



## **Werkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012**

### **Rapportage deelwerkgroep 3 Speciale Sectorbedrijven**

**Definitieve versie d.d. 8 oktober 2014**

### **Leden Deelwerkgroep 3:**

- Ronnie Heideman
- Dik van Manen
- Mike Nusteen
- Bjorn de Rot
- Willem Sinninghe Damsté

### **Trekker deelwerkgroep 3:**

- Maaïke van Driel,

## Inhoudsopgave

1	Inleiding
2	De bijzondere positie van de speciale sectoren
3	Vertroebeling van de transparantie der regelgeving door de gekozen verwijzingsystematiek
4	Vertroebeling van de transparantie der regelgeving door de gekozen verwijzingsystematiek
5	Nieuwigheden nieuwe richtlijn
6	Conclusie



## **1. Inleiding**

Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 is de regelgeving voor de speciale-sectorbedrijven op een aantal essentiële onderdelen gewijzigd, zonder dat de Richtlijn 2004/17 daartoe noopte. In deze bijdrage van Deelwerkgroep 3 staat de vraagstelling ‘of de nieuwigheden van de Aanbestedingswet 2012 gehandhaafd moeten worden bij de implementatie van de nieuwe richtlijn betreffende de speciale sectorbedrijven’ centraal. De Deelwerkgroep heeft deze vraag beantwoord aan de hand van bespreking van een aantal deelonderwerpen, zijnde een schets van de bijzondere positie van de speciale-sectorbedrijven (2), de vertroebeling van de transparantie van de regelgeving door de door de wetgever gehanteerde verwijzingsystematiek in de Aanbestedingswet 2012 (3), een beschrijving van de voor de speciale-sectorbedrijven relevante nieuwigheden in de Aanbestedingswet 2012, de achtergrond hiervan en de nut en noodzaak (4) en tenslotte een korte beschouwing van de nieuwigheden in de nieuwe richtlijn (5). Afgesloten zal worden met een conclusie (6). Voor wat betreft de deelonderwerpen 2 tot en met 4 zal verwezen worden naar een drietal bijlagen waarin het deelonderwerp nader uiteengezet is. Deelonderwerp 5 is volledig opgenomen in de korte bespreking die hieronder volgt.

## **2. De bijzondere positie van de speciale sectorbedrijven**

In de Europese regelgeving is van meet af aan een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de klassieke sectoren en de speciale-sectorbedrijven. Dat onderscheid is gehandhaafd in de richtlijnen waarvan de implementatie thans aan de orde is. Bij de totstandkoming van de (oude) sectorrichtlijn werd duidelijk onderkend dat speciale-sectorbedrijven verschillen met overheidsbedrijven die geen specifieke economische of industriële taak vervullen. De Europese Commissie wilde aan speciale-sectorbedrijven dus niet dezelfde verplichtingen opleggen als aan de overheidsbedrijven van de klassieke sectoren. Men wilde aan de speciale-sectorbedrijven de ruimte laten om veel details zelf te laten regelen, rekening houdende met hun specifieke behoeften en daarmee recht doen aan de bijzondere situatie waarin de speciale-sectorbedrijven zich bevinden.

Zonder dat daarvoor een duidelijke rechtsgrond is aangegeven, is dit onderscheid in de Aanbestedingswet 2012 verwaterd, althans zonder meer onduidelijker geworden.

De in hoofdstuk 3 van de Aanbestedingswet 2012 opgenomen verwijzingssystematiek naar hoofdstuk 2 van deze wet zorgt voor een verwevenheid tussen de voor speciale-sectorbedrijven geldende aanbestedingsregelgeving en de voor de klassieke overheden geldende regelgeving. Door deze verwevenheid van verschillende aanbestedingsregimes kunnen Nederlandse speciale-sectorbedrijven mogelijk minder flexibel handelen dan andere Europese speciale-sectorbedrijven die slechts gebonden zijn aan de minimumnormen van Richtlijn 2004/17. Het is voor Nederlandse speciale-sectorbedrijven daarom van belang dat zij zo flexibel mogelijk kunnen handelen, mede vanwege de concurrentiepositie van de speciale-sectorbedrijven op Europees niveau.

De werkgroep bepleit dat de bijzondere positie voor de speciale-sectorbedrijven, zoals neergelegd in de Richtlijn 2014/25 volledig in de Nederlandse wetgeving wordt overgenomen. Mede in dat licht adviseert de werkgroep artikel 19 lid 1 eerste zinsnede Richtlijn 2004/25/EU duidelijk te implementeren en een bepaling in de wet op te nemen dat de wet niet van toepassing is op opdrachten die speciale-sectorbedrijven gunnen voor andere doeleinden dan de uitoefening van hun activiteiten als bedoeld in de artikelen 8 tot en met 14 van de Richtlijn, tenzij het speciale-sectorbedrijf ook een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1.1 in welk geval een dergelijk bedrijf voor de non-sectoropdrachten gebonden is aan de hoofdstukken 1 en 2 van de wet.

Zie voor de motivering bijlage 1.

### **3. Vertroebeling van de transparantie der regelgeving door de gekozen verwijzingssystematiek**

De Aanbestedingswet 2012 kent voor de speciale-sectorbedrijven een complexe en niet consequent doorgevoerde verwijzingssystematiek. Het is in het belang van zowel marktpartijen als speciale-sectorbedrijven als de op aanbestedingen van sectorbedrijven toepasselijke regelgeving duidelijk, makkelijk toegankelijk en toepasbaar is en dat het in dat licht volgens de werkgroep wenselijk is dat alle toepasselijke regelgeving in hoofdstuk 3 wordt opgenomen, dit mede in het licht van het duidelijk onderscheid tussen klassieke overheidsbedrijven en speciale –sectorbedrijven.

De werkgroep bepleit dan ook dat in hoofdstuk 3 van de Aanbestedingswet de voor de speciale-sectorbedrijven geldende regelgeving volledig wordt uitgeschreven en dat er geen

gebruik meer wordt gemaakt van verwijzingen naar artikelen aangaande de klassieke overheid.

Zie voor de motivering bijlage 2.

#### **4. Nieuwigheden Aanbestedingswet 2012**

In 2003 presenteerde de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, (hierna: PEC) haar rapport (Kamerstukken II 2002/2003 28 244). Dit rapport heeft ertoe geleid dat in 2006 een nieuw aanbestedingswetsvoorstel bij de Tweede Kamer werd ingediend. Dit wetsvoorstel is in juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Op 6 juli 2010 is de huidige Aanbestedingswet aanhangig gemaakt in de Tweede Kamer. De doelstellingen van de huidige Aanbestedingswet - in werking getreden per april 2013- die sinds 2010 niet zijn veranderd, staan in hoofdstuk 3 van de Memorie van Toelichting. Een van de hoofddoelstellingen van de Aanbestedingswet 2012 is het verbeteren van de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten, omdat het MKB slechts een beperkte toegang tot overheidsopdrachten heeft. Artikelen 1.4, 1.5 en 1.10/1.13/1.16 (leden drie e.v.) zijn een uitwerking van deze doelstelling. Artikelen 1.4 en 1.5 zijn onverkort van toepassing verklaard op speciale-sectorbedrijven en eenzelfde lot dreigt voor de verplichtingstelling van de Gids Proportionaliteit, terwijl het feitenonderzoek dat ten grondslag ligt aan de invoering van deze verplichtingen beperkt is tot de klassieke overheid, waardoor inzicht in de aanbestedingspraktijk van de speciale-sectorbedrijven ontbreekt. In paragraaf 3.2, dat ingaat op verbeteren van de toegang van ondernemers tot opdrachten, wordt verwezen naar twee onderzoeken 'Feitenonderzoek voorwaarden in de aanbestedingspraktijk' en 'Overheidsopdrachten? Vergeet het maar!'. Uit beide onderzoeken blijkt dat dit onderzoek zich enkel richtte op de klassieke overheid.

De uitzonderingspositie van de speciale-sectorbedrijven wel bewaard gebleven voor wat betreft het plaatsen van opdrachten voor werken, levering en diensten onder de Europese drempelwaarden. Op basis van artikel 1.22 Aanbestedingswet 2012 dienen aanbestedende diensten het ARW 2012 verplicht toe te passen en op basis van artikel 4.28 Aanbestedingswet 2012 zal de Minister bij de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 onderzoeken op welke wijze aanbestedende diensten opdrachten voor leveringen en diensten onder de Europese drempelwaarden hebben geplaatst. Ook heeft de klassieke

overheid en niet de speciale-sectorbedrijven de verplichting zorg te dragen voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van de overeenkomst onder bezwarende titel samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten.

Waarom de speciale-sectorbedrijven enerzijds over dezelfde kam worden geschoren als de klassieke overheid en anderzijds de uitzonderingspositie bewaard blijft is onduidelijk. Hoe dan ook zullen de nieuwe verplichtingen voor de speciale-sectorbedrijven, zoals de Minister zelf ook erkent in de nota van wijziging van 28 maart 2011, leiden tot een lastenverzwaring.

Zie voor de motivering bijlage 3.

## **5. Nieuwigheden nieuwe richtlijn**

In de door Nederland te implementeren nieuwe richtlijn 2014/25/EU betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG heeft de Europese wetgever een aantal nieuwigheden opgenomen waarbij de Lid-Staten soms een keuze hebben of ze het desbetreffende artikel implementeren en zo ja, hoe een Lid-Staat de implementatie vorm wenst te geven. Deze nieuwigheden betreffen onder meer, voor zover van belang voor de speciale-sectorbedrijven, regeling inzake belangconflicten (artikel 42), de introductie van innovatiepartnerschappen of concurrentiegerichte dialogen (artikel 44 lid 3), de mogelijke duur van raamovereenkomsten (artikel 51 lid 1), voorafgaande marktraadplegingen en betrokkenheid van gegadigden of inschrijvers (artikelen 58 en 59), onderaanneming (artikel 88), wijziging van de opdracht gedurende de looptijd (artikel 89) en handhaving (artikel 99).

Voor de voor de speciale-sectorbedrijven relevante nieuwigheden geldt voor een aantal artikelen dat Nederland de keuze heeft of het artikel wel of niet wordt geïmplementeerd. Voor een aantal artikelen geldt dat deze onderwerpen reeds in de Aanbestedingswet 2012 zijn opgenomen waarbij het wel implementeren van het artikel geen of nauwelijks invloed heeft op de gangbare praktijk van de speciale-sectorbedrijven. Echter, bij een eventuele implementatie van een aantal artikelen voorziet de Werkgroep wel nadelige gevolgen voor de aanbestedingspraktijk van de speciale-sectorbedrijven. Dit geldt voor artikel 70 lid 2, 2<sup>e</sup>



alinea (Aankondiging van gegunde opdrachten) omdat een verplichting tot het publiceren van opdrachten gegund onder een raamovereenkomst zorgt voor een aanzienlijke toename van de administratieve lasten van de speciale-sectorbedrijven. Immers, onder een raamovereenkomst kunnen enorme hoeveelheden afroepopdrachten worden verstrekt. Verder is de vraag wat de toegevoegde waarde van het artikel is. Ten aanzien van het nieuwe artikel inzake onderaanneming (artikel 88) geldt dat in Nederland hier al mogelijkheden voor heeft, buiten het aanbestedingsrecht om, zoals daar is de G-rekening. Implementatie van extra maatregelen lijkt niet noodzakelijk.

## **6. Conclusie**

Gelet op de uitwerking van de hierboven kort uiteengezette vraagstelling ‘of de nieuwigheden van de Aanbestedingswet 2012 gehandhaafd moeten worden bij de implementatie van de nieuwe richtlijn betreffende de speciale sectorbedrijven’ en de daarbij horende deelonderwerpen kan geconcludeerd worden dat Deelwerkgroep 3 van oordeel is dat met name van belang is dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de nieuwe richtlijn het onderscheid tussen de speciale-sectorbedrijven en de klassieke overheden goed in het oog moet houden, mede gezien ook het belang dat daaraan door de Europese Unie wordt gehecht. De bijzondere positie van de speciale-sectorbedrijven rechtvaardigt afwijkende regelgeving waarbij het risico op verwatering moet worden vermeden. Van groot belang is dat sprake is van duidelijkheid over welke wet- en regelgeving nu wel of niet van toepassing is op de speciale-sectorbedrijven waardoor met klem wordt geadviseerd de nu gehanteerde verwijzingsmethodiek te verlaten. De recente ervaringen in aanbestedingsprocedures en een uitspraak van de commissie van Aanbestedingsrechtexperts<sup>1</sup> onderschrijft dit advies.

---

<sup>1</sup> Advies van de Commissie van Aanbestedingsrechtexperts, 5 december 2013, nr 36.

## Bijlage 1 Bijzondere positie speciale-sectorbedrijven

Achtergronden onderscheid regelgeving tussen klassieke overheden en speciale-sectorbedrijven

De meest direct in het oog springende verandering voor speciale-sectorbedrijven door inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 is natuurlijk dat de op hen van toepassing zijnde regels in eenzelfde wet zijn opgenomen als de regels die gelden voor klassieke overheden. Dit terwijl de Europese Commissie er duidelijk voor heeft gekozen de aanbestedingsregels voor sectorbedrijven en klassieke overheden in verschillende richtlijnen vast te leggen.<sup>2</sup> De richtlijnen 2004/17 en 2004/18 verschillen ook aanzienlijk van elkaar, zowel wat betreft de entiteiten die onder de regels van deze richtlijnen vallen als wat betreft de aard en de werkingssfeer van die richtlijnen.<sup>3</sup> Bij de totstandkoming van de sectorrichtlijn werd duidelijk onderkend dat sectorbedrijven verschillen met overheden die geen economische of industriële taak vervullen:<sup>4</sup>

388. Wat de verplichtingen betreft die moeten worden opgelegd aan de lichamen waarop de nieuwe communautaire regeling van toepassing zal zijn, moet terdege rekening worden gehouden met hun specifieke karakter. Deze lichamen, of zij nu een publiekrechtelijke dan wel een privaatrechtelijke status bezitten, verschillen hierin van de in wezen administratieve instanties die typisch het voorwerp van de bestaande richtlijnen vormen dat zij een economische of industriële taak vervullen, waarbij zij zich bovendien vaak bedienen van een soms complexe en uiterst gespecialiseerde technische infrastructuur. Het zijn ondernemingen in de meest letterlijke zin van het woord, die veel gemeen hebben met gewone ondernemingen waarvoor de hiervóór beschreven bijzondere factoren niet gelden.<sup>5</sup>

en

---

<sup>2</sup> Richtlijn 2004/17 van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEU 2004, L 134, p.1 e.v.) én 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 (PbEU 2004, L 134, p.114 e.v.).

<sup>3</sup> HvJEU 10 april 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH/ Fernwärme Wien GmbH, NJ 2008/448, r.o. 24.

<sup>4</sup> Zie ook Mr. M.J.J.M. Essers "Aanbestedingsrecht voor nutsbedrijven" Elsevier 2006, p.38.

<sup>5</sup> Bulletin van de Europese Gemeenschappen Supplement 6/88, Overheidsopdrachten in de uitgesloten sectoren, mededeling van de Commissie en twee voorstellen voor richtlijnen van de Raad betreffende de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, 1989, punt 388, p.70.

389. Er kunnen hun dan ook niet dezelfde verplichtingen worden opgelegd als die waaraan bureaucratistische administraties sinds lang zijn onderworpen. Er bestaat behoefte aan meer flexibiliteit, willen de betrokken lichamen, gelet op hun bijzondere positie, een doeltreffend aanbestedingsbeleid kunnen voeren. Het zou te ver gaan hun aanbestedingsgedrag in detail te willen reglementeren. Er kan mee worden volstaan een aantal minimumregels vast te stellen die ervoor moeten zorgen dat zij van alle ondernemingen in de Gemeenschap die tot concurrentie in staat zijn, die kunnen kiezen welke hun de voordeligste offerte doet.<sup>6</sup>

De Europese Commissie wilde aan sectorbedrijven dus niet dezelfde verplichtingen opleggen als aan de klassieke overheden. Men wilde aan de sectorbedrijven de ruimte laten om veel details zelf te laten regelen, rekening houdende met hun specifieke behoeften en eigen situatie.

Bij de regelgeving was flexibiliteit het uitgangspunt, maar met een aantal waarborgen als tegenwicht. Sectorbedrijven mogen niet discrimineren en zij moeten op objectieve en doorzichtige wijze handelen waarbij controle door de Commissie mogelijk moet zijn.<sup>7</sup>

Onderkend werd ook dat in een industrieel klimaat zoals dat waarin vele lichamen in de uitgesloten sectoren bedrijvig zijn, het aanschaffingsbeleid vaak niet gelijk is aan het klassieke patroon van geval per geval volgens de wet van vraag en aanbod tussen partijen tot stand komende transacties. In deze sector is het belangrijk dat er een duurzame relatie ontstaat tussen de sectorbedrijven en een groep leveranciers en aannemers waarmee het sectorbedrijf samenwerkt, zodat daardoor belangrijke doelstellingen kunnen worden bereikt, zoals producten van betere kwaliteit, betrouwbaarheid op korte en lange termijn, stipte levering en de ontwikkeling van producten. Een dergelijke relatie is belangrijk aangezien de inkopen van sectorbedrijven vaak betrekking hebben op technisch hoogontwikkelde, complexe uitrusting die voor de sectorbedrijven onmisbaar zijn om de aan hen in het algemene belang opgedragen taak te kunnen vervullen.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Bulletin van de Europese Gemeenschappen Supplement 6/88, Overheidsopdrachten in de uitgesloten sectoren, mededeling van de Commissie en twee voorstellen voor richtlijnen van de Raad betreffende de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, 1989, punt 389, p.71.

<sup>7</sup> Bulletin van de Europese Gemeenschappen Supplement 6/88, Overheidsopdrachten in de uitgesloten sectoren, mededeling van de Commissie en twee voorstellen voor richtlijnen van de Raad betreffende de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, 1989, punt 390, p.71.

<sup>8</sup> Bulletin van de Europese Gemeenschappen Supplement 6/88, Overheidsopdrachten in de uitgesloten sectoren, mededeling van de Commissie en twee voorstellen voor richtlijnen van de Raad betreffende de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, 1989, punt 423, p.77.

Richtlijn 2004/17 is niet alleen van toepassing op aanbestedende diensten die ‘overheidsdiensten’ zijn, maar ook op die welke ‘overheidsbedrijven’ zijn of bedrijven die ‘bijzondere of uitsluitende rechten’ genieten ‘welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend’, voor zover al deze entiteiten een van de in de art. 3 tot en met 7 van die richtlijn bedoelde activiteiten uitoefenen. Uit de art. 2 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 vloeit voort, dat de door deze richtlijn tot stand gebrachte coördinatie niet alle gebieden van economische activiteiten bestrijkt, maar betrekking heeft op specifiek afgebakende sectoren, wat verder blijkt uit het feit dat deze richtlijn doorgaans ‘sectorrichtlijn’ wordt genoemd. De werkingssfeer van richtlijn 2004/18 daarentegen omvat nagenoeg alle sectoren van het economische leven, wat rechtvaardigt dat zij gewoonlijk als ‘algemene richtlijn’ wordt aangeduid.

De grenzen tussen de werkingssferen van deze twee richtlijnen worden tevens getrokken door expliciete bepalingen. Zo bepaalt art. 20, lid 1, van richtlijn 2004/17 dat deze niet van toepassing is op opdrachten die de aanbestedende diensten plaatsen voor andere doeleinden dan de uitoefening van hun activiteiten in de in de art. 3 tot en met 7 van deze richtlijn bedoelde sectoren.<sup>9</sup> De tegenhanger van deze bepaling in richtlijn 2004/18 is art. 12, eerste alinea, dat bepaalt dat deze richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten die aanbestedende diensten die een of meer van de in de art. 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde activiteiten uitoefenen, voor deze activiteiten plaatsen. De werkingssfeer van richtlijn 2004/17 is dus nauw afgebakend, zodat de daarin voorziene procedures niet tot buiten deze werkingssfeer kunnen worden uitgebreid.<sup>10</sup>

Reeds bij de eerste implementatie van de richtlijn in het BASS heeft de besluitgever nagelaten de eerste zinsnede van artikel 20 lid 1 Richtlijn 2004/17 te implementeren. De besluitgever heeft namelijk over het hoofd gezien dat artikel 20 lid 1 van de richtlijn betrekking heeft op twee totaal verschillende situaties: (i) opdrachten voor andere doeleinden dan de uitoefening van een relevante activiteit en (ii) opdrachten in verband met de uitoefening van een relevante activiteit in een derde land. Artikel 17 BASS en

---

<sup>9</sup> Richtlijn 2014/25 bevat in artikel 19 lid een bijna gelijklopende bepaling.

<sup>10</sup> HvJEU 10 april 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH/ Fernwärme Wien GmbH, NJ 2008/448, r.o. 28 en 29.

artikel 3.23 lid 1 sub b AW 2012 ziet enkel op de tweede situatie. De werkgroep adviseert de wetgever deze omissie bij de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 te herstellen.

Ook bij de inmiddels inwerking getreden nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen is gekozen voor afzonderlijke richtlijnen voor sectorbedrijven<sup>11</sup> en klassieke overheden<sup>12</sup> om sectorbedrijven ruimte te laten voor de grootst mogelijke soepelheid.

Het regime van de Aanbestedingswet 2012 is strenger dan Richtlijn 2014/25. Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 heeft de Nederlandse wetgever de werkingssfeer voor speciale-sectorbedrijven uitgebreid. Deel 1 bevat immers bepalingen die ook van toepassing zijn op opdrachten die niet onder de reikwijdte van richtlijn 2004/17 vallen. Voor speciale-sectorbedrijven die tevens voldoen aan de definitie van "aanbestedende dienst" wellicht minder ingrijpend dan voor speciale-sectorbedrijven die kunnen worden gekwalificeerd als "overheidsbedrijf". Een speciale-sectorbedrijf die tevens een aanbestedende dienst is, is bij opdrachten die niet vallen onder de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 immers gebonden aan het strengere regime van richtlijn 2004/18. Overheidsbedrijven zijn bij dergelijke opdrachten echter vrij en niet aan enig Europees aanbestedingsregime gebonden. Op basis van de Aanbestedingswet 2012 moeten overheidsbedrijven nu echter rekening houden met de bepalingen van deel 1 van de wet, zowel bij onderdrempelige speciale-sectoropdrachten als bij opdrachten die niet een van de in art. 3 tot en met 7 van richtlijn 2004/17 bedoelde activiteiten betreft. Dit kan met name belemmerend werken voor overheidsbedrijven die op een (enigszins) concurrerende markt actief zijn. Daarnaast is het de vraag of het daadwerkelijk noodzakelijk is speciale-sectorbedrijven aan strenge aanbestedingsrechtelijke regelgeving te onderwerpen. De uitgaven van (sommige) speciale-sectorbedrijven worden immers getoetst door toezichthouders en daardoor zijn speciale-sectorbedrijven al gedwongen ervoor te zorgen dat zij op een efficiënte wijze inkopen.

---

<sup>11</sup> Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU, L 94, p. 243 e.v.).

<sup>12</sup> Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, betreffende de het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2004, L 94, p. 94 e.v.).

Dat sectorbedrijven verdergaand in hun handelen worden beperkt volgt ook uit het gegeven dat de Minister van Economische Zaken de sectorbedrijven heeft opgeroepen de regels van de Gids Proportionaliteit voor zoveel mogelijk toe te passen en de Commissie van aanbestedingsexperts het uitgangspunt hanteert dat aan de inhoud van de voorschriften van de Gids Proportionaliteit belangrijke reflexwerking toekomt bij de beantwoording van de vraag of een speciale-sectorbedrijf heeft gehandeld overeenkomstig het in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegde proportionaliteitsbeginsel.

## **Bijlage 2 Complexiteit door verwevenheid**

In het kader van de Werkgroep evaluatie Aanbestedingswet 2012 heeft Deelwerkgroep 3 de volgende stelling en vraag meegekregen:

Stelling: Door de Aanbestedingswet 2012 zijn de spelregels voor de Nutssector op een aantal onderdelen veranderd.

Vraag: Zouden deze bij implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen gehandhaafd dienen te worden. Bijvoorbeeld: Complexiteit van de aanbestedingswet door de verwijzingsystematiek.

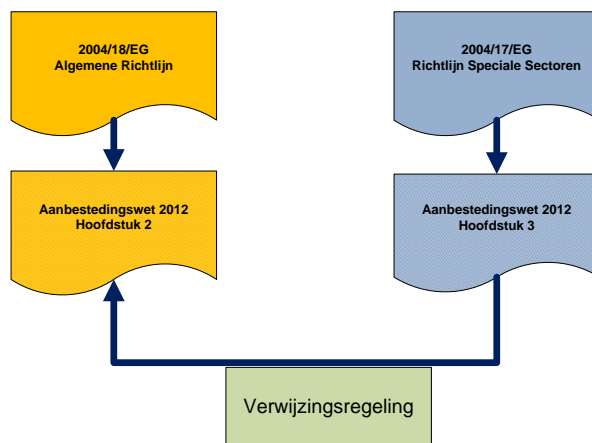
Als onderdeel van Deelwerkgroep 3 zijn wij, Bjorn de Rot (Havenbedrijf Rotterdam N.V.) en Dik van Manen (Movares) gevraagd nader onderzoek te doen naar de complexiteit van de aanbestedingswet, meer specifiek de gevolgen van de verwijzingsystematiek.

Dit hebben wij gedaan aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Komt de inhoud van de bepaling, na verwijzing, overeen met datgene wat de Richtlijn Nutssectoren (2004/17/EG) op het betreffende punt regelt.
2. Werkt de verwijzingsystematiek? Dienen ze het doel van de aanbestedingswet in de zin dat de wet daardoor praktisch hanteerbaar is/blijft?
3. Leidt het voorgaande tot de conclusie dat verwijzingen beter achterwege gelaten kunnen worden (m.a.w. Hoofdstuk 3 van de Aanbestedingswet is eveneens volledig uitgeschreven).

### 1. Deelvraag 1

Deelvraag 1 ziet op de in het onderstaande schema weergegeven samenhang tussen de richtlijnen en de Aanbestedingswet 2012.



In dit hoofdstuk zullen wij een aantal verwijzingsartikelen in hoofdstuk 3 van de Aanbestedingswet nalopen en vaststellen in hoeverre de verwijzing inhoudelijk correct is en tevens of met de verwijzing de bedoeling van de richtlijn nutssectoren intact is gebleven.

Artikel 3.11 AW 2012

Artikel 3.11 lid 2 verklaart artikel 2.14 AW 2012 van overeenkomstige toepassing. Artikel 2.14 lid 1 betreft het verbod tot splitsen van opdrachten met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van de wet. Artikel 2.14 lid 2 geeft aan dat de methode om de geraamde waarde van de opdracht te berekenen niet het oogmerk van onttrekking aan de toepassing van de wet mag hebben.

Artikel 2.14 AW is gebaseerd op het bepaalde in artikel 9 lid 3 en lid 7 van Richtlijn 2004/18/EG (Algemene Richtlijn). Voor aanbestedingen in de nutssector is in artikel 17 lid 2 van Richtlijn 2004/17/EG een overeenkomstige bepaling opgenomen die zowel betrekking heeft op de splitsing als op de voor raming gebruikte methode.

Artikel 3.13 AW 2012

In Artikel 3.13 lid 1 wordt verwezen naar artikel 2.16. Dit artikel, waarin is aangegeven dat de aanbestedende dienst bij de raming van de waarde van een overheidsopdracht de noodzakelijk leveringen en diensten, die de AD ter beschikking stelt mee moet nemen in de raming. Dit lid is van overeenkomstige toepassing op de raming van speciale sectoropdrachten.

Artikel 2.16 komt voort uit artikel 9 lid 4 van de Algemene Richtlijn. In dat lid 4 is niet nader gespecificeerd naar de voor de uitvoering van de werken noodzakelijke leveringen en diensten, maar worden slechts de ‘noodzakelijk goederen’ die de aanbesteder beschikbaar stelt, aangeduid. Dit in tegenstelling tot artikel 17 lid 4 Richtlijn nutssectoren, waarin wel de noodzakelijk leveringen en diensten worden aangeduid. Dit betekent dat in casu artikel 2.16 AW beter aansluit bij het bepaalde in de richtlijn nutsectoren.

Daarmee is de verwijzing inhoudelijk correct



- Artikel 3.14 AW 2012  
Artikel 3.14 verwijst naar artikel 2.17 AW 2012. Artikel 2.17 ziet op de raming van een overheidsopdracht voor diensten. Dit artikel vindt zijn basis in artikel 9 lid 8 van de Algemene Richtlijn en is daaruit nagenoeg letterlijk overgenomen. Een identieke tekst is opgenomen in artikel 17 lid 10 van de Richtlijn Nutssectoren. Een correcte verwijzing derhalve.
  
- Artikel 3.17 AW 2012  
Artikel 3.17 heeft betrekking op de raming van de waarde van speciale sectoropdrachten m.b.t. leasing, huurkoop of huurkoop van producten. Verwezen wordt naar het bepaalde in artikel 2.20 onderdelen a en b van hoofdstuk 2 van de AW 2012.  
Artikel 2.20 AW is gebaseerd op artikel 9 lid 6 Algemene Richtlijn.  
Als eerste staat er in artikel 3.17 een fout aangezien de Algemene Richtlijn spreekt over leasing, huur of huurkoop van producten. Het eerste woord 'huurkoop' moet dus huur zijn. Voor het overige is de tekst in artikel 2.20 letterlijk overgenomen uit de richtlijn. Een identieke bepaling is opgenomen in artikel 17 lid 9 Richtlijn Nutssectoren.
  
- Artikel 3.18 AW 2012  
Artikel 3.18 betreft de raming van diensten die met een zekere regelmaat worden verricht etc. Het artikel verwijst naar artikel 2.21 AW 2012, waarvan de basis is te vinden in artikel 9 lid 7 van de Algemene Richtlijn.  
Afgezien van kleine tekstuele verschillen (wordt .... genomen → moet worden genomen) is de tekst van de Algemene Richtlijn gelijk aan die van de Richtlijn Nutssectoren. De tekst in artikel 2.21 komt hiermee, eveneens op wat kleine tekstuele verschillen, nagenoeg overeen. Geen opmerking derhalve bij de gehanteerde verwijzing.
  
- Artikel 3.33 AW 2012  
Artikel 3.33 beschrijft de stappen die het speciale sectorbedrijf moet doorlopen bij een openbare procedure. Sub d van dit artikel wordt verwezen naar artikel 2.114 en 2.115 AW 2012. Deze artikelen hebben betrekking op het gestelde gunningscriterium. Artikel 2.114 bepaalt dat de aanbestedende dienst moet gunnen op basis van de economisch meest voordelige aanbidding (lid 1) en dat, in afwijking daarvan, de laagste prijs kan worden gehanteerd mits gemotiveerd (lid 2). Artikel 2.115 geeft aan hoe de aanbestedende dienst moet omgaan met de nadere criteria van het emvi-criterium.
  
- Artikel 3.34 AW 2012  
Artikel 3.34 AW beschrijft de stappen die het speciale sectorbedrijf moet doorlopen bij de niet-openbare procedure. In sub e van dit artikel wordt verwezen

naar artikel 2.115 AW. Uit artikel 2.115 AW volgen o.a. optionele nadere aanvullende criteria die vooraf bekend dienen te worden gemaakt indien de aanbestedende dienst kiest voor het criterium “economisch meest voordelige inschrijving”. De verwijzing vanuit artikel 3.34 AW is naar een generiek artikel (2.115 AW) waardoor de inhoudelijke aansluiting lijkt te zijn geborgd.

Artikel 3.35 AW 2012

Artikel 3.35 AW 2012 beschrijft de stappen die het speciale sectorbedrijf moet doorlopen bij een onderhandelingsprocedure met aankondiging. In sub i van dit artikel wordt verwezen naar artikelen 2.114 en 2.115 AW 2012 in het kader van de beoordeling van de inschrijvingen en de daarbij geldende gunningscriterium (2.114 AW 2012) en nadere criteria (2.115 AW 2012). Het voorgeschreven gunningscriterium “economisch meest voordelige inschrijving” is het uitgangspunt. Afwijken mag maar dan wel gemotiveerd. De verwijzing naar artikel 2.115 AW 2012 is hiervoor behandeld. Ook nu zijn de verwijzingen naar generiek toepasbare en voorgeschreven criteria zodat inhoudelijke aansluiting is gewaarborgd.

Uit dit korte overzicht van een aantal artikelen constateren wij dat in het algemeen de verwijzing inhoudelijk correct is opgenomen en de bedoeling van de Richtlijn Nutssectoren intact is gebleven.

Met betrekking tot een aantal artikelen zijn daarbij, zoals ook aangegeven in het artikel van mr. B. van den Berg c.s. in het Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht<sup>13</sup>, wel kanttekeningen te plaatsen. De stelling van schrijvers in dat artikel dat in Deel 3 een fors aantal fouten en foute verwijzingen is opgenomen kunnen we op basis van wat wij onderzocht hebben niet hard maken. Gelet op de beperkingen van ons onderzoek kunnen we ook niet geheel uitsluiten dat er nog meer onjuistheden in zitten.

Artikel 3.74 AW 2012

Artikel 3.74 AW verwijst naar paragraaf 2.3.8.4. Artikel 2.113 van deze paragraaf stelt dat de gunningscriteria in de aankondiging van de opdracht moeten zijn opgenomen. Met betrekking tot de nutssectoren is hier geen verwijzing opgenomen naar de als oproep tot mededinging aan te kondigen periodieke indicatieve aankondiging en de aankondiging betreffende het bestaan van een erkenningsregeling. Voor deze specifieke onderwerpen geldt dat de gunningscriteria pas in de uitnodiging tot deelneming worden opgenomen. Door de huidige verwijzing dienen ook in de periodieke indicatieve aankondiging en de aankondiging van de erkenningsregeling al gunningscriteria te worden opgenomen.

---

1. Aanbesteden bij ProRail, mr. B. van den Berg, mr. P.J.A. Castrop en mr. E.J. van Etten-van den Brink, Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht, nummer 1 Februari 2014

Artikel 3.64 AW 2012

In artikel 3.64 wordt verwezen naar Afdeling 2.3.4, die van overeenkomstige toepassing wordt verklaard voor de speciale sectoren. Onderdeel van Afdeling 2.3.4 is artikel 2.93, waarin is aangegeven op welke wijze een ondernemer zijn technische bekwaamheid kan aantonen. Dit artikel is niet van toepassing op speciale sector opdrachten ( zie artikel 54 van Richtlijn 2004-17-EG). Door deze verwijzing wordt deze bepaling over het aantonen van de technische bekwaamheid feitelijk ook voorgeschreven voor de nutssector.

Artikel 3.65 AW 2012

In artikel 3.65 AW ontbreekt een verwijzing naar artikel 2.88 AW. Artikel 3.65 ziet op het hanteren van uitsluitingsgronden en selectiecriteria. Op grond van het bepaalde in artikel 2.88 kan de aanbestedende dienst afzien van de toepassing van bijv. uitsluitingsgronden om dwingende redenen van algemeen belang. Door het ontbreken van deze verwijzing beschikken de speciale sector bedrijven niet over deze mogelijkheid. De Model Eigen Verklaring voor speciale sectoropdrachten gaat er wel vanuit dat artikel 2.88 van toepassing is.

#### Deelvraag 2

Relevante doelstellingen Aanbestedingswet 2012 (AW-2012):

1. Betere naleving wet- en regelgeving;
2. Verlaging administratieve lasten;
3. Meer kansen voor MKB tot gunning overheidsopdrachten.

Conclusie: deze doelstellingen worden zeer waarschijnlijk niet of in mindere mate dan beoogd gerealiseerd door de AW-2012.

Toelichting ad 1: door de getrapte verwijzingen vanuit de AW-2012 vanuit deel 3 (speciale-sectoropdrachten en prijsvragen voor speciale sectoropdrachten) naar deel 2 (Overheidsopdrachten, prijsvragen voor overheidsopdrachten, en concessieovereenkomsten voor openbare werken) is wet- en regelgeving voor de speciale-sectoropdrachten niet centraal binnen de daarvoor relevante kaders geregeld. Het gevolg is dat de toepassing van relevante wet- en regelgeving voor de speciale-sectorbedrijven en inschrijvende marktpartijen vanuit de AW-2012 op zijn minst extra aandacht en expertise vraagt, van alle betrokken partijen. De verwijzingen binnen de AW-2012 maakt het wetgevende kader ook niet transparanter, integendeel. Het risico is daarbij dat correcte naleving van wet- en regelgeving in gevaar kan komen. Immers, het vergt van partijen zeer waarschijnlijk extra kennis en ervaring om met dit wettelijk verwijzingsstelsel om te gaan<sup>14</sup>. Indien dat niet voldoende is gewaarborgd kan onbedoeld wet- en regelgeving

---

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld de verwijzing in artikel 3.53 AW-2012 naar artikel 2.61 AW-2012 waarbij toepassing van het eerste lid van laatstgenoemd artikel buiten toepassing blijft. Zie ook de verwijzing vanuit artikel 3.56 AW-2012 naar paragraaf 2.3.2.2. waarbij sommige artikel van de algemene verwijzing worden uitgezonderd. Hetzelfde geldt voor de verwijzing vanuit artikel 3.61

over het hoofd worden gezien en buiten toepassing blijven, of juist onbedoeld worden toegepast, met alle gevolgen van dien. Dat kan voor alle betrokken partijen nadelige effecten hebben of mogelijk zelfs leiden tot het moeten beëindigen van de aanbestedingsprocedure. Er lijkt dus vooralsnog geen reden om aan te nemen dat de de AW-2012 leidt tot een betere naleving van wet- en regelgeving.

Toelichting ad 2: door de verwijzingsystematiek tussen deel 3 en deel 2 van de AW-2012 lijkt het er op dat de administratieve lasten juist verzaagd worden ten opzichte van de oude systematiek, waarbij speciale-sectoropdrachten en andere overheidsopdrachten wel apart werden geregeld en gereguleerd. Het volgen van wet- en regelgeving onder de AW-2012 brengt naar verwachting meer administratieve lasten met zich mee omdat het proces minder transparant is en niet centraal is geregeld waardoor de hanteerbaarheid en leesbaarheid van de wet bemoeilijkt wordt. In het algemeen constateren wij dat door de verwijzingsystematiek meer kennis en tijd nodig is om de toepasselijke regelgeving te doorgronden. Dit vergroot de kans op onjuiste interpretatie en verkeerde toepassing van de regelgeving.

Toelichting ad 3: het Midden en Kleinbedrijf (MKb) ondervindt door de twee eerder genoemde punten onevenredig veel last van de verwijzingsystematiek. Dit zal nog nader moeten blijken. Indien deze voorzichtige conclusie in de praktijk blijkt dan vergroot dit niet alleen het risico op ongeldige of onjuiste inschrijvingen en een toename van administratieve lasten maar mogelijk ook tot het afschrikken van deelname aan aanbestedingsprocedures door MKb voor speciale-sectoropdrachten. De deelnamedrempel lijkt dus niet te zijn verlaagd maar onbedoeld eerder juist te zijn verhoogd.

### Deelvraag 3

De conclusie luidt dat ook voor deel 3 binnen de AW-2012 van de speciale-sectoropdrachten de wet- en regelgeving omwille van doelmatige en pragmatische redenen uitgeschreven dient te worden. Dit zal de doelstellingen van de AW-2012 zeer waarschijnlijk significant ten goede komen. Dit komt dan uiteindelijk alle betrokken partijen ten goede. Een helder wettelijk kader dat centraal en volledig is geregeld waarbij het systeem transparant en overzichtelijk is zal leiden tot beter omschreven opdrachten, inschrijvingen en uiteindelijk veel betere uitvoering met als gevolg winst voor alle partijen, letterlijk. Een helder en apart wettelijk kader dat door uitschrijven ook direct kan worden gekoppeld aan de richtlijn nutssectoren, waarmee het risico van verwijzing en zodoende indirecte koppeling aan de Algemene Richtlijn wordt voorkomen.

De aanbeveling die wij daarom willen doen is om juist ook deel 3 binnen de AW-2012 volledig uit te schrijven en een geheel eigen zelfstandige plaats in de Aanbestedingswet 2012 te geven.

---

AW-2012 waarbij dan zelfs slechts specifieke leden van een artikel worden uitgesloten in de verwijzingsystematiek.

### Bijlage 3 Nieuwigheden Aanbestedingswet 2012

#### ARTIKEL 1.4 AANBESTEDINGSWET 2012: MOTIVERINGSPLICHT ONDERHANDSE AANBESTEDINGEN

- Wat is de aanleiding om het artikel in te voeren?

Omdat een groot deel van het inkoopvolume van de Nederlandse overheid niet valt onder de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en omdat deze inkoop plaatsvindt met gemeenschapsgeld, heeft de wetgever ten tijde van het wetsvoorstel “Aanbestedingswet 20..”<sup>15</sup> gemeend dat ook dergelijke opdrachten op een transparante en effectieve manier moeten worden ingekocht, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht. Deels was dit een codificatie van vaste rechtspraak op basis waarvan in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht dienden te worden genomen.

Echter, de Aanbestedingswet 2012 is hierin een stap verder gegaan. In het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. was opgenomen dat, kort gezegd, het volledige regime van toepassing was op opdrachten die de vigerende drempelwaarden overstijgen en opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Een verlicht regime was van toepassing op ‘nationale’ aanbestedingen (waarbij de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf vrijwillig een aankondiging plaatst) en ‘meervoudig onderhandse’ aanbestedingen (waarbij meer dan één ondernemer wordt uitgenodigd een offerte in te dienen). Enkelvoudig onderhandse aanbestedingen vielen niet onder de reikwijdte van het oorspronkelijke wetsvoorstel: “Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kiest voor de enkelvoudig onderhandse procedure is het wetsvoorstel in zijn geheel niet van toepassing.”<sup>16</sup>

Als gevolg van de nota van wijziging<sup>17</sup> is een nieuwe afdeling aan het wetsvoorstel toegevoegd, met daarin extra maatregelen die de toegang van het MKB en zelfstandigen zonder personeel verbetert<sup>18</sup>. In deze nota van wijziging wordt door middel van een aantal

---

<sup>15</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 2.

<sup>16</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3, pagina 15.

<sup>17</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 11, onderdeel C.

<sup>18</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 11, pagina 10.

extra maatregelen uitvoering gegeven aan de genoemde passage uit het Regeerakkoord<sup>19</sup>. Daarnaast wordt in deze nota van wijziging uitvoering gegeven aan de motie-Van Vliet, waarin de regering wordt verzocht een uniform kader op te stellen voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden met inachtneming van zo laag mogelijke drempelwaarden<sup>20</sup>. Een van de extra maatregelen is dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op objectieve gronden moeten beslissen op welke wijze zij een opdracht in de markt willen zetten. Middels het opnemen van de plicht om de keuze voor de procedure en uit te nodigen ondernemers op objectieve gronden te maken tracht de wetgever:

- een meer concreet en uniform kader te creëren waaraan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij de procedures onder de Europese drempelwaarden zijn gebonden<sup>21</sup>;
  - te bewerkstelligen dat bij onderhandse procedures niet alleen dezelfde ondernemers aan bod komen<sup>22</sup>;
  - dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een bewuste keuze maken over de wijze waarop zij een opdracht in de markt willen zetten, over het al dan niet clusteren van een opdracht en met betrekking tot de ondernemers die zij een kans op een opdracht willen geven<sup>23</sup>.
- Wat zijn de ervaringen?

Tot op heden zijn geen uitspraken of adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts gepubliceerd inzake artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 die specifiek betrekking hebben op speciale-sectorbedrijven. Wel zijn inmiddels een tweetal uitspraken van de overheidsrechter en een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts gepubliceerd inzake artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012. In advies nummer 27 van de Commissie van Aanbestedingsexperts wordt korte metten gemaakt met een onderhandse (tijdelijke) verlenging van een raamovereenkomst voor de levering van

---

<sup>19</sup> Regeerakkoord “Vrijheid en verantwoordelijkheden”, 30 september 2010, pagina 12

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XIII, nr. 105.

<sup>21</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 11, pagina 11.

<sup>22</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 11, pagina 11.

<sup>23</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 11, pagina 15.

directiechauffeursdiensten die eerder Europees is aanbesteed.<sup>24</sup> De Commissie is niet gevoelig voor de door beklagde gegeven motivatie dat wegens een gewijzigde scope van de opdracht gekozen is voor een tijdelijk verlenging van de raamovereenkomst. Volgens de Commissie is geen sprake van ‘objectieve criteria’. Het tweede lid van artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 ziet op de verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst. Volgens twee uitspraken van de rechter<sup>25</sup> strekt artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet ertoe dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven streven naar een zo goed mogelijke cq. de beste prijs-kwaliteitverhouding binnen het beschikbare budget. Deze bepaling correspondeert met het uitgangspunt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in beginsel dienen te gunnen op basis van het gunningcriterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’, waarbij geldt dat aan de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een ruime vrijheid toekomt bij de vaststelling van de gunningcriteria en daarbij past volgens de rechter een terughoudende toetsing.

---

<sup>24</sup> Advies nummer 27 d.d. 1 november 2013.

<sup>25</sup> V.zr. Rb Noord-Nederland 25 oktober 2013 (ECLI:NL:RBNNE:2013:7100), V.zr. Rb Noord-Holland 29 november 2013 (ECLI:NL:RBNNE:2013:7367).

- Hoe is het artikel uitgewerkt in de nieuwe richtlijnen?

In de onlangs gepubliceerde aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectorbedrijven<sup>26</sup> zijn geen verplichtingen opgenomen voor ‘nationale aanbestedingen’. Immers, aanbestedingsrichtlijnen zijn enkel van toepassing op opdrachten die de vigerende drempelbedragen overschrijden. Een soortgelijk artikel als artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 is derhalve niet opgenomen in de aanbestedingsrichtlijnen.

#### ARTIKEL 1.5 AANBESTEDINGSWET 2012: CLUSTERVERBOD

- Wat is de aanleiding om het artikel in te voeren?

In reactie op het Groenboek van de Europese Commissie betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten, waarin wordt verwezen naar een studie waaruit blijkt dat kmo's<sup>27</sup> 31 – 38% van de overheidsopdrachten voor hun rekening nemen, terwijl hun algemene aandeel in de economie, berekend op basis van hun totale omzet, 52% bedraagt<sup>28</sup>, onderschrijft de wetgever dat het MKB een groot potentieel aan groei en innovatie biedt<sup>29</sup>. Een van de hoofddoelstellingen van de Aanbestedingswet 2012 is derhalve het verbeteren van de toegang van ondernemers tot opdrachten<sup>30</sup>. Om die reden is in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. een bepaling opgenomen inhoudende dat, kort gezegd, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het maken van een keuze omtrent het al dan niet samenvoegen van overheidsopdrachten acht moeten slaan op de marktverhoudingen op de relevante markt<sup>31</sup>. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel wordt hieraan toegevoegd dat een aanbestedende dienst en een speciale-

---

<sup>26</sup> Richtlijn 2014/25/EU van het Europese Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG.

<sup>27</sup> Kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.

<sup>28</sup> Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten, 27 januari 2011, pagina 31.

<sup>29</sup> Conceptkabinetsreactie op het Groenboek modernisering EU-beleid overheidsopdrachten, 28 maart 2011.

<sup>30</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3, pagina 6.

<sup>31</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 2, artikel 1.8.



sectorbedrijf in een markt met veel MKB een andere strategie zal moeten bewandelen om uiteindelijk de beste aanbiedingen te krijgen, in welk geval het verstandig is om een dergelijke opdracht in meerdere percelen te delen, zodat het MKB rechtstreeks in kan schrijven<sup>32</sup>. Dit artikel komt te vervallen als gevolg van de nota van wijziging<sup>33</sup>, inhoudende dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, in geval van Europese, nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen, bij de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel, acht moeten slaan op het al of niet samenvoegen van opdrachten. Het huidige artikel omtrent het verbod op samenvoeging van opdrachten is door tal van gewijzigde amendementen<sup>34</sup> losgekoppeld van het proportionaliteitsbeginsel en is thans een verbods- en gebodsbepaling op zichzelf. De wetgever beoogt met dit artikel onnodig clusteren te voorkomen en de kansen van MKB-partijen op aanbestedingsprocedures te vergroten door enerzijds een aantal handvatten aan te reiken waarmee een aanbestedende dienst moet rekening houden als hij van mening is dat clusteren van opdrachten nodig is, waarbij gedacht moet worden aan de verhouding tussen MKB-bedrijven en grote bedrijven in een bepaalde markt. Anderzijds moet, indien de aanbestedende dienst van mening is dat clusteren nodig is, hij de opdracht opdelen in percelen om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen<sup>35</sup>.

- Wat zijn de ervaringen?

Evenals het geval inzake artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 zijn geen adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts en/of uitspraken van de overheidsrecht gepubliceerd die specifiek van toepassing zijn op speciale-sectorbedrijven. Op basis van twee adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (advies 43<sup>36</sup> en 53<sup>37</sup>) en een uitspraak van de civiele rechter<sup>38</sup> kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

1. óf sprake is van ‘onnodige’ samenvoeging is afhankelijk van de motivatie inzake de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB, de

---

<sup>32</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3, pagina 54.

<sup>33</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 11,

<sup>34</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 32 440, nr. 47.

<sup>35</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 32 440, nr. 47.

<sup>36</sup> Advies 43 d.d. 23 januari 2014.

<sup>37</sup> Advies 53 d.d. 24 januari 2014.

<sup>38</sup> V.zr. Rb Midden Nederland 22 november 2013 (ECLI:RBMNE:2013:5763).

organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer en de mate van samenhang van de opdrachten (randnummer 6.9 advies 43);

2. ook in geval van 'onnodige samenvoeging' moet de opdracht in beginsel in percelen worden verdeeld (randnummer 6.1.4. advies 53), van welk uitgangspunt gemotiveerd kan worden afgeweken, mits dit is gebaseerd op een afweging tussen de belangen van de aanbestedende dienst en/of speciale-sectorbedrijf en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het middel- en kleinbedrijf (randnummer 6.1.20 advies 53);

- Hoe is het artikel uitgewerkt in de nieuwe richtlijnen?

In de aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectorbedrijven wordt in de overwegingen vooropgesteld dat een aanbestedende instantie kan besluiten een opdracht in de vorm van afzonderlijke percelen te gunnen en dat deze aanbestedende instantie de omvang en het voorwerp van deze percelen kan bepalen. Echter, in de overwegingen (70 en 87 e.v.) wordt ook aangegeven dat bundeling van opdrachten dient te worden voorkomen (overweging 70) en dat aanbestedingen moeten worden aangepast aan de behoeften van het MKB (overweging 87). Aanbestedende instanties worden in dat kader ook aangemoedigd om gebruik te maken van de code van 'best practices' die gedefinieerd is in het werkdocument van de Commissie van 25 juni 2008 waarin is aangegeven hoe aanbestedingen ingericht kunnen worden ten behoeve van makkelijkere deelname van het MKB aan aanbestedingen. In artikel 65 is overweging 87 nader uitgewerkt, door onder andere in lid 4 van dit artikel te bepalen dat lidstaten verplicht kunnen stellen opdrachten als afzonderlijke percelen te gunnen onder voorwaarden die overeenkomstig het nationale recht dienen te worden bepaald, rekening houdend met het Unierecht. Bundeling van opdrachten wordt niet verder behandeld in de richtlijn.

#### ARTIKELN 1.10/1.13/1.16 AANBESTEDINGSWET 2012: GIDS PROPORTIONALITEIT

- Wat is de aanleiding om het artikel in te voeren?

In de Aanbestedingswet 2012 is het proportionaliteitsbeginsel gecodificeerd. Volgens de wetgever maken ondernemers alleen een goede en eerlijke kans op een opdracht als de eisen die aan een opdracht worden gesteld in verhouding staan tot de opdracht. Wanneer zware eisen worden gesteld kan het voorkomen dat ondernemers, met name het MKB en zelfstandigen zonder personeel, worden uitgesloten die wel in staat zouden zijn de opdracht uit te voeren<sup>39</sup>. Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in geval van Europese, nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen en ziet op 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. Onderdeel van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. zijn een aantal handreikingen die ondersteuning en richting geven aan de aanbestedingspraktijk en, waar nodig, verdere professionalisering ondersteunen en stimuleren. Om aanbestedende diensten bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel te ondersteunen en richting te geven is een handreiking proportionaliteit opgesteld<sup>40</sup>, de Gids Proportionaliteit<sup>41</sup>. Op basis van het amendement van de leden Schouten en Ziengs<sup>42</sup> is de Gids Proportionaliteit als wettelijke richtsnoer opgenomen in de Aanbestedingswet 2012, waarvan aanbestedende diensten slechts gemotiveerd kunnen afwijken. Hiermee streeft de wetgever naar meer uniformiteit, transparantie, ruimte voor innovatie en naar proportionele eisen, voorwaarden en criteria bij aanbestedingen. Naar aanleiding van voormeld amendement hebben de leden van de ChristenUnie-fractie de Minister gevraagd te bevestigen dat niet alleen aanbestedende diensten, maar ook speciale-sectorbedrijven, de Gids Proportionaliteit als wettelijke richtsnoer dienen na te leven<sup>43</sup>. In reactie op deze vraag heeft de Minister aangegeven dat zowel aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven het proportionaliteitsbeginselen moeten naleven, maar dat ten gevolge van het amendement van de leden Schouten en Ziengs in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur een richtsnoer wordt aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten uitvoering

---

<sup>39</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3, pagina 6.

<sup>40</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3, pagina 19.

<sup>41</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 14.

<sup>42</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 440, nr. 50.

<sup>43</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 32 440, nr. 74, pagina 7.

wordt gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel. In dit artikellid worden alleen de aanbestedende diensten genoemd. Hierdoor biedt de wet alleen ruimte om bij algemene maatregel van bestuur aanbestedende diensten aan te wijzen voor wie de Gids proportionaliteit geldt<sup>44</sup>. In reactie hierop hebben de leden Ziengs en Schouten de Minister verzocht de speciale-sectorbedrijven op te roepen de Gids Proportionaliteit de komende jaren te gebruiken bij aanbestedingen en bij de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 te bezien of en hoe de speciale-sectorbedrijven de Gids Proportionaliteit hebben toegepast en vervolgens te bezien of de gids als wettelijk richtsnoer voor speciale-sectorbedrijven aangewezen zou moeten worden<sup>45</sup>. Aan dit verzoek heeft de Minister gevolg gegeven, waarbij de Minister verduidelijkt dat de verplichting om de voorschriften opgenomen in de Gids Proportionaliteit niet voor de speciale-sectorbedrijven geldt, maar dat de Gids Proportionaliteit een breed gedragen invulling van het proportionaliteitsbeginsel geeft, alsmede handvatten voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Bij de evaluatie van de Aanbestedingswet zal expliciet worden bekeken of aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op voldoende wijze invulling hebben gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel. Indien uit de evaluatie blijkt dat speciale-sectorbedrijven onvoldoende proportioneel aanbesteden, zullen de Aanbestedingswet 2012 en de Gids proportionaliteit zodanig worden aangepast dat de verplichting om de voorschriften uit de Gids proportionaliteit toe te passen of afwijking uit te leggen ook voor de speciale-sectorbedrijven gaat gelden<sup>46</sup>.

- Wat zijn de ervaringen?

Sinds de invoering van de Aanbestedingswet 2012 heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts één advies gegeven dat specifiek van toepassing is op de speciale-sectorbedrijven, te weten advies 36. In advies 36 oordeelt de Commissie dat hoewel de Gids Proportionaliteit op basis van de Aanbestedingswet niet op de speciale-sectorbedrijven van toepassing is, maar omdat de Gids een breed gedragen invulling geeft aan het ook voor de speciale-sectorbedrijven geldende proportionaliteitsbeginsel, de in de Gids Proportionaliteit opgenomen voorschriften wél van toepassing worden geacht op

---

<sup>44</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 32 440, nr. 74, pagina 16.

<sup>45</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 32 440, nr. 76.

<sup>46</sup> Staatscourant 2013 nr. 8127 22 maart 2013.

speciale-sectorbedrijven. De Commissie is derhalve van mening dat aan de inhoud van de voorschriften van de Gids Proportionaliteit belangrijke reflexwerking toekomt bij beantwoording van de vraag of een speciale-sectorbedrijf heeft gehandeld overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel. Dit advies staat haaks op de Mededeling van de Minister<sup>47</sup> waarin staat dat “Hoewel speciale-sectorbedrijven niet verplicht zijn de Gids proportionaliteit te gebruiken, kan deze, in zijn huidige vorm, ook voor u een heel nuttig instrument zijn. Ik roep u dan ook op om de Gids proportionaliteit waar mogelijk te gebruiken”. De Minister geeft hiermee onomwonden aan dat de Gids Proportionaliteit niet van toepassing is op speciale-sectorbedrijven.

---

<sup>47</sup> Staatscourant 2013 nr. 8127, 22 maart 2013.

- Hoe is het artikel uitgewerkt in de nieuwe richtlijnen?

Het proportionaliteitsbeginsel is één van de algemene beginselen en derhalve gecodificeerd in de richtlijn. In artikel 36 staat vermeld dat aanbestedende instanties ondernemers gelijk behandelen, zonder te discrimineren en handelen op transparante en proportionele wijze.