okt 2013/r.o. 4.3  Daarbij stelt de voorzieningenrechter het volgende voorop. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 1.4 lid 2 AW 2012, zoals door de Drentse gemeenten aangehaald, komt naar voren dat voormelde bepaling ertoe strekt dat aanbestedende diensten streven naar een zo goed mogelijke c.q. de beste prijs-kwaliteitverhouding binnen het beschikbare (en veelal beperkte overheids-) budget. Alsdan wordt zo veel mogelijk maatschappelijke waarde gecreëerd.</p> <p>Onderwerp wordt verder door de werkgroep 'nationaal / algemeen' behandeld.</p>
--------------------------------	--	---



Verbonden onderneming		<p>Art. 29 RL 2014/25</p> <p>1. In dit artikel wordt onder „verbonden onderneming” verstaan elke onderneming waarvan de jaarrekening geconsolideerd is met die van de aanbestedende instantie overeenkomstig de voorschriften van Richtlijn 2013/34/EU.</p> <p>2. Indien het instanties betreft die volgens Richtlijn 2013/34/EU niet onder die richtlijn vallen, wordt onder „verbonden onderneming” verstaan, elke onderneming die:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) al dan niet rechtstreeks onderworpen kan zijn aan een overheersende invloed van de aanbestedende instantie;</li><li>b) die een overheersende invloed op de aanbestedende instantie kan uitoefenen, of</li><li>c) die gezamenlijk met de aanbestedende instantie aan de overheersende invloed van een andere onderneming is onderworpen uit hoofde van eigendom, financiële deelname of de op de onderneming van toepassing zijnde voorschriften.</li></ul> <p>Voor de toepassing van dit lid heeft „overheersende invloed” dezelfde betekenis als in</p>	<p>Definitie art. 29 RL 2014/25</p> <p>Zie ook opmerking bij overheidsopdracht</p>
-----------------------	--	---	--

		<p>artikel 4, lid 2, tweede alinea.</p> <p>3. Niettegenstaande artikel 28 en mits aan de voorwaarden van lid 4 van dit artikel wordt voldaan, is deze richtlijn niet van toepassing op opdrachten:</p> <p>a) die een aanbestedende instantie aan een met hem verbonden onderneming gunt;</p> <p>b) die een gezamenlijke onderneming, uitsluitend bestaande uit meerdere aanbestedende instanties, voor de uitoefening van de in de artikelen 8 tot en met 14 bedoelde activiteiten aan een met een van deze aanbestedende instanties verbonden onderneming gunt.</p>	
--	--	--	--

## Kanttekeningen

- Definieer een begrip alleen wanneer het noodzakelijk is (begrip komt meerdere keren voor);
- Definieer begrippen wanneer het woordenboek geen uitsluitel geeft of wanneer het een specifieke betekenis heeft in het kader van het inkoop- en aanbestedingsproces;
- Hanteer de definities van de richtlijnen. Voorkomt misverstanden en begrippen sluiten aan op jurisprudentie van het EU Hof. Afwijkingen alleen wanneer daar een goede reden voor is.
- Definities Aanbestedingswet 2012 en ARW moeten identiek zijn.
- Matig gebruik van definities: enerzijds hoeft de lezer zich niet voortdurend af te vragen of een woord een bijzondere betekenis gekregen heeft in een definitie; anderzijds is hij niet genoodzaakt zijn literatuur te onderbreken en terug te keren naar het begin van de tekst om de betekenis van een woord na te gaan;
- Nummer de definitie (lid XX, onderdeel ...), zodat eenvoudig naar een definitie kan worden verwezen.

## **2. Bijzondere rechten, uitsluitende rechten en alleenrechten**

### **2.1. Inleiding**

De gedefinieerde begrippen *uitsluitende* en *bijzondere rechten* worden als begrippen naast elkaar gebruikt zonder dat specifiek wordt aangegeven of sprake is van een bijzonder recht dan wel een uitsluitend recht. Voorts constateren wij dat volgens de definities bijzondere en uitsluitende rechten betrekking hebben op ondernemingen, terwijl uit de context van de desbetreffende bepalingen blijkt dat zij ook betrekking kunnen hebben op uitsluitende rechten die aan overheden (aanbestedende diensten) zijn verleend ( art. 2.24, sub b Aw) en op intellectuele rechten (art. 2.32 sub b Aw). Tot slot constateerden wij storende vertaalfouten in Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2004/17/EG.

### **2.2. Definitie**

Art. 1.1 Aw definieert bijzonder en uitsluitend recht als volgt:

*bijzonder recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied:*

*a. het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt,*

b. *verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aange-  
wezen, of*

c. *op een andere wijze dan volgens deze criteria aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen voordelen worden toegekend, waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen dezelfde om-  
standigheden uit te oefenen;*

*uitsluitend recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursor-  
gaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt  
voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een  
activiteit uit te oefenen.*

In de Memorie van Toelichting (blz. 43) lezen wij de volgende toelichting op beide defini-  
ties:

*“Beide richtlijnen bevatten de begrippen bijzonder en uitsluitend recht. Artikel 2, derde lid,  
van richtlijn nr. 2004/17/EG bevat een omschrijving, artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG  
noemt deze begrippen. De in dit wetsvoorstel opgenomen omschrijving stemt overeen met  
die van artikel 25a, onderdelen b en c, van de Mededingingswet. Dit artikel geeft uitvoe-  
ring aan richtlijn nr. 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkin-  
gen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PbEG L 195, ook wel de transparantierichtlijn  
genaamd). De begripsomschrijving in beide richtlijnen komt in grote mate overeen. Aan-  
nemelijk is dat, mede gelet op het feit dat deze begrippen afkomstig zijn uit artikel 106,  
eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, daarmee het-  
zelfde wordt beoogd. Uit een oogpunt van eenheid van terminologie in Nederlandse wet-  
geving is daarom in dit wetsvoorstel aangesloten bij de omschrijving in de Mededingings-  
wet. Bijzondere of uitsluitende rechten kunnen op diverse wijzen van overheidswege  
worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot  
een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan. Van een uitsluitend recht  
is sprake als een bepaalde dienst of activiteit in een bepaalde regio door één onderne-  
ming mag worden verricht. Bij bijzondere rechten is sprake van een op voorhand beperkt  
aantal ondernemingen waarbij dat beperkte recht wordt verleend overeenkomstig hetgeen  
in de begripsomschrijving van bijzonder recht wordt bepaald. Van een bijzonder recht is  
dus geen sprake bij rechten waarvoor alle ondernemingen die aan bepaalde kwalificaties  
voldoen, in aanmerking komen.”*

#### Kanttekeningen

Uit de verwijzing naar art. 25a, onderdelen b en c Mededingingswet blijkt dat het bijzonde-  
re en uitsluitende rechten betreft die (uitsluitend) aan *ondernemingen* worden verleend.  
Terwijl art. 2.24 sub b Aw juist betrekking heeft op uitsluitende rechten die aan *aanbeste-  
dende diensten* zijn verleend!

De begrippen bijzondere en uitsluitende rechten vinden hun oorsprong in Richtlijn  
2004/17/EG. Uit overweging 25 van Richtlijn (en artikel 3) 2004/17/EG blijkt namelijk dat

bijzondere of uitsluitende rechten betrekking hebben activiteiten van nutsbedrijven (speciale sectorbedrijven) en niet op de klassieke overheid:

*“Het begrip bijzondere of uitsluitende rechten moet passend gedefinieerd worden. De definitie heeft tot gevolg dat het feit dat een dienst met het oog op de aanleg van netwerken of haven- of luchthavenfaciliteiten gebruik mag maken van een procedure voor de onteigening of het gebruik van eigendom, of faciliteiten mag installeren op, over of onder openbaar eigendom, als zodanig geen bijzonder of uitsluitend recht vormt in de zin van deze richtlijn. Ook het feit dat een dienst drinkwater, elektriciteit, gas of warmte levert aan een netwerk dat zelf geëxploiteerd wordt door een dienst waaraan door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, vormt als zodanig geen bijzonder of uitsluitend recht in de zin van deze richtlijn. Ook rechten die in enige vorm, ook via concessieovereenkomsten, door een lidstaat aan een beperkt aantal ondernemingen zijn toegekend op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria die eenieder die daaraan voldoet de mogelijkheid bieden van deze rechten gebruik te maken, kunnen niet worden aangemerkt als bijzondere of uitsluitende rechten.”*

Richtlijn 2004/18/EG en Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 kennen het gedefinieerde begrip uitsluitend en bijzonder recht als zodanig niet, anders dan dat een bijzonder of uitsluitend recht om openbare diensten te verrichten non-discriminatoir aan een natuurlijk of rechtspersoon, die zelf geen aanbestedende dienst is, dient te worden verleend.<sup>15</sup> Zie artikel 3 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2.10 Aw.

Het begrip ‘*uitsluitend recht*’ zonder de toevoeging van ‘*of een bijzonder recht*’ vinden wij in Deel 2 van de AW 2012 op twee plaatsen: intra-publieke opdrachten (art. 2.24, sub b) en voor een gerechtvaardigd beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking art. 2.32, sub b. In beide gevallen betreft het hier een ander *uitsluitend recht* dan in art. 1.1 is gedefinieerd. Het begrip een bijzonder recht blijft verder buiten beschouwing, daar het niet als een gelijkwaardig begrip van een uitsluitend recht in Deel 2 voorkomt.

### **2.3. Intra-publieke opdrachten**

Met intra-publieke opdrachten bedoelen wij dat de ene aanbestedende dienst een opdracht verstrekt aan een andere aanbestedende dienst. Art. 2.24 sub a Aw stelt dat bij dergelijke opdrachtverleningen aan een drietal cumulatieve voorwaarden moet worden voldaan, willen zij buiten het Europese aanbestedingsregime vallen:

- a. de opdrachtnemende partij is een aanbestedende dienst;
- b. er is sprake van een ‘*uitsluitend recht*’ en
- c. het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met VWEU.

Art. 18 Richtlijn 2004/18/EG stelt de volgende cumulatieve voorwaarden

---

<sup>15</sup> Wel in de zin uitsluitend het recht het werk en de dienst te exploiteren; art. 1 leden 3 en 4 Richtlijn 2004/18/EG. Idem dito art. 1 lid 3, sub a en b Richtlijn 2004/17.

- a. de opdrachtnemende partij is een aanbestedende dienst;
- b. er dient sprake te zijn van een ‘*alleenrecht*’ dat uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is verstrekt en;
- c. de bepalingen moeten verenigbaar zijn met VWEU

Art. 2.24 sub b Aw 2012 hanteert hier ten onrechte het begrip ‘*uitsluitend recht*’, daar uitsluitend rechten betrekking hebben op rechten die zijn verleend aan ondernemingen. Gelet op het bepaalde in art. 25a Mededingingswet vallen overheden (aanbestedende diensten) hier buiten. Ten onrechte hanteert art. 18 Richtlijn 2004/18/EG het begrip ‘*alleenrecht*’. Zoals wij hierna zullen zien omvat het begrip alleenrecht ook intellectuele eigendomsrechten. Daarvan is hier geen sprake. De Franse tekst van artikel 18 hanteert dan ook het begrip *droit exclusif* en de Duitse tekst *ausschließlichen Recht*.

#### 2.4. Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking

Het begrip ‘*uitsluitende recht(en)*’ komen wij ook weer in de Aanbestedingswet 2012 tegen, maar dan in een andere context, en wel als voorwaarde voor een gerechtvaardigd beroep op de onderhandelingsprocedure: art. 2.32, sub b. Aw:

*[...] de overheidsopdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van ‘uitsluitende rechten’ slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd.*

In de MvT (blz. 65) lezen wij de volgende toelichting:

*“Ten aanzien van de uitzondering voor uitsluitende rechten, tevens genoemd in artikel 2.32, onderdeel b, van deze wet, is naar aanleiding van de uitspraak van het Hof inzake Commissie/Spanje (HvJEG van 3 mei 1994, Commissie/Spanje, zaak C-328/92, Jur. 1994, blz. I-01569) duidelijk geworden dat hiervoor niet voldoende is dat de betrokken levering of de betrokken dienst door een uitsluitend recht, zoals een octrooi wordt beschermd, maar dat de aanbestedende dienst ook moet bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kunnen worden vervaardigd of geleverd, respectievelijk slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens het Hof alleen worden voldaan met betrekking tot die producten en specialiteiten waarvoor op de markt geen concurrentie plaats vindt.”*

Hieruit blijkt dat ‘*uitsluitende rechten*’ ook betrekking kunnen hebben op *intellectuele eigendomsrechten* (bijvoorbeeld een octrooi). Het begrip *uitsluitende rechten* stemt derhalve niet overeen met de definitie uitsluitend recht als verwoord in art. 1.1 Aw 2012. Het gedefinieerde begrip uitsluitend recht heeft immers betrekking op een exclusief recht dat is gebaseerd op een wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan dat is verleend aan (een) onderneming(en) voor een bepaald geografisch gebied. Art. 31 lid 1, sub b Richtlijn 2004/18/EG hanteert het begrip ‘*alleenrecht*’. Dit begrip stemt overeen met het Franse begrip ‘*droits d’exclusivité*’ en het Duitse begrip *Ausschließlichkeitsrechten* als vermeld in artikel 31 lid 1, onderdeel b Richtlijn 2004/18. De begrippen alleenrecht, *droits d’exclusivité* en *Ausschließlichkeitsrechten* omvatten ook intellectuele eigendomsrechten.

Zie in dit verband ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys, Aanbestedingsrecht, 2009, blz. 207.

Art. 32 lid 2, onderdeel b, iii Richtlijn 2014/24/EU hanteert het juiste begrip: '*uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele eigendomsrechten*'. Franstalige versie: de *droits d'exclusivité, notamment de droit propriété intellectuelle*'. Om onbegrijpelijke redenen hanteert de Duitse versie het meervoudige begrip "*ausschließlichen Rechten*".<sup>16</sup>

## 2.5. Aanbevelingen

- (i) De definitie bijzonder recht heeft betrekking op situaties waarin nutsbedrijven het recht hebben bepaalde activiteiten in een geografisch afgebakend gebied te ontplooiën. De definitie bijzondere rechten zal zich dan ook moeten beperken tot Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012.
- (ii) Gelet op het feit dat de begrippen uitsluitend en bijzonder recht als gelijkwaardige begrippen worden gebruikt (zie overweging 25 Richtlijn 2004/17/EG) zou onze suggestie zijn bijzonder recht te definiëren in de bewoording van het uitsluitend recht.
- (iii) In art. 24, onderdeel a, de tekst van artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG volgen en het begrip alleenrecht vervangen door 'recht'. Daarbij merken wij op dat art. 11 Richtlijn 2014/24/EU hier wel het begrip alleenrecht hanteert, maar het begrip is nader omschreven.
- (iv) Voor wat betreft art. 31, onderdeel b Aw is onze suggestie het begrip *uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele- eigendomsrechten* van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijnen 2014/24/EU (artikel 32 lid 2, onderdeel b, iii) en 2014/25 (artikel 50, onderdeel c, iii) te hanteren.
- (v) Bij het opstellen van de Nieuwe aanbestedingswet op basis van Richtlijn 2014/24/EU en Richtlijn 2014/25/EU is het aan te bevelen dat de Franstalige teksten van de beide richtlijnen worden geraadpleegd.

## 3. Werkingssfeer

Artikel 2.23 en artikel 2.24 (Deel 2), artikel 3.22, artikel 3.23, artikel 3.24 en artikel 3.25 (Deel 3) sommen een aantal typen opdrachten op dat is uitgesloten van de EU aanbestedingsplicht. Deel 1 kent geen bepaling die dergelijke opdrachten uitsluit van de nationale aanbestedingsplicht. Het gevolg van deze omissie is dat de in artikelen 2.23, 2.24, 3.22, 3.23, 3.24 en 3.25 Aw 2012 opgesomde opdrachten met een waarde beneden de drempels conform het nationale aanbestedingsregime (Deel 1) moeten worden 'behandeld' en/of in het voorkomend geval (worden) aanbesteed.

---

<sup>16</sup> Art. 11 Richtlijn 2014/24/EU (art. 18 Richtlijn 2004/18/EG) gebruikt het enkelvoudige begrip 'ausschließlichen Recht'.

Merkwaardig is de ambtelijke oekaze om door middel van de “Circulaire voor procedures Aanbestedingswet 2012 onder drempelwaarde” van 14 augustus 2013 de AW 2012 op dit onderdeel te repareren.<sup>17</sup>

Aanbeveling: opdrachten als vermeld in de artikelen 2.23, 2.24, 3.22, 3.23, 3.24 en 3.25 Aw 2012 ook van het nationale aanbestedingsregime uit te sluiten.

---

<sup>17</sup> <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/circulaires/2013/08/26/grensbedragen-voor-procedures-aanbestedingswet-2012-onder-de-drempelwaarde.html>



# Beginnelsen en uitgangspunten

(B. Schumacher)

## 1. Algemene inleiding

De wet van 1 november 2012 houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen ('Aanbestedingswet 2012') heeft een aantal noviteiten geïntroduceerd. Vanwege de inwerkingtreding van aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU ('Nieuwe aanbestedingsrichtlijn') is aan deelwerkgroep 1 van de werkgroep evaluatie Aanbestedingswet 2012 gevraagd of deze noviteiten bij de implementatie van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn gehandhaafd dienen te worden.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de noviteiten ten aanzien van de beginselen en uitgangspunten en de Gids Proportionaliteit. Daarbij wordt achtereenvolgens stilgestaan bij (i) het grensoverschrijdend belang, (ii) uitgangspunten voor nationale aanbestedingen en de meervoudig onderhandse procedure, (iii) de invoering van het proportionaliteitsbeginsel als algemeen aanbestedingsbeginsel en (iv) de Gids Proportionaliteit.

## 2. Grensoverschrijdend belang

### 2.1. *Wettekst*

Artikel 1.7 sub b en c Aanbestedingswet 2012 luiden als volgt:

De bepalingen in deze afdeling gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij:

(...)

b. het plaatsen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, het sluiten van een concessieovereenkomst voor openbare werken of het uitschrijven van een prijsvraag met een duidelijk grensoverschrijdend belang die uitsluitend op grond van het bepaalde in de artikelen 2.1 tot en met 2.8 of de artikelen 3.8 en 3.9 niet onder het toepassingsbereik van deel 2 onderscheidenlijk deel 3 van deze wet valt;

c. het sluiten van een concessieovereenkomst voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

### 2.2. *Achtergrond*

De beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie die voortvloeien uit het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie (VWEU) zijn vertaald in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en daardoor van toepassing op alle overheidsopdrachten boven de Europese drempel. In afdeling 1.2.2 (artikel 1.8 t/m 1.10) van de Aanbestedingswet 2012 heeft de wetgever voormelde aanbestedingsbeginselen opgenomen. Blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) werken deze beginselen echter ook door en zijn deze van toepassing op overheidsopdrachten die buiten het toepassingsbereik vallen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar die als gevolg van een duidelijk grensoverschrijdend belang een Europese dimensie hebben.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 4. Zie HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (*An Post*), HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*), HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06 (*SECAP*) en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*).

### **2.3. Evaluatie**

Anders dan in het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) heeft de wetgever er voor gekozen om de jurisprudentie van het HvJ EU ten aanzien van opdrachten met een duidelijk overschrijdend belang te codificeren in artikel 1.7 sub b en c Aanbestedingswet 2012.<sup>2</sup> Echter, de Aanbestedingswet 2012 bevat geen definitie van het begrip *duidelijk grensoverschrijdend belang*.

De wetgever volstaat in de Memorie van Toelichting (MVT) met een verwijzing naar de arresten van het HvJ EU en de daarin opgenomen criteria en spreekt de verwachting uit dat het HvJ EU in toekomstige arresten meer duidelijkheid zal geven over dit begrip.<sup>3</sup> Hoewel de wetgever mogelijk een kans heeft laten liggen door het duidelijk grensoverschrijdend belang niet te definiëren, heeft de wetgever er ons inziens goed aan gedaan daar geen concrete invulling aan te geven. Uit recente jurisprudentie van het HvJ EU blijkt immers dat dit begrip nog steeds in ontwikkeling is.<sup>4</sup>

### **2.4. Handhaven mogelijk?**

In de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn zijn – logischerwijs – geen voorschriften opgenomen hoe moet worden omgegaan met overheidsopdrachten die buiten de aanbestedingsrichtlijn(en) vallen, maar wegens een duidelijk grensoverschrijdend belang wel een Europese dimensie hebben. Dit is ook begrijpelijk, omdat de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn deze situatie (in beginsel) niet beoogt te regelen. Het HvJ EU koppelt het grensoverschrijdend belang immers niet aan de aanbestedingsbeginselen voortvloeiend uit de aanbestedingsrichtlijnen, maar aan de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag (thans: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) die de overheidsopdracht raken als het grensoverschrijdend belang de interne markt kan beïnvloeden.<sup>5</sup>

De Nederlandse wetgever gaat met de codificatie van de jurisprudentie van het HvJ EU een stap verder dan de Europese wetgever door ook een overheidsopdracht die buiten het bereik van de aanbestedingsrichtlijn valt onder de Aanbestedingswet 2012 te laten vallen. Het is lidstaten toegestaan om zwaardere normen vast te stellen zolang deze niet in de weg staan aan een effectieve implementatie van een richtlijn en/of nakoming van de Europese verplichtingen.

### **2.5. Handhaven wenselijk?**

Door het grensoverschrijdend belang op te nemen in de Aanbestedingswet 2012 geeft de wetgever duidelijk aan dat een aanbestedende dienst bij het kiezen van de meest geëigende procedure tevens de mogelijkheid van buitenlandse interesse dient te beschouwen. Daardoor is codificatie van de jurisprudentie van het HvJ EU van toegevoegde waarde.

## **3. Uitgangspunten voor nationale en meervoudig onderhandse procedures**

### **3.1. Wetttekst**

Artikel 1.12 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

---

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 14 en 15.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 49 en 50.

<sup>4</sup> HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*).

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, pagina 49 t/m 51.

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze.
2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf handelt transparant.

Artikel 1.13 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
  - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
  - b. de uitsluitingsgronden;
  - c. de inhoud van de geschiktheidseisen;
  - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
  - e. de te stellen termijnen;
  - f. de gunningscriteria;
  - g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
  - h. de voorwaarden van de overeenkomst.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.
5. De voordracht voor een krachtens het derde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd. De voordracht wordt gedaan door Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in overeenstemming met Onze Minister of Ministers wie het mede aangaat.

Artikel 1.15 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of speciale sectorbedrijf behandelt de inschrijvers op gelijke wijze.
2. De aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf, bedoeld in het eerste lid, deelt aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee

Artikel 1.16 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in ieder geval acht op:
  - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;

- b. de te stellen termijnen;
  - c. de met de inschrijving verbonden kosten;
  - d. de voorwaarden van de overeenkomst.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.
5. De voordracht voor een krachtens het derde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd. De voordracht wordt gedaan door Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in overeenstemming met Onze Minister of Ministers wie het mede aangaat.

### **3.2. Achtergrond**

De jaarlijkse inkoop door de overheid bestaat voor het grootste deel uit opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen en tevens geen duidelijk grensoverschrijdend belang hebben. De wetgever heeft ervoor gekozen om de overheid op grond van de afdelingen 1.2.3 en 1.2.4 Aanbestedingswet 2012 ook te verplichten tot het naleven van de beginselen van transparantie, gelijkheid (nondiscriminatie) en proportionaliteit bij opdrachten zonder Europese dimensie, indien de betreffende aanbestedende dienst een nationale aanbesteding of meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure houdt. Hiermee beoogt de wetgever voor genoemde procedures een gelijk speelveld te creëren, waarbij sprake is van een transparant proces waarin ondernemers gelijk behandeld worden alsmede een verbetering van de toegang tot aanbestedingen voor ondernemingen.<sup>6</sup> Daarmee heeft de wetgever tegemoet willen komen aan de behoefte van marktpartijen om ook in gevallen van niet verplichte aanbestedingen een duidelijk en eenvormig kader te hebben.<sup>7</sup> Tevens dragen deze uitgangspunten voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarde bij aan een verbetering van de naleving van de aanbestedingsregels.<sup>8</sup>

Om een onevenredige toename aan lasten of een beperking van de ruimte van aanbestedende diensten om maatwerk toe te passen te voorkomen, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de reikwijdte van transparantie en gelijkheid bij toepassing van opdrachten zonder Europese dimensie beperkter te maken. De invulling van de uitgangspunten en beginselen verschillen derhalve naar gelang de gekozen procedure.<sup>9</sup>

### **3.3. Evaluatie**

Blijkens de Nota van Wijziging d.d. 28 maart 2011 zijn de Europese beginselen een inspiratie geweest om een aantal uitgangspunten te formuleren voor niet-Europese aanbestedingen. Door dit onderscheid heeft de wetgever willen benadrukken dat het niet de bedoe-

---

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 4, p. 8 en 9.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 14.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 10, p. 24-30.

<sup>9</sup> *Handelingen II* 2011/2012 nr. 49 item 4, p. 13 en item 7, p. 43.

ling is dat de Europese beginselen als zodanig en de jurisprudentie van het HvJ EU daarentrent onverkort van toepassing zijn op niet-Europese aanbestedingen.<sup>10</sup> De wetgever heeft daarom – kennelijk – een onderscheid aangebracht tussen ‘beginselen’ en ‘uitgangspunten’.

Voor invoering van de Aanbestedingswet 2012 was een aanbestedende dienst op grond van artikel 2 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), in geval van een overheidsopdracht die binnen het bereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen viel, gehouden om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen alsmede transparant te handelen. Deze algemene beginselen van aanbestedingsrecht werden ook door rechters via de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de precontractuele redelijkheid en billijkheid van toepassing verklaard bij nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures. Met de invoering van de uitgangspunten bij opdrachten zonder een Europese dimensie in aanvulling op de beginselen heeft de wetgever vrijwillig een wettelijk kader geboden dat aansluit op de huidige stand van de jurisprudentie. Op grond van de huidige nationale jurisprudentie dient een aanbestedende dienst bij nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen immers de beginselen van transparantie, gelijkheid en non-discriminatie in acht nemen op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Blijkens voormelde Nota van Wijziging doen de uitgangspunten uit de Aanbestedingswet 2012 niet af aan de gelding van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.) en de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Laatstgenoemde normen geven echter geen concrete gedragsvoorschriften, terwijl de uitgangspunten dat wel doen.<sup>11</sup>

Ons inziens is onduidelijk hoe de beginselen en uitgangspunten uit de Aanbestedingswet 2012 en de a.b.b.b./precontractuele redelijkheid en billijkheid zich tot elkaar verhouden. Ook uit de nationale jurisprudentie in het jaar 2013, waarbij de rechter diende te oordelen over de toepasselijkheid van de uitgangspunten bij meervoudig onderhandse aanbestedingen, blijkt namelijk dat rechters het onderscheid tussen beginselen en uitgangspunten in de praktijk niet (altijd) maken. Rechters overwegen namelijk in voorkomende gevallen dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht onverkort van toepassing zijn, zonder daarbij onderscheid te maken tussen beginselen of uitgangspunten. In sommige uitspraken wordt zelfs teruggevallen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of de precontractuele redelijkheid en billijkheid om algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing te laten zijn.<sup>12</sup> De toekomst zal uitwijzen of in de (hogere) jurisprudentie nog een duidelijk(er) onderscheid tussen de beginselen en uitgangspunten gemaakt zal worden.

De uitgangspunten als genoemd in de afdelingen 1.2.3 en 1.2.4 Aanbestedingswet 2012 zijn slechts van toepassing als ertoe wordt besloten om een nationale of meervoudig onderhandse aanbesteding te houden. Daardoor behouden aanbestedende diensten de ruimte om te kiezen voor een onderhandse procedure, zij het dat daartoe op objectieve

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 13-15.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 15.

<sup>12</sup> M.J. Mutsaers e.a., 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie aanbestedingsrecht 2013', *TA* 2014/2, p. 61 en 62.

gronden besloten moet worden en op verzoek van een ondernemer de motivering daarvan dient te worden geleverd.<sup>13</sup> Als echter wordt gekozen om een nationale of meervoudig onderhandse procedure te starten, dan dient de aanbestedende dienst vervolgens wel de in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitgangspunten in acht te nemen. Deze beginselen hebben beperktere werking dan in geval van een Europese aanbestedingsprocedure in die zin dat bij de nationale en meervoudig onderhandse procedure op een andere wijze invulling wordt gegeven aan de aanbestedingsbeginselen.

### **3.4. Handhaven mogelijk?**

Door de beginselen van transparantie, gelijkheid, non-discriminatie en proportionaliteit van toepassing te verklaren op opdrachten zonder Europese dimensie, waarbij de betreffende aanbestedende dienst een nationale aanbesteding of meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure houdt, is sprake van spontane harmonisatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen voor zuiver interne aangelegenheden. Het is lidstaten toegestaan zwaardere normen vast te stellen zolang deze niet in de weg staan aan een effectieve implementatie van een richtlijn en/of nakoming van de Europese verplichtingen.

### **3.5. Handhaven wenselijk?**

Met de invoering van de uitgangspunten bij opdrachten zonder een Europese dimensie in aanvulling op de beginselen bij opdrachten met een Europese dimensie heeft de wetgever vrijwillig een wettelijk kader geboden dat aansluit op de huidige stand van de jurisprudentie. Codificatie draagt ons inziens bij aan een betere naleving van deze beginselen in nationale en meervoudig onderhandse procedures. Het is dan ook wenselijk om deze uitgangspunten te handhaven.

Daarnaast kan de wetgever zichzelf de vraag stellen of het onderscheid tussen beginselen (Europees) en uitgangspunten (nationaal) nog (lang) gehandhaafd zal kunnen worden. Dit onderscheid lijkt namelijk te vervagen door de ontwikkeling in de Europese jurisprudentie op grond waarvan steeds sneller sprake lijkt te zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>14</sup> Aangezien er nog steeds veel nationale aanbestedingen zijn, menen wij dat het onderscheid vooralsnog wel degelijk van belang is.

## **4. Proportionaliteitsbeginsel en Gids Proportionaliteit<sup>15</sup>**

### **4.1. Wettetekst**

Artikel 1.10:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, een concessieovereenkomst voor openbare werken of voor diensten of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-

<sup>13</sup> Zie artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012.

<sup>14</sup> Zie HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, r.o.v. 31 en 32 (*Belgacom*) en HvJ EU 14 november 2013, C-388/12 (*Commune di Ancona*).

<sup>15</sup> Stcrt. 2013/ 3075.

sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

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

3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.

4. De aanbestedende dienst past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.

5. De voordracht voor een krachtens het derde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd. De voordracht wordt gedaan door Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in overeenstemming met Onze Minister of Ministers wie het mede aangaat.

Artikel 1.13 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

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

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

3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.

4. De aanbestedende dienst past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.

5. De voordracht voor een krachtens het derde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd. De voordracht wordt gedaan door Onze Minister van

Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in overeenstemming met Onze Minister of Ministers wie het mede aangaat.

Artikel 1.16 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in ieder geval acht op:
  - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
  - b. de te stellen termijnen;
  - c. de met de inschrijving verbonden kosten;
  - d. de voorwaarden van de overeenkomst.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.
5. De voordracht voor een krachtens het derde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd. De voordracht wordt gedaan door Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in overeenstemming met Onze Minister of Ministers wie het mede aangaat.

#### **4.2. Achtergrond**

Op grond van artikel 2 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) was een aanbestedende dienst gehouden om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen alsmede transparant te handelen. Hoewel het proportionaliteitsbeginsel in de Europese aanbestedingsrichtlijn was opgenomen<sup>16</sup> en ook naar het proportionaliteitsbeginsel werd verwezen in Europese rechtspraak<sup>17</sup> was proportionaliteit niet nadrukkelijk als algemeen aanbestedingsbeginsel opgenomen in het Bao en Richtlijn 2004/18/EG.

Een van de ambities van de Nederlandse wetgever bij de invoering van de Aanbestedingswet 2012 was de verbetering van de toegang van ondernemers (van het midden- en kleinbedrijf) tot overheidsopdrachten<sup>18</sup>. Om deze toegang te bevorderen heeft het proportionaliteitsbeginsel in de Aanbestedingswet 2012 een prominentere positie ingenomen. Niet alleen is het proportionaliteitsbeginsel als algemeen aanbestedingsbeginsel opgenomen voor Europese aanbestedingen (artikel 1.10), proportionaliteit is tevens als uitgangspunt benoemd bij nationale aanbestedingen (artikel 1.13) en de meervoudig onder-

<sup>16</sup> Zie overweging 46 en artikel 44 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG (artikel 44 lid 3 Bao).

<sup>17</sup> GvEA 1 december 1999, T-125/96 (Boehringer).

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 7.



handse procedure (artikel 1.16 ) in de Aanbestedingswet 2012. Bovendien is het verder uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit.

#### **4.3. Evaluatie**

Het beginsel van proportionaliteit heeft tot doel dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zich reeds bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure afvraagt of de voorgenomen eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijving en inschrijver worden gesteld in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.<sup>19</sup> Door het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen, wordt voorkomen dat bepaalde ondernemers niet in aanmerking komen voor de opdracht vanwege te hoge eisen en voorwaarden. Dit bevordert de mededinging.

Hoewel de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 is ingevoerd, is pas in het tweede gedeelte van 2013 de eerste jurisprudentie over de Aanbestedingswet 2012 tot stand gekomen. Het heeft er mogelijk mee te maken dat veel aanbestedingen voor 1 april 2013 zijn gestart en derhalve nog onder het oude recht vielen. Bij de uitspraken die wel gebaseerd zijn op, althans verband houden met de Aanbestedingswet 2012 blijkt dat een groot gedeelte daarvan (mede) proportionaliteit als onderwerp heeft.<sup>20</sup> Ook bij de klachten die bij de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn ingediend, is proportionaliteit een veel voorkomend onderwerp.<sup>21</sup> Dit kan mede voortvloeien uit het feit dat het proportionaliteitsbeginsel thans nadrukkelijk als aanbestedingsbeginsel in de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen en de concrete uitvoering die daar aan is gegeven in de Gids Proportionaliteit. Dit zal echter moeten blijken uit het onderzoek dat binnenkort zal plaatsvinden naar de doeltreffendheid en effecten van de Aanbestedingswet 2012 in het algemeen en de Gids Proportionaliteit in het bijzonder.<sup>22</sup> Vooruitlopend op de uitkomsten van het onderzoek is ons inziens de invloed van het proportionaliteitsbeginsel in het algemeen en de Gids Proportionaliteit in het bijzonder duidelijk merkbaar, gelet op de verwijzing naar de Gids Proportionaliteit in de jurisprudentie en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts.<sup>23</sup>

#### **4.4. Handhaven mogelijk?**

Nog geen jaar na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 en dus ook de Gids Proportionaliteit is de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn ingevoerd. Blijkens overweging 2 van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn worden de bestaande aanbestedingsregels (o.a.) herzien en gemoderniseerd “*met het oog op een doelmatiger besteding van overheidsmiddelen, in het bijzonder door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf (mkb) aan overheidsopdrachten te bevorderen, en om aanbesteders in staat te stellen*”

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p. 52 en 53.

<sup>20</sup> M.M. Fimerius, 'Het loopt zo'n vaart (nog) niet', TA 2013/6.

<sup>21</sup> Zie Commissie van Aanbestedingsexperts 28 maart 2014, 'Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts'. Zie tevens advies 13, 28, 36 en 48 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

<sup>22</sup> Zie artikel 4.29 Aanbestedingswet 2012. De Europese aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van de effecten is op 24 april 2014 gepubliceerd.

<sup>23</sup> Zie Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763, Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454. Rb. Noord-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005, Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624, Rb. Noord-Holland 15 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10751 en Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360. Zie tevens noot 20.

*overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen.*“

De Nieuwe aanbestedingsrichtlijn sluit voor wat betreft de verbetering van de toegang tot overheidsopdrachten voor het mkb dus aan bij de ambities van de Nederlandse wetgever bij de invoering van de Aanbestedingswet 2012. Dit blijkt ook uit de invoering van het proportionaliteitsbeginsel als zelfstandig aanbestedingsbeginsel in artikel 18 van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn met dien verstande dat dit artikel dat minder expliciet doet dan het geval is in de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012.

#### **4.5. Handhaven wenselijk?**

Zoals gezegd, is de verbetering van de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten reden geweest voor (i) het expliciet opnemen van het proportionaliteitsbeginsel voor overheidsopdrachten onder en boven de Europese drempelwaarden en (ii) het ontwikkelen van de Gids Proportionaliteit. Hoewel ons nog geen concrete cijfers bekend zijn van het resultaat van deze maatregelen voor de toegang van ondernemers, en dan met name het mkb, zijn wij van mening dat het proportionaliteitsbeginsel en de verdere uitwerking daarvan in de Gids Proportionaliteit hun plek dienen te behouden bij de implementatie van de Nieuwe richtlijn en niet alleen omdat de Nieuwe richtlijn daarvoor de ruimte biedt. In de praktijk blijkt immers dat inschrijvende partijen, onder verwijzing naar de Gids Proportionaliteit, in concrete gevallen minder moeite hebben om aan te tonen dat een bepaalde eis als disproportioneel kan worden aangemerkt en daardoor aanbestedende diensten ertoe kunnen bewegen om bijtijds de gestelde eisen te rectificeren. De jurisprudentie van de Commissie van Aanbestedingsexperts laat dat ook zien. Daarnaast brengt een concrete invulling van het proportionaliteitsbeginsel aanbestedende diensten ertoe om bewust na te denken over de (dis)proportionaliteit van door hen gestelde eisen en gevolgen daarvan voor de toegang van ondernemers tot de betreffende opdracht.

Aangezien de doelstellingen van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn en de Aanbestedingswet 2012 op elkaar aansluiten en de Gids Proportionaliteit duidelijke handvatten biedt om te komen tot proportionele(re) eisen is het wenselijk de Gids Proportionaliteit te handhaven. Vanwege de afwijkingen op enkele concrete punten zal de invoering van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn nopen tot enige aanpassing van de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit om te komen tot een richtlijnconforme implementatie.

## **5. Gids Proportionaliteit**

### **5.1. Wettekst**

Artikel 1.10 lid 1 en 3 Aanbestedingswet luiden als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, een concessieovereenkomst voor openbare werken of voor diensten of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel

van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.

Artikel 1.13 lid 1 en 3 Aanbestedingswet 2012 luiden als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.

Artikel 1.16 lid 1 en 3 Aanbestedingswet 2012 luiden als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.

Artikel 10 Aanbestedingsbesluit luidt als volgt:

1. Als richtsnoer, bedoeld in de artikelen 1.10, derde lid, 1.13, derde lid, en artikel 1.16, derde lid, van de wet wordt aangewezen: de Gids Proportionaliteit, zoals gepubliceerd in Staatscourant, 2013, nr. 3075.

2. Als aanbestedende diensten, bedoeld in de artikelen 1.10, derde lid, 1.13, derde lid, en 1.16, derde lid, van de wet worden aangewezen: alle aanbestedende diensten als bedoeld in artikel 1.1 van de wet.

## **5.2. Achtergrond**

Met de invoering van de Aanbestedingswet 2012 is, naast de introductie van het proportionaliteitsbeginsel als zelfstandig aanbestedingsbeginsel, tevens de Gids Proportionaliteit als flankerend beleid ingevoerd. De Gids Proportionaliteit is op grond van artikel 1.10 lid 3/1.13 lid 3/1.16 lid 3 Aanbestedingswet 2012 jo artikel 10 Aanbestedingsbesluit aangewezen als richtsnoer waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel.<sup>24</sup>

De Gids Proportionaliteit geeft handvatten hoe moet worden omgegaan met het begrip proportionaliteit bij aanbestedingen. Hoewel lid 2 van artikel 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012 een beperkte opsomming geeft van de situaties die onder het proportionaliteitsbeginsel vallen, is de reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel ruimer. Het propor-

---

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2011/2012, 32440, 50.* Bij amendement is de Gids Proportionaliteit in de Aanbestedingswet 2012 uiteindelijk aangewezen als wettelijk c.q. verplicht richtsnoer.

tionaliteitsbeginsel geldt immers voor alle fasen van een aanbesteding, te beginnen met de keuze voor een procedure tot en met de gunning van de opdracht. In de Gids Proportionaliteit worden alle fasen geadresseerd en voorzien van concrete (proportionaliteits)voorschriften waaraan aanbestedende diensten zich dienen te houden bij het doorlopen van een aanbestedingstraject.

### **5.3. Evaluatie**

Op grond van lid 4 van de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012 is een aanbestedende dienst gehouden om de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of te motiveren waarom daarvan wordt afgeweken (comply or explain). Blijkens de Memorie van Toelichting is de rechter uiteindelijk de instantie die oordeelt of wel of niet is voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel. Noch de Aanbestedingswet 2012 noch de Gids Proportionaliteit geven echter aan hoe ver de motiveringsplicht reikt indien de aanbestedende dienst van de voorschriften wenst af te wijken en wat de gevolgen zijn indien komt vast te staan dat niet is voldaan aan de motiveringsverplichting.

Zoals bij de evaluatie van het proportionaliteitsbeginsel al is aangegeven, is in de jurisprudentie thans veel aandacht voor proportionaliteit. De concrete voorschriften uit de Gids Proportionaliteit kunnen daar een reden van zijn. Het heeft er de schijn van dat aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel en de concrete voorschriften uit de Gids Proportionaliteit inschrijvers eerder de kans aangrijpen om bezwaar te maken tegen (in hun ogen) disproportionele eisen.

De Gids Proportionaliteit heeft als doel te helpen bij het nemen van rechtmatige beslissingen. In de Gids Proportionaliteit zijn echter ook enkele passages en aanbevelingen opgenomen die moeten bijdragen aan een doelmatiger aanbesteding. Door deze passages en aanbevelingen wordt de suggestie gewekt dat een aanbestedende dienst op grond van het proportionaliteitsbeginsel tevens gehouden zou zijn doelmatig aan te besteden. Dat lijkt ons echter niet juist. Wij zijn het dan ook eens met Jansen en Mutluer dat het proportionaliteitsbeginsel niet zo ver strekt dat ook een rechtmatige, maar niet doelmatige, aanbesteding niet toelaatbaar zou zijn.<sup>25</sup>

### **5.4. Handhaven mogelijk?**

De uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel in de nieuwe richtlijn wijkt op enkele concrete punten (iets) af van de Aanbestedingswet 2012 en/of Gids Proportionaliteit. Hierbij kan gedacht worden aan de omzeteisen die op grond van artikel 2.90 lid 3 Aanbestedingswet 2012 in beginsel niet gesteld mogen worden en, indien deze toch gesteld worden, op grond van lid 4 sub a niet hoger mogen zijn dan drie maal de geraamde waarde van de opdracht. De Nieuwe aanbestedingsrichtlijn is enerzijds ruimer doordat het de ruimte laat om omzeteisen te stellen, maar is anderzijds rigider door maximaal twee keer de geraamde waarde van de opdracht toe te laten.

Een ander voorbeeld kan worden gevonden in Voorschrift 3.5 H uit de Gids Proportionaliteit waarin is bepaald dat aan combinaties van inschrijvers geen hogere eisen gesteld mogen worden dan aan enkelvoudige inschrijvers, terwijl artikel 19 lid 2 (derde alinea)

---

<sup>25</sup> C. Jansen & S. Mutluer, 'Enkele kanttekeningen bij de Gids Proportionaliteit', TA 2012/1.

van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn het stellen van afwijkende eisen toestaat, zolang deze eisen op objectieve gronden berusten en proportioneel zijn.

Gelet op (o.a.) voormelden punten zal de Gids Proportionaliteit op enkele punten moeten worden aangepast om te komen tot een richtlijnconforme implementatie.

#### **5.5. Handhaven wenselijk?**

Wij verwijzen naar onze opmerkingen over het begrip proportionaliteit. Daarnaast adviseren wij de Nederlandse wetgever om bij implementatie van de Nieuwe aanbestedingsrichtlijn stil te staan bij de reikwijdte van de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst en daarvoor handvatten aan te reiken.

Tenslotte adviseren wij passages en aanbevelingen, die geen verband houden met het proportionaliteitsbeginsel en louter bijdragen aan de doelmatigheid van aanbestedingen, nader te beschouwen en de Gids Proportionaliteit daarop aan te passen.

# Algemene bepalingen / Nationaal

(J.W.H. Raadgever)

## 1. Inleiding

Op 1 april 2013 is de Aanbestedingswet 2012 in werking getreden.<sup>1</sup> Dit heeft enkele noviteiten in het aanbestedingsrecht met zich gebracht. Een deel van deze nieuwigheden is terug te vinden in het eerste hoofdstuk van de Aanbestedingswet, de algemene bepalingen.

In deze bijdrage worden de artikelen die nieuwigheden bevatten beschreven, wordt een weergave opgeven van de achtergrond, daar waar mogelijk kort geëvalueerd en vervolgens wordt beschreven of het artikel dient te worden aangepast om in lijn te zijn met de nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten ('de Richtlijn'), zoals deze op 28 maart 2014 is gepubliceerd.<sup>2</sup> Bij het beantwoorden van deze vraag dient niet uit het oog verloren te worden dat nationale wetgeving mag afwijken van de Europese richtlijnen, in die zin dat de nationale wetgeving strenger mag zijn. Als laatste wordt de vraag beantwoord of het wenselijk is deze nieuwigheden te behouden of aan te passen.

De in deze bijdrage te behandelen nieuwigheden zijn achtereenvolgens:

- Artikel 1.4: keuze procedure en toevoegen maatschappelijke waarde;
- Artikel 1.5: samenvoegen en opdelen in percelen;
- Artikel 1.6: verlichten administratieve lasten;
- Artikel 1.22: toepassen ARW.

Artikel 1.4, 1.5 en 1.6 zijn opgenomen in hoofdstuk 1.2 'Beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden'. Deze zijn van toepassing bij opdrachten boven en onder de drempel zodat helderheid wordt gecreëerd over de uitgangspunten bij aanbesteden.<sup>3</sup>

## 2. Objectieve criteria / Maatschappelijke waarde / Motivering

### 2.1. Wettekst

Artikel 1.4 Aanbestedingswet luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:
  - a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;

---

<sup>1</sup> Stb. 2013, 57.

<sup>2</sup> Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EEG.

<sup>3</sup> M.A.B. Chao-Duvis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 163.

- b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.
2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.
3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.

## 2.2. **Achtergrond**

Artikel 1.4 Aanbestedingswet verplicht de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op objectieve gronden te kiezen welk type aanbestedingsprocedure hij gebruikt en welke ondernemer(s) hij toelaat tot de procedure (lid 1). Op verzoek van een ondernemer moet de aanbestedende dienst deze keuze schriftelijk motiveren (lid 3). Daarnaast moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zorgen voor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde bij het aangaan van de overeenkomst (lid 2).

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de verplichting tot het toevoegen van maatschappelijke waarde niet opgenomen. Het doel van de wetgeving wordt als beginsel gecodificeerd met deze bepaling.<sup>4</sup>

Over de invulling van het begrip 'maatschappelijke waarde' is aandacht besteed in de parlementaire geschiedenis. Onder maatschappelijke waarde kan ook worden verstaan het opnemen van voorwaarden tot het inschakelen van een x-percentages langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van een opdracht. Het is niet zo dat uit de bepaling voortvloeit dat altijd de genoemde voorwaarden moeten worden opgenomen. Het is aan de aanbestedende dienst om in het concrete geval te beoordelen of daardoor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde wordt geleverd. Er is niet voor gekozen een vast percentage in de wet vast te leggen, omdat per geval moet worden gekeken naar wat mogelijk wordt geacht. Onder maatschappelijke waarde kunnen ook worden verstaan de kwalitatieve aspecten bij gunning of de duurzaamheid of innovatie. De doelstelling is het zo goed mogelijk besteden van de publieke middelen waardoor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde wordt gecreëerd. Dit betekent dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoop. Wat in het concrete geval de beste kwaliteit voor de beste prijs is, is maatwerk. De aanbestedende dienst moet hierin bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging maken. Hierbij kunnen ook externe beleidsdoelen in de afweging worden betrokken.<sup>5</sup>

Ook de motiveringsplicht is in de parlementaire geschiedenis aan de orde gekomen. De motiveringsplicht houdt in dat de feiten moeten kloppen en de motivering logisch en begrijpelijk moeten zijn. Ook moet voor een ondernemer duidelijk zijn hoe de aanbestedende dienst tot zijn besluit is gekomen.

---

<sup>4</sup> M.A.B. Chao-Duvis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 166-172.

<sup>5</sup> M.A.B. Chao-Duvis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 166-172.

Een onvoldoende motivering kan betekenen dat sprake is van een onrechtmatige daad. Het is aan de rechter om daar over te oordelen. Belanghebbenden om tegen het ontbreken van een voldoende motivering op te treden zijn alle (potentiële) gegadigden en inschrijvers.<sup>6</sup>

### **2.3. Evaluatie**

In de literatuur is gesteld dat de wetgever met artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 heeft beoogd een concreter en uniformer kader voor de aanbesteding van opdrachten beneden de drempelwaarden te creëren. De vraag of deze doelstelling is bereikt, is na één jaar na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 lastig te beantwoorden. Het is wachten op rechtspraak om de invloed van de in artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde 'objectieve criteria' voor de keuzevrijheid van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op waarde te kunnen schatten. Met name over de vraag of deze criteria (en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) zich verzetten tegen een voorkeursbeleid voor lokale ondernemers lijkt een rechterlijk oordeel gewenst.<sup>7</sup>

Over maatschappelijke waarde is ons geen jurisprudentie of literatuur bekend op basis waarvan de werking van het artikel kan worden geëvalueerd.

### **2.4. Handhaven mogelijk?**

In de Richtlijn wordt niet met zoveel woorden gesproken over een keuze op objectieve gronden. Dit is wel in de geest van de Richtlijn. De formulering in de Aanbestedingswet is niet minder streng dan de Richtlijn. De noviteit is dus niet in strijd met de Richtlijn en kan dus gehandhaafd worden.

Uit de Richtlijn blijkt niet dat de keuze voor het type aanbestedingsprocedure, of welke ondernemer(s) worden toegelaten tot de procedure, moet worden gemotiveerd. Ook de mogelijkheid de motivering op verzoek te verstrekken volgt niet uit de Richtlijn. De Aanbestedingswet is hier strenger dan de Richtlijn, maar dat is toegestaan.

Het begrip 'maatschappelijke waarde' komt niet voor in de Richtlijn. Wel spreekt de Richtlijn van maatschappelijke doelen die voortkomen uit de Europa 2020-strategie. Vanwege die strategie is de Richtlijn aangepast (overweging 2<sup>8</sup>). De Richtlijn voorziet in maatschappelijke doelen die vergelijkbaar zijn met de 'maatschappelijke waarde' als bedoeld in de Aanbestedingswet, zoals bepalingen ten behoeve van sociale werkplaatsen (overweging 36) en maatschappelijke voordelen die innovatie moet opleveren (overweging 47).

In de Richtlijn is geen algemene plicht tot het toevoegen van maatschappelijke waarde opgenomen. De Aanbestedingswet is strenger dan de Richtlijn maar dat mag.

### **2.5. Handhaven wenselijk?**

---

<sup>6</sup> M.A.B. Chao-Duvis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 171-172.

<sup>7</sup> A.J. van Heeswijk, 'Enige beschouwingen over de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor deelname aan de procedure', *TBR* 2014, 75.

<sup>8</sup> Daar waar in deze bijdrage wordt gesproken van een 'overweging' uit de Richtlijn, wordt bedoeld op de overwegingen zoals deze aan het begin van de richtlijn staan weergegeven.



De Aanbestedingswet wijkt, voor wat betreft de keuze op objectieve gronden, (praktisch) niet af van de Richtlijn. Voor de implementatie van de Richtlijn hoeft deze formulering niet aangepast te worden.

In zijn algemeenheid is het verplichten om te kiezen op objectieve gronden altijd aan te bevelen om subjectiviteit en willekeur zoveel mogelijk uit te sluiten.

In dit artikel moeten keuzes worden gemotiveerd. Dit is wenselijk, omdat het de aanbestedende dienst verplicht tot nadenken en bewuste keuzes te maken. Door de verplichting op te nemen deze motivering bekend te maken aan de ondernemers, krijgen zij de mogelijkheid de motivering te controleren. Echter, in dit artikel is alleen het overleggen van de motivering op verzoek van de ondernemer verplicht gesteld. Dit werkt een motivering achteraf, in plaats van vooraf in de hand. Mogelijk zou, met het oog op de effectiviteit van dit artikel, kunnen worden aangesloten bij die artikelen waarin de motivering al in de aanbestedingsstukken moet worden opgenomen.

In de parlementaire geschiedenis is de vraag gesteld hoe het begrip maatschappelijke waarde moet worden geïnterpreteerd.<sup>9</sup> Een duidelijke definitie ontbreekt desondanks nog steeds. Onder maatschappelijke waarde kunnen in ieder geval ook de kwalitatieve aspecten als duurzaamheid of innovatie worden verstaan. Het toevoegen van maatschappelijke waarde is een noviteit die niet terugkomt in de Richtlijn, dus is er ook geen verplichting hier iets over op te nemen in de Aanbestedingswet. Aanbestedende diensten zijn in de regel bestuursorganen, die een publieke taak hebben en zich aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten houden. Uit deze publieke taak, beginselen van behoorlijk bestuur, volgt het toevoegen van maatschappelijke waarde.<sup>10</sup> Het in de Aanbestedingswet nog eens verplichten maatschappelijke waarde (wat dat dan ook mag zijn) toe te voegen is dus eigenlijk overbodig.

Voor speciale-sectorbedrijven en aanbestedende diensten die geen bestuursorgaan zijn, geldt niet de Awb. Wel gelden de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid. Hieruit volgt echter niet de plicht zo veel mogelijk maatschappelijke waarde toe te voegen. Gezien het karakter van deze speciale-sectorbedrijven en aanbestedende diensten die geen bestuursorgaan zijn is dit misschien ook wel niet wenselijk. Een oplossing zou kunnen zijn aan te sluiten bij artikel 1.6, waarin alleen aanbestedende diensten, en dus niet speciale-sectorbedrijven, wordt verplicht de administratieve lasten zo veel mogelijk te beperken, of 1.22 waarin alleen aanbestedende diensten wordt verplicht het ARW toe te passen.<sup>11</sup>

### **3. Samenvoeging / Percelen**

#### **3.1. Wettekst**

Artikel 1.5 Aw luidt als volgt:

---

<sup>9</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 171.

<sup>10</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 163-164.

<sup>11</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 163-164.

1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:
  - a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;
  - b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
  - c. de mate van samenhang van de opdrachten.
2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.
3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.

### **3.2. Achtergrond**

Op grond van artikel 1.5 Aanbestedingswet wordt het de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf verboden opdrachten onnodig samen te voegen (lid 1) of op te delen in percelen (lid 3). De keuze moet worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken (lid 2).

Het clusteren van overheidsopdrachten is veel mkb-ers een doorn in het oog. Door onnodig samenvoegen komen kleinere bedrijven niet meer in aanmerking voor overheidsopdrachten. Bovendien leidt clustering vaak tot onnodig complexe contracten en het ongelimiteerd integreren van meerdere disciplines tot een opdracht, hetgeen de doelmatigheid niet bevordert. Door invoering van dit artikel wordt getracht onnodig clusteren te voorkomen en de kansen van mkb-partijen op aanbestedingsopdrachten te vergroten.<sup>12</sup>

Indien een aanbestedende dienst van mening is dat clusteren nodig is, zal hij dit deugdelijk vooraf dienen te motiveren (dus bij de aanbestedingsstukken op zijn laatst). Dit om toetsing van dit artikel mogelijk te maken en begrip bij inschrijvers te kweken.<sup>13</sup>

Ook de motiveringsplicht is in de parlementaire geschiedenis aan de orde gekomen. De motiveringsplicht houdt in dat de feiten moeten kloppen en de motivering logisch en begrijpelijk moeten zijn. Ook moet voor een ondernemer duidelijk zijn hoe de aanbestedende dienst tot zijn besluit is gekomen. Een onvoldoende motivering kan betekenen dat sprake is van een onrechtmatige daad. Het is aan de rechter om daar over te oordelen. Belanghebbenden om tegen het ontbreken van een voldoende motivering op te treden zijn alle (potentiële) gegadigden en inschrijvers.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 173.

<sup>13</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 173.

<sup>14</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 171-172.

'Niet onnodig' uit het artikel wordt in de parlementaire geschiedenis<sup>15</sup> uitgelegd door aan te geven dat alvorens samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, de aanbestedende dienst in ieder geval acht slaat op:

- a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;
- b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sector bedrijf en de ondernemer;
- c. de mate van samenhang van de opdrachten.

### 3.3. **Evaluatie**

De rechtbank Midden-Nederland heeft zich op 22 november 2013 uitgelaten over een aanbesteding van een opdracht tot levering van multifunctionals (printers/scannen) met betaalfunctionaliteit. Aan de orde was de vraag of het niet zou moeten gaan om twee losse opdrachten. De rechtbank overweegt dat de opdrachtgever graag ontzorgt wil worden, en niet met meerdere leveranciers te maken wil hebben. Daarom is de opdracht niet in strijd met artikel 1.5.<sup>16</sup>

Opvallend is dat de Commissie van Aanbestedingsexperts in een vergelijkbaar geval oordeelde dat wel sprake was van twee losse opdrachten.<sup>17</sup>

In de literatuur is wel betoogd dat het begrip 'opdracht' in artikel 1.5 beter moet worden gedefinieerd. Geopperd wordt dat aangesloten moet worden bij het begrip 'overheidsopdracht'.<sup>18</sup>

Ook is opgemerkt dat het clusterverbod, althans zoals het is uitgelegd in de Gids Proportionaliteit op gespannen voet staat met het Europese recht. Blijkens de Gids mogen twee of meer (al dan niet gelijksoortige) opdrachten worden samengevoegd:

- wanneer het gaat om logisch samenhangende onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen;
- waarbij in het kader van de marktverhoudingen de positie van het MKB zorgvuldig is geanalyseerd en afgewogen; en
- de aanbestedende dienst de noodzaak tot clusteren deugdelijk kan motiveren.

Eén en ander staat mogelijk op gespannen voet met de waarderamingsregels in de Europese Aanbestedingsrichtlijn en afd. 2.1.2 Aanbestedingswet 2012. Indien onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen aan de orde zijn (technisch/economisch geheel), geldt voor de waardering van werken dat hoe dan ook sprake is van één opdracht. Dit geldt

---

<sup>15</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 172.

<sup>16</sup> Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763.

<sup>17</sup> Commissie van Aanbestedingsexperts 23 januari 2014, advies 43. Zie ook: M.P. van Leeuwen & S.G. Tichelaar, 'Eerste ervaringen met de Commissie van Aanbestedingsexpert', *TBR* 2014, 77.

<sup>18</sup> A.J. van Heeswijck, 'Reactie op C.E.C. Jansen, 'Bouwen met de nieuwe Aanbestedingswet: over het clusterverbod in de context van de aanbesteding van geïntegreerde bouworganisatievormen', *TBR* 2013/111', *TBR* 2013, 182.

ongeacht of een aanbestedende dienst de positie van het MKB heeft afgewogen en/of de 'clustering' van een deugdelijke motivering heeft voorzien.<sup>19</sup>

### **3.4. Handhaven mogelijk?**

Artikel 46 lid 1 van de Richtlijn verplicht de aanbestedende dienst de voornaamste redenen van het niet opsplitsen in percelen in de aanbestedingsstukken of in het procesverbaal weer te geven. Overweging 78 geeft aan dat een aanbestedende dienst de plicht zou moeten hebben te overwegen de opdracht in percelen te verdelen en dat indien de keuze wordt gemaakt dit niet te doen, dit gemotiveerd moet worden. Dit alles met het oog op deelname door het MKB. Overweging 59 geeft aan dat het samenvoegen en centraliseren van aankopen nauwlettend in het oog moet worden gehouden zonder expliciet te melden dat dit gemotiveerd moet worden.

Grosso modo heeft de Richtlijn dezelfde strekking als de Aanbestedingswet en is handhaven mogelijk.

### **3.5. Handhaven wenselijk?**

In dit artikel moeten keuzes worden gemotiveerd. Dit is wenselijk, omdat het de aanbestedende dienst verplicht tot nadenken en bewuste keuzes te maken. Door de verplichting op te nemen deze motivering bekend te maken aan de ondernemers, krijgen zij de mogelijkheid de motivering te controleren.

Uit de evaluatie blijkt dat er nog wat onduidelijkheid bestaat over de invulling van het begrip 'opdracht' in dit artikel. Het is aanbevelenswaardig dit nader te onderzoeken en mogelijk aan te passen. De suggestie hier aan te sluiten bij 'overheidsopdracht' lijkt ons realistisch.

## **4. Beperking administratieve lasten**

### **4.1. Wetttekst**

Artikel 1.6 Aanbestedingswet luidt als volgt:

Aanbestedende diensten die voornemens zijn een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, dragen zorg voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van die overeenkomst samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten.

### **4.2. Achtergrond**

Artikel 1.6 Aanbestedingswet verplicht de aanbestedende dienst de administratieve lasten zo veel mogelijk te verlichten. In de parlementaire geschiedenis is niets expliciet opgenomen over het verlichten van de administratieve lasten.

### **4.3. Evaluatie**

Er is ons geen jurisprudentie of literatuur bekend over dit onderwerp op basis waarvan de werking van het artikel kan worden geëvalueerd.

### **4.4. Handhaven mogelijk?**

---

<sup>19</sup> L. Haverkort & A. Broesterhuizen, 'Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (deel II)'. *BR* 2013/61.

In verschillende overwegingen (71, 114) wordt een keuze waarom, en hoe, iets is opgenomen in de Richtlijn gemotiveerd door aan te geven dat hiermee de administratieve lasten voor de ondernemer worden beperkt. Uit de Richtlijn zelf blijkt niet een algemene verplichting voor de aanbestedende dienst de administratieve lasten te beperken. De Aanbestedingswet is strenger dan de Richtlijn, maar dat mag. Handhaven is dus mogelijk.

#### **4.5. Handhaven wenselijk?**

Deze bepaling is een noviteit die overeenkomt met de strekking van de Richtlijn. Het is een bepaling waar je niets op tegen kunt hebben, want lagere lasten zijn voor zowel marktpartijen als aanbestedende diensten alleen maar positief te noemen.

Terecht is hier gekozen de verplichting alleen op te nemen voor aanbestedende diensten, en niet voor speciale-sectorbedrijven. Het in stand houden van dit onderscheid is wenselijk.

### **5. ARW 2012**

#### **5.1. Wetttekst**

Artikel 1.22 Aanbestedingswet luidt als volgt:

1. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijzen waarop door in die maatregel aangewezen aanbestedende diensten overheidsopdrachten voor werken beneden de in afdeling 2.1.1 van deze wet bedoelde waarden kunnen worden geplaatst.
2. De aanbestedende dienst past de in het eerste lid bedoelde voorschriften toe, of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.
3. De in het tweede lid bedoelde motivering wordt op diens schriftelijk verzoek aan een ondernemer verstrekt.

#### **5.2. Achtergrond**

De aanbestedende dienst wordt in artikel 1.22 Aanbestedingswet verplicht het Aanbestedingsreglement Werken 2012 ('ARW 2012')<sup>20</sup> toe te passen bij het geven van een opdracht voor werken met een waarde onder de drempel (lid 1). Ook voor deze toepassing geldt dat er gemotiveerd van mag worden afgeweken (lid 2 en 3).

De constructie op welke wijze het gebruik van de ARW<sup>21</sup> verplicht is gesteld in de wet is vergelijkbaar met de constructie die is gekozen bij de implementatie van de Code Tabaksblatt.<sup>22</sup>

Een motivering van een afwijking kan bestaan uit een motivering die specifiek van toepassing is voor het desbetreffende geval, maar ook in een verwijzing naar door de desbetreffende aanbestedende dienst vastgestelde beleidsregels waarin een gemotiveerde

---

<sup>20</sup> Stcrt. 2013, 3075.

<sup>21</sup> Ten tijde van de parlementaire discussies was het ARW 2012 al wel in ontwikkeling, maar was de ARW 2005 de geldende tekst.

<sup>22</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 241-243.

keuze is gemaakt op een of meer onderdelen af te wijken van het richtsnoer. Desgewenst kan de aanbestedende dienst een ondernemer de motivering verstrekken. Hierdoor wordt bewerkstelligd dat de reden voor een afwijking transparant is.<sup>23</sup>

De naleving van de verplichting het ARW te volgen of een afwijking in de aanbestedingsstukken te motiveren zal voor decentrale overheden onderdeel uitmaken van de controle in het kader van de accountantsverklaring. Daarnaast kan niet-naleving door een benadeelde ondernemer in een civiele onrechtmatige-daadsprocedure aan de orde worden gesteld.<sup>24</sup>

Het ARW bevat enkel procedureregels, maar regelt niet in welk geval welke procedures moeten worden gevolgd. Beleidsregels kunnen worden gehandhaafd.<sup>25</sup>

Het ARW is alleen verplicht gesteld voor werken onder de drempel, omdat bij werken boven de drempel de doelstellingen al in de wettelijke verplichtingen zijn opgenomen.<sup>26</sup>

Naast het ARW en de Gids Proportionaliteit is ook het 'Richtsnoer Leveringen en Diensten' (Richtsnoer) in ontwikkeling. Op 28 maart 2013 is het definitieve advies aan de minister aangeboden.<sup>27</sup> Het document bevat stappenplannen voor de verschillende aanbestedingsprocedures met daarbij opgenomen de toepasselijke bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 en de relevante passages uit de Gids proportionaliteit. Daarnaast zijn voor diverse onderdelen uit het stappenplan richtsnoeren opgesteld die zijn bedoeld voor de aanpak van knelpunten. In tegenstelling tot de ARW en de Gids Proportionaliteit is zij niet bindend.

### **5.3. Evaluatie**

Er is ons geen jurisprudentie of literatuur bekend over dit onderwerp op basis waarvan de werking van het artikel kan worden geëvalueerd.

### **5.4. Handhaven mogelijk?**

De ARW 2012 geldt verplicht voor werken onder de drempel maar kan ook, vrijwillig, toegepast worden op werken boven de drempel. Dit is niet in strijd met de Richtlijn en mag derhalve worden gehandhaafd (voor zover de ARW 2012 in overeenstemming is met de Richtlijn, die check is nu niet gedaan).

### **5.5. Handhaven wenselijk?**

Ook in dit artikel moeten keuzes worden gemotiveerd. Dit is wenselijk, omdat het de aanbestedende dienst verplicht tot nadenken en bewuste keuzes te maken. Door de verplichting op te nemen deze motivering bekend te maken aan de ondernemers, krijgen zij de mogelijkheid de motivering te controleren.

---

<sup>23</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 241-243.

<sup>24</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 241-243.

<sup>25</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 242.

<sup>26</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, *Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 243.

<sup>27</sup> <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2013/05/13/richtsnoeren-leveringen-en-diensten.html>

Ten overvloede: dat de toepassing van het Richtsnoer Leveringen en Diensten niet verplicht is gesteld lijkt ons wenselijk. Met de toepassing van het ARW is eerst jarenlang vrijwillig ervaring opgedaan. Het lijkt ons de juiste volgorde dit ook met het Richtsnoer te doen, en pas na verloop van tijd, indien de ervaringen positief zijn, de toepassing verplicht te stellen.

## Procedurele aspecten

(S.G. Kaai en K. van de Water)

### 1. Inleiding

De Aanbestedingswet 2012<sup>1</sup> kent ten opzichte van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO)<sup>2</sup> een aantal procedurele, niet direct materieel inhoudelijke, 'noviteiten' ('nieuwigheden'). In deze bijdrage wordt ingegaan op het (zo) mogelijke en/of gewenste behoud van die 'noviteiten' in een nieuwe<sup>3</sup> Aanbestedingswet.

### 2. Kosten aanbestedingstukken

#### 2.1. Wetttekst

Artikel 1.21 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven stellen op enigerlei wijze de aanbestedingsstukken voor de overheidsopdracht of speciale-sectoropdracht kosteloos ter beschikking.
2. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de aanbestedingsstukken voor de opdracht ook op andere wijze dan ter uitvoering van het eerste lid beschikbaar stelt, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de kosten voor die wijze van verstrekking in rekening brengen bij degenen die om die andere wijze van verstrekking van de aanbestedingsstukken hebben gevraagd.

Artikel 2.66 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst stelt de aanbestedingsstukken voor de overheidsopdracht op enigerlei wijze kosteloos ter beschikking.

---

<sup>1</sup> Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Staatsblad 2012, 542. In werking getreden op 1 april 2013 als gevolg van het Besluit van 11 februari 2013, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012, Staatsblad 2013, 57. Zoals gewijzigd bij (Veeg-) Wet van 18 december 2013, tot aanpassing van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken in verband met de naamswijziging van het Ministerie en het herstellen van enige wetstechnische gebreken en leemten, Staatsblad 2014, 14.

<sup>2</sup> Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), Staatsblad 2005 408. Zoals gewijzigd bij Besluit van 7 december 2005, houdende wijziging van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten tot implementatie van richtlijn 2005/51/EG van de Commissie van 7 september 2005 tot wijziging van bijlage XX bij Richtlijn 2004/17/EG en van bijlage VIII bij Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende overheidsopdrachten en enkele andere wijzigingen, Staatsblad 2005 650. En gewijzigd bij Besluit van 5 juli 2008, houdende wijziging van enkele bijlagen bij het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren in verband met verordening (EG) nr. 213/2008 alsmede de inwerkingtreding van artikel 6 van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren, Staatsblad 2008 295.

<sup>3</sup> Zie ter zake onder meer artikel 90 lid 1 van de nieuwe 'klassieke' Richtlijn 2014/24/EU: "De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen. [-]"



2. Indien de aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken voor de overheidsopdracht ook op andere wijze dan ter uitvoering van het eerste lid beschikbaar stelt, kan de aanbestedende dienst de kosten voor die wijze van verstrekking in rekening brengen bij degenen die om die andere wijze van verstrekking van de aanbestedingsstukken hebben gevraagd.

## 2.2. **Achtergrond**

Ingevolge artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 zijn ‘aangebestedingsstukken’:

“alle documenten in een aanbestedingsprocedure die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de procedure zijn gebracht”.<sup>4</sup>

Het BAO kende geen soortgelijke bepaling (-en).

Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 1.21 Aanbestedingswet 2012<sup>5</sup> volgt:<sup>6</sup>

“Voor opdrachten die vallen onder de werking van de richtlijnen is in artikel 2.66 voorgeschreven dat de aanbestedingsstukken daarvoor kosteloos ter beschikking moeten worden gesteld. Ook voor opdrachten beneden de drempel is dat wenselijk. Daarom is in dit artikel de verplichting opgenomen om ook voor de opdrachten beneden de drempel de stukken kosteloos ter beschikking te stellen op enigerlei wijze. Evenals bij artikel 2.66 is erin voorzien dat een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf wel een kostenvergoeding mag vragen indien de stukken op verzoek van de ondernemer ook op een andere wijze ter beschikking worden gesteld aan de ondernemer.”

En met betrekking tot artikel 2.66 Aanbestedingswet 2012 kan ter zake gewezen worden op:<sup>7</sup>

“Om de administratieve lasten van deelname aan een aanbestedingsprocedure te beperken, wordt in artikel 2.66 bepaald dat aanbestedende diensten de aanbestedingsstukken gratis ter beschikking moeten stellen. Door deze aanbestedingsstukken digitaal beschikbaar te stellen, kan een aanbestedende dienst de eigen kosten overigens beperkt houden. Als de stukken digitaal gratis beschikbaar zijn, kan een aanbestedende dienst ervoor kiezen de aanbestedingsstukken ook in druk tegen een vergoeding beschikbaar te stellen.”

Voorts in (meer) algemene zin:<sup>8</sup>

“Het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken zorgt voor een vermindering van lasten voor ondernemers en verbeterde toegang tot opdrachten, omdat dit de drempel

---

<sup>4</sup> Advies 53 (24 januari 2014) van de Commissie van Aanbestedingsexperts (punt 6.1.12) rekent de Nota van Inlichtingen niet tot de aanbestedingsstukken. Dit advies lijkt onjuist gezien bijvoorbeeld artikel 2.13.2 ARW 2012 (de Nota van inlichtingen kan het bestek (een ‘aangebestedingsstuk’) immers aanvullen of wijzigen). Als ook de Memorie van Toelichting (MvT), Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, nr. 4.4, pag. 17-18 (Cursivering SK en KW): “Bepaald wordt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de aanbestedingsstukken kosteloos aan geïnteresseerde partijen moeten aanbieden. *Het gaat hierbij om alle stukken die relevant zijn voor de ondernemer bij zowel het maken van een inschatting van de attractiviteit van de opdracht als bij het opstellen van een inschrijving.*”

<sup>5</sup> Toen nog artikel 1.20.

<sup>6</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 57.

<sup>7</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 72.

<sup>8</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 18.

verlaagt om te beoordelen of ze geïnteresseerd zijn in deelname aan een aanbestedingsprocedure.”

### **2.3. Evaluatie**

Uit onze praktijk (-ervaring) blijkt, dat de aanbestedingsstukken thans overwegend kosteloos door de aanbestedende diensten aan ondernemers ter beschikking worden gesteld. Men zie daartoe ook de (nationale en Europese) Aankondigingen op TenderNed onder bijvoorbeeld de ‘Map Documenten’.

In meervoudig onderhandse procedures wordt ter zake - om redenen van bijvoorbeeld gemak en duurzaamheid, maar ook omdat het vreemd overkomt om een ondernemer (doorgaans ongevraagd) uit te nodigen en hem (gelijktijdig) een factuur met betrekking tot de (ongevraagde) aanbestedingsstukken te sturen - door de aanbestedende diensten veelvuldig e-mail (in combinatie met een applicatie als bijvoorbeeld ‘WeTransfer’) toegepast.

De meest bekende aanbestedingsplatformen<sup>9</sup> kennen ook een (elektronische inschrijvings-) module, waardoor de aanbestedingsdocumenten (ook) in een meervoudige onderhandse procedure kosteloos digitaal ter beschikking (kunnen) worden gesteld.

Overigens is de ‘tendens’ voornoemd feitelijk al ingezet sinds Richtlijn 2004/18/EG in verband met de wens van de aanbestedende dienst om de duur van de aanbestedingsprocedure te verkorten. Men zie bijvoorbeeld (als gevolg van het bepaalde in) artikel 38 lid 6:<sup>10</sup>

De in de leden 2 en 3, onder b), genoemde termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen kunnen met vijf dagen worden verkort indien de aanbestedende dienst met elektronische middelen en vanaf de bekendmaking van de aankondiging vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot het bestek en alle aanvullende stukken, in overeenstemming met bijlage VIII, en met vermelding in de tekst van de aankondiging van het internetadres dat toegang biedt tot deze documenten.

Los van de begrippen ‘*vrije, rechtstreekse en volledige (toegang)*’ was het immers (alsdan) praktisch niet meer mogelijk<sup>11</sup> en/of zinvol<sup>12</sup>, om een factuur met de betrekking tot de aanbestedingsstukken te versturen.

### **2.4. Handhaven mogelijk?**

Artikel 53 lid 1 eerste alinea RL 2014/24/EU luidt als volgt:

De aanbestedende diensten bieden met elektronische middelen kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken vanaf de datum van bekendmaking van een aankondiging overeenkomstig artikel 51 of vanaf de datum waarop een uitnodiging tot bevestiging van belangstelling is verzonden. De tekst van de aankondiging of van deze uitnodiging tot bevestiging van belangstelling vermeldt het internetadres waar deze aanbestedingsstukken toegankelijk zijn.

En Overweging 114 RL 2014/24/EU (gedeeltelijk):

<sup>9</sup> TenderNed, Aanbestedingskalender, CTM, Negometrix e.d.

<sup>10</sup> Maar ook artikel 38 lid 8 BAO.

<sup>11</sup> De onder de oude gang van zaken in de aankondiging gecreëerde ‘titel’ (tot betaling) kwam te vervallen.

<sup>12</sup> Zonder ‘titel’ geen rechtsgrond of verbintenis tot betaling.

De lidstaten moeten daarbij ook streven naar vereenvoudiging en lastenverlichting voor de aanbestedende diensten en de ondernemingen; [-].

Een en ander is derhalve in lijn met de gedachte achter en de (oorspronkelijke) doelstelling van artikel 2.66 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (lastenvermindering).<sup>13</sup> In onderhavig verband (d.w.z. m.b.t. 'kosteloos ter beschikking stellen van de aanbestedingsstukken') kan en mag artikel 2.66 (lid 1) Aanbestedingswet 2012 derhalve behouden blijven. Natuurlijk met de kanttekening, dat 'op enigerlei wijze' uit artikel 2.66 Aanbestedingswet 2012 moet worden aangepast aan artikel 53 lid 1 eerste alinea RL 2014/24/EU ('met elektronische middelen'<sup>14</sup>).<sup>15</sup>

Wij hebben (overigens) geen aanleiding te veronderstellen, dat artikel 2.66 lid 2 Aanbestedingswet 2012 in strijd is met de nieuwe Richtlijn. Zo'n 'kop' (op de Richtlijn) zou dan geoorloofd (kunnen) zijn, althans (bezien vanuit de aanbestedende dienst) wel zo 'redelijk' en 'proportioneel'.

Voor wat betreft artikel 1.21 Aanbestedingswet 2012 geldt, dat wat 'Europees' kan en mag, in beginsel ook 'nationaal' is toegestaan. Dus ook artikel 1.21 Aanbestedingswet 2012 kan en mag in beginsel behouden blijven.

Ter zake vorengenoemde kanttekening bij artikel 2.66 Aanbestedingswet 2012 geldt het volgende. Het 'op enigerlei wijze' uit artikel 1.21 Aanbestedingswet 2012 behoeft strikt genomen niet aangepast te worden. De Richtlijn ziet immers niet op 'onderdrempelige' opdrachten. Een aanpassing van artikel 1.21 Aanbestedingswet 2012 conform de (noodzakelijke) aanpassing van artikel 2.66 Aanbestedingswet 2012 behoeft evenwel, gelet op (het gebruik van) de thans bestaande aanbestedingsplatformen en/of de thans gangbare 'e-mailpraktijk', geen pijn te doen en is qua 'duurzaamheid' zelfs aan te bevelen (zie ook hierna).

## **2.5. Handhaven wenselijk?**

De artikelen 1.21 en 2.66 Aanbestedingswet 2012 moeten ter zake het 'kosteloos ter beschikking stellen van de aanbestedingsstukken' behouden blijven in een nieuwe Aanbestedingswet.

Alles moet in het werk worden gesteld, om de administratieve lasten van deelname aan een aanbestedingsprocedure te beperken. Dit kan de mededinging immers alleen maar ten goede komen.

Overigens stimuleren de betreffende artikelen, dat aanbestedende diensten de meest efficiënte wijze van 'distributie' ter hand nemen, nu zij de kosten voor distributie immers zelf (in eerste instantie) dienen te dragen en (in eerste instantie) niet kunnen verhalen. Het-

---

<sup>13</sup> De (ook) met artikel 2.66 Aanbestedingswet 2012 beoogde 'verbeterde toegang tot opdrachten' conflicteert (natuurlijk) ook niet met (een van de hoofdoelen van de EU regels inzake overheidsopdrachten) '*de openstelling voor onvervals- te mededinging in alle lidstaten*' als genoemd in onder meer HvJEU 10 oktober 2013 in zaak C-336/12 (Manova), r.o. 28 en HvJEG 14 februari 2008 in zaak C-450/06 (Varec SA), r.o. 34.

<sup>14</sup> Waartoe TenderNed kan dienen.

<sup>15</sup> Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met de tweede en derde alinea van artikel 53 lid 1 RL 2014/24/EU. En zo nodig ook met artikel 90 RL 2014/24/EU.

geen in het voorkomend geval ook positieve effecten op het gebied van 'duurzaamheid' (lees: minder papier) kan hebben.

### **3. Procedure voor B-diensten**

#### **3.1. Wettekst**

Artikel 2.38 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst kan voor een overheidsopdracht betreffende diensten die zijn opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG de procedure voor B-diensten toepassen.
2. Indien de opdracht, bedoeld in het eerste lid, zowel betrekking heeft op diensten als bedoeld in bijlage II-A van richtlijn nr. 2004/18/EG als op diensten als bedoeld in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG kan de aanbestedende dienst de procedure voor B-diensten toepassen indien de geraamde waarde van de B-diensten gelijk is aan of hoger is dan die van de II-A diensten.
3. Voor opdrachten betreffende diensten voor «gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening», zoals opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG, wordt, met inachtneming van het tweede lid, de procedure voor B-diensten toegepast, tenzij de aanbestedende dienst anders besluit.

De 'procedure voor B-diensten' is feitelijk en 'procedureel' beschreven in artikel 2.39 Aanbestedingswet 2012:

1. De aanbestedende dienst die de procedure voor B-diensten toepast doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst:
  - a. toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;
  - b. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;
  - c. deelt de resultaten van de gunning mee aan de Europese Commissie;
  - d. kan een aankondiging van de gegunde opdracht bekend maken.
2. Bij toepassing van de procedure voor B-diensten zijn uitsluitend de paragrafen 2.3.3.1 en 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3 van toepassing.
3. In afwijking van het tweede lid maakt de aanbestedende dienst een aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de overheidsopdracht bekend op het elektronische systeem voor aanbestedingen, indien die opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

#### **3.2. Achtergrond**

Het BAO kende 'de procedure voor B-diensten' niet. Het BAO beperkte zich met de artikelen 20 t/m 22 tot een bijna letterlijke weergave van de artikelen 20 t/m 22 van Richtlijn (RL) 2004/18/EG.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt onder meer:<sup>16</sup>

“Uit de reeds eerder genoemde uitspraak inzake An Post (zaak C-507/03) volgt dat indien er bij B-diensten geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, deze diensten niet hoeven te worden aanbesteed. Indien er echter wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang dan geldt wel een transparantieplichting. Dit volgt uit de bepalingen uit het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie inzake het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging. Mede in het licht van eerdere jurisprudentie van het HvJEG inzake Coname (zaak C-458/03) en Parking Brixen (zaak C-231/03) dient deze transparantieplichting uitgelegd te worden als een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, zodat elke geïnteresseerde onderneming kan meedingen naar de opdracht. Artikel 1.6, derde lid, van dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan deze jurisprudentie.

De II-B diensten van richtlijn nr. 2004/18/EG en XVII-B diensten van richtlijn nr. 2004/17/EG vormen een aparte categorie wat betreft de toepassing van het transparantiebeginsel, zoals dat is neergelegd in artikel 1.6. Op grond van de genoemde richtlijnen behoeven opdrachten voor dergelijke diensten niet te worden aangekondigd en staat het de aanbestedende dienst vrij om al dan niet te publiceren. Zoals hiervoor reeds vermeld heeft het HvJEG evenwel bepaald voor dat dergelijke opdrachten, ingeval sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, wel het transparantiebeginsel geldt, hetgeen betekent dat dan wel moet worden aangekondigd. De aankondiging hoeft niet te worden gedaan indien de aanbestedende dienst niet de procedure voor het plaatsen van II-B opdrachten volgt, maar op goede gronden gebruik maakt van een andere procedure, waarvoor een aankondiging niet verplicht is, zoals de procedure voor onderhandelingen zonder aankondiging.”

Het artikel 1.6 voornoemd is (voor de duidelijkheid) later vernummerd naar het huidige artikel 1.9 Aanbestedingswet 2012.

Artikel 2.38 lid 3 Aanbestedingswet 2012 is het gevolg van een Amendement.<sup>17</sup> De Toelichting op dat Amendement luidt:

“Dit amendement beoogt buiten twijfel te stellen dat aanbestedingen in de zorg, ondersteuning en/of begeleiding onder het regime van bijlage II B van de Richtlijn 2004/18/EG vallen. Dit betekent dat voor deze diensten geen reguliere openbare aanbestedingsprocedure gehouden hoeft te worden. Voor II B-diensten geldt een lichter regime. Dit houdt in dat geen discriminatoire technische specificaties mogen worden gehanteerd, en dat achteraf een resultaat van een gunning bekend gemaakt wordt in de Tenders Electronic Daily (TED), via het Publicatiebureau in Luxemburg. De algemene beginselen van aanbesteden zijn uiteraard van toepassing.

Gemeenten zijn, gezien het regime omtrent de II B-diensten, vrij in hun keuze of zij zorg, ondersteuning en/of begeleiding wel of niet openbaar aanbesteden. Het gaat dan om «diensten voor begeleiding, zorg en ondersteuning van bewoners van gemeenten

<sup>16</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 66.

<sup>17</sup> Amendement van de leden Hamer en Wolbert, Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 54.

in Nederland», in de bijlage II B, vallend onder categorie 25 «Gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening».

De procedure voor B-diensten wordt gevolgd, tenzij de aanbestedende dienst anders besluit. In beginsel wordt dus niet openbaar aanbesteedt, tenzij de aanbestedende dienst besluit dat dit wel moet gebeuren. Indien in een gemeente voor dit laatste wordt gekozen, ligt het in de rede dat een besluit om toch openbaar aan te besteden eerst aan de gemeenteraad ter instemming wordt voorgelegd.”

Het zal de aandachtige lezer opvallen, dat de Memorie van toelichting (MvT) vermeldt: “[...] deze diensten niet hoeven te worden aanbesteed.” En dat de Toelichting op het Amendement vermeldt: “Dit betekent dat voor deze diensten geen reguliere openbare aanbestedingsprocedure gehouden hoeft te worden.” Aangezien de MvT ook de overige wijzen van aanbesteden ‘uitsluit’ (bijvoorbeeld (ook) de meervoudige onderhandse (aanbestedings-) procedure) lijkt ons de MvT correcter.

Voorts kan ernstig betwijfeld worden, of de gemeenteraad in een dualistisch stelsel wel over dit soort zaken gaat of wil gaan. Een en ander lijkt (immers) meer tot de bevoegdheden van het college van burgemeester en wethouders te behoren.<sup>18</sup>

### 3.3. **Handhaven wenselijk?**

Hoewel RL 2014/24/EU nog wel een onderscheid in diensten kent<sup>19</sup>, komt met RL 2014/24/EU het in (Bijlage II van) RL 2004/18/EG gemaakte onderscheid tussen Bijlage II A diensten en Bijlage II B diensten te vervallen.

In dat verband kunnen de artikelen 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 in een nieuwe Aanbestedingswet niet gehandhaafd worden. Het ‘bestaansrecht’ van die artikelen komt (immers) te vervallen. En ook de achterliggende motieven en beweegredenen van ‘de procedure voor B-diensten’ (zie hiervoor) zijn onder het nieuwe recht niet (meer) relevant.

Met het oog op de toekomst is een evaluatie van ‘de procedure voor B-diensten’ (dan ook) niet (echt) zinvol, en de vraag of handhaven wenselijk is, is niet meer relevant.

## 4. **Openbaarmaking stukken**

### 4.1. **Wettekst**

Artikel 2.57 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Onverminderd het in deze wet bepaalde maakt een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar.
2. Onverminderd het in deze wet bepaalde maakt een aanbestedende dienst geen informatie openbaar uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.

<sup>18</sup> Zie daartoe bijvoorbeeld artikel 160 lid 1 sub e Gemeentewet.

<sup>19</sup> Zie daartoe Titel III Bijzondere aanbestedingsregelingen, Hoofdstuk 1 ‘Sociale diensten en andere specifieke diensten’ van RL 2014/24/EU. Meer concreet, de artikelen 74 t/m 77. Zie verder ook Overweging 28 van RL 2014/24/EU die ter zake noemt: ‘de bijzondere regeling voor sociale en andere bijzondere diensten (de “lichte regeling”)’.

## 4.2. *Achtergrond*

Artikel 6 BAO luidde als volgt:

Onverminderd de artikelen 29, 35, 36 en 41 en met inachtneming van de Wet openbaarheid van bestuur maakt een aanbestedende dienst de vertrouwelijke informatie die hem door een ondernemer is verstrekt niet openbaar.

De Aanbestedingswet 2012 heeft aldus de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) 'losgelaten'. Dat een en ander ook (op Nederlands niveau) terecht blijkt, dan wel mogelijk is, volgt uit Afdeling Bestuursrechtspraak 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888, r.o. 3.1:

Op 1 april 2013 is de Aanbestedingswet 2012 in werking getreden (Stb. 2013, 57). In deze wet is een nieuwe, aan de Wob derogerende regeling opgenomen voor de beoordeling door aanbestedende diensten van verzoeken om informatie die door ondernemers als vertrouwelijk aan deze dienst is verstrekt. Reeds gelet hierop heeft het college geen belang bij een inhoudelijke beoordeling van het hoger beroep.”

Voornoemde uitspraak van de Afdeling dateert van na 1 april 2013.<sup>20</sup> Of de wetgever ter zake bedoeld of onbedoeld de Wob heeft 'losgelaten' blijkt niet (geheel) duidelijk uit de parlementaire geschiedenis. Uit die geschiedenis kan (wel) worden vermeld:<sup>21</sup>

“Van belang in dit verband is ook de verhouding tussen de aanbestedingsregels en de Wet openbaarheid van bestuur. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen informatie die door een ondernemer aan de aanbestedende dienst wordt verstrekt en informatie die de aanbestedende dienst zelf heeft opgesteld. Uit het bovenstaande blijkt dat indien een ondernemer de door hem aan een aanbestedende dienst verstrekte informatie als vertrouwelijk aanmerkt, het verstrekken van gegevens achterwege moet blijven. Een andersoortige afweging op grond van de Wet openbaarheid van bestuur is dan niet toegestaan. Immers, aan het «effet utile» van de aanbestedingsrichtlijnen zou afbreuk worden gedaan als op verzoeken om informatie een ander toetsingskader ten grondslag zou worden gelegd dan dat wat voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen. Wel is het zo dat, ingeval een verzoek om verstrekking van gegevens op grond van de aanbestedingsrichtlijnen zou kunnen worden ingewilligd omdat de ondernemer heeft aangegeven dat de informatie niet vertrouwelijk hoeft te worden behandeld, op grond van de artikelen 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur nog getoetst moet worden of een daarin opgenomen grond zich daartegen niet verzet. Overigens leert de ervaring dat ondernemers informatie die zij in een aanbestedingsprocedure aan de aanbestedende dienst verstrekken, als vertrouwelijk aanmerken.”

Hiervoor is al vermeld dat aanbestedende diensten op grond van de aanbestedingsregels bepaalde informatie van hun kant (door middel van door de Europese Commissie vastgestelde formulieren) openbaar moeten maken, zoals de aankondiging en de gunning van de opdracht. Daarnaast zijn er nog allerlei aanbestedingsstukken die zij beschikbaar moeten stellen aan inschrijvers en gegadigden, zoals bijvoorbeeld de gunningsbeslissing. Verder zal de aanbestedende dienst voorbereidende stukken voor de

<sup>20</sup> Inwerkingtredingsdatum Aanbestedingswet 2012.

<sup>21</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 69-70.

aanbesteding opstellen. De aanbestedingsregels bevatten geen specifieke voorschriften over het al of niet bekend maken van daarin vervatte gegevens. In dit verband is echter wel het arrest Varec SA van belang. In het arrest overweegt het HvJEG dat het hoofddoel van de gemeenschapsregels voor aanbestedingen de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten is. In dat verband is het, aldus het HvJEG, van belang dat aanbestedende diensten geen informatie betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen, zij het in een lopende dan wel in een latere aanbestedingsprocedure. Zonder nadere regeling zou in deze gevallen voor aanbestedende diensten die tevens bestuursorganen zijn, de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing zijn. De Wet openbaarheid van bestuur kent evenwel geen weigeringsgrond als door het genoemde arrest wordt vereist. Daarom voorziet artikel 2.57, tweede lid, hierin. De bepaling heeft betrekking op informatie, vervat in aanbestedingsstukken (zie de omschrijving in artikel 1.1 van dit wetsvoorstel) en in andere documenten, zoals hiervoor geschetst, die in het kader van een aanbestedingsprocedure door een aanbestedende dienst kunnen worden opgesteld. Indien deze bepaling geen beletsel vormt voor het verstrekken van informatie, dient vervolgens aan hand van de criteria van de Wet openbaarheid van bestuur te worden bezien of wellicht een daarin genoemde weigeringsgrond van toepassing is. In de praktijk zal toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur niet of nauwelijks plaatsvinden. Gelet op de aard van de materie die in aanbestedingsstukken en dergelijke is opgenomen, zal het verstrekken van informatie reeds afstuiten op de toetsing aan het criterium «vervalsing van de mededinging».

Hoe dan ook. Een groot verschil tussen het BAO en de Aanbestedingswet 2012 volgde al (ruim vóór 1 april 2013) uit Afdeling Bestuursrechtspraak 14 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1054, r.o. 2.4.1:

“Voorzorg heeft haar verzoek gebaseerd op de Wob. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 17 september 2003 in zaak nr. 200300659/1; [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)), wijkt de Wob als algemene openbaarmakingsregeling slechts voor bijzondere openbaarmakingsregelingen met een uitputtend karakter die zijn neergelegd in wetten in formele zin. Het vereiste dat de bijzondere openbaarmakingsregeling dient te zijn neergelegd in een wet in formele zin volgt uit artikel 2 van de Wob. Het Bao is geen wet in formele zin maar een algemene maatregel van bestuur, zodat, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, de Wob hiervoor niet wijkt. Dat het Bao ter implementatie dient van de richtlijn en krachtens de Raamwet is vastgesteld maakt dit niet anders. Alleen een implementatieregeling in de vorm van een wet in formele zin kan een openbaarmakingsregeling inhouden die voorrang heeft boven de Wob. [-]”

#### **4.3. Evaluatie**

In de parlementaire geschiedenis lezen we: “Overigens leert de ervaring dat ondernemers informatie die zij in een aanbestedingsprocedure aan de aanbestedende dienst verstrekken, als vertrouwelijk aanmerken.”



Het is maar de vraag, of een en ander juist is. Ondernemers moeten immers (zeer) beducht zijn voor het 'inschrijven onder voorwaarden'. Een en ander kan namelijk tot ongeldigheid van de inschrijving leiden. Het is (dan ook) onze praktijkervaring, dat juist aanbestedende diensten (overigens ook in hun eigen belang) in hun aanbestedingsdocumenten opnemen:

"[-] zal de aanbestedder/opdrachtgever alle door hem tijdens de aanbestedingsprocedure en tijdens de uitvoering van de overeenkomst van een inschrijver/opdrachtnemer verkregen informatie en gegevens/documenten vertrouwelijk behandelen. [-]"

Of iets van een dergelijke strekking. Waardoor artikel 2.57 Aanbestedingswet in combinatie met Afdeling Bestuursrechtspraak 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888 in de praktijk ook daadwerkelijk 'werkt'. De Wob wordt (zodoende) 'buiten spel gezet'. Een zoekopdracht op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) laat overigens geen gehonoreerde Wob-verzoeken in aanbestedingsprocedures zien waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is.

#### 4.4. **Handhaven mogelijk?**

Artikel 21 RL 2014/24/EU ('Vertrouwelijkheid') luidt als volgt:

1. Tenzij anders bepaald in deze richtlijn of in het nationale recht waaraan de aanbestedende dienst is onderworpen, in het bijzonder de wetgeving inzake de toegang tot informatie, en onverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers overeenkomstig de artikelen 50 en 55, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van - zij het niet uitsluitend - de fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijving, niet bekend.
2. De aanbestedende dienst kan aan een ondernemer eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.

En artikel 22 lid 3 RL 2014/24/EU (gedeeltelijk):

Bij elke mededeling, uitwisseling en opslag van informatie zorgen de aanbestedende diensten ervoor dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de inschrijvingen en verzoeken tot deelname gewaarborgd zijn. [-]

Artikel 2.57 lid 1 Aanbestedingswet 2012 is dus in beginsel in lijn met het nieuwe recht en kan en mag dus behouden worden.

Artikel 2.57 lid 2 Aanbestedingswet 2012 wordt niet 'bestreken' door de nieuwe Richtlijn, dus ter zake (ook) niet ongeoorloofd geacht. En kan dus ook behouden blijven. Mogelijk is het zelfs (terzijde) zo, dat artikel 21 lid 2 RL 2014/24/EU (ook) een concreet handvat biedt voor de toepassing van het bepaalde in artikel 2.57 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

In geval artikel 21 lid 1 RL 2014/24/EU met de zinsnede '*Tenzij anders bepaald [-] in het nationale recht waaraan de aanbestedende dienst is onderworpen, in het bijzonder de wetgeving inzake de toegang tot informatie [-]*' doelt op wetten als de Wob, dan vormt een en ander in Nederland (dus) geen belemmeringen.

Een nieuwe Aanbestedingswet derogeert immers aan de Wob. Zie Afdeling Bestuursrechtspraak 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888, r.o. 3.1 hierboven.

#### **4.5. Handhaven wenselijk?**

Voor zover er gelet op het standpunt van de hoogste bestuursrechter in Wob-zaken ter zake al 'keuzevrijheid' zou bestaan - in feite is immers sprake van een '*fait accompli*' - moet de nieuwigheid behouden blijven.

Een en ander leidt er immers bijvoorbeeld toe, dat niet in aanbestedingszaken gespecialiseerde bezwarenadviescommissies<sup>22</sup> en bestuursrechters zich (ook) niet inhoudelijk in bijvoorbeeld (de aard en inhoud van) inschrijvingsdocumenten en inschrijvingsgegevens hoeven te verdiepen. Hetgeen bijvoorbeeld tot lastenverlichting leidt. En een en ander biedt ook de meeste waarborgen tot daadwerkelijke vertrouwelijkheid van vertrouwelijke documentatie en gegevens. Het is immers in het voorkomend geval van groot belang, dat zo min mogelijk personen op de hoogte van de inhoud van (daadwerkelijk) vertrouwelijke documentatie en gegevens geraken.

In laatst genoemd verband, zie (namelijk) bijvoorbeeld HvJEG 14 februari 2008 in zaak C-450/06 (Varec SA / Belgische staat), r.o. 34-36:

34. Het hoofddoel van de gemeenschapsrechtelijke regels inzake overheidsopdrachten omvat de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten (zie met name arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 44).
35. Om dat doel te bereiken is het belangrijk dat de aanbestedende diensten geen informatie betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen, zij het in een lopende dan wel in latere aanbestedingsprocedures.
36. Daarenboven zijn de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, zowel naar hun aard als volgens het stelsel van de gemeenschapswetgeving, gebaseerd op een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende diensten en de deelnemende economische subjecten. Deze laatste moeten de aanbestedende diensten in het kader van de aanbestedingsprocedure in kennis kunnen stellen van alle nuttige informatie, zonder te hoeven vrezen dat laatstgenoemde aan derden gegevens meedelen waarvan de openbaarmaking voor hen nadelig zou kunnen zijn."

## **5. Indieningstermijnen**

### **5.1. Wettekst**

Artikel 2.71 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Voor openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 45 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging.
2. Voor niet-openbare procedures, onderhandelingsprocedures met aankondiging en de concurrentiegerichte dialoog bedraagt de termijn voor het indienen van de verzoeken

---

<sup>22</sup> Zie daartoe bijvoorbeeld artikel 7: 13 Awb.

tot deelneming ten minste 30 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht.

3. Voor niet-openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.
4. Indien de aanbestedende dienst een vooraankondiging als bedoeld in paragraaf 2.3.2.1 heeft gedaan, kan hij de termijn voor het indienen van de inschrijvingen, bedoeld in het eerste en derde lid, inkorten tot 29 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen.
5. Het inkorten van de termijn, bedoeld in het vierde lid, is uitsluitend toegestaan, indien de vooraankondiging alle informatie bevat die in de aankondiging van de overheidsopdracht, bedoeld in bijlage IV, onderdeel A, van richtlijn nr. 2004/18/EG, wordt verlangd, voor zover deze informatie beschikbaar is op het tijdstip dat de vooraankondiging wordt bekendgemaakt en mits deze vooraankondiging ten minste 52 dagen en ten hoogste 12 maanden voor de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht ter bekendmaking is verzonden.

## **5.2. Achtergrond**

Op grond van artikel 2.72 Aanbestedingswet 2012 geldt:

Een aanbestedende dienst kan de termijnen voor de het indienen van inschrijvingen, bedoeld in artikel 2.71, eerste en derde lid, met vijf dagen inkorten indien hij met elektronische middelen en vanaf het doen van de aankondiging vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de aanbestedingsstukken, met inachtneming van paragraaf 2.3.2.2, en in de aankondiging het internetadres vermeldt dat toegang biedt tot deze documenten.

Een en ander betekent bijvoorbeeld, dat de minimaal in acht te nemen termijn van een (Europese) Openbare procedure thans 40 dagen ondervangt (45 -/- 5 dagen).

Een en ander is in overeenstemming met RL 2004/18/EG. Zie de artikelen 38 lid 2 (52 dagen), 38 lid 5 (-/- 7 dagen) en 38 lid 6 (-/- 5 dagen). 52 dagen minus 7 dagen minus 5 dagen is 40 dagen.

Het BAO volgt de met artikel 38 (slechts) RL 2004/18/EG. Zie voor de Openbare procedure, artikel 38 lid 2 jo. lid 7 jo. lid 8 BAO.

Artikel 2.71 lid 1 Aanbestedingswet 2012 'pakt' de 'eerste minus 7 dagen' ex artikel 38 lid 5 RL 2004/18/EG, doordat de (Europese) aankondigingen langs elektronische weg (TenderNed) moeten worden verzonden. Zie artikel 2.62 Aanbestedingswet 2012.

Voorts is in kwestie ook relevant het bepaalde in artikel 2.70 Aanbestedingswet 2012:

De aanbestedende dienst stelt de termijn voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen vast met inachtneming van het voorwerp van de opdracht, de voor de voorbereiding van het verzoek of de inschrijving benodigde tijd en de in deze paragraaf gestelde regels omtrent termijnen.

Uit de parlementaire geschiedenis van de betreffende artikelen uit de Aanbestedingswet 2012 valt onder meer het volgende op te maken.

MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 15:

Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor Europese en nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures. Dit beginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. Hieronder vallen in ieder geval de keuze voor een bepaalde procedure, de inhoud van de geschiktheidseisen, het aantal geschiktheidseisen, termijnen, uitsluitingsgronden en de vergoeding van extra inspanningen tijdens de offertefase.

MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 53:

Proportionele termijnen zijn reële termijnen, ook deze zijn afhankelijk van de soort opdracht en de relevante markt. Wanneer een innovatieve opdracht wordt aanbesteed kan het nodig zijn gebruik te maken van langere termijnen, omdat er meer tijd nodig zal zijn voor partijen om een innovatieve offerte op te stellen.

MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 72-73:

In paragraaf 2.3.2.3 worden regels gesteld voor de termijnen die de aanbestedende dienst in acht moet nemen bij het vaststellen van de termijnen voor verzoeken tot deelneming of inschrijving. Artikel 2.70 bepaalt dat de aanbestedende dienst de ondernemers voldoende tijd moet geven voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving. Het is dan ook niet wenselijk dat een aanbestedende dienst altijd de minimumtermijnen toepast. Vooral bij grote complexe opdrachten, waartoe het midden- en kleinbedrijf minder snel toegang heeft, kan het wenselijk zijn om een langere termijn te stellen, zodat het midden- en kleinbedrijf de gelegenheid heeft om een combinatie te vormen. Op deze manier wordt bereikt dat het midden- en kleinbedrijf ook bij grotere opdrachten mee kan doen. [-] Omdat de aankondiging in alle gevallen elektronisch geschiedt, met gebruikmaking van TenderNed, is in dit artikel gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de termijnen uit de richtlijn te verkorten met zeven dagen.[-] Dit artikel biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om de termijn van ontvangst van de inschrijvingen met vijf dagen te verkorten. Aanbestedende diensten kunnen gebruik maken van deze mogelijkheid indien zij het bestek en alle aanvullende aanbestedingsstukken met elektronische middelen beschikbaar stellen, bij voorbeeld via TenderNed.

### **5.3. Evaluatie**

Uit onze praktijk (-ervaring) blijkt, dat de aanbestedingsdocumenten thans overwegend 'met elektronische middelen' (kosteloos) door de aanbestedende diensten aan ondernemers ter beschikking worden gesteld. Men zie daartoe (ook) de (Europese) Aankondigingen op TenderNed bijvoorbeeld onder de 'Map Documenten'.

In dat verband wordt dan ook door aanbestedende diensten in hun eerste planningsuitgangaan van de minimumtermijnen als genoemd in artikel 2.71 en 2.72 Aanbestedingswet 2012.

### **5.4. Handhaven mogelijk?**

Overweging 80 van Richtlijn 2014/24/EU luidt (gedeeltelijk) als volgt:

Om de procedures sneller en efficiënter te laten verlopen, moeten de termijnen voor deelname aan aanbestedingsprocedures zo kort mogelijk worden gehouden, zonder dat dit onnodige belemmeringen opwerpt voor ondernemers uit de interne markt, met name mkb's. Bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen en van verzoeken tot deelname, moeten de aanbestedende diensten met name rekening houden met de complexiteit van de opdracht en met de voor het opstellen van de inschrijvingen benodigde tijd, zelfs als daarvoor termijnen moeten worden bepaald die langer zijn dan de minima op grond van deze richtlijn. Gebruik van elektronische informatie- en communicatiemiddelen, in het bijzonder volledige elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken en elektronische verzending van berichten aan ondernemers, inschrijvers en gegadigden, leidt enerzijds tot meer transparantie, en tot tijdsbesparing. Bijgevolg dienen de minimumtermijnen te worden verkort conform de regels van de GPA-overeenkomst, mits deze termijnen verenigbaar zijn met de specifieke verzendingsmethoden die in de Unie worden toegepast. [-]

Artikel 47 lid 1 RL 2014/24/EU luidt dan ook als volgt:

Bij de vaststelling van de termijnen voor de verzoeken tot deelname en de ontvangst van inschrijvingen moeten aanbestedende diensten rekening houden met de complexiteit van de opdracht en met de tijd die nodig is voor de voorbereiding van inschrijvingen, onverminderd de in de artikelen 27 tot en met 31 vastgestelde minimumtermijnen.

Met Richtlijn 2014/24/EU worden de minimumtermijnen met betrekking tot de Openbare en de Niet openbare procedure ten opzichte van RL 2004/18/EG verkort. Men zie voor de Openbare procedure, artikel 27 lid 1 RL 2014/24/EU (35 dagen) jo. artikel 27 lid 4 RL 2014/24/EU (minus 5 dagen). Hetgeen neerkomt op een minimumtermijn van 30 dagen.

Artikel 27 lid 4 RL 2014/24/EU luidt overigens wel als volgt:

De aanbestedende dienst kan de in lid 1, tweede alinea, bepaalde termijn voor ontvangst van inschrijvingen met vijf dagen verkorten indien hij erin toestemt dat inschrijvingen overeenkomstig artikel 22, lid 1, eerste alinea, en artikel 22, leden 5 en 6, langs elektronische weg worden ingediend.

De thans meest bekende aanbestedingsplatformen<sup>23</sup> kennen een elektronische inschrijvingsmodule. Men ziet inmiddels in de praktijk (aldus reeds) steeds vaker, dat gebruik wordt gemaakt van 'elektronisch inschrijven'. Hetgeen bijvoorbeeld wel zo eenvoudig en 'duurzaam' is, althans in beginsel geen (nodeloze) 'papierberg' tot gevolg heeft.

En voor de Niet openbare procedure, zie artikel 28 RL 2014/24/EU (1e (deelname) fase: 30 dagen<sup>24</sup>, 2e (inschrijvings-) fase: 30<sup>25</sup> (-/- 5<sup>26</sup>) dagen).

---

<sup>23</sup> TenderNed, Aanbestedingskalender, CTM, Negometrix e.d.

<sup>24</sup> Zie artikel 28 lid 1 RL 2014/24/EU.

<sup>25</sup> Zie artikel 28 lid 2 RL 2014/24/EU.

<sup>26</sup> Zie artikel 28 lid 5 RL 2014/24/EU in verband met de elektronische inschrijvingen (gelijk aan artikel 27 lid 4 RL 2014/24/EU).

Het gaat ter zake evenwel om minimumtermijnen. In dat verband zouden de artikelen 2.71 en 2.72 Aanbestedingswet 2012 in beginsel behouden kunnen blijven ('meer mag, minder niet'), bijvoorbeeld omwille van 'redelijkheid' en 'proportionaliteit'.

### **5.5. Handhaven wenselijk?**

Met betrekking tot de wenselijkheid van het invoeren van vernieuwde verlaagde minimumtermijnen zal een spanningsveld (kunnen) bestaan/ontstaan ter zake de wens van de aanbestedende diensten om de procedures zo kort mogelijk te laten zijn<sup>27</sup>, de tijd die ondernemers redelijkerwijs nodig hebben om een goede inschrijving<sup>28</sup> te doen en (met het laatste verband houdend) het realiseren van een doelmatige inkoop (in verband met een doelmatige besteding van overheidsgelden).

De verwachting is, dat aanbestedende diensten (in eerste aanleg) zullen overgaan op de (nieuwe) minimumtermijnen.<sup>29</sup> Althans, daar hun eerste plannings op zullen afstemmen. Althans, dat is (ook) de ervaring met RL 2004/18/EG, in de (oorspronkelijke) aanbestedingsplanning wordt uitgegaan van (gerekend met) 40 dagen.

De praktijk laat echter (ook) vaak zien, dat uiteindelijk praktisch de (huidige) 40 dagen (toch) niet gerealiseerd worden (denk bijvoorbeeld aan diverse Nota's van inlichtingen met overeenkomstig uitstel in de procedure van dien).

En in dat verband lijkt een nieuwe minimumtermijn van bijvoorbeeld 30 dagen voor diverse aanbestedingsprocedures vooralsnog niet realistisch. Het zal doorgaans zelfs volstrekt onmogelijk of irreëel zijn, om bij grote bouwkundige werken in een Niet openbare procedure uit te gaan van een inschrijvingstermijn van 25 dagen<sup>30</sup>. En kan dus betwijfeld worden, of een en ander voor dergelijke procedures in een nieuwe Aanbestedingswet moet worden opgenomen.

Voor het overige is artikel 2.70 Aanbestedingswet 2012 (echter) een zeer realistische bepaling die in overeenstemming is met doel, strekking en tekst (art. 47 lid 1) van RL 2014/24/EU en mitsdien behouden kan en moet blijven.

En in dat verband behoeft de opname van de nieuwe Richtlijn minimumtermijnen in een nieuwe Aanbestedingswet geen 'pijn' te doen. Ter zake moet door de aanbestedende diensten in het individuele concrete geval (immers) toch een redelijke en proportionele afweging worden gemaakt die in rechte getoetst kan worden.

---

<sup>27</sup> Aanbestedingsprocedures worden niet zelden als onnodig tijdrovend ervaren.

<sup>28</sup> Hetgeen overigens ook in het belang van de aanbestedende dienst is.

<sup>29</sup> Ze kunnen dat ook praktisch, daar de meest bekende aanbestedingsplatformen, elektronische inschrijvingsmodules hebben.

<sup>30</sup> Zie artikel 28 lid 2 jo. lid 5 RL 2014/24/EU.

# Elektronisch aankondigen en aanbesteden

(F.J.M. Spaapen)

## 1. Algemene inleiding

In dit onderdeel wordt de regeling met betrekking tot de bekendmaking van aankondigingen zoals opgenomen in de Aanbestedingswet 2012 (**Aw**)<sup>1</sup> vergeleken met de regeling daarvan in de Richtlijn 2014/24 EU (**Richtlijn**)<sup>2</sup>. Een zelfde vergelijking wordt gemaakt met betrekking tot de regeling in deze wetten van de bekendmaking en uitwisseling van overige gegevens in het kader van een aanbestedingsprocedure. De in de Aw op deze terreinen ten opzichte van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (**Bao**)<sup>3</sup> opgenomen noviteiten worden met het oog op de implementatie van de Richtlijn beoordeeld op hun houdbaarheid en wenselijkheid.

## 2. Bekendmaking

### 2.1. Wettekst

De Aw bevat met betrekking tot de bekendmaking van aankondigingen de navolgende bepalingen:

Artikel 1.18 Aw:

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

Artikel 2.59 Aw:

1. De bekendmaking van de vooraankondiging geschiedt langs elektronische weg, met gebruikmaking van het elektronische systeem voor aanbestedingen.
2. De aanbestedende dienst gebruikt voor de bekendmaking van de vooraankondiging het daartoe door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gestelde formulier.

Artikel 2.62 Aw:

1. De aanbestedende dienst die voornemens is een overheidsopdracht te gunnen maakt hiertoe een aankondiging van de overheidsopdracht bekend.
2. De bekendmaking van de aankondiging geschiedt langs elektronische weg met gebruikmaking van het elektronische systeem voor aanbestedingen.

---

<sup>1</sup> Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Staatsblad 2012, 542.

<sup>2</sup> Richtlijn 2014/24 EU van het Europees Parlement De Raad van 26 februari 2014, Publicatieblad van de Europese Unie L 94/65

<sup>3</sup> Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten van 16 juli 2005, Staatsblad 2005,408 (vervallen per 1 april 2013)

3. De aanbestedende dienst gebruikt voor de bekendmaking van de aankondiging het daartoe door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gestelde formulier.

4. Het eerste lid is niet van toepassing indien de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepast.

Artikel 2.134 Aw:

1. De aanbestedende dienst die een overheidsopdracht heeft gegund maakt de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht bekend met behulp van het elektronische systeem voor aanbestedingen binnen 48 dagen na de gunning van die overheidsopdracht.

2. De aanbestedende dienst gebruikt voor de mededeling van het resultaat van de procedure het daartoe door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gestelde formulier.

Artikel 3.52 Aw:

1. Een speciale-sectorbedrijf zendt de periodieke indicatieve aankondiging, bedoeld in artikel 3.51, eerste lid, onderdeel a, zo spoedig mogelijk nadat de beslissing is genomen tot goedkeuring van het programma voor de speciale-sectoropdrachten voor werken die het speciale-sectorbedrijf voornemens is te plaatsen of te sluiten, met behulp van het elektronische systeem voor aanbestedingen toe aan de Europese Commissie.

2. Een speciale-sectorbedrijf zendt de periodieke indicatieve aankondiging, bedoeld in artikel 3.51, eerste lid, onderdelen b en c, zo spoedig mogelijk na het begin van het begrotingsjaar met gebruikmaking van het elektronische systeem voor aanbestedingen toe aan de Europese Commissie.

Artikel 3.56 Aw:

1. Paragraaf 2.3.2.2, met uitzondering van de artikelen 2.63 en 2.68, is van overeenkomstige toepassing op een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een speciale-sectoropdracht te gunnen.

2. Het speciale-sectorbedrijf geeft in de aankondiging of in de uitnodiging tot inschrijving aan welke bewijsmiddelen met betrekking tot de gestelde eisen en de technische specificaties, eisen en normen hij van de ondernemer verlangt.

3. Als aankondiging als bedoeld in het eerste lid kan het speciale-sectorbedrijf volstaan met een aankondiging betreffende het bestaan van een erkenningsregeling of een periodieke indicatieve aankondiging, indien die laatste:

a. specifiek verwijst naar werken, leveringen of diensten waarop de opdracht betrekking heeft;

b. vermeldt dat de opdracht zal worden gegund door middel van een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure met aankondiging en belangstellende ondernemers verzoekt hun belangstelling schriftelijk kenbaar te maken;

c. ten minste twaalf maanden voor de uitnodiging tot deelname wordt verzonden.



Artikel 3.78 Aw:

1. De artikelen 2.134, 2.135, 2.136 en 2.138 zijn van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten, met dien verstande dat de termijn telkens twee maanden bedraagt.
2. Indien een speciale-sectorbedrijf een opdracht plaatst in verband met onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten:
  - a. volgens een procedure zonder voorafgaande aankondiging overeenkomstig artikel 3.36, onderdeel b, mag dat bedrijf de gegevens over de aard en de hoeveelheid van de verleende diensten, overeenkomstig bijlage XVI van richtlijn nr. 2004/17/EG, beperken tot de vermelding «onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten»,
  - b. die overeenkomstig artikel 3.36, onderdeel b, niet volgens een procedure zonder voorafgaande aankondiging kan worden gegund, kan hij de gegevens over de aard en de hoeveelheid van de verleende diensten, bedoeld bijlage XVI van richtlijn nr. 2004/17/EG, beperken indien de bescherming van het zakengeheim zulks noodzakelijk maakt.
3. In de gevallen, bedoeld in het tweede lid, onderdelen a en b, ziet het speciale-sectorbedrijf er op toe dat:
  - a. de verstrekte informatie ten minste even gedetailleerd is als die in de aankondiging, die met gebruikmaking van het elektronische systeem voor aanbestedingen is gepubliceerd, en
  - b. indien het speciale-sectorbedrijf van een erkenningsregeling gebruik maakt, deze informatie ten minste even gedetailleerd is als die in de desbetreffende categorie van de overeenkomstig artikel 3.66, elfde lid, opgestelde lijst van erkende dienstverleners.

Artikel 4.13 Aw:

1. Onze Minister draagt zorg voor het inrichten, instandhouden, de werking en het beveiligen van een elektronisch systeem voor aanbestedingen, met behulp waarvan:
  - a. de aankondigingen worden gezonden aan de Europese Commissie ter publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie;
  - b. aankondigingen en andere gegevens kunnen worden bekendgemaakt in het kader van een aanbestedingsprocedure;
  - c. gegevens worden verzameld met het oog op het vervullen van de statistiekverplichtingen op grond van richtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG;
  - d. gegevens worden verzameld ten behoeve van verslaggeving van Onze Minister aan de beide Kamers van de Staten-Generaal.
2. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de toegang tot en aansluiting op het elektronische systeem voor aanbestedingen ten behoeve van het doen van aankondigingen als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b.

Artikel 4.14:

1. Onze Minister stelt door middel van het elektronische systeem van aanbesteden de door de Europese Commissie met inachtneming van artikel 70 van richtlijn nr. 2004/17/EG en artikel 79 van richtlijn nr. 2004/18/EG vastgestelde formulieren beschikbaar voor:

- a. de vooraankondiging van een overheidsopdracht;
- b. de periodieke indicatieve aankondiging van een speciale sectoropdracht;
- c. de aankondiging van een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, concessieovereenkomst voor openbare werken of prijsvraag;
- d. de aankondiging door middel van een kopersprofiel;
- e. de vereenvoudigde aankondiging via een dynamisch aankoopstelsel;
- f. de aankondiging van een gegunde overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieovereenkomst voor openbare werken;
- g. de bekendmaking van de resultaten van een prijsvraag;
- h. erkenningsregeling;
- i. rectificatie van een aankondiging;
- j. de aankondiging, bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, onder b,

overeenkomstig het model dat door de Europese Commissie overeenkomstig de in artikel 68, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG en artikel 77, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG bedoelde procedure is vastgesteld.

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

3. Op verzoek van de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf of de concessiehouder wijst Onze Minister de Europese Commissie op gegevens die niet voor publicatie bestemd zijn. Deze gegevens worden niet door middel van het elektronische systeem van aanbesteden bekendgemaakt.

4. Onze Minister draagt er zorg voor dat door middel van het elektronische systeem van aanbesteden de mededelingen, genoemd in artikel 4.13, onder a, langs elektronische weg ter publicatie worden gezonden aan de Europese Commissie overeenkomstig het model en op de wijze, bedoeld in bijlage XX van richtlijn nr. 2004/17/EG en in het derde punt van bijlage VIII van richtlijn nr. 2004/18/EG.

5. Een wijziging van een formulier, bedoeld in artikel 70 van richtlijn nr. 2004/17/EG en artikel 79 van richtlijn nr. 2004/18/EG gaat voor de toepassing van het eerste lid gelden met ingang van de dag waarop het desbetreffende besluit van de Europese Commissie in werking treedt.

6. Onze Minister is verantwoordelijk als bedoeld in artikel 1, onder d, van de Wet bescherming persoonsgegevens.

7. Onze Minister doet mededeling in de Staatscourant van een besluit als bedoeld in het vijfde lid.

## 2.2. *Achtergrond*

Tot 1 april 2013 was het Bao van toepassing op de aanbesteding van overheidsopdrachten. In artikel 35 van het Bao werden de vooraankondiging en aankondiging van dergelijke opdrachten materieel behandeld. Vervolgens werd in het tweede lid van artikel 36 Bao –kortweg– bepaald, dat de aanbestedende dienst de aankondiging langs elektronische- of langs andere weg aan de Europese Commissie diende te zenden. De Bao-wetgever liet dus een aanbestedende dienst de vrije keuze voor wat betreft de wijze waarop een aankondiging ter publicatie aan de Commissie moest worden gestuurd. Enkel in geval van gebruikmaking van de versnelde procedure gold het voorschrift dat de aankondiging hetzij per fax, hetzij langs elektronische weg aan de Commissie diende te worden verzonden (artikel 36 derde lid Bao).

Met de invoering van de Aw ingaande 1 april 2013 is het Bao komen te vervallen. De Aw bevat in de artikelen 1.18, 2.59, 2.62, 2.134, 3.52, 3.56 en 3.78 ten opzichte van de regeling in het Bao een noviteit met betrekking tot de wijze van publiceren van (voor)aankondigingen. In deze artikelen wordt namelijk imperatief voorgeschreven, dat aankondigingen bekend worden gemaakt door middel van het elektronisch systeem voor aanbestedingen als bedoeld in de aanhef van artikel 4.13 eerste lid Aw. Daarin wordt de Minister van Economische Zaken opgedragen zorg te dragen voor de inrichting, instandhouding, de werking en de beveiliging van een elektronisch systeem voor aanbestedingen, waarmee onder meer, ingevolge het bepaalde sub a van dit artikellid, de aankondigingen worden gezonden aan de Europese Commissie ter publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie. Ook als een aanbestedende dienst voor een vrijwillige aankondiging kiest dient publicatie met behulp van het elektronisch systeem voor aanbestedingen te gebeuren. Het is weliswaar toegestaan om een aankondiging ook op een ander platform te publiceren, maar pas nádat de aankondiging door middel van het wettelijk voorgeschreven elektronisch systeem gepubliceerd is (artikel 2.65 Aw).

Met het systeem dient niet alleen de verplichte toezending van aankondigingen aan de Commissie ter plaatsing in het Publicatieblad te kunnen plaatsvinden, maar ook dient het systeem de mogelijkheid te bieden om vrijwillig aankondigingen en andere gegevens in het kader van een aanbestedingsprocedure bekend te maken (artikel 4.13 eerste lid sub b Aw).

Voorts dienen met behulp van het elektronisch systeem gegevens verzameld te kunnen worden ten behoeve van de statistiekverplichtingen die op grond van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG bestaan, alsmede ten behoeve van de verslaglegging door de Minister van Economische Zaken aan de beide Kamers van de Staten Generaal (artikel 4.13 eerste lid sub c en d).

De doelstellingen van de wetgever met het bovenvermelde elektronische systeem voor aanbestedingen zijn vooral vereenvoudiging, efficiëncy, transparantie, eenvoudiger toegang en besparing van lasten bij de verstrekking van overheidsopdrachten.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 18 onder 4.5, p. 26 onder 7.2, p. 28 en 29 onder 7.4, p. 57 onder art. 1.17, 1.18 en 1.19, p. 72 onder art. 2.62 t/m 2.65, p. 95 onder art. 2.133 t/m 2.137 en p. 114 onder art. 4.13 en 4.14.

De Minister heeft ter uitvoering van de wet en ter effectuering van zijn doelstellingen het TenderNed-systeem laten ontwikkelen en dit –blijkens de Memorie van Toelichting– aangewezen als het elektronische systeem voor aanbestedingen met behulp waarvan de aankondigingen moeten worden bekend gemaakt.<sup>5</sup> Met behulp van TenderNed kan zowel nationaal als Europees worden aangekondigd. Aankondigingen waarop deel 2 of deel 3 van de Aw van toepassing is, kunnen via TenderNed eenvoudig worden doorgezet naar de Europese Commissie ter publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie (Tender Electronic Daily (TED)). Ook de gegevens ten behoeve van de statistiekverplichting en de verslaglegging aan de beide Kamers van de Staten Generaal kunnen met behulp van TenderNed worden verzameld.

TenderNed is onderdeel van het expertisecentrum PIANOo van het ministerie van Economische Zaken.

### **2.3. Evaluatie**

Door aanbestedende diensten te verplichten het elektronisch systeem te gebruiken om aankondigingen bekend te maken, zijn alle aankondigingen op één plaats gepubliceerd en hoeven ondernemers niet meer, zoals voorheen, op verschillende plaatsen/platforms te zoeken naar voor hen interessante opdrachten. Dit bespaart tijd en kosten. Niet alleen de lasten van ondernemers worden door inzet van het systeem verlicht, maar ook die van aanbestedende diensten, onder meer omdat de gegevens ter voldoening aan de jaarlijkse statistiekverplichting van het Ministerie van Economische Zaken jegens de Europese Commissie eenvoudig uit TenderNed kunnen worden geëxtraheerd evenals de gegevens ten behoeve van rapportages door de minister aan de Eerste en Tweede Kamer. Het verplichte gebruik van één elektronisch systeem voor aanbestedingen lijkt dus een adequaat middel om te voldoen aan de hierboven in § 2.2 vermelde doelstellingen van de wetgever. Vraag en aanbod ontmoeten elkaar trefzeker, transparant en tegen relatief lage transactiekosten op het elektronische marktplein TenderNed.

Er is, voorzover bekend, nog geen objectief onderzoek gedaan naar de werking van TenderNed in de praktijk. Er is, zeker in de beginperiode, ruis geweest over gebrekkig en gebruikersonvriendelijk functioneren van TenderNed. Dat zal niemand die wel eens te maken heeft gehad met de ontwikkeling en implementatie van een softwaretool bevreemden. Veel van de kinderziektes lijken inmiddels te zijn opgelost. TenderNed lijkt inmiddels vrij stabiel te functioneren en een bruikbare technische invulling van het wettelijk vereiste elektronisch systeem voor aanbestedingen te bieden.

### **2.4. Handhaven mogelijk?**

In de Richtlijn is in het tweede lid van artikel 51 met betrekking tot aankondigingen (als bedoeld in de artikelen 48, 49 en 50 Richtlijn) voorgeschreven dat deze met elektronische middelen aan het Bureau voor Publicaties van de Europese Unie (het Bureau) worden gezonden en overeenkomstig bijlage VIII bij de Richtlijn worden bekendgemaakt.

Als aanbestedende diensten er voor kiezen om aankondigingen, die niet onder de in de richtlijn voorgeschreven bekendmakingsvoorschriften vallen, vrijwillig bekend te maken, dan kunnen zij dat op grond van het bepaalde in het zesde lid van artikel 51 Richtlijn

---

<sup>5</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 114.

doen, mits zij de aankondigingen in elektronische vorm aan het Bureau voor publicaties van de Europese Unie zenden in het formaat en omschreven als in bijlage VIII bij de Richtlijn.

Voor wat betreft de bekendmaking van aankondigingen schrijven derhalve zowel de Aw (artikel 1.18 eerste lid) als de Richtlijn (artikel 51 tweede lid) voor, dat deze enkel langs elektronische weg plaatsvindt. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Aw wordt voor dergelijke bekendmakingen primair het gebruik van TenderNed voorgeschreven<sup>6</sup>. Na verplichte bekendmaking met behulp van TenderNed mag de aankondiging ook op ieder ander platform bekend worden gemaakt.<sup>7</sup>

Nu de Richtlijn, net als de Aw, de bekendmaking van aankondigingen met behulp van elektronische middelen verplicht stelt is handhaving van de huidige regeling in de Aw niet alleen mogelijk, maar zelfs vereist. Het voorschrijven in de Aw van (primair) gebruik van TenderNed als elektronisch publicatiemiddel gaat verder dan waar de Richtlijn toe verplicht, maar dat is toegestaan, zolang dit geen strijd oplevert met het mededingingsrecht of de staatssteunregels.

### ***Handhaven wenselijk?***

De Richtlijn laat, zoals hiervoor in § 2.4 aangegeven, geen ruimte de elektronische bekendmaking van aankondigingen in de Aw te laten vervallen. Alleen om die reden al zal de in de Aw opgenomen verplichte elektronische bekendmaking van aankondigingen (1.18 Aw) dienen te worden behouden in de in verband met de Richtlijn op te stellen nieuwe Aw. Op de onder § 2.3 genoemde doelstellingen valt overigens ook weinig af te dingen, waardoor er nauwelijks materiële argumenten zijn om van handhaving af te zien. Het gebruik van het elektronische middel TenderNed lijkt zeker gelet op de relatief soepele ingebruikname door aanbesteders en marktpartijen een adequaat middel om aan deze doelstellingen bij te dragen.

De elektronische publicatie kan gezien worden als een door de wetgever opgelegde concrete invulling van het bepaalde in artikel 1.6 Aw dat aanbestedende diensten opdraagt de administratieve lasten te beperken die samenhangen met de totstandkoming van door aanbesteders te sluiten overeenkomsten. Gelet hierop en gelet op de alleszins redelijke overige doelstellingen is er geen reden de elektronische bekendmakingsverplichting overboord te zetten.

## **3. Bekendmaking en uitwisseling van overige gegevens**

### **3.1. Wettekst**

Op grond van het bepaalde in artikel 4.13 lid 1 sub b Aw moeten met het door onze Minister in te richten elektronisch systeem voor aanbestedingen aankondigingen en andere gegevens kunnen worden bekendgemaakt in het kader van een aanbestedingsprocedure.

---

<sup>6</sup> Zie MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr.3, p.114

<sup>7</sup> Zie artikel 2.65 Aw.

### 3.2. **Achtergrond**

Het Bao bevatte geen specifieke regeling voor de bekendmaking en uitwisseling van overige gegevens. Dat veranderde met de komst van de Aw. In het eerste lid sub b van artikel 4.13 Aw is de Minister van Economische Zaken opgedragen met het door hem in te richten elektronisch systeem voor aanbestedingen te faciliteren dat aankondigingen en andere gegevens in het kader van een aanbestedingsprocedure kunnen worden bekendgemaakt. Er is echter geen verplichting om van de door het systeem te bieden faciliteit (om overige gegevens elektronisch bekend te maken of uit te wisselen) daadwerkelijk gebruik te maken.<sup>8</sup>

Met de in artikel 4.13 eerste lid sub b Aw geboden optie om ook andere gegevens in het kader van een aanbestedingsprocedure bekend te maken beoogt de wetgever het systeem te benutten voor ondersteuning gedurende het gehele aanbestedingsproces, dat hierdoor wordt gedigitaliseerd en geüniformeerd. Dit zou moeten leiden tot een betere kenbaarheid van de aanbestedingsregels, minder fouten en lagere lasten voor alle deelnemers aan het aanbestedingsproces. De toegankelijkheid voor partijen –met name de minder ervaren– wordt daardoor vergroot.<sup>9</sup>

### 3.3. **Evaluatie**

Bij gebreke van een wettelijke verplichting tot gebruikmaking van het elektronisch systeem voor aanbestedingen voor de bekendmaking en uitwisseling van overige gegevens hangt het in de huidige praktijk vooral af van de door tal van factoren bepaalde voorkeur van een aanbestedende dienst of deze de schriftelijke danwel de elektronische weg bewandelt. Bij de elektronische bekendmaking en uitwisseling van gegevens maken aanbestedende diensten momenteel gebruik van vrij in de markt verworven standaardsystemen (zoals van CROW, Negometrix, Commerce Hub)<sup>10</sup>. Deze systemen vertonen onderlinge verschillen. Aanbestedende diensten zullen snel gewend zijn aan het door hen zelf verkozen systeem, maar voor ondernemers betekent dit dat zij per aanbestedende dienst met een ander systeem te maken kunnen krijgen, wat -door gebrek aan gewenning aan één systeem- een verhoogd risico op fouten en verhoging van de (administratieve) lasten met zich brengt.

### 3.4. **Handhaven mogelijk?**

In artikel 22 eerste lid eerste alinea van de Richtlijn wordt *de lidstaten* opgedragen er voor te zorgen dat *alle* communicatie en informatie-uitwisseling op grond van de Richtlijn, met name elektronische inschrijving, plaatsvindt met behulp van elektronische communicatiemiddelen overeenkomstig de voorschriften van dit artikel. De voor de elektronische communicatie te gebruiken instrumenten en middelen alsmede de technische kenmerken daarvan moeten niet-discriminerend en algemeen beschikbaar zijn en interoperabel met algemeen gebruikte ICT en mogen de toegang van ondernemers tot de aanbestedingsprocedure niet beperken.

---

<sup>8</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3 p. 21 onder 5.3.

<sup>9</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3 p. 21 onder 5.3.

<sup>10</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3 p.37 onder 8.1.8.

In de tweede alinea van artikel 22 zijn uitzonderingen opgenomen waarin de verplichting tot elektronische communicatie en informatie-uitwisseling niet geldt.

In het eerste lid van artikel 53 Richtlijn is bepaald, dat *aanbestedende diensten* met elektronische middelen kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken (in de zin van artikel 2 eerste lid sub 13 Richtlijn) dienen te bieden vanaf de datum van bekendmaking van een aankondiging of de verzenddatum van een uitnodiging tot bevestiging van belangstelling. Slechts om de in het eerste lid, tweede alinea, van artikel 22 van de Richtlijn vermelde redenen kan van deze verplichting tot elektronische beschikbaarstelling worden afgeweken. Als de aanbestedingsstukken met een beroep op een van deze redenen niet elektronisch maar langs andere weg ter beschikking worden gesteld, wordt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen in beginsel met 5 dagen verlengd.

Hoewel de lidstaten op grond van het bepaalde in artikel 90 eerste lid van de Richtlijn per 18 april 2016 aan de Richtlijn moeten voldoen, kunnen zij op grond van het bepaalde in het tweede lid van artikel 90 de toepassing van het eerste lid van artikel 22 uitstellen tot 18 oktober 2018, behalve wanneer het gebruik van elektronische middelen verplicht is krachtens een aantal specifieke bepalingen van de Richtlijn (zoals artikel 51 lid 2 met betrekking tot verplichte elektronische verzending van aankondigingen aan het Bureau en artikel 53 over de elektronische beschikbaarstelling van aanbestedingsstukken).

Voor wat betreft de bekendmaking en uitwisseling van overige gegevens verschillen de Aw en Richtlijn dus van elkaar in die zin, dat de Aw –anders dan de Richtlijn– geen elektronische beschikbaarstelling van aanbestedingsstukken voorschrijft, maar enkel dat aanbestedingsstukken *op enigerlei wijze* kosteloos ter beschikking dienen te worden gesteld (artikel 1.21 Aw). De Aw laat aanbestedende diensten op dit punt dus vrij in hun keuze.

De Richtlijn gaat daarentegen –enkele uitzonderingen daargelaten– standaard van elektronische beschikbaarstelling van aanbestedingsstukken uit (artikel 53 eerste lid en 54 tweede lid).

Het ambitieniveau van de Europese wetgever is daarmee, alleen al voor wat betreft het elektronisch ter beschikking stellen van aanbestedingsstukken, hoger dan dat van de nationale wetgever in de Aw. Maar ook overigens zet de Europese wetgever hoog in door voor *alle* communicatie en gegevensuitwisseling de elektronische weg te verkiezen en lidstaten de zorgplicht op te leggen er voor te zorgen dat deze weg bewandeld gaat worden. De Europese wetgever laat de lidstaten voor in- en uitvoering van deze in het eerste lid van artikel 22 opgenomen zorgplicht een overgangstermijn tot 18 oktober 2018. Maar de Aw moet binnen de reguliere implementatietermijn (dus uiterlijk op 18 april 2016) in ieder geval in lijn gebracht zijn met artikel 53 van de Richtlijn, betreffende de elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken.

### **3.5. Handhaven wenselijk?**

In Overweging 52 geeft de Europese wetgever aan, dat elektronische informatie- en communicatiemiddelen standaard moeten worden, omdat zij de bekendmaking van opdrachten aanzienlijk kunnen vereenvoudigen en de efficiëntie en transparantie kunnen verbeteren. Om die reden stelt de Europese wetgever gebruik van elektronische middelen

niet alleen verplicht voor de verzending van aankondigingen maar ook voor de beschikbaarstelling van aanbestedingsstukken (in de zin van artikel 2 eerste lid sub 13 Richtlijn). Voor het verplicht stellen van een volledig elektronische communicatie en informatieuitwisseling in alle fasen van de aanbestedingsprocedure gunt de Europese wetgever de lidstaten een overgangsperiode van 30 maanden.

Zolang er voor speciale gevallen uitzonderingen mogelijk zijn, is het tot standaard verheffen van de elektronische weg van communicatie en informatie uitwisseling een begrijpelijke keuze. Kosten en milieu worden gespaard, er wordt aan snelheid gewonnen en de transparantie en efficiency worden bevorderd. Wel dienen de lidstaten voldoende tijd te hebben om te zorgen voor betrouwbare en stabiele elektronische systemen. Of de overgangstermijn van 30 maanden daarvoor voldoende is zal blijken.

Om de doelstellingen van de Europese wetgever te effectueren dient, in lijn met de Richtlijn, in de Aw te worden opgenomen dat de beschikbaarstelling van aanbestedingsstukken en alle overige communicatie en informatieverstrekking tijdens de aanbestedingsprocedure standaard elektronisch dient plaats te vinden. De Europese wetgever laat de nationale wetgevers, afgezien van de mogelijke overgangsperioden als bedoeld in artikel 90 Richtlijn, geen keuzevrijheid voor het al dan niet opnemen van deze verplichtingen in de nationale wetgeving. Enkel kan de nationale wetgever, analoog aan de regeling in de Richtlijn, uitzonderingen in de Aw opnemen op grond waarvan van de elektronische standaardprocedure kan worden afgeweken.

TenderNed bevat naast de functionaliteit voor de verplichte bekendmaking van aankondigingen ook andere functionaliteit die tot nu toe op vrijwillige basis kan worden benut voor ondersteuning van het gehele aanbestedingsproces. Nu de Europese wetgever in de Richtlijn een ontwikkeling in gang zet naar verplicht volledig elektronische communicatie- en informatieverstrekking in alle fasen van de aanbestedingsprocedure zal gebruik van de overige functionaliteit niet langer meer facultatief zijn. Het lijkt dan efficiënt en wenselijk om –net als bij de verplichte bekendmaking van aankondigingen– ter realisatie van de in overweging 52 opgenomen doelstellingen, voor de vereiste overige functionaliteit gebruik te maken van één wettelijk voorgeschreven elektronisch systeem. Te verwachten valt, dat daarmee uniformiteit, transparantie, toegankelijkheid en efficiency het meest worden bevorderd. Ondernemers worden dan immers niet meer met verschillende systemen geconfronteerd als zij inschrijven op een aanbesteding. De gewenning aan één systeem verhoogt –net als bij de met de Aw ingevoerde standaard Eigen Verklaring– het gebruiksgemak en helpt fouten als gevolg van onbekendheid met een systeem te voorkomen. Dat zal een verlagend effect hebben op de (administratieve) lasten.

De wetgever zal dus eerst de vraag dienen te beantwoorden of de doelstellingen van de Europese wetgever het best worden gerealiseerd met één systeem voor de overige functionaliteit waarvan het gebruik verplicht wordt voorgeschreven, of dat deze doelstellingen even goed gerealiseerd kunnen worden door verschillende systemen naast elkaar toe te staan.

Als gekozen wordt voor één systeem voor de overige functionaliteit lijkt het in navolging van artikel 4.13 van de Aw voor de hand te liggen de zorg daarvoor als een publieke taak te zien, zodat er optimaal voor kan worden gezorgd dat de dienst op de gewenste wijze



wordt aangeboden. Het is in ieder geval niet aannemelijk dat de markt vrijwillig kiest voor één systeem voor de overige functionaliteit. Het is echter vanuit mededingings- en staatssteunrechtelijk oogpunt bezien de vraag of voor de overige functionaliteit het verplichte gebruik van TenderNed (door verstrekking aan TenderNed van het exclusieve recht om de dienst te verlenen) zal kunnen worden voorgeschreven, zoals dat om redenen van algemeen belang gebeurd is voor de functionaliteit van het aankondigingsplatform<sup>11</sup>. Bij het aankondigingsplatform spelen hoge kwaliteitseisen aan de authenticiteit van gegevens, ondermeer benodigd om op basis van betrouwbare gegevens te kunnen voldoen aan de statistiekverplichting van de overheid, een dusdanig belangrijke rol, dat invulling van dit aankondigingsplatform beschouwd is als een publieke taak die door de overheid dient te geschieden. De overige functionaliteiten dienen “slechts” om de professionalisering en uniformering te bevorderen. Het gebruik van de overige functionaliteiten is onder de huidige Aw dan ook facultatief. Invulling van die functionaliteiten werd tijdens de totstandbrenging van de Aw niet als een publieke taak gezien die enkel door de overheid kan worden uitgevoerd. Om die reden werd voor de ontwikkeling en invulling van deze overige functionaliteiten naast TenderNed ruimte gelaten voor marktinitiatieven<sup>12</sup>. Maar of de argumenten voor het exclusieve gebruik van TenderNed als aankondigingsplatform ook opgeld doen voor de overige functionaliteit valt nog te bezien.

---

<sup>11</sup> Zie voor de onderbouwing van het exclusieve gebruik van TenderNed ondermeer Kamerstukken II, 32 440, 3, p. 37-38 (MvT) en Kamerstukken II 2011-12, 32 440, nr. C, p 3 en 4 (MvA).

<sup>12</sup> MvT, Kamerstukken II, 32 440, 3, p.21 onder 5.3.

## Eigen verklaring en gedragsverklaring aanbesteden (J.S.O. den Houting)

### 1. Inleiding

Aan de werkgroep is gevraagd of de noviteiten in de Aanbestedingswet 2012 ("Aw 2012")<sup>1</sup> met de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn ("Richtlijn 2014/24/EU")<sup>2</sup> gehandhaafd kunnen blijven (en zo ja, of dat wenselijk is).

Eén van deze noviteiten betreft de invoering van de 'eigen verklaring' (zoals neergelegd in de artikelen 1.19, 2.84 en 2.85 Aw 2012), een andere is de 'gedragsverklaring aanbesteden' (art. 1.20 en art. 4.1 t/m 4.11 Aw 2012). Richtlijn 2014/24/EU noemt in art. 59 het 'Uniform Europees aanbestedingsdocument', maar bevat geen met de 'gedragsverklaring aanbesteden' vergelijkbare verklaring.

Wij zullen hierna bespreken in hoeverre deze noviteiten gehandhaafd kunnen blijven, dan wel of harmonisatie met de Richtlijn 2014/24/EU noodzakelijk is. Bovendien zullen wij bekijken of handhaving wenselijk is.

### 2. Uniforme eigen verklaring vs. Uniform Europees aanbestedingsdocument

#### 2.1. Wettekst

Art. 1.19 Aw 2012 luidt als volgt:

*1. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen stellen, verlangen van een ondernemer dat hij bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving met gebruikmaking van het daartoe vastgestelde model een eigen verklaring indient en geven daarbij aan welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt.*

*2. De artikelen 2.55, 2.84, 2.85 en 2.102 zijn van overeenkomstige toepassing.*

Art. 2.84 Aw 2012 luidt als volgt:

*1. Een eigen verklaring is een verklaring van een ondernemer waarin deze aangeeft:*

- a. of uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn;*
- b. of hij voldoet aan de in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen;*
- c. of hij voldoet of zal voldoen aan de technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden die milieu en dierenwelzijn betreffen of die gebaseerd zijn op sociale overwegingen;*
- d. of en op welke wijze hij voldoet aan de selectiecriteria.*

---

<sup>1</sup> Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Staatsblad 2012, 542.

<sup>2</sup> Richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG van 28 maart 2014 (Richtlijn 2014/24/EU).

2. De gegevens en inlichtingen die in een verklaring kunnen worden verlangd en het model of de modellen van die verklaring worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgesteld.

Art. 2.85 Aw 2012 luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst verlangt van een ondernemer dat hij bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving met gebruikmaking van het daartoe vastgestelde model een eigen verklaring indient en geeft daarbij aan welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt.

2. De aanbestedende dienst verlangt niet dat een ondernemer bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving gegevens en inlichtingen op andere wijze verstrekt, indien deze gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden.

3. De aanbestedende dienst kan een ondernemer uitsluitend verzoeken bewijsstukken bij de door hem ingediende eigen verklaring te voegen die geen betrekking hebben op gegevens en inlichtingen die in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden, tenzij het bewijsstukken betreft die genoemd zijn in artikel 2.93, eerste lid, onder a of b.

## 2.2. **Achtergrond**

De artikelen 1.19, 2.84 en 2.85 Aw 2012 bepalen dat aanbestedende diensten en (via de schakelbepaling van art. 3.64 Aw 2012) speciale-sectorbedrijven gebruik dienen te maken van het model eigen verklaring dat bij AMvB is vastgesteld. Het Bao kende een dergelijke regeling niet. Ondernemers kunnen daardoor nu bij inschrijving volstaan met een dergelijke verklaring en hoeven niet alle benodigde bewijsstukken te verstrekken. In de eigen verklaring verklaart een ondernemer dat hij voldoet aan de gevraagde uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. Vervolgens hoeft – in beginsel – alleen de winnende ondernemer de originele bewijsstukken aan te leveren als de aanbestedende dienst daarnaar vraagt. De wetgever geeft als motivering in de MvT<sup>3</sup>:

*Een uniforme eigen verklaring zorgt ervoor dat lasten voor ondernemers worden teruggebracht doordat zij minder vaak bewijsstukken hoeven aan te leveren. Daarnaast draagt het bij aan uniformering doordat er een standaard eigen verklaring zal gaan gelden. Voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven leidt de uniforme eigen verklaring tot een vermindering aan uitvoeringslasten, omdat zij niet langer van alle ondernemers de verschillende gegevens en documenten hoeven te verifiëren.*

## 2.3. **Evaluatie**

In de praktijk blijkt de eigen verklaring goed te werken. Navraag bij diverse ondernemers leert dat men tevreden is hierover.

## 2.4. **Handhaven mogelijk?**

Vervolgens constateren wij dat de inhoud van het Uniform Europees aanbestedingsdocument als beschreven in art. 59 Richtlijn 2014/24/EU nagenoeg gelijk is aan die van de eigen verklaring. Beide verklaringen gelden voor de uitsluitingsgronden (art. 2.84 lid 1 sub a Aw 2012 en art. 59 lid 1 sub a Richtlijn 2014/24/EU), voor de geschiktheidseisen (art. 2.84

<sup>3</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 17.

lid 1 sub b Aw 2012 en art. 59 lid 1 sub b Richtlijn 2014/24/EU) en de selectiecriteria (art. 2.84 lid 1 sub d Aw 2012 en art. 59 lid 1 sub c Richtlijn 2014/24/EU).

Er is echter één verschil. Art. 2.84 lid 1 sub c Aw 2012 noemt – in tegenstelling tot art. 59 Richtlijn 2014/24/EU – ook de mogelijkheid de eigen verklaring toe te passen bij technische specificaties en een aantal bijzondere uitvoeringsvoorwaarden (*technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden die milieu en dierenwelzijn betreffen of die gebaseerd zijn op sociale overwegingen*).

Wij vragen ons af, nu die mogelijkheid ontbreekt in de nieuwe Richtlijn, of deze toevoeging gehandhaafd kan blijven. Bovendien zien wij er ook het nut niet van in, aangezien niet bij aanbesteding, maar pas bij de uitvoering van de opdracht, kan worden beoordeeld of de inschrijver daadwerkelijk aan de technische specificaties en/of bijzondere uitvoeringsvoorwaarden voldoet (bij gebreke waarvan hij wanprestatie pleegt). Daarnaast staat vaak al in de aanbestedingsdocumenten vermeld dat de inschrijver met ondertekening van zijn inschrijving verklaart aan de gestelde voorwaarden te voldoen (zoals bijvoorbeeld in art. 2.15.2 ARW 2012).

## **2.5. Handhaven wenselijk?**

Wij stellen vast dat de introductie van een eigen verklaring zonder meer een verbetering betreft. Ondernemers kunnen immers volstaan met invulling van deze verklaring en behoeven niet reeds bij hun inschrijving c.q. verzoek tot deelneming bewijsmiddelen te voegen.

Wel komt het Uniform Europees Aanbestedingsdocument in plaats van de Eigen Verklaring. Daarmee zal de mogelijkheid om de eigen verklaring toe te passen bij technische specificaties en een aantal bijzondere uitvoeringsvoorwaarden niet zonder meer kunnen worden gehandhaafd, nu Richtlijn 2014/24/EU die mogelijkheid niet biedt. Handhaven van een nationale eigen verklaring met een andersluidende tekst dan in de Richtlijn lijkt ons bovendien niet wenselijk, nu de Richtlijn juist streeft naar Europese uniformering van aanbestedingsprocedures.

## **3. Gedragsverklaring aanbesteden**

### **3.1. Wettekst**

Art. 2.89 lid 2 Aw 2012 luidt als volgt:

*2. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een gedragsverklaring aanbesteden, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan twee jaar, aantonen dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87, onderdelen b en c, voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft, op hem niet van toepassing zijn.*

Art. 4.1 Aw 2012 luidt als volgt:

*Een gedragsverklaring aanbesteden is een verklaring van Onze Minister van Veiligheid en Justitie dat uit een onderzoek naar de in de artikel 4.7 bedoelde gegevens is gebleken dat tegen de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon geen bezwaren bestaan in ver-*

*band met inschrijving op overheidsopdrachten, speciale sectoropdrachten, concessie-overeenkomsten voor openbare werken, prijsvragen of opdrachten als bedoeld in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.*

### **3.2. Achtergrond**

De Aw 2012 introduceert in art. 2.89 lid 2 en art. 4.1 t/m 4.11 de gedragsverklaring aanbesteden ('GVA'); een verklaring waarmee de inschrijver kan aantonen dat de verplichte uitsluitingsgronden (art. 2.86 Aw 2012) en een aantal facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87 sub b en c Aw 2012, voor zover het onherroepelijke veroordelingen wegens mededingingsovertredingen betreft ingevolge art. 4.7 Aw 2012) niet van toepassing zijn. De GVA geldt volgens art. 3.68 Aw 2012 ook voor speciale-sectoropdrachten en komt in de plaats van de Verklaring Omtrent Gedrag voor rechtspersonen ("VOG-rp"), zoals beschreven werd in art. 46 lid 2 Bao.

De wetgever licht de verklaring als volgt toe in de MvT: <sup>4</sup>

*Aanbestedende diensten kunnen daarnaast om een gedragsverklaring aanbesteden vragen. Deze verklaring geeft inzicht in de verplichte uitsluitingsgronden op het gebied van integriteit voor zover het de onherroepelijke veroordelingen betreft. Ten aanzien van facultatieve uitsluitingsgronden geeft de verklaring uitsluitend ten aanzien van de bij en krachtens artikel 4.7, eerste lid, onderdeel b, bedoelde veroordelingen en ten aanzien van onherroepelijke veroordelingen wegens mededingingsovertredingen (artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d).*

De VOA wordt, net als de VOG-rp, afgegeven door het Ministerie van Veiligheid en Justitie en is – anders dan de VOG-rp – gedurende twee jaar geldig. Aanbestedende diensten zijn niet verplicht deze te vragen, maar als zij dat doen dient het door het Ministerie van Veiligheid en Justitie vastgestelde model te worden gebruikt. Aanbestedende diensten moeten aan de hand van de aard van de specifieke opdracht bepalen of zij al dan niet om een VOA vragen.<sup>5</sup>

*Aanbestedende diensten beslissen op basis van de kenmerken van een specifieke opdracht en het risico dat daarmee gepaard gaat of zij van de ondernemer een gedragsverklaring aanbesteden verlangen.*

De wetgever heeft de gedragsverklaring geïntroduceerd om een uniforme regeling te scheppen voor de toetsing van integriteit van ondernemers en om voor hen de aanbestedingslasten te verminderen.<sup>6</sup>

*De nieuwe regeling voor toetsing van integriteit schept uniformiteit doordat de integriteit van de ondernemer altijd in eerste instantie door middel van de uniforme eigen verklaring wordt gevraagd. Verder is de gedragsverklaring aanbesteden breder dan de bestaande VOG, omdat ook mededingingsrechtelijke overtredingen worden meegenomen. Hierdoor hoeven aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven niet langer op eigen en dus verschillende wijze te toetsen op mededingingsovertredingen.*

<sup>4</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p.78.

<sup>5</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p.78.

<sup>6</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p.19.

[...] De geldigheidstermijn van de gedragsverklaring aanbesteden is twaalf maanden. Dit maakt een einde aan de uiteenlopende termijnen die nu in de praktijk worden gehanteerd. Twaalf maanden is langer dan de thans gebruikelijke termijnen. Ondernemers hoeven daarom voortaan minder vaak een nieuwe verklaring aan te vragen, wat zorgt voor een vermindering van de aanbestedingslasten.

### **3.3. Evaluatie**

De aanvragen voor een gedragsverklaring worden behandeld door de afdeling Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag ('COVOG') van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

Het COVOG spant zich volgens de wetgever in om gedragsverklaringen aanbesteden binnen een termijn van 2 weken af te geven.<sup>7</sup> Blijken er antecedenten te zijn, dan zal het COVOG de wettelijke termijn hanteren van 8 weken. Deze termijn kan met nog eens 8 weken worden verlengd. Die termijn van 8 weken, net als de verlengingsmogelijkheid, staat ook vermeld in art. 4.5 lid 1 sub b en lid 2 Aw 2012.

De aanvraagtermijn zal in de regel te kort zijn als de GVA bij aankondiging van de aanbesteding wordt aangevraagd (gelet op de termijnen van art. 2.71 Aw 2012). Het dwingt derhalve inschrijvers er zorg voor te dragen dat zij altijd een gedragsverklaring op de plank hebben liggen. Voor incidentele inschrijvers (en met name buitenlandse ondernemers) zal de aanvraagtermijn mogelijk problematisch zijn. Daarnaast signaleren wij het risico dat de gedragsverklaring wel erg lang geldig is en een ondernemer in twee jaar tijd natuurlijk veroordeeld kan worden voor een misdrijf of overtreding als bedoeld in art. 4.7 Aw 2012.

### **3.4. Handhaven mogelijk?**

Richtlijn 2014/24/EU bevat geen met de gedragsverklaring aanbesteden vergelijkbaar model. Als bewijsmiddel lijkt ons deze verklaring op grond van art. 60 lid 2 sub a toegestaan (*gelijkwaardig document dat is afgegeven door een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie*).

### **3.5. Handhaven wenselijk?**

Wij zijn een voorstander van behoud van de gedragsverklaring aanbesteden nu het de aanbestedende diensten helpt om de integriteit van ondernemers te beoordelen. Wel stellen wij voor te bepalen dat als een aanbestedende dienst om een dergelijke verklaring vraagt de termijn tussen aankondiging en inschrijving in ieder geval langer dan 8 weken te houden zeker als incidentele inschrijvers verwacht worden (hetgeen gelet op het bepaalde in art. 2.71 Aw 2012 voor alle procedures een langere termijn zou impliceren).

---

<sup>7</sup> MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p.78.

## **Uitsluiting / selectie**

### **(A. Schepers)**

#### **1. Inleiding**

Met betrekking tot het onderwerp 'uitsluiting en selectie' is in de Aanbestedingswet 2012<sup>1</sup> ('Aw') een aantal noviteiten ten opzichte van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO)<sup>2</sup> opgenomen. Het gaat om de artikelen 2.88, 2.89, 2.90, 2.93 en 2.102 Aw. Hieronder zal per artikel bekeken worden wat de achtergrond is, een korte evaluatie worden gemaakt, het artikel in het licht van de nieuwe richtlijn worden geplaatst en bekeken worden of het mogelijk dan wel wenselijk is om het artikel te handhaven.

#### **2. Uitsluitingsgronden**

##### **2.1. Wettekst**

Artikel 2.88 Aw luidt als volgt:

De aanbestedende dienst kan afzien van toepassing van artikel 2.86 of artikel 2.87:

- a. om dwingende redenen van algemeen belang;
- b. indien de gegadigde of inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen;
- c. indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

##### **2.2. Achtergrond**

In artikel 2.86 Aw zijn dwingende uitsluitingsgronden opgenomen. Hierbij valt te denken aan het deelnemen aan een criminele organisatie of het witwassen van geld. Indien een van de gronden zoals geformuleerd in artikel 2.86 Aw van toepassing is op de inschrijver, dan 'moet' de aanbestedende dienst de inschrijver uitsluiten van de opdracht.

Naast deze dwingende uitsluitingsgronden zijn in artikel 2.87 Aw facultatieve uitsluitingsgronden opgenomen. Hierbij valt te denken aan een onderneming die in staat

---

<sup>1</sup> Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Staatsblad 2012, 542.

<sup>2</sup> Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), Staatsblad 2005, 408.

van faillissement verkeert of een ernstige fout heeft begaan. Indien een van de geformuleerde gronden zoals geformuleerd in artikel 2.87 Aw van toepassing is op de inschrijver, dan 'kan' de aanbestedende dienst de inschrijver uitsluiten van de opdracht.

Artikel 2.88 Aw biedt de aanbestedende dienst de mogelijkheid om in een aantal gevallen af te zien van deze facultatieve of verplichte uitsluiting.

Dit artikel is opgenomen omdat (nood)situaties denkbaar zijn waarbij een aanbestedende dienst zo snel mogelijk een opdracht wil gunnen, ongeacht of al dan niet sprake is van een onderneming die volgens de artikelen 2.86 of 2.87 uitgesloten moet of kan worden.<sup>3</sup> Artikel 45 van Richtlijn 2004/18/EG<sup>4</sup> bepaalt dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden bepalen voor de toepassing van zowel de verplichte als de facultatieve uitsluitingsgronden. Daarnaast bepaalt artikel 45, eerste lid, derde alinea, van de richtlijn nog uitdrukkelijk dat de lidstaten kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgeweken van de verplichte uitsluitingsgronden.<sup>5</sup> Artikel 2.88 Aw geeft hier invulling aan.<sup>6</sup>

Het eerste onderdeel, opgenomen in artikel 2.88 lid a Aw t.w. het 'algemeen belang' is en wordt nog steeds nader in de jurisprudentie van de HvJEU uitgewerkt<sup>7</sup>.

Het tweede onderdeel, opgenomen in artikel 2.88 lid b Aw, is nieuw. In toelichtingen wordt gesproken over 'herhaling van het delict te voorkomen'. De ondernemer zou kunnen aantonen dat hij maatregelen heeft genomen om herhaling van de desbetref-

---

<sup>3</sup> M.A.B. Chao-Duivis & R.W.M. Kluitenberg, 'Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012 incl. Aanbestedingsbesluit en Gids Proportionaliteit', 's-Gravenhage: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 789.

<sup>4</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

<sup>5</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80.

<sup>6</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80-82.

<sup>7</sup> Het begrip dwingende reden van algemeen belang is gaandeweg door het Europese Hof van Justitie ontwikkeld in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 20, 49, 50 en 51 VWEU en kan zich nog verder ontwikkelen. Het begrip omvat op dit moment ten minste de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, als bedoeld in de artikelen 46 en 55 van het Verdrag; handhaving van de maatschappelijke orde; doelstellingen van het sociaal beleid; bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers; dierenwelzijn; handhaving van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel; voorkoming van fraude; voorkoming van oneerlijke concurrentie; bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening; bescherming van schuldeisers; waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling; verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en veterinair beleid.



fende of vergelijkbare gedragingen te voorkomen en nieuwe overtredingen zich niet meer hebben voorgedaan.

Het derde onderdeel, opgenomen in artikel 2.88 lid c Aw, betreft met name ondernemingen die geen gedragsverklaring kunnen krijgen wegens veroordeling voor een delict. De aanbestedende dienst kan dan toch gunnen indien gezien de tijd die is verstreken sinds de veroordeling dit in het concrete geval gerechtvaardigd is. Het gaat hier om een uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel.

Bij lid a gaat het er om dat naar objectieve maatstaven kan worden geoordeeld dat sprake is van dwingende reden van algemeen belang. In de leden b en c zit discretionaire ruimte voor de aanbestedende dienst. De beoordeling moet steeds proportioneel en niet-discriminatoir zijn.

### **2.3. Evaluatie**

De bepaling was reeds eerder gedeeltelijk in het BAO<sup>8</sup> opgenomen. Daarnaast gaat het in het geval van 'dwingende reden' om codificatie van gangbare jurisprudentie.

Sinds de invoering van de Aw is er niet geprocedeerd over dit artikel. Er is een uitspraak in kort geding gepubliceerd waarin verwezen wordt naar dit artikel<sup>9</sup>. In die betreffende uitspraak is de Aw zelf niet van toepassing. De rechter maakt in de uitspraak de opmerking dat indien de aanbestedende dienst van deze bevoegdheid gebruik wil maken, die mogelijkheid in de aanbestedingsstukken opgenomen had moeten worden<sup>10</sup>.

Bij artikel 2:88, lid a, Aw kan nog een kleine kanttekening worden gemaakt. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat:<sup>11</sup>

“een beroep op deze afwijkingsmogelijkheid moet noodzakelijk zijn om het doel (bijvoorbeeld de bescherming van de volksgezondheid) te bereiken en dit doel mag niet met minder vergaande maatregelen kunnen worden bereikt (de afwijking moet noodzakelijk en proportioneel zijn). Te denken valt aan de uitbraak van een epidemie, waarbij snel gehandeld moet worden.”

---

<sup>8</sup> Zie artikel 45, lid 2, BAO.

<sup>9</sup> Rb. Den Haag, 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ773.

<sup>10</sup> Zie hiervoor Rb. Den Haag, 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ773., r.o.v. 4.8: “Voor zover VWS de proportionaliteitstoets wenste aan te leggen, had hij deze dan ook moeten opnemen in het Beschrijvend Document. De opmerkingen over een dergelijke toets in de Memorie van Toelichting bij het Bao en in artikel 2.88 sub c van de Aanbestedingswet 2012, die overigens niet op de onderhavige aanbestedingsprocedure van toepassing is, zijn in het licht van de onder 2.2 vermelde mededeling in het Beschrijvend Document dat toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond tot terzijdelegging leidt, onvoldoende.”

<sup>11</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 81.

De vraag die bij dit voorbeeld gesteld kan worden is of in dit soort situaties wel de tijd beschikbaar is om een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Wij kunnen ons voorstellen dat een aanbestedende dienst in dergelijke spoedgevallen niet voor een openbare aanbestedingsprocedure zal gaan, maar zal kiezen voor de procedure 'onderhandeling zonder aankondiging' vanwege 'dwingende spoed'.<sup>12</sup> Dit kan echter alleen in situaties waarbij aangetoond kan worden dat de situatie niet was voorzien en niet aan de aanbestedende dienst te wijten is. Een uitbraak van een epidemie, zoals juist als voorbeeld in de toelichting op artikel 2:88 lid a Aw is genoemd, zou hieraan voldoen.

#### **2.4. Handhaven mogelijk?**

In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU is de ruimte, die in dit artikel in de Aw zit, eveneens opgenomen<sup>13</sup>. Wederom wordt de dwingende reden van algemeen belang genoemd.<sup>14</sup>

Er wordt de aanbestedende dienst wel een verplichting opgelegd om aan te tonen dat sprake is van een ernstige fout.<sup>15</sup> De aanbestedende dienst kan namelijk aansprakelijk worden gesteld voor een foute beslissing.

Tevens wordt genoemd dat het proportionaliteitsbeginsel in acht genomen moet worden bij uitsluiting op basis van de facultatieve uitsluitingsgronden. Dit is in de vigerende Aw reeds het geval.

Indien ondernemers maatregelen hebben genomen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen, herhaling van het wangedrag voorkomen en deze maatregelen voldoende garanties bieden mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten.<sup>16</sup>

In artikel 57 (kwaliteitscriteria voor selectie) en artikel 58 (selectiecriteria) Richtlijn 2014/24/EU wordt dit nader uitgewerkt.

### **3. Bewijs uitsluitingsgronden**

#### **3.1. Wetttekst**

Artikel 2.89 luidt als volgt:

1. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een uittreksel uit het handelsregister, dat op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de

---

<sup>12</sup> Zie artikel 2.32 lid c Aw.

<sup>13</sup> Overweging 100, 101 en 105 van de richtlijn 2014/24/EU.

<sup>14</sup> Overweging 100 richtlijn 2014/24/EU.

<sup>15</sup> Overweging 101 richtlijn 2014/24/EU.

<sup>16</sup> Overweging 102 richtlijn 2014/24/EU.

inschrijving niet ouder is dan zes maanden, aantonen dat de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 AW 2012, onderdeel a, op hem niet van toepassing is.

2. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een gedragsverklaring aanbesteden, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan twee jaar, aantonen dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 AW 2012, onderdelen b en c, voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft, op hem niet van toepassing zijn.
3. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een verklaring van de belastingdienst, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving, niet ouder is dan zes maanden, aantonen dat de uitsluitingsgrond, bedoeld in artikel 2.87 AW 2012, onderdeel d, niet op hem van toepassing is.
4. Een aanbestedende dienst aan welke een gegadigde of inschrijver gegevens overlegt ten bewijze dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in artikel 2.86 of artikel 2.87 AW 2012, niet op hem van toepassing zijn, aanvaardt ook gegevens en bescheiden uit een andere lidstaat die een gelijkwaardig doel dienen of waaruit blijkt dat de uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is.

### **3.2. Achtergrond**

Voor de aanbestedende dienst is het van belang dat een inschrijver in staat is om de opdracht waarop hij heeft ingeschreven ook kan nakomen. Bij een bedrijf dat failliet is of in surseance van betaling verkeert is dit onwaarschijnlijk. De inschrijver zal moeten aantonen dat hij niet in deze situatie verkeert. Dit is opgenomen in artikel 2:89 lid 1 Aw.

De overige leden van artikel 2.89 Aw gaan over het indienen van verklaringen waarmee de ondernemer te kunnen aantonen dat de uitsluitingsgronden niet op hem van toepassing zijn.

Artikel 2:89 lid 1 Aw is een uitwerking van Richtlijn 2004/18/EG.<sup>17</sup> Hierin is bepaald dat een ondernemer die in staat van faillissement of liquidatie verkeert en wiens werkzaamheden zijn gestaakt of jegens wie een surseance van betaling geldt, kan worden uitgesloten van een overheidsopdracht.

---

<sup>17</sup> Artikel 45 lid 2 sub z van de richtlijn 2004/18/EG.

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat deze toestand van een onderneming in een aantal dagen in het handelsregister van de Kamer van Koophandel is verwerkt.<sup>18</sup>

### **3.3. Evaluatie**

Het eerste lid betreft het aantonen van ondernemingen dat ze niet in staat van faillissement of surseance van betaling verkeren. In de Aw is bepaald dat inschrijvers dit mogen aantonen met een uittreksel van de Kamer van Koophandel, die niet ouder mag zijn dan zes maanden.

In het tweede lid wordt door de wetgever de 'gedragsverklaring aanbesteden' geïntroduceerd ('GVA'), deze komt in de plaats van de in het BAO gehanteerde verklaring omtrent gedrag ('VOG'). Deze nieuwe verklaring is ook breder dan de voorheen gehanteerde VOG omdat ook mededingingsrechtelijke overtredingen worden meegenomen. Ook is de geldigheid van de verklaring verhoogd naar twee jaar.

De overige verklaringen genoemd in de leden 3 en 4 werden reeds in het BAO gehanteerd en zijn niet gewijzigd.

### **3.4. Handhaving mogelijk?**

Met betrekking tot het eerste lid zit er nog steeds een tekortkoming in het systeem. Onduidelijk is hoe een uittreksel van de KvK, die gegevens omtrent faillissement en surseance van betaling inderdaad binnen vier of vijf dagen verwerkt, maar zes maanden oud mag zijn een verbetering is. Deze aanpassing van de wet dekt niet de lading die het moet hebben, namelijk controle op de positie van de onderneming vlak voor de uitvoering van de opdracht.

In Richtlijn 2014/24/EU is het beperken van administratieve lasten voor ondernemers één van de doelstellingen. Zo wordt gesproken over gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument ('UEA')<sup>19</sup> en uitwisseling van documenten tussen aanbestedende diensten van gevraagde certificaten en ander documentaire bewijsstukken<sup>20</sup>.

Tevens is in Richtlijn 2014/24/EU opgenomen dat aanbestedende diensten zelf de online databanken dienen raadplegen.<sup>21</sup>

### **3.5. Handhaving wenselijk?**

---

<sup>18</sup> MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 82.

<sup>19</sup> Overweging 84 richtlijn 2014/24/EU.

<sup>20</sup> Overweging 87 en artikel 61 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>21</sup> Overweging 85 Richtlijn 2014/24/EU.

Met betrekking tot het eerste lid zou de controle op faillissement of surseance van betaling door middel van een uittrekstel van de Kamer van Koophandel van maximaal zes maanden oud theoretisch gehandhaafd kunnen worden. Omdat het uittrekstel zes maanden oud mag zijn, geeft het geen garantie over de positie waarin de ondernemer vlak voor het aangaan van de opdracht verkeert.

Het verdient aanbeveling om de controle op faillissement of surseance van betaling bij de aanbestedende dienst neer te leggen. Die kan dan vlak voor gunning zelf in het register van de Kamer van Koophandel de positie van de onderneming nagaan. Dit zou het doel van het artikel dekken en een lastenverlichting voor de inschrijvers opleveren.

#### **4. Geschiktheidseisen**

##### **4.1. *Wettekst***

Artikel 2.90 Aw luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst kan geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.
2. De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:
  - a. de financiële en economische draagkracht;
  - b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;
  - c. beroepsbevoegdheid.
3. Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onder a, stelt, hebben deze eisen geen betrekking op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken.
4. Indien de geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onder a, betrekking hebben op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, is die eis niet hoger dan:
  - a. driemaal de geraamde waarde van de opdracht;
  - b. indien de opdracht in percelen is verdeeld, driemaal de waarde van een perceel of een cluster van percelen dat gelijktijdig moet worden uitgevoerd;

- c. indien het een opdracht op grond van een raamovereenkomst betreft, driemaal de waarde van de specifieke opdrachten, die gelijktijdig moeten worden uitgevoerd;
  - d. indien het een opdracht op grond van een raamovereenkomst betreft, waarvan de waarde van de specifieke opdrachten niet bekend is, driemaal de waarde van de raamovereenkomst.
5. Een aanbestedende dienst stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen aan de inschrijver en de inschrijving die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

#### **4.2. Achtergrond**

Een aanbestedende dienst hanteert geschiktheidseisen om te kunnen bepalen of een gegadigde of inschrijver in staat is om de opdracht uit te voeren. Geschiktheidseisen hebben altijd betrekking op de potentiële opdrachtnemer en niet op de opdracht. Een gegadigde of inschrijver dient tenminste aan de geschiktheidseisen te voldoen om deel te mogen nemen aan de verdere procedure. Er is geen verplichting om geschiktheidseisen te hanteren.

Dit artikel bepaalt, overeenkomstig artikel 47, eerste lid, Richtlijn 2004/18/EG, dat en welke geschiktheidseisen een aanbestedende dienst kan stellen aan gegadigden en inschrijvers. De aanbestedende dienst kan alleen eisen stellen aan de geschiktheid van ondernemers die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het gaat hier om een concrete invulling van het proportionaliteitsbeginsel.

#### **4.3. Evaluatie**

In de leden 3 en 4 van dit artikel wordt de voorheen in het BAO gehanteerde omzeteis geschrapt. Alleen indien er met zwaarwegende argumenten wordt gemotiveerd mag een omzeteis worden gesteld. Indien dit het geval is, mag slechts een omzeteis van maximaal 300% van het aanbestedingsbedrag gehanteerd worden.

Lid 5 betreft implementatie van de richtlijn<sup>22</sup>. Hierin wordt voorgeschreven dat de eisen niet alleen in een redelijke verhouding staan tot maar ook verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Deze tekst stemt goed overeen met de richtlijn.

#### **4.4. Handhaven mogelijk?**

---

<sup>22</sup> Artikel 44, tweede lid, tweede alinea richtlijn 2004/18/EG.

In Richtlijn 2004/18/EG<sup>23</sup> is opgenomen dat aanbestedende diensten niet kunnen verlangen dat ondernemers een minimale omzet hebben die niet in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Als vuistregel geldt dat de omzeteis ten hoogste twee keer de geraamde waarde van de opdracht mag bedragen. Op goede gronden moet het echter mogelijk zijn strengere eisen op te stellen. Dit kan het geval zijn als er hoge risico's verbonden zijn aan de uitvoering van de opdracht of als de tijdige en juiste uitvoering van de opdracht van cruciaal belang is.

#### **4.5. Handhaven wenselijk?**

Nergens in de vigerende Richtlijn 2004/18/EG en nieuwe Richtlijn 2014/24/EU staat opgenomen dat geen omzeteis gevraagd mag worden. De Aw is op dit onderwerp beduidend strenger dan de genoemde richtlijnen. Aanpassing van de Aw is wel noodzakelijk indien Richtlijn 2014/24/EU wordt geïmplementeerd aangezien, indien wel omzeteisen worden gesteld, volgens de nieuwe richtlijn deze niet meer dan twee keer de waarde van de opdracht mag zijn.

Bij de implementatie van de nieuwe richtlijn 2014/24/EU zal dit artikel op het element 'maximaal twee keer de waarde van de opdracht' aangepast moeten worden.

### **5. Eerdere opdrachten**

#### **5.1. Wettekst**

Artikel 2.93, lid 3, Aw luidt als volgt:

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

#### **5.2. Achtergrond**

Voor eisen die betrekking hebben op de technische- en beroepsbekwaamheid van de onderneming en relevant zijn voor de uitvoering van de betreffende opdracht is in artikel 93 Aw een limitatieve opsomming gegeven. Het derde lid van dit artikel gaat over opdrachten die eerder door de opdrachtnemer zijn uitgevoerd. Het moet gaan om opdrachten die niet gelijk, maar vergelijkbaar zijn, zodat nieuwkomers en bedrijven eenvoudig kunnen aantonen dat ze in staat zijn om de opdracht uit te voeren.

Het stellen van bekwaamheidseisen gebeurde voorheen onder het BAO door het vragen van referentieprojecten.

---

<sup>23</sup> Overweging 83 en artikel 58 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU.

### **5.3. Evaluatie**

Het derde lid van dit artikel is nieuw ten opzichte van het BAO. In de Aw mogen geen referentieprojecten meer gevraagd worden maar dienen bedrijven op basis van competenties geschiktheid aan te tonen.<sup>24</sup> Tevens dienen gevraagde projecten niet gelijk maar vergelijkbaar te zijn. Dit om nieuwkomers en bedrijven die willen door-groeien het eenvoudiger te maken om aan te tonen dat ze een dergelijke opdracht aan kunnen. Dit is nader uitgewerkt in 3.5.F van de gids proportionaliteit. Artikel 2.93 lid 3 Aw is een hele ruime interpretatie van Richtlijn 2004/18/EG.<sup>25</sup>

### **5.4. Handhaven mogelijk?**

In Richtlijn 2014/24/EU<sup>26</sup> wordt nog steeds gesproken over referenties. De interpretatie van de Aw is strenger maar dit is toegestaan.

### **5.5. Handhaven wenselijk?**

Volgens de Richtlijn (oud en nieuw) is het mogelijk om referentieprojecten op te vragen om de geschiktheid van een inschrijvende partij te beoordelen. In de Aw is er voor gekozen om alleen op basis van competenties te selecteren. Het afgelopen jaar heeft deze aanpassing van de wet niet tot problemen geleid. Het artikel behoeft dan ook geen aanpassing.

## **6. Eigen verklaring**

### **6.1. Wetttekst**

Artikel 2.102 Aw luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst kan de juistheid nagaan van een of meer gegevens of inlichtingen in de eigen verklaring van de gegadigden die hij wil uitnodigen om een inschrijving in te dienen of van de inschrijvers bij welke hij voornemens is de overheidsopdracht te plaatsen.

2. Bij toepassing van het eerste lid kan de aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver als bedoeld in dat lid vragen de uit hoofde van de artikelen 2.85, 2.89 en 2.91 tot en met 2.97 overgelegde verklaringen en bescheiden nader toe te lichten en aan te vullen.

### **6.2. Achtergrond**

Een van de doelstellingen van de wetgever was om de lasten voor inschrijvende partijen te verminderen. De door inschrijvers in te dienen bescheiden dienen tot een mi-

---

<sup>24</sup> Zie Nota van Wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 11, p. 10 en 11.

<sup>25</sup> Artikel 48, tweede lid, richtlijn 2004/18/EG.

<sup>26</sup> Artikel 58 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU.



nimum teruggebracht te worden. In artikel 2.102 Aw wordt hier nader invulling aan gegeven door alleen de juistheid van de ingediende gegevens of inlichtingen na te gaan bij de inschrijver aan wie de aanbestedende dienst voornemens is te gunnen.

De Aanbestedingswet 2012, artikel 2.101, bepaalt:

De aanbestedende dienst gaat, alvorens hij de opdracht gunt, de geschiktheid van iedere niet-uitgesloten inschrijver na aan de hand van de eigen verklaring en de ingediende bewijsstukken die op grond van artikel 2.85, derde lid, zijn verzocht.

De memorie van toelichting, p. 87, zegt over deze bepaling het volgende:

In de toelichting op afdeling 2.3.4 is uiteengezet dat een aanbestedende dienst in de inschrijffase een ondernemer alleen om een eigen verklaring mag vragen. Alleen van de winnende inschrijver bij een openbare procedure en de geselecteerde gegadigde bij een niet-openbare procedure (...) kunnen de inlichtingen en gegevens uit de eigen verklaring worden geverifieerd.

### **6.3. Evaluatie**

Door alleen de gegevens van de winnaar te controleren kan een vervuiling in de beoordeling ontstaan. Er wordt nu vertrouwd op het feit dat elke inschrijver zijn Eigen Verklaring juist invult. Of deze veronderstelling juist is, daar kan aan getwijfeld worden. Partijen die inschrijven maar niet voldoen aan de gestelde eisen worden vanwege deze niet-controle op gegevens niet uitgesloten. Deze bedrijven doen mee in de beoordeling. Vooral bij beoordelingen met gemiddelden en uitersten kan dit de uitslag vervuilen.

### **6.4. Handhaven mogelijk?**

Ook in de nieuwe richtlijn is het beperken van administratieve lasten voor ondernemers een van de doelstellingen. Zo wordt gesproken over het gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)<sup>27</sup> en uitwisseling tussen aanbestedende diensten van gevraagde certificaten en ander documentaire bewijsstukken.<sup>28</sup>

### **6.5. Handhaven wenselijk?**

Het huidige artikel kan gehandhaafd worden.

Aanbestedingen dienen gegund te worden op basis van het gunningscriterium Economisch Meest Voordelige Inschrijving. Het laten meedoen van partijen in de wegging die mogelijk niet in aanmerking komen voor de opdracht kan de beoordeling vervui-

---

<sup>27</sup> Overweging 84 richtlijn 2014/24/EU.

<sup>28</sup> Overweging 87 en artikel 61 Richtlijn 2014/24/EU.

len en tot een andere uitkomst leiden indien deze 'ongeschikte' partijen niet meedoen in de beoordeling.

Alleen indien wordt gegund op basis van het criterium laagste prijs zou dit achterwege gelaten kunnen worden.

Wij doen een suggestie aan de wetgever om, net als bij de niet-openbare procedure, ook in de openbare procedure de gegevens van alle inschrijvers te controleren.

Om toch lastenverlichting voor ondernemers te realiseren zou de wetgever aanbestedende diensten moeten stimuleren om aanbestedingspaspoorten voor ondernemers aan te leggen.

## **Gunning**

**(V.C.H.M. Broeders)**

### **1. Onderscheid selectie en gunning**

#### **1.1. *Wettekst***

Artikel 2.26 Aw luidt als volgt:

De aanbestedende dienst die de openbare procedure toepast doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst:

- a. maakt een aankondiging van de overheidsopdracht bekend;
- b. toetst of een inschrijver valt onder een door de aanbestedende dienst gestelde uitsluitinggrond;
- c. toetst of een niet-uitgesloten inschrijver voldoet aan de door de aanbestedende dienst gestelde geschiktheideisen;
- d. toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;
- e. beoordeelt de geldige inschrijvingen aan de hand van het door de aanbestedende dienst gestelde gunningcriterium, bedoeld in artikel 2.114 en de nadere criteria, bedoeld in artikel 2.115;
- f. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;
- g. deelt de gunningbeslissing mee;
- h. kan de overeenkomst sluiten;
- i. maakt de aankondiging van de gegunde opdracht bekend.

Artikel 2.101 Aw luidt als volgt:

De aanbestedende dienst gaat, alvorens hij de opdracht gunt, de geschiktheid van iedere niet-uitgesloten inschrijver na aan de hand van de eigen verklaring en de ingediende bewijsstukken die op grond van artikel 2.85, derde lid, zijn verzocht.

Artikel 2.102 Aw luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst kan de juistheid nagaan van een of meer gegevens of inlichtingen in de eigen verklaring van de gegadigden die hij wil uitnodigen om een inschrijving in te dienen of van de inschrijvers bij welke hij voornemens is de overheidsopdracht te plaatsen.
2. Bij toepassing van het eerste lid kan de aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver als bedoeld in dat lid vragen de uit hoofde van de artikelen 2.85, 2.89 en

2.91 tot en met 2.97 overgelegde verklaringen en bescheiden nader toe te lichten en aan te vullen.

## **1.2. Achtergrond**

In deze paragraaf wordt gekeken of de stelling “Het strikte onderscheid tussen selectie en gunning die in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) werd voorgeschreven is opgeheven” klopt.

Daar het doel van de selectie, namelijk het bepalen welke inschrijver geschikt is om de opdracht uit te voeren (kwalitatieve beoordeling c.q. nadere selectie van het aantal gegadigden), een geheel andere is dan het doel van de gunning, namelijk het bepalen welke inschrijving het beste voldoet aan het gunningcriterium (zijnde Economisch Meest Voordelige Inschrijving of laagste prijs) worden in beide fasen andere eisen gesteld aan de gegadigden.

Op basis van artikel 44 richtlijn 2004/18<sup>1</sup> kunnen alleen de inschrijvingen van inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria worden beoordeeld in de gunningsfase. De vragen die geschikt zijn voor de selectieprocedure om te bepalen welke aanbieder geschikt zijn, geven geen uitsluitel in het kader van de beoordeling welke bieding het best voldoet in de gunningsfase.

Het transparantiebeginsel brengt mee dat aanbestedende diensten gehouden zijn de selectie/geschiktheideisen in de aankondiging te vermelden. Verder geldt dat een aanbestedende dienst in een later stadium van de aanbestedingsprocedure geen aanvullende geschiktheideisen mag stellen<sup>2</sup>.

In de nationale jurisprudentie ziet men ook een tendens dat de “persoon van de inschrijver”, normaliter een selectiecriteria, bij dienstverlening een rol kan spelen in de gunningsfase.<sup>3 4</sup>

## **1.3. Evaluatie**

Anders dan in artikel 44 lid 1 Bao, die op dit punt letterlijk de tekst van artikel 44 lid 1 richtlijn 2004/18 volgde, wijkt de tekst van Aanbestedingswet 2012<sup>5</sup> (Aw) van dit artikel af.

---

<sup>1</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

<sup>2</sup> Zie HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (*EVN/Wienstrom*) en HvJ EU 19 juni 2003, C-315/01 (*GAT*).

<sup>3</sup> Zie artikel 49, lid 2, Richtlijn 2004/18.

<sup>4</sup> Zie onder meer Hof Den Bosch, 20 april 2004, *LJN AO9430*; Rb. Maastricht 21 januari 2004, *LJN AO2165*; Rb. Haarlem, 2 april 2009, *LJN BH9534*.

<sup>5</sup> Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Staatsblad 2012, 542.

Voor openbare procedures wordt in artikel 2.26 Aw een aantal stappen gegeven voordat aan een partij gegund mag worden. De MvT geeft aan dat de in het artikel gegeven volgorde niet dwingend chronologisch is voorgeschreven. De verschillende stappen in de procedure kunnen elkaar overlappen, alsook gelijktijdig of in een andere volgorde worden gezet.<sup>6</sup>

Verder wordt in artikel 2.101 Aw alleen gegeven dat alvorens de aanbestedende dienst de opdracht gunt, de geschiktheid van iedere niet uitgesloten inschrijver wordt nagegaan aan de hand van de eigen verklaring en de ingediende bewijsstukken. Hier wordt dus alleen voorgeschreven dat de geschiktheid onderzocht moet worden voor de uiteindelijke gunning, maar niet dat dit voor de gunningsfase dient te geschieden.

Artikel 2:102 Aw stelt dat indien een aanbestedende dienst dat wenst, hij voor de uitnodiging tot inschrijving (dus bijv. bij een niet-openbare procedure, een concurrentiegericht dialogoog en/of bij gebruikmaking van een dynamisch inkoopstelsel) de juistheid van de eigen verklaring kan nagaan.

Echter, in artikel 2.105 Aw wordt uitdrukkelijk de eis gesteld dat voor alle andere procedures dan de openbare procedure (niet-openbaar, concurrentiegericht dialogoog en onderhandeling met voorafgaande bekendmaking) alleen geselecteerde gegadigden kunnen worden uitgenodigd voor de gunningsfase.

Feitelijk is het strikte onderscheid dus alleen opgeheven voor openbare procedures. Daar de controle van de gegevens voor de selectie in principe via de eigen verklaring zal gaan (artikel 2.101), waarbij pas voor de gunning de onderliggende stukken kunnen worden opgevraagd, met uitzondering van de referenties (artikel 2.85 lid 3 jo. artikel 2.93 sub a en b Aw), wordt de soep hier niet zo heet gegeten als hij wordt opgediend. Het is moeilijk voorstelbaar dat een aanbestedende dienst de eigen verklaring van de inschrijver op dit punt niet heeft bekeken voordat hij verder gaat met de beoordeling van de gunningsfase.

#### **1.4. Handhaving mogelijk?**

Dit onderwerp wordt in Richtlijn 2014/24 bestreken door artikel 25 en is niet in tegenspraak met artikelen uit de Aanbestedingswet. Artikel 25 Richtlijn 2014/24 schrijft immers niet voor dat de selectie moet zijn afgerond voordat aanbestedende diensten de inschrijving beoordelen in het kader van de gunning. Voor de andere in de Richtlijn 2014/24 genoemde procedures (niet-openbaar, concurrentiegericht dialogoog, gunning door onderhandelingen en innovatie partnerschap) dient een selectie plaats te vinden voordat de gegadigden kunnen worden toegelaten tot de gunningsprocedure.

---

<sup>6</sup> MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 440, 3, p. 63.

Overigens kan tot het moment van de gunning, ook in het kader van de selectie, volstaan worden met een eigen verklaring (artikel 57 Richtlijn 2014/24).

Artikel 66 lid 2 Richtlijn 2014/24 maakt het verder mogelijk dat bij opdrachten voor diensten en opdrachten voor het ontwerpen van werken de organisatie en het uitvoerende personeel een rol spelen bij de gunning van de opdracht en niet alleen bij selectie.

### **1.5. Handhaving wenselijk?**

Het strikte onderscheid is alleen bij openbare procedures niet meer aanwezig. Daar zal in de praktijk de selectie en gunning ook door elkaar heenlopen, hoewel wij vermoeden dat indien uit de eigen verklaring al blijkt dat de inschrijver niet aan de selectie eisen voldoet, de bieding niet beoordeeld zal worden.

## **2. EMVI of laagste prijs**

### **2.1. Wetttekst**

Artikel 2.114 Aw luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het eerste lid, gunnen op grond van de laagste prijs. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken.

### **2.2. Achtergrond**

Artikel 2.114 Aw geeft aan dat een aanbestedende dienst gunt op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI). Een aanbestedende dienst kan ook gunnen op laagte prijs, maar dient dit te motiveren in de aanbestedingsstukken. Voorheen kon een aanbestedende dienst zonder enige motivering gunnen op laagste prijs of EMVI.<sup>7</sup>

De achtergrond is dat inschrijvers niet alleen met elkaar op prijs moeten concurreren, maar ook op kwaliteit. Hiermee is uiting gegeven aan de politieke wens om niet alleen te kijken naar het productieproces, maar ook de gebruiksfase in ogenschouw te nemen.<sup>8</sup> Het gunningcriterium EMVI biedt echter ruimte om meer aspecten dan alleen het productieproces en de gebruiksfase mee te wegen. Het artikel geeft invulling aan artikel 1.4 lid 2 Aw op grond waarvan in meer algemene zin de aanbestedende diensten wordt opgedragen zoveel mogelijk maatschappelijk waarde te doen leveren voor de te besteden publieke middelen. Beoogd wordt om de markt zoveel mogelijk

---

<sup>7</sup> Zie artikel 54, lid 1, sub a Bao.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 25.

uit te dagen tot innovatie en duurzaamheid.<sup>9</sup> Ook bij toepassing van EMVI als gunningcriterium maakt de prijs in de praktijk veelal een substantieel deel uit van de nadere criteria.<sup>10</sup>

### **2.3. Evaluatie**

Artikel 53 Richtlijn 2004/18 schrijft voor dat er twee gunningcriteria zijn, namelijk laagste prijs en economisch meest voordeling inschrijving (EMVI). Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Sintesi* een absoluut verbod op het voorschrijven van een van de twee gunningcriteria in strijd geacht met Richtlijn 2004/18.<sup>11</sup> In de Aanbestedingswet is geen sprake van een absoluut verbod op het gunnen op laagste prijs, maar is dit alleen toegestaan onder vermelding van een motivering.

Op een andere plek wordt ook aandacht gegeven aan de Nederlandse verplichting tot motiveren waar de richtlijn geen motivering voorschrijft. Wij vinden het opleggen van een motiveringsplicht in dit opzicht niet in strijd met de Europese regelgeving. De motiveringplicht geeft immers een iets andere, gedetailleerde invulling aan het in het aanbestedingsrecht algemeen geldende transparantiebeginsel.

### **2.4. Handhaven mogelijk?**

Gunning op basis van het EVMI wordt geregeld in artikel 66 Richtlijn 2014/24. Daar het onder de Aw nog steeds mogelijk is om te gunnen op laagste prijs is artikel 2.114 Aw niet in strijd met artikel 66 Richtlijn 2014/24, zeker daar in het derde lid wordt gegeven dat lidstaten kunnen bepalen dat de gunning van bepaalde soorten opdrachten worden gebaseerd op EMVI.

Overigens zou beargumenteerd kunnen worden dat de Nederlandse overheid bepaalde opdrachten op EMVI, hier overigens Economisch Meest Voordelige Aanbieding genoemd, laat aanbesteden, die daarvoor mogelijk niet geschikt zijn, de aanbestedende dienst bij die opdrachten niet kan motiveren waarom het gunningcriterium laagste prijs noodzakelijk is.

### **2.5. Handhaving wenselijk?**

Wij zijn van mening dat het goed mogelijk is om kwaliteit voor te schrijven bij een aanbesteding op laagste prijs. Voor een aantal standaard aanbesteding en waar geen innovaties uit de markt worden gevraagd ook niet op het gebied van duurzaamheid, is een aanbesteding op laagste prijs nog steeds vaak het meest effici-

---

<sup>9</sup> HvJ EG 7 oktober 2004, C-247/02.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 90-91.

<sup>11</sup> HvJ EG 7 oktober 2004, C-247/02.

ent.<sup>12</sup> Aan de andere kant zal dit dan ook naar verwachting door de aanbestedende dienst te motiveren zijn.

Door het voorschrijven van aanbesteden op EMVI lijkt EMVI een doel op zich te zijn. EMVI is echter geen doel op zich, immers een aanbesteding op EMVI zal niet automatisch innovatiever of duurzamer zijn dan een aanbesteding op laagste prijs. Het hangt van de wil van de aanbestedende dienst af of innovatie of duurzaamheid bij het uitzetten van een opdracht wordt gestimuleerd.

### **3. Verband gunningscriteria met voorwerp opdracht**

#### **3.1. *Wettekst***

Artikel 2.115 Aw luidt als volgt:

1. De aanbestedende dienst die het criterium «economisch meest voordelige inschrijving» toepast, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.
2. De in het eerste lid bedoelde nadere criteria kunnen onder meer betreffen:
  - a. kwaliteit;
  - b. prijs;
  - c. technische waarde;
  - d. esthetische en functionele kenmerken;
  - e. milieukenmerken;
  - f. gebruikskosten;
  - g. rentabiliteit;
  - h. klantenservice en technische bijstand;
  - i. datum van levering;
  - j. termijn voor de levering of uitvoering.
3. De aanbestedende dienst specificeert in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.
4. Indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de aanbestedingsstukken dan wel, bij de concurrentiegeërichte dialoog, in het beschrijvend document, de criteria in afnemende volgorde van belang.

#### **3.2. *Achtergrond***

---

<sup>12</sup> O.a. Emvi toepassen, [www. Pianoo.nl](http://www.Pianoo.nl).



Indien de tekst van artikel 2.115 Aw letterlijk wordt gelezen hoeven gunningcriteria geen verband meer te houden met het voorwerp van de opdracht, in tegenstelling tot hetgeen werd voorgeschreven in artikel 54 lid 1 a Bao.

In artikel 53, lid 2, Richtlijn 2004/18 is gegeven dat subgunningcriteria bij het gunningcriterium EMVI verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht. Dit is ook bevestigd in een uitspraak van het HvJ EG.<sup>13</sup> In Richtlijn 2004/18 wordt daarnaast een aantal voorbeelden gegeven met betrekking tot criteria die verband houden met de opdracht. Deze opsomming is niet uitputtend.<sup>14</sup>

De essentie van dit artikel is overgenomen in artikel 54, lid 1, sub a, Bao. De lijst met criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht is echter niet in het artikel overgenomen, maar wordt wel vermeld in de toelichting van het Bao.<sup>15</sup>

In artikel 2.115 Aw is niet de essentie van artikel 53 lid 2 Richtlijn 2004/18 opgenomen, namelijk dat de criteria moeten zien op het voorwerp van de opdracht, maar zijn onder lid 2 wel voorbeelden van de nadere criteria opgenomen, die overeenkomen met de in Richtlijn 2004/18 gegeven voorbeelden.

Aan het niet vermelden van het feit dat de criteria moeten zien op het voorwerp van de opdracht in 2.115 Aw lijkt geen speciale bedoeling van de wetgever ten grondslag te liggen.

### **3.3. Evaluatie**

Het niet opnemen van de verplichting dat de criteria moeten zien op het voorwerp van de opdracht is in strijd met de Richtlijn 2004/18.<sup>16</sup> Overigens verwachten wij<sup>17</sup>, indien in een procedure daadwerkelijk de vraag speelt of de (sub)gunningcriteria wel of niet hoeven te zien op het voorwerp van de opdracht, de rechter dit oplost door middel van richtlijn conforme interpretatie, waartoe hij overigens ook verplicht is<sup>18</sup> en derhalve geen gunning toestaat in een aanbesteding die criteria bevat die niet voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.

### **3.4. Handhaven mogelijk?**

Artikel 66 lid 2 Richtlijn 2014/24 schrijft voor dat (sub)gunningcriteria verband dienen te houden met de opdracht. Handhaven in de huidige vorm is niet mogelijk.

### **3.5. Handhaven wenselijk?**

---

<sup>13</sup> HvJ EG 28 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*).

<sup>14</sup> HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*).

<sup>15</sup> Stb. 2005, 408, pag. 84.

<sup>16</sup> Zie ook bij Richtlijn 2004/18 onder Considerans 1 en 46.

<sup>17</sup> Nota van toelichting Bao, artikelsgewijze toelichting artikel 54.

<sup>18</sup> HvJ EG, 13 november 1990, C-106/89 (*Marlesing*).

Artikel 2.115 Aw moet aangepast worden omdat het niet in overeenstemming is met de aanbestedingsrichtlijnen en de jurisprudentie van het HvJ EU.

#### **4. Alcateltermijn**

##### **4.1. Wetttekst**

Artikel 127 Aw luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst neemt een opschortende termijn in acht voordat hij de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit.
2. De opschortende termijn, bedoeld in het eerste lid, vangt aan op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden.
3. De opschortende termijn, bedoeld in het eerste lid, bedraagt ten minste 20 kalenderdagen.
4. Een aanbestedende dienst behoeft geen toepassing te geven aan het eerste lid indien:
  - a. Deze wet geen bekendmaking van de overheidsopdracht door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen vereist;
  - b. De enige betrokken inschrijver degene is aan wie de overheidsopdracht wordt gegund en er geen betrokken gegadigden zijn;
  - c. Het gaat om opdrachten op grond van een raamovereenkomst of specifieke opdrachten op grond van een dynamisch aankoopstelsel als bedoeld in afdeling 2.4.2.

##### **4.2. Achtergrond**

De stand still periode (ook wel Alcateltermijn genoemd) na het verzenden van de voorlopige gunningbeslissing is in artikel 2.127 Aw verlengd van 15 naar 20 kalenderdagen.

De termijn van 15 dagen, zoals vermeld in artikel 55 lid 2 Bao, werd te kort geacht, waardoor betrokken partijen 'alvast' een kort geding opstarten.<sup>19</sup> Een langere termijn is in ieder geval mogelijk en in bepaalde gevallen zeer wenselijk. In geval van complexe projecten is het goed gebruik dat voldoende tijd geboden wordt om kennis te nemen van de gunningbeslissing en de gelegenheid te bieden nadere motivering te vragen.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> *Kamerstukken II 2011/12, Amendement 32440, 68.*

<sup>20</sup> *MvT Kamerstukken II, 32 077, 3, p. 7.*

#### **4.3. Evaluatie**

De Alcateltermijn is verplicht gesteld in artikel 2 bis, lid 2, Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66<sup>21</sup>, waarbij 20 dagen meer is dan het in die richtlijn gestelde minimum van 10 dagen indien de aanbestedende dienst het voorlopige gunningbesluit kenbaar maakt via fax of elektronische weg of 15 kalenderdagen indien andere communicatiemiddelen worden gekozen.

#### **4.4. Handhaven mogelijk?**

De termijn gesteld in de rechtsbeschermingsrichtlijn is een minimum termijn. Aangezien de in de Nederlandse wet opgenomen termijn langer is, is dit toegestaan.

#### **4.5. Handhaven wenselijk?**

Daar 15 dagen erg kort is om voor een inschrijver in te (laten) schatten of het de moeite waard is om een procedure op te starten en voor een kort geding eerst verlot aangevraagd dient te worden bij de rechtbank, zijn wij van mening dat de verlenging van de Alcateltermijn naar 20 kalenderdagen gehandhaafd moet blijven.

### **5. Proces-verbaal van gunning**

#### **5.1. Wetttekst**

Artikel 2.132 Aw luidt als volgt:

De aanbestedende dienst stelt over de gunning van een overheidsopdracht en de instelling van een dynamisch aankoopstelsel een proces-verbaal op dat, indien van toepassing, in ieder geval de volgende gegevens bevat:

- a. naam en adres van de aanbestedende dienst;
- b. voorwerp en waarde van de overheidsopdracht;
- c. namen van de uitgekozen gegadigden met motivering van die keuze;
- d. de namen van de uitgesloten en afgewezen gegadigden met motivering van die uitsluiting of afwijzing;
- e. de namen van de afgewezen inschrijvers met motivering van die afwijzing;
- f. of er inlichtingen zijn die op verzoek van een ondernemer geen deel hebben uitgemaakt van de nota van inlichtingen, bedoeld in artikel 2.53, tweede lid;
- g. de redenen voor de afwijzing van abnormaal laag bevonden inschrijvingen;

---

<sup>21</sup> Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

- h. de naam van de uitgekozen inschrijver en motivering voor die keuze en, indien bekend, het gedeelte van de overheidsopdracht dat de uitgekozen inschrijver voornemens is aan derden in onderaanneming te geven;
- i. in geval van de procedure van de concurrentie gerichte dialoog, de omstandigheden, bedoeld in artikel 2.28, die de toepassing van deze procedure rechtvaardigen;
- j. in geval van de onderhandelingsprocedure, de in paragrafen 2.2.2.2 en 2.2.2.3 genoemde omstandigheden die de toepassing van de procedure rechtvaardigen;
- k. in voorkomend geval de redenen waarom de aanbestedende dienst besloten heeft een overheidsopdracht niet te gunnen of geen dynamisch aankoopstelsel in te stellen.

## **5.2. Achtergrond**

Op grond van dit artikel dient de aanbestedende dienst ten aanzien van elk gunningbesluit of elk besluit om niet te gunnen een proces-verbaal op te stellen. Het proces-verbaal dient minimaal de in dit artikel genoemde gegevens te bevatten<sup>22</sup>.

## **5.3. Evaluatie**

Hoewel de aanhef van het artikel in de Aw verschilt met de aanhef van artikel 43 die hetzelfde onderwerp heeft in het Bao/Richtlijn 2004/18, lijkt dit niet zoveel invloed te hebben daar het artikel gedetailleerd voorschrijft wat in ieder geval in het proces-verbaal moet worden opgenomen.

De toelichting op dit artikel wijkt echter af van de tekst van de Richtlijn. In de MvT wordt immers aangegeven dat het proces-verbaal "een aantal" van deze gegevens dient te bevatten. Uit de tekst van de Richtlijn volgt echter dat al deze gegevens in het proces-verbaal moeten worden opgenomen en niet slechts "een aantal".

Verder is de lijst van gegevens in lid 2 van het artikel in het Aw anders dan de "corresponderende" lijsten in het Bao/Richtlijn 2004/18, en ook ten opzichte van de vergelijkbare lijst in de nieuwe Richtlijn 2014/24.

Zo is sub d een toevoeging ten opzichte van de Richtlijn 2004/18

Verder stelt Richtlijn 2014/18 de eis dat aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om het verloop van de langs elektronische weg gevoerde gunningsprocedures te documenteren.

Verder zijn de begrippen raamovereenkomst en dynamisch aankoopstelsel weggelaten in de aanhef en onder b.

Niet duidelijk is waarom de wetgever deze wijzigingen heeft doorgevoerd.

Deze wijzigingen zijn in strijd met Richtlijn 2004/18 en dienen te worden aangepast.

---

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p. 95. (MvT).

#### **5.4. Handhaven mogelijk?**

Het is niet mogelijk om dit artikel in deze vorm te handhaven. Naast het feit dat de toelichting dient te worden aangepast in die zin dat alle genoemde onderwerpen in het proces-verbaal moeten worden opgenomen dienen ook de hiervoor genoemde punten aangepast te worden.

Op basis van artikel 85 Richtlijn 2014/24 zou verder in de toekomst in de Aw een algemene verplichting opgenomen moeten worden om het verloop van de gunningprocedure vast te leggen en een verplichting voor de aanbestedende dienst de benodigde documenten te bewaren.

#### **5.5. Handhaven wenselijk?**

Handhaven is niet wenselijk, mede omdat aan de wijzigingen ten opzichte van het Bao geen duidelijke redengeving ten grondslag ligt. Verder zal het artikel sowieso aangepast moeten worden als gevolg van het implementeren van Richtlijn 2014/24.

### **6. Raamovereenkomst**

#### **6.1. Wetttekst**

Artikel 2.143 Aw luidt als volgt:

1. Als een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers, wordt deze raamovereenkomst met ten minste drie ondernemers gesloten, mits het aantal ondernemers dat aan de selectiecriteria voldoet, of het aantal inschrijvingen dat aan de gunningcriteria voldoet, voldoende groot is.

2. Overheidsopdrachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers kunnen worden gegund:

a. door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen, of

b. indien niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, door de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen onder de in de raamovereenkomst of in de aanbestedingsstukken van de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, volgens de onderstaande procedure:

1°. voor een te gunnen overheidsopdracht raadpleegt de aanbestedende dienst schriftelijk de ondernemers die in staat zijn de overheidsopdracht uit te voeren,

2°. de aanbestedende dienst stelt een voldoende lange termijn vast voor het indienen van inschrijvingen voor een specifieke overheidsopdracht, waarbij hij rekening houdt met elementen zoals de complexiteit van het voorwerp van de overheidsopdracht en de benodigde tijd voor de toezending van de inschrijvingen,

3°. de inschrijvingen worden schriftelijk ingediend en de inhoud ervan blijft vertrouwelijk totdat de vastgestelde indieningstermijn is verstreken,

4°. de aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht aan de inschrijver die op grond van de in de aanbestedingsstukken van de raamovereenkomst vastgestelde gunningcriteria de beste inschrijving heeft ingediend.

## **6.2. Achtergrond**

Krachtens artikel 32, lid 10, sub b, onder 4, Bao dienden voorheen de gunningcriteria het in het beschrijvend document te staan.

Op grond van artikel 2.143 gunt een aanbestedende dienst de opdracht na een mini-competitie op basis van de gunningcriteria die in de aanbestedingsstukken staan.

Dit artikel dient in samenhang met artikel 2.140 lid 2 Aw gelezen te worden. In artikel 2.140 lid 2 Aw is opgenomen dat bij de plaatsing van overheidsopdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd partijen geen substantiële wijzigingen mogen aanbrengen in de bij de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.

In de MvT wordt aangegeven dat een overheidsopdracht op basis van een raamovereenkomst waarbij substantiële wijzigingen worden doorgevoerd, zelfstandig dient te worden aanbesteed, indien er sprake is van een op grond van afdeling 2.2. als bovendrempelig te waarderen overheidsopdracht.<sup>23</sup>

## **6.3. Evaluatie**

Artikel 32 lid 4 sub d Richtlijn 2004/18 spreekt van “op grond van de in het bestek van de raamovereenkomst vastgestelde gunningcriteria”. Het Bao week hiervan af met de formulering “een aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht aan de inschrijver die op grond van de in het beschrijvend document van de raamovereenkomst vastgestelde gunningcriteria de beste inschrijving heeft ingediend”.

Het verschil tussen het in Richtlijn 2004/18 genoemde “bestek van de raamovereenkomst”, het in het Bao opgenomen “beschrijvend document” en het in de Aw opgenomen “aanbestedingsstukken” zit hierin dat onder de Aw ook in theorie gunningcriteria in bijvoorbeeld een nota van inlichtingen zouden kunnen worden opgenomen. Een nota van inlichtingen behoort volgens artikel 1.1 tot de aanbestedingsstukken. Daar partijen op basis van de aankondiging c.q. het beschrijvend document bepalen of zij wel of niet in de aanbesteding geïnteresseerd zijn, zullen aanvankelijk niet geïnteresseerde partijen geen kennis nemen van eventuele (sub)gunningcriteria die in de nota's van inlichtingen zijn gepubliceerd.

Aan de andere kant is het aanbestedingsrechtelijk niet mogelijk om in de nota van inlichtingen (wezenlijk) af te wijken van de in de aanbestedingsstukken vermelde (sub)gunningcriteria.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> MvT *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 96.

<sup>24</sup> HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Koffiezaak*).

#### **6.4. Handhaven mogelijk?**

Artikel 31, lid 5, Richtlijn 2014/24 geeft aan dat de oproeping tot de minicompetitie geschiedt onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de gunning van de raamovereenkomst gelden, waarbij onder sub d wordt aangegeven dat “de aanbestedende diensten elke opdracht gunnen aan de inschrijver die op grond van de in de specificaties van de raamovereenkomst vastgestelde gunningcriteria de beste inschrijving heeft ingediend”. Niet duidelijk is waarom de tekst in de nieuwe richtlijn ten opzichte van de vorige is gewijzigd.

Het is te beargumenteren dat de tekst van de Aw in overeenstemming is met de nieuwe richtlijn, aangezien ook deze verwijst naar de “voorwaarden die voor de gunning van de raamovereenkomst gelden” waarbij niet wordt gespecificeerd dat deze criteria alleen in de aankondiging c.q. het beschrijvend document kunnen worden opgenomen.

#### **6.5. Handhaven wenselijk?**

Om elk misverstand te voorkomen verdient het aanbeveling bij de implementatie van een richtlijn niet te verwijzen naar termen die alleen een nationale betekenis hebben. Hierdoor is de kans op onbedoelde wijzigingen ten opzichte van de richtlijnen te groot. In dit kader zou het wenselijk zijn om de tekst van artikel 2.143 Aw volledig in overeenstemming te brengen met de tekst van artikel 31 Richtlijn 2014/24.

## Rechtsbescherming

(E.J. Stoffels)

### 1. Inleiding

De Aanbestedingswet 2012 (Aw)<sup>1</sup> heeft een aantal noviteiten geïntroduceerd. De vraag is of deze noviteiten bij de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU gehandhaafd dienen te worden.

Als toetsingscriteria voor de nieuwigheden zijn de volgende vragen ter beantwoording gehanteerd:

- \* Mag de nieuwigheid worden behouden? (bijv. nieuwe regelgeving verbiedt het)
- \* Wil je de nieuwigheid behouden? (bijv. is de reden genoemd in de MvT nog geldig?).

De onderwerpen van dit onderdeel laten zich in een aantal onderscheiden, te weten: artikel 2.23 (Verwijzing naar Aanbestedingswet Defensie en veiligheid), artikel 4.27 (Klachtprocedure bij Commissie Aanbestedingsexperts) en hoofdstuk 4.5 (Evaluatiebepalingen).

### 2. Aanbestedingswet Defensie en veiligheid

#### 2.1. *Wettekst*

Artikel 2.23 Aw luidt als volgt:

1. In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6 is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen:
  - a. die door aanbestedende diensten op het gebied van defensie worden geplaatst en die vallen onder de reikwijdte van artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
  - b. waarop de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied van toepassing is;

---

<sup>1</sup> Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012, Staatsblad 2012, 542.



- c. waarop de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied niet van toepassing is ingevolge de artikelen 2.3, 2.16 en 2.17 van die wet;
  - d. voor civiele aankopen die worden geplaatst in een derde land, indien strijdkrachten zijn ingezet buiten het grondgebied van de Europese Unie en de operationele omstandigheden vereisen dat de overheidsopdracht wordt gegund aan ondernemers die in het operatiegebied gevestigd zijn;
  - e. die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan dan wel indien de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist;
  - f. die in hoofdzaak tot doel hebben de aanbestedende diensten in staat te stellen openbare telecommunicatienetten beschikbaar te stellen, te exploiteren of aan het publiek telecommunicatiediensten te verlenen;
  - g. waarvoor andere procedurevoorschriften gelden en die worden geplaatst op grond van een internationale overeenkomst, gesloten tussen het Koninkrijk der Nederlanden en een of meer derde landen, overeenkomstig het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, betreffende:
    - i. leveringen of werken die bestemd zijn voor gemeenschappelijke verwezenlijking of exploitatie van een werk door de ondertekenende staten;
    - ii. diensten die bestemd zijn voor de gemeenschappelijke verwezenlijking of exploitatie van een project door de ondertekenende staten;
  - h. waarvoor andere procedurevoorschriften gelden en die worden geplaatst als gevolg van een in verband met de legering van strijdkrachten gesloten internationale overeenkomst betreffende ondernemingen in een lidstaat of in een derde land;
  - i. waarvoor andere procedurevoorschriften gelden en die worden geplaatst volgens de specifieke procedure van een internationale organisatie.
2. Voor de toepassing van het eerste lid, onder d, wordt onder civiele aankopen verstaan, opdrachten die:
- a. niet onder het toepassingsgebied van artikel 2.1 van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied vallen,
  - b. betrekking hebben op niet-militaire producten, werken of diensten voor logistieke doeleinden en

- c. worden aanbesteed overeenkomstig een procedure als bedoeld in de hoofdstukken 2.3 tot en met 3.2 van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied zonder dat daartoe een verplichting bestaat.
3. Een aanbestedende dienst brengt een internationale overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, onderdeel g, ter kennis van de Europese Commissie.

## **2.2. Achtergrond**

Artikel 2.23 Aanbestedingswet 2012 behandelt de diverse uitzonderingen op de verplichtingen uit de Aw.

Blijkens de Memorie van Toelichting betreffen de uitzonderingen overeenkomstig de artikelen 10, 13 en 15 van de oorspronkelijke Richtlijn 2004/18/EG bepaalde overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen.<sup>2</sup> In artikel 2.23 Aw zijn ook aanbestedingen op basis van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied uitgezonderd.<sup>3</sup>

## **2.3. Evaluatie**

In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 worden in onderafdeling 2, artikelen 24 e.v. eveneens de uitzonderingen voor Defensie en Veiligheid behandeld. Zie artikel 24, eerste alinea, van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU inzake opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid van Richtlijn 2009/81:

De lidstaten zorgen ervoor dat de aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.

De Richtlijn 2009/81 is bij Wet van 28 januari 2013 in Nederland geïmplementeerd, aan te halen als de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.<sup>4</sup>

## **2.4. Handhaven mogelijk?**

De omschreven uitzonderingen in de wettekst dienen ook na de evaluatie te worden gehandhaafd. Bij de evaluatie van de Aanbestedingswet kunnen de uitzonderingen worden geactualiseerd aan de tekstuele omschrijving van de richtlijn. In de Memorie van Toelichting bij de geactualiseerde 'nieuw vast te stellen' Aanbestedingswet kun-

---

<sup>2</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 61.

<sup>3</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 5.

<sup>4</sup> Richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Pb EU L 216).

nen de verwijzingen overeenkomstig worden aangepast naar de juiste vindplaatsen in de nieuwe richtlijnen.

## **2.5. Handhaven wenselijk?**

De vigerende uitzonderingen, zoals genoemd in artikel 2.23 Aw, moeten worden aangevuld met de uitzonderingen van de Richtlijn 2014/24/EU. Het artikel 2.23 Aw dient dan ook behouden te blijven in de nieuwe Aw.

## **3. Commissie van Aanbestedingsexperts**

### **3.1. Wetttekst**

Artikel 4.27 Aw luidt als volgt:

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

### **3.2. Achtergrond**

De Commissie van Aanbestedingsexperts is ingesteld bij Besluit van de Minister van Economische Zaken.<sup>5</sup> Door de instelling is het na 1 april 2013 mogelijk een klacht voor te leggen aan de leden van de Commissie en door de leden in te schakelen één of meerdere experts. Het doel van de instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts is bemiddeling en, blijkens de Memorie van Toelichting, 'gaat [het] hier niet om een extra rechtsgang, maar om een vrijblijvende en laagdrempelige mogelijkheid [...]'.<sup>6</sup>

Tijdens de behandeling heeft de instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts tot de nodige vragen geleid in de Tweede Kamer. De discussie betrof met name de verhouding tussen de reguliere rechtspraak en uitspraken van de Commissie, de daadwerkelijk additionele waarde 'met tanden' maar ook of en hoe de Commissie zoveel (moreel) gezag krijgt dat geen sprake (meer) is van vrijblijvendheid van de Commissie-adviezen.

Bij de behandeling van de Kamervragen heeft de Regering benadrukt dat de behandeling van klachten om die redenen 'snel en zorgvuldig' moet zijn. Door de samenstelling van de Commissie met experts is beoogd voldoende deskundigheid en gezag te bieden zodat ook de inhoud van de adviezen draagvlak heeft en de status van de Commissie ondersteunt.

De bemiddeling door experts is erop gericht om samen met aanbestedende diensten en ondernemers de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect te

---

<sup>5</sup> Besluit van 4 maart 2013, gepubliceerd 7 maart 2013, Staatscourant 2013, nr. 6182.

<sup>6</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 20 en 21.

weeg te brengen bij beide partijen.<sup>7</sup> Een ander doel is de druk op het gerechtelijk apparaat te verminderen.

De instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts betrof alleen een noviteit voor Nederland, maar is mondiaal gezien vrijwel een unicum.<sup>8</sup> Een equivalent in Europa bestaat aldus niet of slechts in beperkte mate. De nieuwe Richtlijn 2014/24/EU brengt daarin geen verandering aangezien in de richtlijn niet is voorzien in een dergelijke klachteninstantie. Evenmin blijkt uit de nieuwe richtlijn de wens een dergelijke mogelijkheid in te perken.

### **3.3. Evaluatie**

Tijdens de behandeling van het voorstel van Wet en de Kamerdiscussie over onder andere de Commissie van Aanbestedingsexperts was een schrijfgroep reeds bezig met het reglement voor diezelfde Commissie. Het reglement is terug te vinden op de website van de Commissie.<sup>9</sup> Het reglement behandelt de procedure, het accepteren van een klacht en de wijze waarop de klacht vervolgens behandeld wordt. Ook treft men een overzicht van de Commissieleden en –experts aan. Indiening vindt plaats via het gebruik van een webformulier en de klacht dient al eerder te zijn voorgelegd aan de betrokken aanbestedende dienst.

Per interne nieuwsbrief van 15 november 2013 berichtte de Commissie haar Experts over de stand van zaken. Het aantal ingediende klachten was nog beperkt, te weten 37 klachten waarvan 15 niet in behandeling waren genomen. De Commissie vermoedde dat het beperkt aantal klachten samenhang met drie factoren i) onbekendheid met bestaan en werkwijze van de Commissie, ii) een professionelere afhandeling van klachten door aanbestedende diensten zelf en iii) minder neiging tot procederen tegen potentiële opdrachtgevers.

De naamsbekendheid is door de Commissieleden vergroot door inleidingen te verzorgen op symposia, cursussen e.d. Het uitgebreid voeren van een marketingcampagne ligt om begrijpelijke redenen niet voor de hand.

In de tussentijd heeft de Commissie gewerkt aan de verbetering van haar professionaliteit door onder meer een deel van de bemiddelingsadviezen te publiceren op haar website. Ook de telefonische bereikbaarheid van het secretariaat is verhoogd.

Op 1 april 2014 heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts haar eerste periodiek jaarlijkse verslag uitgebracht over haar werkzaamheden en haar bevindingen.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 20 en 21.

<sup>8</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 41.

<sup>9</sup> <http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/>

<sup>10</sup> Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts 28 maart 2014. Bijlage bij de brief van de minister van Economische Zaken van 6 mei 2014 (TK, 2013-2014, 32 440, nr.87)

Hoewel de laatste periode van het eerste jaar een toename van het aantal klachten te zien geeft, bleef het aantal klachten in totaal achter bij de verwachtingen die men vooraf had.

Per 1 maart 2014 waren er 70 klachten ingediend, waarvan 60 door het MKB en 4 door branche-organisaties.

Afgezien van de kwantiteit zijn er desondanks positieve signalen over de geleverde kwaliteit van reeds op de website gepubliceerde oordelen en adviezen van de Commissie, wat het draagvlak en de animo om klachten in te dienen ten goede is gekomen.<sup>11</sup> De Commissie signaleert in haar rapport een aantal punten van zorg en aandacht, waaronder de juridisering van de klachtenprocedure bij de Commissie en de doorlooptijd van adviezen.<sup>12</sup>

Blijkens het verslag (onder D) van de Commissie van Aanbestedingsexperts is sinds de invoering van de Aw het aantal aanhangig gemaakte rechtszaken afgenomen.<sup>13</sup> Een oorzakelijk verband met de instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts is daarmee niet vast gesteld. De Aw met de Gids Proportionaliteit kunnen eenzelfde effect te weeg hebben gebracht. Ook het aantal klachten bij de Commissie bleef beperkt. De operationele periode van één jaar lijkt vooralsnog te kort om al tot een evaluatie te kunnen komen over de doelmatigheid van het instellen van een klachtencommissie als onderhavige.

#### *Commissie en rechter*

In twee uitspraken van een Voorzieningenrechter is de betrokkenheid en het afgegeven advies van de Commissie op waarde geschat door een rechter.<sup>14</sup> In beide gevallen oordeelde de rechtbank Gelderland dat aan de adviezen van de Commissie vrije bewijskracht toekomt. In de meest recente uitspraak overweegt de rechtbank dat de adviezen van de Commissie voor de civiele rechter niet maatgevend zijn en die adviezen partijen ook niet binden:

*Het advies van de Commissie is (slechts) een geschrift waaraan in een civiele procedure vrije bewijskracht toekomt en waarmee de rechter bij de waardering van eventueel te leveren bewijs rekening kan houden” (ro. 5.2).*

---

<sup>11</sup> Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts 28 maart 2014, p. 4 en 5.

<sup>12</sup> Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts 28 maart 2014, p. 5.

<sup>13</sup> Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts 28 maart 2014, p. 4 en 5.

<sup>14</sup> Zie Rb. Gelderland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454 en Rb. Gelderland 30 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868.

Op zichzelf vinden wij dat geen verrassende stelling aangezien de status van het niet-bindende karakter van de adviezen van de Commissie door de wetgever is beoogd. Immers is –slechts– in overweging genomen dat het wenselijk is dat de adviezen van de Commissie niet vrijblijvend zijn.

In haar eerste uitspraak met publicatiedatum 28 januari 2014 (b)lijkt de rechtbank bereid de adviezen van de Commissie onder voorwaarden in haar oordeel te betrekken. Een advies zal evenwel niet worden afgewacht. Het oordeel van de voorzieningenrechter in casu toont inzicht in de manier waarop de rechter het niet bindende karakter van een advies van de Commissie waardeert. Ook zijn de (on)mogelijkheden van een aanbesteder om het advies van de Commissie (niet) te volgen overwogen. Op basis van deze uitspraak kan opgemaakt worden dat het passeren van een advies van de Commissie door een aanbestedende dienst gemotiveerd moet c.q. zou moeten gebeuren.

Met de twee uitspraken in Kort Geding valt op voorhand nog weinig te zeggen over het daadwerkelijk gezag en draagvlak dat adviezen van de Commissie op de langere termijn zullen hebben. Wel is het contrast in de waarde van een advies van de Commissie tussen de beide rechtbanken opvallend in beeld gebracht. Voor de ene rechtbank heeft het Commissie-advies in het kader van de civielrechtelijke bewijsplicht een relatief beperkte waarde terwijl de andere rechtbank oordeelt dat het advies van de Commissie voor de aanbestedende dienst of belanghebbende niet zonder meer gepasseerd kan worden. Het is nog te vroeg een bestendige lijn in de jurisprudentie vast te stellen, maar een dergelijk contrast is naar ons oordeel onwenselijk.

Naast dit aspect van de status van het Commissieadvies in de visie van de kortgedingrechter bestaat het risico dat Rechtbank en Commissie inhoudelijk uiteenlopend oordelen in vergelijkbare kwesties. Zo lijkt de Rechtbank Gelderland in haar uitspraak van 24 januari 2014<sup>15</sup> de Commissie in haar advies 48<sup>16</sup> te volgen over de aanbesteding van het gemeentehuis Zevenaar en de de-facto laagste prijs:

*De conclusie is dan ook dat aangenomen moet worden dat de gemeente door de wijze van uitwerking van de subcriteria feitelijk heeft gekozen voor het in art. 2.114 lid 2 Aanbestedingswet 2012 genoemde criterium van de 'laagste prijs'.(ro.4.6)*

Diezelfde Rechtbank Gelderland zag evenwel in navolging op haar eerdere oordeel en de bijzondere omstandigheden van het geval aanleiding in haar vonnis van 3 juni

---

<sup>15</sup> Zie Rb. Gelderland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454

<sup>16</sup> <http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/default/files/140127%20-%20Advies%2048.pdf>

2014 over dezelfde aanbesteding in rechtsoverweging 4.8 ten overvloede als volgt te overwegen en de discussie over de de-facto laagste prijs te nuanceren:

*Uiteraard is het in beginsel aan de aanbestedende dienst te bepalen hoeveel gewicht zij aan kwaliteitsonderdelen wil toekennen. Het kan zich echter voordoen dat de kwaliteitselementen van zo geringe betekenis zijn dat redelijkerwijs niet meer kan worden aangenomen dat nog sprake is van EMVI. Uiteraard kleeft hieraan, ook voor aanbestedende diensten, het praktische bezwaar dat in zijn algemeenheid niet te bepalen is waar het omslagpunt ligt. Datzelfde geldt overigens voor het antwoord op de vraag of er een deugdelijke motivering is voor de keuze van laagste prijs. Waar dat omslagpunt ligt kan slechts van geval tot geval worden vastgesteld, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, zoals de specifieke gunningcriteria, hun (relatieve) gewicht, het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt, de mate waarin gunning op EMVI zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen enz. enz.. Indien geoordeeld moet worden dat sprake is van een EMVI met kwaliteitsaspecten van zo weinig gewicht dat die met gunning op de laagste prijs moet worden gelijkgesteld en de aanbestedende dienst daarvoor geen deugdelijke motivering kan geven, kan er aanleiding zijn voor een gebod tot heraanbesteding.*

Verder oordelen Rechtbank en Commissie uiteenlopend over een in de aard vergelijkbare scope van de volgende aanbesteding. Het ene geval betreft de aanbesteding door de Universiteit Utrecht van een opdracht met betrekking tot multifunctionals en bijbehorende dienstverlening, waaronder het leveren en onderhouden van een betaalsysteem om van de multifunctionals gebruik te kunnen maken. De rechtbank oordeelde naar aanleiding van het bezwaar van Xafax dat sprake is van één opdracht, omdat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen. De markt voorziet in de behoefte van de Universiteit, die niet verplicht is afzonderlijke opdrachten in de markt te zetten als zij als aanbestedende dienst uitdrukkelijk geen meerdere contractspartijen wenst.<sup>17</sup>

De Commissie komt in een vergelijkbare casus tot een ander inzicht en advies (d.d. 23 januari 2014, advies 43)<sup>18</sup> deels door het ontbreken van een motivering van de keuze van de betreffende aanbestedende dienst. De opdracht dient in de optiek van de Commissie (alsdan) in afzonderlijke opdrachten te worden opgedeeld en in de markt gezet.

---

<sup>17</sup> Zie Vz.Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763.

<sup>18</sup> <http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/default/files/140123%20-%20Advies%2043.pdf>

Over de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland<sup>19</sup> en commissieadvies 48 van 27 januari 2014<sup>20</sup> inzake maatschappelijke waarde het volgende.

De rechter toetst terughoudend over de vrijheid van de aanbestedende dienst om de gunningcriteria vast te stellen. De gemeenten zouden volgens het oordeel van de Rechtbank daadwerkelijk invulling hebben gegeven aan de plicht om tot de beste prijs-kwaliteitverhouding te komen en zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. Volgens de Commissie had het (echter) onder andere in de rede gelegen dat de klager voldoende aannemelijk zou hebben gemaakt c.q. hebben moeten maken dat een eventuele variantoplossing méér maatschappelijke waarde voor de publieke middelen zou hebben kunnen leveren dan op basis van de bestekoplossing van de beklaagde mogelijk is. De Commissie zag kortom nog ruimte om de door aanbestedende dienst vastgestelde gunningmethodiek te (doen) wijzigen.

De rechtbankvonnissen en de commissieadviezen wijken soms in meerdere soms in mindere mate van elkaar af en dat roept een spanningsveld op tussen het oordeel van de Commissie enerzijds en dat van de bindend rechtsprekende instantie anderzijds. De rechtbank toets in principe marginaal en straft fouten af, de Commissie weegt materieel af en toetst inhoudelijk ten volle. Naar onze mening is het onderscheid daarmee echter ten hoogste verklaarbaar doch allerminst wenselijk.

Eén punt van aandacht dat nog niet is behandeld, betreft de onafhankelijkheid van de Commissie en haar Experts. Bij aanvang van de werkzaamheden van de Commissie zijn gedragsregels voor aan de Commissie verbonden Experts vastgesteld. Hierin wordt onder andere de onafhankelijkheid van de experts behandeld. Deze gedragsregels strekken zich niet uit over de Commissieleden noch zijn deze anderszins van toepassing (verklaard) op de Commissieleden. Ook zijn de gedragsregels niet gepubliceerd. Het verdient naar onze mening aanbeveling om de gedragsregels te publiceren en deze tevens voor de Commissieleden van toepassing te verklaren.

#### **3.4. Handhaven mogelijk?**

Er is geen dwingende regel van Europees recht die een (klachten)instantie als de Commissie van Aanbestedingsexperts verbiedt. Juist in artikel 83 van de Richtlijn 2014/24/EU kan een grondslag worden gelezen voor het instellen en de advisering en bemiddeling van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

#### **3.5. Handhaven wenselijk?**

De ambities van de wetgever met betrekking tot de Aw en het flankerend beleid blijven onverminderd van kracht, te weten:

---

<sup>19</sup> Zie Vz.Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100

<sup>20</sup> <http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/default/files/140127%20-%20Advies%2048.pdf>



- Het verbeteren van toegang van ondernemers tot opdrachten
- Uniformering en professionalisering van de aanbestedingspraktijk
- Verlaging van administratieve lasten
- Ruimte voor innovatie en duurzaamheid
- Laagdrempelige klachtenafhandeling<sup>21</sup>

Door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten kan de Commissie bijdragen aan oplossingen. Dit kan tot gevolg hebben dat klachten niet hoeven te worden voorgelegd aan de rechter.

Gelet op de argumenten vóór het instellen van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn er genoeg redenen om bij de implementatie van de nieuwe richtlijn in een geactualiseerde Aw de (mogelijkheid tot het instellen van een) klachtencommissie te handhaven.

Op termijn kan het ontstaan van een pregnanter inhoudelijk spanningsveld tussen Commissie-advies en rechtspraak aanleiding zijn tot aanpassing van de Aw of eventueel het gerechtelijk apparaat. Dit kan bijvoorbeeld door de beoogde kennis- en krachtenbundeling in een Commissie van Aanbestedingsexperts te laten uitmonden in een aanbestedingskamer van de Rechtbank of een Aanbestedingsautoriteit. Anderzijds is de bevoegdheid van de Commissie tot bemiddeling zeer waardevol terwijl de Rechtbank deze mogelijkheid niet heeft.

#### **4. Evaluatiebepalingen**

##### **4.1. *Wettekst***

Artikel 4.28 Aw luidt als volgt:

1. Onze Minister onderzoekt binnen twee jaar na de inwerkingtreding van deze wet de wijze waarop aanbestedende diensten overheidsopdrachten voor leveringen en diensten beneden de in afdeling 2.1.1 van deze wet bedoelde waarden plaatsen. Hij doet daarvan verslag aan de Staten-Generaal.
2. Indien uit de in het eerste lid bedoelde evaluatie blijkt dat het plaatsen van opdrachten als bedoeld in dat lid op onvoldoende uniforme wijze geschiedt kan bij algemene maatregel van bestuur een richtsnoer worden aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijzen waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten overheidsopdrachten als bedoeld in het eerste lid worden geplaatst.

---

<sup>21</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 1-13.

3. Indien toepassing is gegeven aan het tweede lid, past de aanbestedende dienst de voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.
4. De in het derde lid bedoelde motivering wordt op diens schriftelijk verzoek aan een ondernemer verstrekt.
5. De voordracht voor een krachtens het tweede lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overlegd. De voordracht wordt gedaan door Onze Minister van Economische Zaken in overeenstemming met Onze Minister of Ministers wie het mede aangaat.

Artikel 4.29 Aw luidt als volgt:

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

#### **4.2. Achtergrond**

Er is de overheid veel aan gelegen de aanbestedingspraktijk in Nederland te uniformeren.

Deels is hierin al voorzien door het harmoniserende karakter dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen zelf hebben. Het evalueren en vervolgens aanpassen van regelgeving is daartoe een geaccepteerd middel.

De verplichting om de naleving van de Europese richtlijnen frequent te evalueren conform art. 4.29 Aw komt voort uit de verantwoordelijkheid die de Nederlandse overheid heeft voor de naleving van diezelfde Europese richtlijnen. Dit betreffen evenwel de gereuleerde overheidsopdrachten *boven* de drempel.

Overheidsopdrachten *onder* de Europese drempel vertegenwoordigen echter het grootste gedeelte van het totaal aan jaarlijkse inkoop door de overheid. Deze overheidsopdrachten onttrekken zich echter aan de werking van de richtlijn.

De regering is blijkens de Memorie van Toelichting van de Aw van mening dat het destijds vigerende aanbestedingskader nog in onvoldoende mate leidde tot uniformering van de aanbestedingspraktijk.<sup>22</sup> Per aanbestedende dienst waren er nog te veel verschillende procedurele regels voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden. Ook verschillen de formulering en vorm van bestekken, geschiktheideisen

---

<sup>22</sup> Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 7 en 8.

en selectiecriteria per aanbestedende dienst. Hierdoor werden ondernemers vaak geconfronteerd met steeds weer andere procedures en eisen, afhankelijk van de opdracht en de aanbestedende dienst bij wie zij inschrijven. Dit leidde tot ongewenste gevolgen. De Aw diende hiertoe een oplossing te bieden. Voor overheidsopdrachten onder de drempel wordt daarbij door de nationale wetgever onder meer expliciet verwezen naar het ARW en de richtsnoeren.

#### **4.3. *Evaluatie***

Door bijvoorbeeld het proportionaliteitsbeginsel op overheidsopdrachten van toepassing te verklaren, maar zeker ook door het nastreven van uniformering wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan de verbetering van de toegang van ondernemers van het midden- en kleinbedrijf en worden verder de administratieve lasten omlaag gebracht. De motieven bij invoering van de Aw hebben daarmee niets aan kracht ingeboet.

Een evaluatie van de evaluatievoorschriften achten wij vooralsnog niet opportuun.

#### **4.4. *Handhaven mogelijk?***

Het op regelmatige basis evalueren van wet- en regelgeving als ook het gevoerde beleid behoort tot een normale beleidscyclus. De in artikelen 4.28 en 4.29 opgenomen verplichtingen tot evaluatie voor de naleving van het beleid voor zowel ónder als bóven de drempel zijn niet geheel overbodig. De Kamer kan tenslotte nog sturing geven aan aard en impact van de betreffende evaluatie.

Voor de controle op de naleving van de richtlijnen voor overheidsopdrachten bóven de drempel is het regelmatig evalueren allereerst een verantwoordelijkheid van de Nederlandse overheid op basis van het Europees Recht. Anderzijds benadrukt de verplichting van artikel 4.28 Aw dat de overheid de regulering van opdrachten ónder de drempelwaarde zeer serieus neemt.

Bij behandeling van het voorstel van Wet zijn de voorschriften inzake de uit te voeren evaluatie aangepast: de tijdsduur is teruggebracht van vier naar twee jaar. Niet alleen de verbeterde naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is beoogd, ook de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk zijn onderwerp. In het verslag wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de toegang van ondernemers tot opdrachten.

#### **4.5. *Handhaven wenselijk***

Met het vaststellen van de nieuwe richtlijnen zijn er geen beperkingen ontstaan noch is het anderszins onwenselijk de verplichting tot evaluatie uit de Aw ex artt.4.28-29 niet te handhaven, hoogstens onder aanpassingen van de tijdsduur van het periodie-

ke karakter ervan. Wij adviseren om die reden voornoemde evaluatie in de nieuwe Aanbestedingswet te continueren.

Wel willen wij van de gelegenheid gebruik maken om bij het uitvoeren van de evaluatie scherp te sturen op het verminderen van de regeldruk zoals in het kabinetsbeleid ook tot uitdrukking komt. Zie daartoe in vergelijkbare zin onder andere de brief van de betrokken vakdepartementen 'Goed Geregeld, een verantwoorde vermindering van regeldruk 2012-2017' van 25 april 2013.<sup>23</sup> Ook het Adviescollege toetsing regeldruk (Actal) kan daarbij om advies worden gevraagd.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Kamerbrief 25 april 2013, 'Goed Geregeld, een verantwoorde vermindering van regeldruk 2012-2017', DGBI-R&I / 13070342 , p. 1-13.

<sup>24</sup> <http://www.aanbestedingsrecht.org/project/userfiles/ActaladviesAwet2012.pdf>