



# **Wergroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012**

**Rapportage deelwergroep 2 (keuzemogelijkheden nieuwe aanbestedingsrichtlijnen)**

**Definitieve versie d.d. 26 november 2014**

**Leden deelwerkgroep 2:**

De heer E.W.J.M. Bastiaan (Ministerie van Veiligheid & Justitie)  
De heer J.W. Bergevoet (Boot Advocaten)  
De heer J. Fijneman (Bouwend Nederland)  
Mevrouw G. Hoof-Sattler (Tendercoach)  
De heer W.A. Janssen (Universiteit Utrecht)  
Mevrouw M.L.C. de Jonge (UWV), mevrouw K. Kliphuis (gemeente Amsterdam)  
Mevrouw D. van Laerhoven (BIZOB)  
Mevrouw S. Mutluer (Stichting Rijk)  
De heer P.J. Velthuisen (Ten Holter Noordam Advocaten)

**Trekkers deelwerkgroep 2:**

De heer A.L. Appelman (De Haan Advocaten & Notarissen)  
De heer M.J. Mutsaers (Nysingh advocaten – notarissen N.V.)

## **INHOUDSOPGAVE:**

1.	Inleiding	p. 3
2.	Algemene beginselen	p. 8
3.	Procedures	p. 12
4.	Sociale en andere specifieke diensten	p. 17
5.	Publiek-publieke samenwerking	p. 20
6.	Percelen	p. 24
7.	Uitsluiting	p. 27
8.	Onderaanneming	p. 32

## I INLEIDING

### Stelling:

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bieden de lidstaten een aantal keuze mogelijkheden.

### Vraag:

Welke van de keuzemogelijkheden zou Nederland moeten implementeren?

### Scope van deze rapportage:

In deze rapportage wordt slechts ingegaan op de keuzemogelijkheden die de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG bevat. Dit vanwege het feit dat die Richtlijn de meeste aanbestedende diensten in Nederland zal raken en de rapportage anders te uitgebreid zou worden. Deelwerkgroep 3 zal in haar rapportage onder meer ingaan op de keuzemogelijkheden die de nieuwe Richtlijn 2014/25/EU bevat en die gericht is tot de “nutssectoren.”

Dan nu enkele inleidende opmerkingen bij deze rapportage.

Op 28 maart 2014 zijn in het Publicatieblad van de Europese Unie drie nieuwe aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd, waaronder Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (hierna: (de nieuwe) Richtlijn of Richtlijn 2014/24/EU). Deze nieuwe Richtlijn voor de klassieke sectoren is 20 dagen later in werking getreden<sup>1</sup> en vervangt de huidige algemene aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG). De Nederlandse wetgever heeft in principe twee jaar de tijd om deze nieuwe Richtlijn te implementeren.<sup>2</sup> Dit betekent dat de op 1 april 2013 in werking getreden Aanbestedingswet 2012 alweer zal moeten worden aangepast. Althans, gezien zal moeten worden in hoeverre de Aanbestedingswet 2012 aansluit bij de nieuwe Richtlijn. Dit revisiemoment biedt de Nederlandse wetgever enerzijds de mogelijkheid om de Aanbestedingswet 2012 aan te passen aan de nieuwe Richtlijn. Anderzijds biedt dit de mogelijkheid om de Aanbestedingswet 2012 aan te passen naar aanleiding van de ervaringen die in de afgelopen jaren met die wet zijn opgedaan.

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) wenst een bijdrage te leveren aan dit proces. Hiertoe wenst zij input te geven aan de Nederlandse wetgever die enerzijds bestaat uit een evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 en anderzijds uit een visie op de keuzemogelijkheden tot implementatie die de nieuwe richtlijnen bieden. Zoals opgemerkt heeft deelwerkgroep 2 zich geconcentreerd op de keuzemogelijkheden die Richtlijn

---

<sup>1</sup> Zie art. 93.

<sup>2</sup> Zie art. 90.

2014/24/EU biedt aan de Nederlandse wetgever. Zij heeft zich hierbij de vraag gesteld welke keuzemogelijkheden de Nederlandse wetgever wèl en niet zou moeten overnemen.

Hiertoe heeft de deelwerkgroep de in haar ogen belangrijkste onderwerpen met bijbehorende keuzemogelijkheden geïnterpreteerd. Het betreft de volgende onderwerpen: **i)** algemene beginselen, **ii)** procedures, **iii)** sociale en andere specifieke diensten, **iv)** publiek-publieke samenwerking, **v)** percelen, **vi)** uitsluiting, en **vii)** onderaanneming. Aanvankelijk was het de bedoeling om ook de onderwerpen “vervaging gunningscriteria en kwalitatieve eisen” en “inwerkingtreding” in deze rapportage mee te nemen. In gezamenlijk overleg is echter besloten om op dat laatste, technische onderwerp niet nader in te gaan en te volstaan met de opmerkingen hierboven. Helaas is het niet gelukt om ook een hoofdstuk te wijden aan het onderwerp “vervaging gunningscriteria en kwalitatieve eisen.”

Per genoemd onderwerp is een subwerkgroep bestaande uit 2 tot 4 leden aan de slag gegaan met een eerste commentaar op de aanwezige keuzemogelijkheden. Deze commentaren zijn tijdens een plenaire sessie van de deelwerkgroep besproken en van opmerkingen voorzien. Aan de hand van de discussie binnen de deelwerkgroep en de geplaatste opmerkingen hebben de diverse subwerkgroepen hun definitieve deelrapportages opgesteld. Deze deelrapportages zijn vervolgens redactioneel bewerkt door de beide “trekkers” van deze deelwerkgroep, hetgeen heeft geleid tot deze definitieve rapportage. De eindtekst van deze rapportage is het resultaat van de werkzaamheden van de gehele deelwerkgroep. Dit betekent overigens niet dat alle leden het steeds roerend met elkaar eens zijn over ieder onderwerp. Deze rapportage is in zoverre dus te beschouwen als de grootste gemene deler en vormt niet noodzakelijkerwijs de mening van iedere afzonderlijke deelnemer.

Elke deelrapportage bevat per onderwerp een inleiding met daarin een verwijzing naar de belangrijkste artikelen uit Richtlijn 2014/24/EU. Vervolgens is zo veel mogelijk per onderwerp aangegeven waarom dit artikel is/deze artikelen zijn opgenomen in de nieuwe Richtlijn. Daarna heeft de subwerkgroep deze artikelen – waar mogelijk - getoetst aan de Aanbestedingswet 2012 en de jurisprudentie en wordt aangegeven welke keuzemogelijkheden tot implementatie een goede aanvulling zouden kunnen zijn op het huidige regelgevende kader. De deelrapportages worden afgesloten met een conclusie en aanbevelingen over welke keuzemogelijkheden wèl of juist niet geïmplementeerd zouden moeten worden.

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

In de eerste plaats heeft de Nederlandse wetgever bij het opstellen van de Aanbestedingswet 2012 klaarblijkelijk redelijk vooruitgelopen op een aantal keuzemogelijkheden die de nieuwe Richtlijn biedt. Zo kent Nederland reeds een “splitsingsgebod”<sup>3</sup> en is het proportionaliteitsbeginsel reeds gecodificeerd.<sup>4</sup> Dit neemt niet weg dat de uitwerking die aan het proportionaliteitsbeginsel is gegeven in de nieuwe

---

<sup>3</sup> Zie artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

<sup>4</sup> Zie de artikelen 1.10 lid 1, 1.13 lid 1 en 1.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

Richtlijn, op sommige plekken strenger, dan wel soepeler is dan de uitwerking die Nederland heeft gegeven aan dat beginsel in de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit.

In de tweede plaats is het zeer de vraag of het wenselijk is om bepaalde keuzes die de nieuwe richtlijn biedt, over te nemen in de Nederlandse regelgeving. Zo biedt de Richtlijn de mogelijkheid om achteraf (namelijk: in het proces-verbaal) te motiveren waarom een bepaalde opdracht niet is onderverdeeld in percelen.<sup>5</sup> Ter bescherming van de belangen van inschrijvers heeft de Nederlandse wetgever bij het opstellen van de Aanbestedingswet 2012 ervoor gekozen om deze motivering vooraf, althans in de aanbestedingsstukken verplicht te stellen. Het nu alsnog toestaan om achteraf te motiveren, zou daarom in zoverre een verslechtering van de positie van de inschrijvers betekenen.

In de derde plaats bevat de nieuwe Richtlijn enkele verplichtingen, die naar eigen keuze zijn in te vullen. Illustratief hiervoor is de procedure voor sociale en andere specifiek benoemde diensten. Richtlijn 2014/24/EU schrijft bindend voor hoe de aan- en afkondiging eruit dienen te zien,<sup>6</sup> maar laat de invulling van de tussenliggende “aanbestedingsprocedure” tot op zekere hoogte over aan de lidstaten.<sup>7</sup> De enige voorwaarde die de Richtlijn stelt is dat de te volgen procedure dient te voldoen aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.<sup>8</sup> De deelwerkgroep meent dat het beste uitvoering gegeven kan worden aan deze implementatieoptie door een soort verlichte procedure “à la de huidige procedure voor B-diensten” op te stellen, met duidelijke spelregels aan de ene kant en flexibiliteit aan de andere kant.

In de vierde plaats introduceert de nieuwe Richtlijn enkele rechtsfiguren die thans niet zijn opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Bij een aantal van deze figuren heeft Nederland geen keuze en dient zij deze te implementeren in de Nederlandse rechtsorde. Dit betreffen overigens allemaal onderwerpen die thans op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie reeds toepasselijk zijn binnen de Nederlandse rechtsorde. De deelwerkgroep wijst hiervoor naar de leerstukken inzake publiek-publieke samenwerking en wezenlijke wijziging van de opdracht. Hoewel deze leerstukken al werden toegepast in de Nederlandse rechtsorde onder verwijzing naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie, zal Nederland deze leerstukken nu vast moeten leggen aan de hand van de nieuwe Richtlijn. Deze codificatie komt in de ogen van de leden van deze deelwerkgroep de helderheid en rechtszekerheid alleen maar ten goede.

Echter, een aantal figuren/leerstukken die de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU maakt om in te voeren, zijn niet bekend in Nederland. Voor deze leerstukken – zoals de mogelijkheid dat lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst verschuldigde betalingen op verzoek van de onderaannemer en wanneer de aard van de opdracht dit mogelijk maakt rechtstreeks aan de onderaannemer overmaakt<sup>9</sup> – geldt dat deze sterk afwijken van de reeds bestaande leerstukken althans de Nederlandse situatie. Los van de vraag of het wenselijk is om een dergelijke mogelijkheid te introduceren lijkt de Aanbestedingswet 2012 daarvoor niet de

---

<sup>5</sup> Zie art. 46 lid 1.

<sup>6</sup> Zie art. 75.

<sup>7</sup> Zie art. 74 jo. 76 lid 1.

<sup>8</sup> Zie art. 76 lid 1.

<sup>9</sup> Zie art. 71 lid 3.

meest voor de hand liggende plaats. Logischer lijkt het om een en ander desgewenst te regelen in het Burgerlijk Wetboek.

Daar waar Richtlijn 2014/24/EU verder gaat dan de huidige wettelijke verplichtingen en/of jurisprudentie is het raadzaam om goed te bezien of het wenselijk is om dergelijke elementen te introduceren in de Nederlandse aanbestedingswetgeving. Illustratief hiervoor is bijvoorbeeld de verplichte uitsluiting ex artikel 57 lid 2 van ondernemingen waarvan de aanbestedende dienst op de hoogte is dat zij niet voldoen aan hun verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale premies en wanneer dit is vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar zij zijn gevestigd of van de lidstaat van de aanbestedende dienst.<sup>10</sup> Thans is dit een facultatieve uitsluitingsgrond.<sup>11</sup> Richtlijn 2014/24/EU biedt vervolgens de mogelijkheid dat aanbestedende diensten een ondernemer mogen uitsluiten, wanneer zij met elk passend middel kunnen aantonen dat de ondernemer niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale zekerheidsbijdragen. Lidstaten kunnen aanbestedende diensten daartoe verplichten. De derde alinea van artikel 57 lid 2 bepaalt tot slot dat dit lid niet langer van toepassing is indien de ondernemer zijn verplichtingen is nagekomen door verschuldigde belastingen of sociale zekerheidsbijdragen, met inbegrip van lopende rente of boeten, indien toepasselijk, te betalen of een bindende regeling tot betaling daarvan aan te gaan. Gelet op de rechtszekerheid en het doorzetten van consequent beleid, is het aan te bevelen genoemde keuzemogelijkheid niet te implementeren, aangezien het in de praktijk vermoedelijk moeilijk te controleren valt voor aanbestedende diensten of en zo ja hoe een onderneming zijn eventuele achterstand is ingelopen.

Tot slot omarmen de leden van deelwerkgroep 2 de doelstellingen van de nieuwe Richtlijn. Daartoe behoren onder andere een betere toegang van het MKB tot aanbestedingsprocedures, lastenverlichting voor inschrijvers en – in zijn algemeenheid - meer flexibiliteit voor niet-centrale aanbestedende diensten. In verband met dit laatste merken wij overigens op dat de leden van deze deelwerkgroep verschillend bleken te denken over de manier waarop invulling aan die flexibiliteit zou moeten worden gegeven, daar waar het de lichtere procedure voor niet-centrale overheden betreft. Toch wel enigszins verrassend leek zich een meerderheid af te tekenen die tegen de invoering van een dergelijke procedure was. Dit om verdere versnippering te voorkomen, althans om zo veel mogelijk uniformiteit aan te brengen. Toch menen de leden van deze deelwerkgroep dat Richtlijn 2014/24/EU de nodige maatregelen bevat waarmee tegemoet wordt gekomen aan een aantal bezwaren die er bestaan tegen de aanbestedingsregelgeving (starheid, rigiditeit van de procedureregels). Desondanks blijven er kritische kanttekeningen mogelijk.

Tot zo ver enkele opvallende zaken en meer algemene observaties.

Tot slot wordt voor de volledigheid en ter voorkoming van misverstanden nog opgemerkt dat deze rapportage niet is goedgekeurd door de leden van de NVvA. In zoverre betreft dit rapport dan ook géén officieel advies van de NVvA, maar bevat het de grootste gemene deler van de visies die de leden van deze deelwerkgroep met elkaar hebben uitgewisseld.

---

<sup>10</sup> Zie art. 57 lid 2.

<sup>11</sup> Zie art. 45 lid 2 sub e.

De leden en trekkers van deelwerkgroep 2 geven de wetgever hun aanbevelingen gaarne ter overweging mee.

Namens deelwerkgroep 2,

Arnold Appelman en Matthijs Mutsaers



## II ALGEMENE BEGINSSELEN<sup>12</sup>

Een kleine aanvulling van de aanbestedingsbeginselen kan grote gevolgen hebben. In richtlijn 2014/24 zijn de algemene beginselen opgenomen in artikel 18. Ten opzichte van richtlijn 2004/18 valt op dat in artikel 18, lid 1, richtlijn 2014/24 naast het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel nu ook het proportionaliteitsbeginsel expliciet wordt benoemd. Daarnaast is in artikel 18, lid 2, richtlijn 2014/24 de handhaving van sociale, arbeidsrechtelijke en milieurechtelijke normen opgenomen als algemeen beginsel. De grote vraag is welke consequenties deze twee toevoegingen gaan hebben? Welke reikwijdte zal in het bijzonder de handhaving van de sociale, arbeidsrechtelijke en milieurechtelijke normen hebben? Komt de Gids Proportionaliteit onder druk te staan?

### Waarom is dit artikel opgenomen in richtlijn 2014/24?

De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht waren in richtlijn 2004/18 al opgenomen.<sup>13</sup> Hier waren echter enkel de beginselen van non-discriminatie en transparantie opgenomen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie schaaft echter proportionaliteit al lange tijd onder de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.<sup>14</sup> Zij baseert zich hierbij rechtstreeks op de bepalingen inzake het vrij verkeer, welke ten grondslag liggen aan de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>15</sup> Teneinde deze jurisprudentie volledig te codificeren, is artikel 18, lid 1, richtlijn 2014 uitgebreid met het proportionaliteitsbeginsel.

Een van de hoofddoelstellingen van richtlijn 2014/24 is het bieden van meer mogelijkheden om overheidsopdrachten strategisch in te zetten bij het nastreven van maatschappelijke doelen, in het bijzonder door duurzame inkoop te faciliteren.<sup>16</sup> Met deze uitbreiding van de algemene beginselen is het instrumentele karakter van het aanbesteden (nog meer) voorop komen te staan.

In het groenboek heeft de Commissie al de wens geuit om overheidsopdrachten in te zetten om maatschappelijke doelen te behalen.<sup>17</sup> Daarbij signaleerde de Commissie bij haar impact assessment dat er onduidelijkheid is over en onvoldoende regels met betrekking tot strategische inkoop waarbij (ook) maatschappelijke doelen worden nagestreefd.<sup>18</sup> De wens overheidsopdrachten strategischer in te zetten sluit goed aan bij de Europa 2020-strategie waarin drie prioriteiten zijn vastgesteld ter versterking van de Europese economie, namelijk het (verder) ontwikkelen van een economie **(i)** gebaseerd op kennis en innovatie (zonder

---

<sup>12</sup> Auteurs: K. Kliphuis, J.W. Bergevoet en A.L. Appelman.

<sup>13</sup> Zie artikel 2, richtlijn 2004/18.

<sup>14</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie d.d. 14 december 2004, zaak C-210/03, *Swedisch Match*, Jur. 2004, I-11893, in r.o. 33 en het arrest van het Hof van Justitie d.d. 16 december 2008, zaak C-213/07, *Michaniki*, Jur. 2008, I-9999, in r.o. 47 en 48.

<sup>15</sup> Zie considerans 2, richtlijn 2004/18 en considerans 1, richtlijn 2014/24.

<sup>16</sup> Mededeling van de Europese Commissie d.d. 3 maart 2010, *“Europa 2020-strategie – een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei”*, COM/2010/2020 def.; G. 't Hart, *“Herziening van de richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen”*, Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht, April 2012, pag. 126. Considerans 2, richtlijn 2014/24.

<sup>17</sup> Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten – Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011)15 def. d.d. 27 januari 2011

<sup>18</sup> G. 't Hart, *“Herziening van de richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen”*, Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht, April 2012, pag. 126.

twijfel als tegenhanger van opkomende economieën die vooraleerst gestoeld zijn op lage productie- kosten), (ii) die duurzaam (doch concurrerend) is en (iii) waarbij een hoge werkgelegenheid wordt gecombineerd met sociale en territoriale cohesie.<sup>19</sup> Waar mogelijk dienen deze doelstellingen mede door middel van Europese aanbestedingen te worden bereikt.<sup>20</sup>

Duidelijk is dat niet alleen door middel van subsidieverstrekking bepaalde maatschappelijke doelen kunnen en/of moeten worden behartigd, maar dat ze ook via inkoop/aanbestedingen kunnen en misschien zelfs moeten worden 'afgedwongen'<sup>21</sup>.

### Toetsing aan Aanbestedingswet 2012

In hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 zijn de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht – waaronder het proportionaliteitsbeginsel – gecodificeerd voor alle aanbestedingsprocedures.<sup>22</sup> Dit betreffen zowel de Europese aanbestedingsprocedures als de nationale aanbestedingsprocedures, zoals de meervoudig onderhandse procedure. In zoverre heeft Nederland al voldaan aan de verplichting om het proportionaliteitsbeginsel te implementeren in de Nederlandse wetgeving.

Ter inkleuring van het proportionaliteitsbeginsel gebruikt Nederland de Gids Proportionaliteit. Deze gids is door de wetgever als bindende richtsnoer aangewezen voor alle aanbestedingsprocedures.<sup>23</sup> Hoewel richtlijn 2014/24 in artikel 18, lid 1 enkel het algemene beginsel benoemt, vindt op meerdere plaatsen in de richtlijn een uitwerking plaats van het begrip proportionaliteit.<sup>24</sup> Uit deze uitwerkingen blijkt dat de voorgestane uitleg van het begrip proportionaliteit door de Europese wetgever afwijkt van de uitleg die Nederland thans geeft aan het begrip proportionaliteit. Het gaat het bestek van onderhavig hoofdstuk te buiten om al deze uitwerkingen te beschrijven en daarvan de implicaties/gevolgen te benoemen. Auteurs volstaan met de opmerking dat in het bijzonder artikel 2.90, lid 4, Aanbestedingswet 2012, artikel 2.91, Aanbestedingswet 2012 en artikel 2.93, Aanbestedingswet 2012 en de uitwerking daarvan in de Gids Proportionaliteit niet in lijn zijn met de proportionaliteitsnormen zoals die voortvloeien uit richtlijn 2014/24.

Het tweede lid van artikel 18, richtlijn 2014/18 is thans niet opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. In zoverre zal de Nederlandse wetgever dit artikellid nog moeten implementeren in de Nederlandse wetgeving, mede omdat het niet naleven van artikel 18, lid 2, richtlijn 2014/24 een facultatieve uitsluitingsgrond is.<sup>25</sup>

---

19 COM(2010)2020 def. d.d. 3 maart 2010

<sup>20</sup> G. 't Hart, "Herziening van de richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen", Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht, April 2012, pag. 127.

<sup>21</sup> Considerans 37 en 101 van Richtlijn 2014/24.

<sup>22</sup> Artikel 1.10, Aanbestedingswet 2012, artikel 1.13. Aanbestedingswet 2012 en artikel 1.16, Aanbestedingswet 2012.

<sup>23</sup> Artikel 10, Aanbestedingsbesluit 2012.

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 19, lid 2 en 3, richtlijn 2014/24 en artikel 58, lid 3, richtlijn 2014/24.

<sup>25</sup> Artikel 57, lid 4, sub a, richtlijn 2014/24. Zie ook considerans 101, richtlijn 2014/24.

## Conclusie

Artikel 18 richtlijn 2014/24 kent Nederland geen keuzemogelijkheden toe. Zowel het eerste lid als het tweede lid is verplichte harmonisatie. Wat het eerste lid betreft voldoet de Aanbestedingswet 2012 al aan deze norm. Enkel de uitwerking van deze norm in de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit zal op onderdelen aangepast moeten worden.

Wat het tweede lid van artikel 18, richtlijn 2014/24, kan niemand op het eerste gezicht tegen het gebruik zijn van overheidsopdrachten om de borging van sociale, arbeidsrechtelijke en milieurechtelijke normen te verbeteren. In dier voege is dit artikellid ook een sterk politiek getint artikel. Voorkomen moet immers worden dat partijen die doormiddel van het niet naleven van deze regels in een betere concurrentie positie komen.

Opvallend detail is dat in artikel 18, richtlijn 2014/24 de mensenrechten als zodanig niet worden genoemd. Wel komen onderdelen daarvan terug in de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 1, sub f, richtlijn 2014/24, namelijk uitsluiting vanwege kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel.<sup>26</sup>

Vanuit politiek oogpunt zal deze bepaling door haar ruime formulering worden verwelkomd, zij creëert immers de mogelijkheid om meer beleidswensen dan voorheen mee te nemen in een aanbesteding. Zeker nu de recentelijke incidenten op het gebied van arbeidsuitbuiting en schijnconstructie op de bouwplaats ook voor de politiek duidelijk hebben gemaakt dat de schending van arbeidsregelgeving dient te worden voorkomen.<sup>27</sup> Vraag is of deze toevoeging niet dermate ruim is dat er grote verschillen tussen overheden van de diverse lidstaten maar ook binnen Nederland kunnen gaan ontstaan.

Aan de Nederlandse wetgever om deze opdracht vanuit Europa een plek te geven in het aanbestedingsrecht. Bij de implementatie van dit artikel zal de Nederlandse wetgever, naar de mening van de auteurs, in ieder geval de volgende punten moeten meenemen:

- i) De Nederlandse wetgever zal moeten nadenken over de verhouding tussen de Toezichthouders op het gebied van sociale, milieu en arbeidsregelgeving en de rol die de aanbestedende dienst als opdrachtgever vervult. Volgens de richtlijn moet de controle op de naleving van deze ecologische, sociaal- en arbeidsrechtelijke bepalingen moet geschieden in de desbetreffende stadia van de aanbestedingsprocedure, namelijk bij de toepassing van de algemene beginselen inzake de keuze van de deelnemers en de gunning van opdrachten, bij de toepassing van de uitsluitingscriteria en bij de toepassing van de bepalingen betreffende abnormaal lage inschrijvingen.<sup>28</sup> Hiervoor is het noodzakelijk dat wordt benoemd op welke regelgeving dit precies gaat slaan en moeten er bewijsmiddelen worden gemaakt en of erkend die voldoende zeggen over dit specifieke punt voldoende is.

---

<sup>26</sup> Zoals benoemd in artikel 2, richtlijn 2001/36.

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld het onderzoek naar uitbuiting van Poolse en Portugese werknemers bij de bouw van de A2 te Maastricht, NRC d.d. 22 november 2013, "Geen uitbuiting personeel tunnel A2 – FNV stelt aannemers aansprakelijk", <http://www.nrc.nl/carriere/2013/11/22/fnv-aannemers-aansprakelijk-voor-uitbuiting-bij-aanleg-a2>.

<sup>28</sup> Considerans 40 van Richtlijn 2014/24

Wil de wetgever ook dat in de overheidscontracten wordt opgenomen dat een van de nevenverplichtingen van de opdrachtnemer is het voldoen aan al de betreffende regelgeving en daarmee een tweede toezichthouder creëren?

- ii) Ook bij de uitvoering zal de Nederlandse wetgever expliciet moeten maken in haar invulling van het begrip ernstige fout of onder omstandigheid handelen in strijd met de beroepsgedragsregels de schendingen van milieu- sociale en arbeidsregelgeving vallen<sup>29</sup>
- iii) De Nederlandse wetgever zal bij het vormgeven van de 'verplichting' voor de aanbestedende diensten moeten voorkomen dat er een overheidsaansprakelijkheid ontstaat wanneer er in het kader van een overheidsopdracht toch schendingen van sociale, milieu en arbeidsregelgeving voordoen. Het moet duidelijk zijn dat de norm die bij de opdrachtgevers ligt op dergelijke verplichtingen mee te nemen in de aanbesteding niet strekt tot het voorkomen van schendingen van het (financiële) belang van individuele personen.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Considerans 101 van Richtlijn 2014/24

<sup>30</sup> HR 07-05-2004, NJ 2006, 281 (Duwbak Linda)

### III PROCEDURES<sup>31</sup>

#### III.1 Lichtere procedures voor niet-centrale overheden

##### Inleiding:

Relevante passages zijn te vinden in de artikelen 26 lid 5, 28 lid 4, 48 lid 2, 54 lid 1 en tot slot in bijlage V Deel B onder II.

De regeling voor lichtere procedures voor decentrale overheden valt in twee onderdelen uiteen:

1. Lidstaten kunnen bepalen dat niet-centrale aanbestedende diensten (of specifieke categorieën daarvan) bij toepassing van de niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling een 'lichtere', althans alternatieve, procedure kunnen toestaan.<sup>32</sup> Deze procedure dient aan een aantal randvoorwaarden te voldoen;
2. Naast deze bijzondere procedure, kent artikel 28 lid 4 van de nieuwe Richtlijn de mogelijkheid voor lidstaten om voor (evt. nader te bepalen groepen van) niet-decentrale aanbestedende diensten specifiek bij het doorlopen van de niet-openbare procedure een extra mogelijkheid te introduceren. Het gaat hierbij om de mogelijkheid voor niet-centrale aanbestedende diensten om overeenstemming te bereiken met *alle* geselecteerde gegadigden over de termijn van indiening van de inschrijving. Komt er geen overeenstemming, dan bedraagt deze termijn tenminste 10 dagen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging.

##### Waarom zijn regels over lichtere procedures opgenomen in richtlijn 2014/24?

De regels vinden hun oorsprong in paragraaf 2.2 van het Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten<sup>33</sup>. Daarin wordt overwogen dat enerzijds de aanbestedingsregels met name zwaar drukken op kleinere aanbestedende diensten, met kleinere opdrachten. Anderzijds wordt overwogen dat het GPA ruimte biedt voor een lichter regime voor zowel niet-centrale instanties als nutsbedrijven. Voor nutsbedrijven is deze ruimte al benut,<sup>34</sup> maar voor decentrale overheden nog niet. In de vragen 27 en 28 van het Groenboek stelt de Europese Commissie de vraag of van deze ruimte alsnog gebruik gemaakt zou moeten worden.

Uit de Synthesis of Replies<sup>35</sup> blijkt dat op bovenbedoelde vragen verschillend is gereageerd. Een meerderheid van de aanbestedende diensten en maatschappelijke organisaties bleek een lichter regime voor decentrale overheden te ondersteunen, terwijl alle andere

---

<sup>31</sup> Auteurs: J. Fijneman, S. Mutluer, G. Hoof-Sattler en M.L.C. de Jonge.

<sup>32</sup> Zie artikel 26, lid 5, Richtlijn 2014/24.

<sup>33</sup> Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten – Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011)15 def. d.d. 27 januari 2011

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld Titel II, Hoofdstuk 1, Richtlijn 2014/25/EU en Hoofdstuk V, Richtlijn 2004/17/EG.

<sup>35</sup> Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more efficient European Procurement Market, Synthesis of replies, zie: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/public\\_procurement/synthesis\\_document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf)

stakeholders ertegen waren. Een aantal publieke partijen gaf aan dat het beter zou zijn een vereenvoudiging door te voeren voor alle aanbestedende diensten.

Uiteindelijk is de regeling als hierboven omschreven in de tekst van de richtlijn terecht gekomen, waarin het aan lidstaten overgelaten wordt of zij een lichter regime in hun eigen aanbestedingsregels implementeren.

#### Toetsing aan Aanbestedingswet 2012:

De Aanbestedingswet 2012 kent een onderscheid tussen de Nutssectoren enerzijds<sup>36</sup> en de Klassieke sectoren anderzijds.<sup>37</sup> Een onderscheid in toe te passen procedures tussen decentrale en centrale overheden kent de Aanbestedingswet 2012 daarentegen niet.

Als Nederland kiest voor implementatie van de lichtere procedure, moet de Aanbestedingswet 2012 op dit punt aangepast worden. Kiest Nederland niet voor implementatie, dan kan de Aanbestedingswet 2012 op dit punt ongewijzigd blijven.

#### Conclusie:

In haar reactie op de vragen 27 en 28 van bovengenoemd Groenboek heeft het Nederlandse Kabinet onder andere het volgende opgemerkt over het opnemen van vereenvoudigde regels voor niet centrale aanbestedende diensten:

*'Een dergelijke vereenvoudiging moet zijn gericht op alle aanbestedende diensten. Het is onwenselijk om vereenvoudiging te koppelen aan het soort aanbestedende dienst. Dit kan beter worden gekoppeld aan het soort opdracht. Kleine aanbestedende diensten kunnen immers hele grote opdrachten uitzetten. Ook bij deze opdrachten is het van belang dat de aanbestedingsregels in acht worden genomen en alle ondernemers een eerlijke kans maken. Het belang van toegang van ondernemers kan niet anders worden gewogen naar gelang de grootte van de aanbestedende dienst.'*<sup>38</sup>

In een gezamenlijke reactie pleiten ook de drie belangrijkste groepen decentrale overheden in Nederland, namelijk de gemeenten, provincies en waterschappen, niet voor aparte regels voor decentrale overheden:

*'Het is weliswaar positief dat de Commissie erkent dat kleine overheden ten gevolge van het aanbestedingsbeleid worden geconfronteerd met toegenomen administratieve lasten, maar een speciaal regime voor kleine overheden zien wij niet als de oplossing. Dat zou de ingezette trend van professionalisering weer ongedaan kunnen maken.'*<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Hoofdstuk 3 Aw 2012.

<sup>37</sup> Hoofdstuk 2 Aw 2012.

<sup>38</sup> Kabinetsreactie op het Groenboek COM(2011)15, p.10, zie bijv. [http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/Extranet/Europa/20110331\\_Antwoorden\\_Vragen\\_Groenboek\\_Aanbesteden.pdf](http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/Extranet/Europa/20110331_Antwoorden_Vragen_Groenboek_Aanbesteden.pdf)

<sup>39</sup> Brief van VNG, UvW en IPO d.d. 29 maart 2011 aan de Europese Commissie (kenmerk EU 04540/2011) inzake beantwoording vragen uit het Groenboek COM(2011)15, zie [http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/Extranet/Europa/20110331\\_Postion\\_paper\\_IPO\\_VNG\\_UvW\\_Groenboek\\_Aanbesteden.pdf](http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/Extranet/Europa/20110331_Postion_paper_IPO_VNG_UvW_Groenboek_Aanbesteden.pdf)

Alleen al op grond van bovenstaande standpunten van Kabinet én decentrale overheden is het niet verstandig deze procedure in Nederland te implementeren.

Wij merken voorts op dat één van de beweegredenen voor de totstandkoming van de Aanbestedingswet 2012 al sinds de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid geweest is de 'lappendeken' aan aanbestedingsregels te verminderen. Het implementeren van het lichtere regime voor decentrale overheden leidt juist tot een vergroting van de 'lappendeken'.

Ook hebben auteurs twijfels over het nuttige toepassingsgebied. Er zijn niet veel decentrale, aanbestedende diensten die te maken hebben met meerdere Europese opdrachten in één jaar die samengenomen kunnen worden in één vooraankondiging. Voor al deze partijen heeft het verlichte regime in feite weinig meerwaarde.

Tenslotte merken we op dat er ook alternatieven zijn – bijvoorbeeld het gebruik van raamcontracten – waarmee een in grote lijnen vergelijkbaar resultaat behaald kan worden.

### **III.2 Keuze van de procedure**

#### Inleiding:

In de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU blijft het uitgangspunt dat de openbare of niet openbare procedure wordt gevolgd. Daarnaast bestaat echter ook de mogelijkheid de zogenaamde mededingingsprocedure met bekendmaking<sup>40</sup>, de concurrentiegerichte dialoog<sup>41</sup>, het innovatieve partnerschap<sup>42</sup> of de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking<sup>43</sup> toe te passen. Ten aanzien de mededingingsprocedure met bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking geldt dat toepassing van deze procedures optioneel is en door nationale wetgevers geïmplementeerd kunnen worden in hun nationale wetgeving. De overige procedures moeten worden geïmplementeerd. Speciale aandacht verdient hierbij te gaan naar het innovatieve partnerschap, aangezien dat een nieuwe aanbestedingsprocedure betreft, welke thans niet is opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Hieronder volgt een korte weergave van deze procedures. Tevens wordt inzichtelijk gemaakt waarom ze in de richtlijn zijn opgenomen, worden ze getoetst aan de Aanbestedingswet 2012 en wordt nagegaan in hoeverre ze zouden moeten worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving.

#### Waarom zijn de procedures opgenomen in de richtlijn 2014/24/EU?

De gevallen waarin klassieke aanbestedende diensten op de onderhandelingsprocedures een beroep kunnen doen, zijn limitatief omschreven. Zoals blijkt uit de jurisprudentie dienen deze mogelijkheden restrictief geïnterpreteerd te worden, en in de aanbestedingsdocumenten gemotiveerd te worden:

*“Bij de procedure van gunning via onderhandelingen is de vrijheid van de overheid groter dan bij aanbesteding of offerteaanvraag. Bovendien kan het voeren van de*

---

<sup>40</sup> Artikel 24 lid 4 jo art. 29.

<sup>41</sup> Artikel 30.

<sup>42</sup> Artikel 31.

<sup>43</sup> Artikel 32.

*onderhandelingen na het indienen van de offertes ertoe leiden dat de offertes niet langer vergelijkbaar zijn. Vandaar dat de procedure van gunning via onderhandelingen het karakter van een uitzondering heeft en te dezen slechts in limitatief opgesomde en strikt op te vatten gevallen mag worden toegepast. Het beroep op de onderhandelingsprocedure dient formeel gemotiveerd te worden en het is aan degene die de uitzonderlijke omstandigheden ter rechtvaardiging van de procedure inroept, om het daadwerkelijke bestaan ervan te bewijzen”<sup>44</sup>*

De mogelijkheden voor de aanbestedende diensten om gebruik te maken van andere procedures via onderhandelingen zijn in de Aanbestedingsrichtlijn verruimd. Er is immers gebleken dat bij aanbestedende diensten grote behoefte lijkt te bestaan aan extra flexibiliteit die ruimte biedt om een aanbestedingsprocedure te kiezen die voorziet in onderhandelingen.<sup>45</sup>

*“Een groter gebruik van deze procedures zal mogelijkwijs ook de grensoverschrijdende handel stimuleren, aangezien uit de evaluatie is gebleken dat opdrachten die worden gegund via de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking een bijzonder hoog succespercentage hebben bij grensoverschrijdende aanbestedingen [...]” – bevestiging van reeds bestaande tendens.”<sup>46</sup>*

#### Toetsing aan de Aanbestedingswet 2012:

De mededingingsprocedure van gunning door onderhandelingen verschilt niet wezenlijk van de onderhandelingsprocedure na voorafgaande bekendmaking zoals deze ook is opgenomen in de Aanbestedingswet 2012<sup>47</sup>. Van deze procedure mag gebruik worden gemaakt wanneer in een eerdere openbare of niet-openbare procedure alleen onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Richtlijn 2014/24/EU geeft in artikel 26, lid 4, sub b een definitie van deze begrippen, welke thans niet zijn opgenomen in de Aanbestedingswet 2012.

Nieuw in de Aanbestedingsrichtlijn is dat de lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van een mededingingsprocedure of van de concurrentiegerichte dialoog indien er o.a. niet kan worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen.<sup>48</sup> Met andere woorden kan volgens deze bepaling de aanbestedende dienst de mededingingsprocedure of de concurrentiegerichte dialoog toepassen wanneer hij een specifieke (niet-bestaande) aanpassing wil van een bestaand product of duidelijk voor ogen heeft wat de wens is en hoe die gerealiseerd kan worden. Dit is een vergaande bepaling.

---

<sup>44</sup> RvS 22 augustus 2007, nr. 174.070, Verheyen Graphics.

<sup>45</sup> Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt van 27 januari 2011, COM(2011) 15 definitief, p. 16. Kamerbrief van 7 maart 2012 betreft het Verslag van de Raad voor Concurrentievermogen van 20-21 februari 2012. Zie ook B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, “Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe Aanbestedingsrichtlijnen”, *TBR* maart 2012 (nr. 3) p. 238.

<sup>46</sup> Considerans 42 Preambule Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>47</sup> Artikel 2.30 Aanbestedingswet 2012.

<sup>48</sup> Artikel 26 lid 4.



De toegang tot de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kent in tegenstelling tot de mededingingsprocedure nauwelijks verruiming en blijft beperkt tot restrictief uit te leggen uitzonderingsgevallen. Net zoals in de Aanbestedingswet 2012<sup>49</sup> kan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking alleen worden toegepast in een aantal gevallen, onder andere als in een eerdere aanbesteding geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend of als een bepaalde opdracht (bijvoorbeeld vanwege het auteursrecht) maar door één ondernemer kan worden uitgevoerd.<sup>50</sup>

In lid 2, sub a van art 32 van de nieuwe Richtlijn wordt in aanvulling tot de Aanbestedingswet 2012 nog een toelichting gegeven op de gevallen waarin de inschrijving of een verzoek tot deelname ongeschikt is. De inschrijving wordt ongeschikt bevonden als zij niet relevant is voor de opdracht, omdat zij, zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. Een verzoek tot deelname wordt niet geschikt geacht wanneer de betrokken onderneming kan worden uitgesloten, of niet aan de door de aanbestedende dienst bepaalde selectiecriteria voldoet.

Verder is de in art. 2.35 Aanbestedingswet 2012 opgenomen bepaling waarin de mogelijkheid wordt geboden om de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen bij aanvullende werken of diensten in de nieuwe Richtlijn in art. 32 vervallen. Dit artikel is opgenomen in artikel 72 sub b welk gaat over onvoorziene omstandigheden.

### Conclusie

De verruiming die de mededingingsprocedure met bekendmaking met zich brengt ten opzichte van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, juist vanwege het op innovatie gerichte karakter daarvan, is een welkome toevoeging. Auteurs adviseren daarom deze procedure integraal over te nemen in de Aanbestedingswet 2012. Wij adviseren wel om aanbestedende diensten te vragen met deze bepaling terughoudend om te gaan. Dit artikel houdt immers een aanzienlijke versoepeling in omdat straks – mocht dit artikel worden overgenomen - voor alles waarvoor geen standaardproduct beschikbaar is in de markt, de mededingingsprocedure met bekendmaking mag worden ingezet. Het risico is dat deze procedure te pas en te onpas kan worden gebruikt door aanbestedende diensten. Het is dan voor inschrijvers lastiger om na te gaan wat exact van ze gevraagd wordt en of ze daadwerkelijk eerlijk en netjes behandeld worden. Aan te raden is daarom om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om een nationale inkleuring te geven aan deze versoepeling door bijvoorbeeld het introduceren van een definitie van het begrip ‘niet kunnen voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van de gemakkelijk beschikbare oplossingen.’

Met betrekking tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wordt geadviseerd om de bepaling hieromtrent in de Aanbestedingswet 2012 te handhaven. En om art. 2.35 te laten vervallen en art. 72 sub b van de nieuwe Richtlijn over te nemen.

---

<sup>49</sup> Artikelen 2.32, 2.33, 2.34 en 2.36 Aanbestedingswet 2012.

<sup>50</sup> Zie artikel 32, lid 2 tot en met 5, Richtlijn 2014/24/EU.

## IV SOCIALE EN ANDERE SPECIFIEKE DIENSTEN<sup>51</sup>

### Introductie:

In de nieuwe Richtlijn komt het onderscheid tussen overheidsopdrachten voor IIA- en IIB-diensten te vervallen. In plaats daarvan maakt Richtlijn 2014/24/EU grofweg onderscheid tussen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten voor (i) diensten, (ii) uitgezonderde dienstenopdrachten (zie art. 10) en (iii) sociale en andere specifieke diensten. Voor die laatste categorie diensten, die in Bijlage XIV zijn opgesomd, introduceert Richtlijn 2014/24/EU een nieuwe “lichte regeling”, voor zover de drempel van € 750.000,- ex BTW wordt overschreden.<sup>52</sup>

### Bepalingen inzake sociale en andere specifieke diensten in de nieuwe Richtlijn:

Deze nieuwe “lichte regeling” staat in Titel III, hoofdstuk I, artikelen 74 t/m 77 van Richtlijn 2014/24/EU.

### Waarom deze nieuwe lichte regeling?

Voor het antwoord op deze vraag moeten we te rade gaan in de considerans van de nieuwe Richtlijn en wel in nr. 114. Daarin staat dat deze categorie diensten vanwege hun aard nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie heeft. Daarbij gaat het met name om diensten aan personen, zoals sociale diensten, gezondheidszorg en onderwijs. Deze diensten worden volgens de Europese wetgever verstrekt binnen een bijzondere context die sterk varieert tussen de diverse lidstaten, ten gevolge van verschillende culturele tradities. Daarom moet hiervoor een specifieke regeling worden ingevoerd, met een drempel die hoger is dan die voor andere diensten.

### Toetsing aan de Aanbestedingswet 2012:

De Aanbestedingswet 2012 bevat voor bovendrempelige overheidsopdrachten voor IIB-diensten een speciale regeling, die te vinden is in de artikelen 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012. Daarbij gaat het om de procedure voor B-diensten die in wezen de (her-) implementatie vormt van het verlichte aanbestedingsregime van artikel 21 Richtlijn 2004/18/EG. Daarnaast zijn op bovendrempelige overheidsopdrachten voor B-diensten o.a. de beginselen bij Europese aanbestedingen van toepassing, zoals opgenomen in de artikelen 1.7 t/m 1.10 Aanbestedingswet 2012.

Gelet op de dwingende bewoordingen van de artikelen 74 t/m 77 van de nieuwe Richtlijn heeft Nederland in zoverre géén implementatievrijheid. Dit betekent dat overheidsopdrachten voor diensten die in Bijlage XIV worden genoemd en die een waarde van € 750.000,- of meer hebben, straks in overeenstemming met de regels van Titel III, hoofdstuk I zullen moeten worden gegund/aangebested. De Aanbestedingswet 2012 zal hierop moeten worden aangepast, aangezien deze nieuwe “lichte regeling” daarin ontbreekt.

---

<sup>51</sup> Auteurs: S. Mutluer, M.L.C. de Jonge, A.L. Appelman en M.J. Mutsaers.

<sup>52</sup> Zie art. 74 jo art. 4.

## De nieuwe “lichte regeling” nader beschouwd:

Wat houdt deze nieuwe “lichte regeling” precies in?

Samengevat houdt deze regeling in, dat aanbestedende diensten vooraf een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad moeten plaatsen.<sup>53</sup> Binnen de door de lidstaat te stellen grenzen mogen zij vervolgens zelf bepalen welke procedure zij willen volgen, zolang zij daarbij de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling eerbiedigen.<sup>54</sup> Ook zijn zij verplicht om de gegunde opdracht achteraf bekend te maken. Op die manier moet worden gewaarborgd dat opdrachten voor dit soort diensten over de gehele EU transparant verlopen.<sup>55</sup>

## Welke implementatieverplichtingen en -opties bevat de nieuwe “lichte regeling”?

Als het gaat om de verplichte aankondiging vooraf van dit soort opdrachten, komt de lidstaten géén implementatievrijheid toe. Dit vloeit voort uit de dwingende manier waarop art. 75 is geformuleerd. Dit betekent dat de Aanbestedingswet 2012 hierop zal moeten worden aangepast.

De lidstaten komt wél implementatievrijheid toe, als het gaat om de nadere regels die gelden voor het (proces van) gunnen van dit soort opdrachten. Deze regels zullen ervoor moeten zorgen dat aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijkheid naleven. Het staat de lidstaten blijkens art. 76 lid 1 in beginsel verder vrij de procedureregels te bepalen, mits deze regels de aanbestedende diensten de mogelijkheid geven rekening te houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten. Ook hierop zal de Aanbestedingswet 2012 naar onze mening moeten worden aangepast. Al was het maar omdat hoofdstuk 1.2 van de Aanbestedingswet 2012, waarin de beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden zijn vastgelegd, niet ook expliciet gelden voor deze nieuwe categorie sociale en andere specifieke diensten met een waarde van meer dan € 750.000,--.

Opvallend is het tweede lid van art. 76: de lidstaten zorgen ervoor, dat aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de noodzaak de kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid en volledigheid van de diensten, de specifieke behoeften van verschillende categorieën gebruikers, met inbegrip van achtergestelde en kwetsbare groepen, de betrokkenheid en inspraak van gebruikers en de innovatie te verzekeren. In zoverre komt de lidstaten ter zake dus géén implementatiebevoegdheid toe en zal een en ander wettelijk moeten worden verankerd, voor zover daar nog geen sprake van is in de Aanbestedingswet 2012 en/of andere wetten.

Op grond van art. 76 lid 2 kunnen de lidstaten ook bepalen dat de keuze van de dienstenaanbieder geschiedt op basis van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding, rekening houdend met de kwaliteits- en duurzaamheidscriteria voor sociale diensten. Zie in dit verband ook art. 67 lid 2, waarin staat dat de lidstaten voor alle of bepaalde categorieën aanbestedingen kunnen bepalen dat de prijs niet als enige gunningscriterium mag worden gehanteerd.

---

<sup>53</sup> Zie art. 75 lid 1.

<sup>54</sup> Zie art. 76 lid 1.

<sup>55</sup> Zie de considerans, nr. 114.

Voor een aantal specifiek benoemde diensten geldt tot slot dat de lidstaten kunnen bepalen dat aanbestedende diensten deze mogen voorbehouden aan bepaalde organisaties voor een periode bij toerbeurt van maximaal 3 jaar. Daarbij gaat het onder andere om: administratieve diensten voor gezondheidszorg, diensten voor de terbeschikkingstelling van huishoudelijke hulp, verpleegkundig en medisch personeel en diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijk werk. Een dergelijke organisatie moet voldoen aan bepaalde eisen, zoals het hebben van een specifieke doelomschrijving, winstbestemming en beheers- en eigendomsstructuur.

#### Hoe zou Nederland met die opties kunnen/moeten omgaan?

Zoals opgemerkt zal in de Aanbestedingswet 2012 in ieder geval expliciet moeten worden vastgelegd dat opdrachten voor de onderhavige categorie diensten vooraf moeten worden aangekondigd en dat deze in overeenstemming met de beginselen van aanbestedingsrecht moeten worden gegund. Immers, dergelijke expliciete bepalingen ontbreken nu in de wet, terwijl deze "lichte regeling" in de plaats treedt van het huidige verlichte regime. In zoverre volstaan de artt. 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 dan ook niet.

Overwogen zou kunnen worden om de stappen, die art. 2.39 lid 1 Aanbestedingswet 2012 voor de B-procedure voorschrijft, te handhaven bij wijze van procedureregels voor de gunning van dit soort diensten. Deze stappen zouden dan bijvoorbeeld kunnen worden aangevuld met de bepaling dat aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten, en de in art. 76 lid 2 genoemde aspecten.

Naar onze mening zou het de flexibiliteit ten goede komen, wanneer er géén absolute verplichting komt om dit soort opdrachten op basis van de emvi te gunnen. Dat spoort in zoverre ook met het huidige uitgangspunt van art. 2.114 Aanbestedingswet 2012. Met dien verstande dat die bepaling strikt genomen niet van toepassing is op IIB-diensten en onderdrempelige opdrachten. Desgewenst zou de wetgever er daarom voor kunnen opteren om de principeverplichting tot gunning op basis van emvi ook te laten gelden voor dit soort opdrachten. Art. 67 lid 2 van de nieuwe Richtlijn biedt de lidstaten die mogelijkheid.

Tot slot zit deelwerkgroep 2 vooralsnog op de lijn, dat de mogelijkheid van art. 77 om de deelname aan procedures voor het plaatsen van de aldaar genoemde specifieke diensten voor te behouden aan bepaalde organisaties, beter niet kan worden overgenomen. Dit vanwege de onduidelijkheden in deze bepaling, waaronder de verhouding tot de figuur van het alleenrecht, het risico dat de werknemers van een dergelijke organisatie na 3 jaar overgaan naar een andere onderneming en de mogelijk daarmee gepaard gaande negatieve effecten.

## V PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING<sup>56</sup>

### Introductie:

Het belang van publiek-publieke samenwerking, als uitzondering op het aanbestedingsrecht, is de afgelopen jaren sterk toegenomen.<sup>57</sup> Deze trend kan verklaard worden door de bewustwording van het feit dat de markt - zelfs na het initiëren van mededinging - niet altijd de gewenste diensten kan leveren. De financiële crisis zorgt er daarnaast voor dat overheden - meer nog dan voorheen - genoodzaakt zijn om hun financiële middelen op een effectieve manier te besteden.<sup>58</sup> In aanvulling daarop, zorgt het huidige overheidsbeleid, dat streeft naar een 'compacte' overheid voor zowel diensten van algemeen belang als ondersteunende diensten, voor een verhoging van het gebruik van publiek-publieke samenwerking.<sup>59</sup> Publiek-publieke samenwerking, als inbestedingsvorm, vindt plaats op alle lagen van de Nederlandse overheid, maar vooral op decentraal niveau wordt deze uitzondering veel gebruikt.<sup>60</sup> Samenwerkingsverbanden zijn onder andere zichtbaar bij gemeenten op het gebied van de gezondheidszorg<sup>61</sup> en het ophalen van huishoudelijk afval<sup>62</sup>, en bij de Waterschappen wordt samengewerkt om hun wettelijke taken uit te voeren, zoals het onderhoud van de dijken of het garanderen van schoon drinkwater. Naast deze publieke taken, worden ondersteunende diensten zoals ICT of grafisch drukwerk ook in samenwerking voorzien door 'shared servicecentra'.<sup>63</sup>

### Huidig juridisch kader:

Om tot toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht te komen is onder andere vereist dat er sprake is van gunning van een overheidscontract tussen twee afzonderlijke entiteiten.<sup>64</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) heeft sinds 1999 actief bijgedragen aan de ontwikkeling van drie uitzonderingen – zuiver inbesteden, institutionele samenwerking en

---

<sup>56</sup> Auteurs: W.A. Janssen, K. Kliphuis en D. van Laerhoven.

<sup>57</sup> In Nederland werd een toename van samenwerkingsverbanden tussen overheden gerapporteerd in 2010. Er waren toen 698 publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden en 1022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Visienota: Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden*, 11 november 2011, p. 5. In Europa stond het onderwerp vanaf het begin van de ingezette modernisering van het Europese aanbestedingsrecht ook hoog op de agenda. Europese Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten; naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, Brussel, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitief, p. 23.

<sup>58</sup> E.R. Manunza, "Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten", in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, p. 111-120.

<sup>59</sup> Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Visienota Bestuur en Bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden*, 10 November 2011.

<sup>60</sup> Recentelijk is ook op nationaal niveau de inbestedingsproblematiek weer op de kaart gezet ten aanzien van schoonmaak diensten en beveiliging diensten binnen de overheid. Zie: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Reactie op verzoek lid Schouw en beantwoording Kamervragen*, 26 april 2013. Naar aanleiding hiervan: M. Chavannes, 'Inbesteden: Welkom bij de verwarde overheid,' NRC 16 november 2013.

<sup>61</sup> Wet maatschappelijke ondersteuning, Stb. 2006, 351.

<sup>62</sup> Art. 10.21 Wet Milieubeheer, Stb. 1979, 442.

<sup>63</sup> Rb. Utrecht, 14 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BG9524.

<sup>64</sup> Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

non-institutionele samenwerking – die ervoor zorgen dat ondanks gunning van een overheidsopdracht tussen twee entiteiten er toch geen sprake is van ‘afzonderlijke entiteiten’.<sup>65</sup> Hierdoor kan publiek-publieke samenwerking worden uitgezonderd van een eventuele aanbestedingsplicht. Tot op heden hebben Nederlandse rechters deze uitzonderingen - gecreëerd door het Hof - consistent toegepast, waardoor samenwerkingsverbanden die werden aangevochten door derde partijen in stand konden blijven.<sup>66</sup>

#### Nieuwe Richtlijn: bredere toepasbaarheid publiek-publieke samenwerking:

Ondanks de uitgebreide jurisprudentie van het Hof bleef er een wens bestaan, zowel vanuit marktpartijen als overheden, voor verdere verduidelijking van de criteria waaronder publiek-publieke samenwerking kan plaatsvinden.<sup>67</sup> De nieuwe Richtlijn overheidsopdrachten tracht dan ook bij te dragen aan meer rechtszekerheid op dit gebied.<sup>68</sup> Artikel 11 van deze richtlijn bestendigt het bestaan van het alleenrecht.<sup>69</sup> Artikel 12 van deze richtlijn codificeert hoofdzakelijk de bestaande rechtspraak door deze integraal over te nemen, maar zorgt in aanvulling daarop voor enkele verduidelijkingen. Het percentage van commerciële activiteiten dat een samenwerking – zowel institutioneel als non-institutioneel - mag uitvoeren is vastgesteld op 20%, welke bij het voorstel van de Commissie nog op 10% stond.<sup>70</sup> Verder is verduidelijkt dat institutionele samenwerking ook ten aanzien van diensten buiten het algemeen belang, zoals ICT en catering, kan plaatsvinden.<sup>71</sup> De reikwijdte van dit artikel is daarnaast verbreed door overheidscontracten gegund aan gecontroleerde ‘zuster’ entiteiten

---

<sup>65</sup> De jurisprudentie van het Hof tot op heden kan als volgt kort worden samengevat. Bij zuivere inbesteden wordt een opdracht aan een eigen afdeling gegund, waarbij de gunning volledig intern is. Op basis van de jurisprudentie kunnen de volgende criteria worden geïdentificeerd om publiek-publieke samenwerking uit te zonderen van het aanbestedingsrecht. Bij institutionele samenwerking - in een aparte entiteit - dient voldaan te worden aan de *Teckal*-criteria: (1) De aanbestedende dienst oefent toezicht uit als ware het een eigen onderdeel en (2) de gecontroleerde partij verricht het merendeel van zijn werkzaamheden voor die aanbestedende dienst. HvJ EG van 18 november 1999, C-107/98. Toezicht kan daarnaast gezamenlijk plaatsvinden. C-324/07 van 13 november 2008, *Coditel*. Zie voor verdere uitwerking van deze criteria: C-573/07 van 10 september 2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponte Nossia*; C-196/08 van 15 oktober 2009, *Acoset SpA*. Bij non-institutionele samenwerking - zonder apart entiteit - wordt vereist dat (1) bij de overeenkomst alleen aanbestedende diensten betrokken zijn, (2) er geen deelneming van privékapitaal is, (3) de overeenkomst als eigenschap heeft dat het gaat om een echte samenwerking die, anders dan bij een normale overheidsaanbesteding, de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft; en (4) hun samenwerking alleen berust op overwegingen die verband houden met het openbaar belang. C-480/06 van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland*. Zie ook: C-159/11 van 19 december 2012, *ASL di Lecce*.

<sup>66</sup> HR 18 november 2011, LI:NL:HR:2011:BU4900 en Hof ‘s-Gravenshage 15 December 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928.

<sup>67</sup> Europese Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten; naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, Brussel, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitief, p. 23.

<sup>68</sup> Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, L 94/65, Preambule 31.

<sup>69</sup> In het concept van de Richtlijn zoals die door de commissie is gepubliceerd was het alleenrecht niet opgenomen. In de toelichting wordt deze wijziging niet uitgelegd. In de vastgestelde richtlijn is het alleenrecht weer teruggekomen.

<sup>70</sup> Art. 12 sub 1(b) en 4(c).

<sup>71</sup> Art. 12 sub 1.

of controlerende ‘moeder’ entiteiten ook binnen de reikwijdte van dit artikel te laten vallen.<sup>72</sup> De meest in het oog springende wijziging betreft privaat kapitaal dat onder bepaalde voorwaarden wordt toegestaan bij institutionele samenwerkingen, waarmee een einde komt aan de resolute verwerping door het Hof van private deelname.<sup>73</sup> Over het algemeen kan geconcludeerd worden dat de codificatie van de jurisprudentie en de gemaakte wijzigingen zorgen voor een bredere toepasbaarheid van publiek-publieke samenwerking dan voorheen mogelijk was op basis van de jurisprudentie.<sup>74</sup>

#### Toetsing aan Aanbestedingswet 2012:

Afgezien van het alleenrecht, bevat de Aanbestedingswet 2012 momenteel geen juridische basis waarop deze publiek-publieke samenwerkingen kunnen plaatsvinden.<sup>75</sup> De Nederlandse wetgever zal art. 12 Richtlijn overheidsopdrachten dan ook moeten implementeren in de Aanbestedingswet 2012.

#### Advies: aanvullend beleid noodzakelijk:

Artikel 12 betreft minimum harmonisatie vanuit de Europese Unie. Dit betekent niet alleen dat deze uitzonderingen geïmplementeerd moeten worden in de Nederlandse rechtsorde, maar ook dat er ruimte is voor aanvullend nationaal beleid, zolang aanvullingen stroken met de gedachten van dit artikel en niet strijdig zijn met de Richtlijn zelf of ander EU recht. Gezien het groeiende belang van publiek-publieke samenwerking, en het daarmee toegenomen gebruik van deze uitzondering in het aanbestedingsrecht, noopt de uitbreiding van de reikwijdte van dit artikel tot aanvullend beleid in Nederland. Een vergroting van de reikwijdte van artikel 12 is niet per definitie problematisch, maar er is een spanningsveld tussen deze uitzonderingen en de doelen van het aanbestedingsrecht.

Aanvullend beleid is ons inziens in ieder geval nodig ten aanzien van kernbegrippen gerelateerd aan publiek-publiek samenwerken, omdat de gewenste rechtszekerheid met het huidige artikel 12 slechts gedeeltelijk wordt bereikt. Het geven van verheldering ten aanzien van begrippen als privaat kapitaal,<sup>76</sup> zowel direct als indirect, het toezichtcriterium,<sup>77</sup> of

---

<sup>72</sup> Art. 12 sub 2. Gezien de complexiteit van deze materie en de uitbreiding van de reikwijdte van dit artikel, lijkt een verdere uitbreiding van dit artikel naar gecontroleerde ‘neven of nichten’ of controlerende ‘oom of tante’ entiteiten niet wenselijk.

<sup>73</sup> Art. 12 sub 1(c) en 3 (c). Zie voor het standpunt van het Hof in C-26/03 van 11 januari 2005, *Stadt Halle*, 11.

<sup>74</sup> Zie hiervoor ook: J. Wiggen, ‘*Public procurement law and public-public co-operation: reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission’s Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive*’, PPLR 2012.

<sup>75</sup> Art. 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012.

<sup>76</sup> Verandert bijvoorbeeld de beoordeling van de aanwezigheid van privaat kapitaal bij non-institutionele samenwerking als dit kapitaal gehouden wordt door een private of non-profit entiteit die publieke belangen behartigt of nastreeft op bijvoorbeeld het sociale vlak? Zie hiervoor: A-G Trstenjak in C-324/07 op 4 juni 2008, voetnoot 31.

<sup>77</sup> Wat is de rol van het juridische instrument (contract of wet) dat de relatie tussen de aanbestedende dienst en de mogelijk gecontroleerde entiteit beheerst, bij de beoordeling van het toezichtcriterium? In *Asemfo* leek het strikte juridisch kader waarin *Asemfo* functioneerde namelijk de doorslag te geven bij deze beoordeling. In *Commissie/Duitsland*, stelde A-G Mazák dat de contractuele relatie tussen de Landkreise en de stad Hamburg zorgden voor feit dat de Landkreise geen controle konden uitoefenen. Zie: A-G Mazák in C-480/06 op 19 februari 2009, par 44.

bijvoorbeeld de berekening van het commerciële gedeelte van samenwerkingsverbanden, zal de rechtszekerheid en de naleving van de aanbestedingsregels ten goede komen.

Daarnaast zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar het gebruik van de uitzonderingen neergelegd in de artikelen 11 en 12 Richtlijn overheidsopdrachten, met name naar de besluitvorming voorafgaand aan de keuze om de uitvoering van een dienst in of uit te besteden. Binnen overheden behoort deze keuze momenteel tot het politieke primaat.<sup>78</sup> Wanneer er bij decentrale overheden sprake is van een deelneming dan is deze toets verzaamd doordat een ander (hoger) politiek orgaan deze keuze binnen hele beperkte kaders toetst.<sup>79</sup> Doordat deze keuze is voorbehouden aan de politiek kunnen vergelijkbare diensten bij verschillende overheden op verschillende manieren worden uitgevoerd. De vraag is of dit een wenselijke uitkomst is of dat er meer uniformiteit zou moeten komen.

Manunza en Janssen stellen bijvoorbeeld dat deze keuze voor een publiek-publieke samenwerking vooraf gegaan zou moeten worden door een belangenafweging, waarin op basis van objectieve en transparante criteria een keuze wordt gemaakt tussen marktuitlevering en overheidsuitvoering van een dienst. Hiermee dient voorkomen te worden dat overheidsopdrachten ondoelmatig en ineffectief worden inbesteed.<sup>80</sup> Aan de andere kant kunnen er andere argumenten zijn dan doelmatigheid en effectiviteit in het licht van professionele inkoop, bijvoorbeeld ten aanzien van politieke sturing op bepaalde projecten. Aan de hand van de uitkomsten zou eventueel richting kunnen worden gegeven aan de vraag wanneer in ieder geval een publiek-publieke samenwerking kan worden gestart.

---

<sup>78</sup> De discretionaire ruimte van overheden om te kiezen tussen in of uitbesteding van een dienst hoeft overigens geen gegeven te zijn. Inspiratie voor aanvullend beleid kan bijvoorbeeld gevonden worden in de Verenigde Staten waar de keuze om een dienst uit te laten voeren door de markt of door de overheid onderworpen is aan een voorafgaande 'toets'. De toepassing van een dergelijke toets is neergelegd in de US Federal Activities Reform Act 1998, waarin uitvoering door de markt of door de overheid op basis van objectieve en transparante criteria kan worden vergeleken. Deze wet verplicht de overheid om jaarlijks een lijst te publiceren waarin wordt aangekondigd welke diensten zij van plan is zelf uit te voeren.

<sup>79</sup> Zie voor gemeente artikel 160 lid 2 en lid 3, waarin in het derde lid staat de gedeputeerde staten alleen haar goedkeuring kan onthouden wegens strijd met het recht of het algemene belang.

<sup>80</sup> Manunza 2010, p. 118. W.A. Janssen, 'Public Procurement Law and In-house Delivery of Public Services: Improving a Paradox', in *When Private Actors contribute to Public Interests*, NILG series (forthcoming 2014). Het belang hiervan werd ook recentelijk nog bevestigd. Zie Eerste Kamer der Staten Generaal, *Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten*, vergaderjaar 2012–2013, C, A.



## VI PERCELEN<sup>81</sup>

### Introductie:

In Richtlijn 2004/18/EG is enkel opgenomen dat een opdracht in percelen kan worden onderverdeeld, hoe de waarde van de opdracht met percelen moet worden bepaald<sup>82</sup> en dat enkele kleine percelen rechtstreeks kunnen worden gegund.<sup>83</sup> De Nederlandse wetgever heeft dit in de Aanbestedingswet 2012 uitgebreid met een “splitsingsgebod.”<sup>84</sup> De nieuwe Richtlijn introduceert naast een soort splitsingsgebod ook wettelijke grondslagen voor een maximum aantal te gunnen percelen aan één inschrijver<sup>85</sup> en de mogelijkheid om naast losse percelen ook de gehele opdracht in één keer te gunnen, mocht dit economisch voordeliger zijn.<sup>86</sup> Hoewel dit ogenschijnlijk nieuwe regelingen zijn, is het de vraag in hoeverre daar in de praktijk al mee wordt gewerkt.

### Waarom zijn deze artikelen opgenomen in de nieuwe Richtlijn:

Regelingen over percelen zijn op twee plekken in de nieuwe Richtlijn opgenomen.<sup>87</sup> Hiermee continueert de Europese wetgever het door hem ingezette beleid. In Richtlijn 2004/18/EG had hij namelijk ook al bepalingen opgenomen over percelen. Ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG gaat de Europese wetgever thans echter verder, door meer regelingen op te nemen. Doelstelling hierachter lijkt te zijn dat het aanbestedingsbeleid en de aanbestedingsregelgeving meer aangepast moeten zijn op het MKB.<sup>88</sup>

Het MKB moet volgens de Europese wetgever meer toegang krijgen tot overheidsopdrachten. Hij verwijst daarvoor naar het werkdocument van de Europese Commissie uit 2008.<sup>89</sup> Om deze doelstelling te kunnen bereiken dienen aanbestedende diensten naar eigen goeddunken opdrachten te kunnen opdelen in percelen, waarbij een voorafgaande motiveringsverplichting er wel voor kan zorgen dat aanbestedende diensten daar niet al te lichtvaardig mee omgaan.<sup>90</sup>

Dat neemt niet weg dat er mogelijkheden moeten zijn voor aanbestedende diensten om het maximaal aantal percelen dat een onderneming kan winnen te limiteren. Zo is het mogelijk te voorkomen dat relatief kleine ondernemingen opdrachten binnenslepen waarvan bij voorbaat vast staat dat zij door de omvang niet kunnen uitvoeren.<sup>91</sup> Daarnaast kan het ook voordeliger

---

<sup>81</sup> Auteurs: P.J. Velthuis, M.J. Mutsaers en A.L. Appelman.

<sup>82</sup> Art. 9 lid 5 sub a, eerste alinea Richtlijn 2004/18/EG en art. 9 lid 5 sub b, eerste alinea Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>83</sup> Art. 9 lid 5 sub a, tweede alinea Richtlijn 2004/18/EG en art. 9 lid 5 sub b, derde alinea Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>84</sup> Art. 1.5 Aanbestedingswet 2012.

<sup>85</sup> Art. 46 lid 2.

<sup>86</sup> Art. 46 lid 3.

<sup>87</sup> Art. 5 leden 8 t/m 10 en art. 46.

<sup>88</sup> Considerans, nr. 78.

<sup>89</sup> Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie d.d. 25 juni 2008, *Europese Code voor beste praktijken bij het faciliteren van toegang tot overheidsaanbestedingen voor het MKB*, SEC (2008) 2193.

<sup>90</sup> Considerans, nr. 78.

<sup>91</sup> Considerans, nr. 79.

zijn voor de aanbestedende dienst wanneer één onderneming de gehele opdracht uitvoert. In een dergelijke situatie moet het de aanbestedende dienst vrijstaan om de gehele opdracht – en dus perceelsgewijs – te gunnen aan één partij.<sup>92</sup>

#### Toetsing aan Aanbestedingswet 2012:

Artikel 46 lid 1 van de nieuwe Richtlijn geeft als hoofdregel dat opdrachten in percelen moeten worden verdeeld. Gebeurt dat niet, dan moet dit ofwel worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken, ofwel achteraf in het proces-verbaal van aanbesteding. Belangrijk detail bij deze motivering is dat de aanbestedende dienst deze motivering autonoom opstelt, zonder dat daar enig administratief of rechtelijk toezicht op uitgeoefend zou mogen worden.<sup>93</sup> Hoe dit laatste zich precies verhoudt tot de huidige – zij het marginale – toetsing door de rechter van de voorafgaande motivering,<sup>94</sup> is auteurs niet helemaal duidelijk. Deze overweging uit de considerans lijkt namelijk te impliceren dat de keuze voor het al dan niet opdelen in percelen niet voor rechterlijke toetsing vatbaar zou zijn. Auteurs kunnen zich niet voorstellen dat dit werkelijk de bedoeling is van de Europese wetgever.

Bij de invoering van de Aanbestedingswet 2012 is gesteld dat motivering *vooraf*, in de aanbestedingsstukken, de voorkeur verdient. Enerzijds om toetsing mogelijk te maken, anderzijds om begrip te kweken bij inschrijvers.<sup>95</sup> Blijkens adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts mag deze motivering ook zijn opgenomen in een nota van inlichtingen.<sup>96</sup>

Motivering achteraf biedt – naar de mening van de auteurs – onvoldoende waarborgen aan inschrijvers. Auteurs pleiten er derhalve voor om deze mogelijke motivering achteraf niet over te nemen in de Nederlandse implementatie. Dit is mogelijk aangezien het hier gaat om minimumharmonisatie en derhalve strengere regels kunnen worden geïmplementeerd. Daarnaast kan ook op grond van lid 4 van artikel 46 ervoor worden gekozen om de regel dat achteraf gemotiveerd mag worden niet te implementeren.

#### *Beperking aantal percelen per inschrijver*

Lid 2 van artikel 46 staat aanbestedende diensten toe om het maximale aantal percelen dat aan één inschrijver wordt gegund te beperken. In de aanbestedingspraktijk wordt beperking van het maximale aantal percelen per inschrijver al regelmatig gebruikt,<sup>97</sup> hoewel dit onder Richtlijn 2004/18/EG mogelijk niet was toegestaan. Het stellen van een maximum als genoemd past immers niet binnen het “gesloten” systeem van gunningscriteria, omdat dit met zich zou kunnen brengen dat op een of meerdere percelen niet aan de inschrijver met de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving worden gegund.

---

<sup>92</sup> Considerans, nr. 79.

<sup>93</sup> Considerans, nr. 78.

<sup>94</sup> Zie bijvoorbeeld Advies nr. 43 van de Commissie van Aanbestedingsexperts d.d. 23 januari 2014 en Vzr. Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763.

<sup>95</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 32 440, nr. 47, p. 2.

<sup>96</sup> Advies nr. 53 van de Commissie van Aanbestedingsexperts d.d. 24 januari 2014.

<sup>97</sup> Zie bijvoorbeeld vzr. Rb 's-Gravenhage 22 februari 2013, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6759.

### *Combinaties van percelen*

Het derde lid van artikel 46 bepaalt dat de lidstaten ervoor mogen kiezen om inschrijven op combinaties van percelen toe te staan. Ook hier geldt dat dit in de praktijk reeds gebeurt,<sup>98</sup> ook al is daarvoor nog geen expliciete aanbestedingsrechtelijke grondslag.

Wel verdient daarbij opmerking dat aanbestedende diensten goed moeten weten waar zij aan beginnen. De beoordeling van enerzijds inschrijvingen op losse percelen en anderzijds inschrijvingen op combinaties daarvan, is zeker bij toepassing van het emvi-criterium erg complex. Bovendien kan zich de rangordeparadox zich voordoen indien een van inschrijvingen ongeldig is.<sup>99</sup> Dit noopt tot terughoudendheid bij het toestaan van combinaties van percelen.

Tenslotte staat de mogelijkheid om combinaties van percelen te gunnen op gespannen voet met het splitsingsgebod van artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Als aan inschrijvers wordt toegestaan om op een combinatie van alle percelen in te schrijven, is de verdeling in percelen immers in potentie ongedaan gemaakt. Auteurs bevelen daarom aan om op te nemen dat aanbestedende diensten die gebruik maken van de mogelijkheid combinaties van percelen te gunnen, dit moeten motiveren aan de hand van de in artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 genoemde criteria.

### Conclusies en aanbevelingen:

Artikel 5 leden 8 t/m 10 van de nieuwe Richtlijn kent de Nederlandse wetgever géén keuzemogelijkheden toe. Hij dient deze bepalingen integraal over te nemen. De keuzemogelijkheden die de Nederlandse wetgever heeft zijn vervat in artikel 46. De Nederlandse wetgever dient daar onder andere een keuze te maken tussen wèl of géén splitsingsgebod, motivering vooraf of achteraf, invoeren maximaal aantal te winnen percelen en de mogelijkheid om alle percelen aan één inschrijver te gunnen.

Hoewel de Nederlandse wetgever veel van deze keuzes al heeft gemaakt in de Aanbestedingswet 2012,<sup>100</sup> bevelen auteurs de Nederlandse wetgever aan zorgvuldig gebruik te maken van deze keuzemogelijkheden en daarbij zoveel als mogelijk aansluiting te zoeken bij de reeds gangbare praktijk voor het gunnen van percelen. Auteurs menen dat met name kritisch moet worden gekeken naar de mogelijkheid om in percelen onderverdeelde opdrachten toch aan één inschrijver als één opdracht te gunnen. De facto lijkt dit namelijk te betekenen dat de wens voor betere toegankelijkheid van het MKB tot overheidsopdrachten ongedaan wordt gemaakt. Dat is een situatie die op gespannen voet staat met de doelstelling van bijvoorbeeld artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012.

### Overige aandachtspunten:

- In artikel 5 leden 8 t/m 10 van de nieuwe Richtlijn is het criterium 'gelijktijdig' komen te vervallen;
- Lid 1 van artikel 46 van de nieuwe Richtlijn verwijst naar lid 4 van datzelfde artikel. Die verwijzing lijkt onjuist te zijn; onduidelijk blijft echter waarheen bedoeld is te verwijzen.

<sup>98</sup> Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Haarlem 10 december 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AF1848.

<sup>99</sup> HR 9 mei 2014, ECLI:HR:2014:1078.

<sup>100</sup> Zie bijvoorbeeld art. 1.5 Aanbestedingswet 2012.

## VII UITSLUITING<sup>101</sup>

Artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU bevat regels over uitsluitingsgronden. Het betreft gronden waarop aanbieders in het algemeen van het deelnemen aan overheidsaanbestedingen moeten en kunnen worden uitgesloten. De gronden zien op omstandigheden die de ondernemer betreffen en die diens uitsluiting van deelneming aan aanbestedingen in het algemeen kunnen rechtvaardigen. Het betreft een gesloten stelsel, lidstaten mogen geen andere uitsluitingsgronden vaststellen dan in de richtlijn zijn opgenomen<sup>102</sup>.

### Huidig wettelijk kader

In artikel 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 zijn de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden uit artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG nagenoeg woordelijk overgenomen. Er heeft daarnaast ook een vertaling plaatsgevonden naar het Wetboek van Strafrecht<sup>103</sup> (zie art. 2.86 lid 3 AW).

### Nieuwe richtlijn

Ten opzichte van richtlijn 2004/18/EG en de Aanbestedingswet 2012 worden nieuwe verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden toegevoegd en worden voorts enkele regels inzake de toepassing van uitsluitingsgronden aangepast.

Het artikel introduceert drie nieuwe verplichte uitsluitingsgronden. Ten eerste gaat het om een veroordeling wegens terroristische misdrijven, financiering van terrorisme of strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten (lid 1, sub d en e), ten tweede een veroordeling wegens kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel (lid 1, sub f) en ten derde een veroordeling wegens het niet betalen van belastingen of sociale zekerheidsbijdragen (lid 2).<sup>104</sup> De reeds bestaande uitsluitingsgrond wegens omkoping is uitgebreid met een veroordeling wegens corruptie (lid 1, sub b).

Naar aanleiding van deze toevoegingen zal de lijst met artikelen uit het Wetboek van Strafrecht (art. 2.86 lid 3 AW) moeten worden aangevuld. Daarnaast geldt een verplichting tot uitsluiten van ondernemers die niet hebben voldaan aan hun verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale premies en dit is vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is (lid 2).

De toetsing op de verplichte uitsluitingsgronden breidt zich nu ook uit naar de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de ondernemer en degenen die daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben. In Nederland is hier al deels in voorzien.<sup>105</sup> De Aanbestedingswet spreekt echter van 'bestuurders, vennoten, maten of beheerders', terwijl onder de richtlijn de uitsluitingsgrond bijvoorbeeld ook van

<sup>101</sup> Auteurs: D. van Laerhoven en P.J. Velthuisen.

<sup>102</sup> Zie HJEG C-226/04 en C-228/04 (La Cascina) en C-213/07 (Michaniki).

<sup>103</sup> Die vertaling is niet helemaal zonder gebreken, zie Pijnacker Hordijk: *Aanbestedingsrecht*, Den Haag 2009 (4<sup>e</sup> druk), p. 275 e.v.

<sup>104</sup> Hierbij dient men wel een duidelijk onderscheid te maken dat er enkel sprake is van een imperatieve uitsluiting wanneer er sprake is van een zogeheten veroordelend vonnis. In alle andere gevallen blijft deze uitsluitingsgrond een facultatieve uitsluitingsgrond.

<sup>105</sup> Zie artikel 4.9 lid 2 AW jo. 4.4 lid 2 AW jo. artikel 32 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens

toepassing lijkt te zijn op de raad van commissarissen. Een aanpassing van de Aanbestedingswet op dit punt lijkt noodzakelijk.

Het artikel geeft verder een aantal nieuwe facultatieve uitsluitingsgronden (lid 4), te weten:

- de verplichtingen op gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht bij de uitvoering zijn geschonden (artikel 18 lid 2), aan te tonen door de aanbestedende dienst (sub a)<sup>106</sup>;
- de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging (sub d); wanneer een belangenconflict in de zin van artikel 24<sup>107</sup> niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende middelen (sub e);
- vervalsing mededinging door eerdere betrokkenheid van de onderneming bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen (level playing field) (sub f);
- aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij eerdere opdracht die hebben geleid tot vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties (past performance) (sub g);
- wanneer de ondernemer heeft getracht om het besluitvormingsproces van aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in aanbestedingsprocedure kan bezorgen of om verwijtbaar misleidende informatie te verstrekken die belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing (sub i).

De reeds bestaande uitsluitingsgrond wegens ernstige beroepsfouten is nader gepreciseerd doordat daaraan de voorwaarde verbonden wordt dat door deze beroepsfout de integriteit van de ondernemer in twijfel kan worden getrokken. De begrippen 'integriteit' en 'ernstige beroepsfout' worden bewust niet communautair gedefinieerd.<sup>108</sup> Wel is daarvoor enige richting te vinden in het Forposta-arrest van het Hof van Justitie.<sup>109</sup> Dit arrest geeft echter ook weer dat deze begrippen naar nationaal recht met eerbiediging van de Europese beginselen moeten worden ingevuld.

---

<sup>106</sup> Met het oog op een goede integratie van milieu-, sociale en arbeidseisen in procedures voor overheidsopdrachten is het met name van belang dat de lidstaten en de aanbestedende diensten de nodige maatregelen nemen om te zorgen dat aan deze eisen wordt voldaan (Overweging 37 Richtlijn). Controle op de naleving van deze milieu-, sociale en arbeidseisen moet geschieden in de desbetreffende stadia van de aanbestedingsprocedure. Om die reden is besloten dit tevens op te nemen bij de uitsluitingsgronden (Overweging 40 Richtlijn).

<sup>107</sup> Artikel 24 geeft aan lidstaten de opdracht om ervoor te zorgen dat aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. De bepaling richt zich met name op personeel van aanbestedende diensten betrokken bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure.

<sup>108</sup> Zie overweging 101 van de Richtlijn: "Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen [in] hoeverre er sprake is van een ernstige fout"

<sup>109</sup> Arrest van het Hof van Justitie d.d. 13 december 2012, zaak C-465/11, *Forposta SA & ABC Direct Contact sp. z.oo/Poczta Polska SA*, ECLI:EU:C:2012:801.

In de praktijk blijkt vrij regelmatig discussie te ontstaan over de vraag of sprake is van een ernstige fout.<sup>110</sup> Om duidelijkheid voor de aanbestedingspraktijk te bereiken zou het wenselijk zijn om de begrippen 'ernstige fout' en 'integriteit' nader in te vullen, zeker nu daarvoor bij niet-communautair gedefinieerde begrippen volgens het Hof van Justitie ruimte is.<sup>111</sup>

### *Bewijsmiddelen*

In artikel 59 is bepaald dat ondernemers bij inschrijving of aanmelding slechts het Uniform Europees Aanbestedingsdocument hoeven in te dienen. Dit document bestaat onder andere uit een eigen verklaring dat de uitsluitingsgronden niet op de ondernemer van toepassing zijn.

Voor een aantal uitsluitingsgronden is in de richtlijn een bewijsmiddel opgenomen waarmee de ondernemer kan aantonen dat deze uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is.<sup>112</sup> Het grootste deel van de facultatieve uitsluitingsgronden kent geen voorgeschreven bewijsmiddelen, terwijl voor enkele facultatieve uitsluitingsgronden geldt dat de aanbestedende dienst moet aantonen dat ze van toepassing zijn.<sup>113</sup>

### *Voorwaarden voor toepassing*

Op grond van lid 7 moeten lidstaten de voorwaarden voor toepassing van dit artikel bepalen, met name een maximumduur voor uitsluiting. In de Aanbestedingswet 2012 is hier deels al in voorzien, zie artikel 2.87 lid 2. De hier opgenomen termijn van vier jaar geldt echter enkel voor de ernstige fout. Er moet derhalve nog een regeling komen voor de overige uitsluitingsgronden.

### Keuzemogelijkheden lidstaten

Het artikel kent een zevental keuzemogelijkheden voor lidstaten.

Ten eerste mogen aanbestedende diensten verplicht worden om ondernemers uit te sluiten waarvan de aanbestedende dienst kan aantonen dat ze belastingen of sociale zekerheidsbijdragen niet hebben betaald (lid 2, alinea 2). Bewijsstuk daarvoor is een verklaring van de Belastingdienst.<sup>114</sup> Gevolg van het opleggen van deze verplichting is dat er op de aanbestedende dienst een verplichting komt te rusten om een zelfstandig onderzoek te doen naar het betalingsgedrag van ondernemers<sup>115</sup>. Dit betekent een lastenverzwaring voor de aanbestedende dienst die echter weinig voordeel biedt. Niet goed denkbaar is immers dat in afwijking van een verklaring van de Belastingdienst belastingen of sociale zekerheidsbijdragen niet zijn betaald. Wij adviseren daarom deze keuzemogelijkheid voor lidstaten niet te implementeren.

---

<sup>110</sup> O.a. Rb Den Haag 13-02-2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338, Rb Noord-Nederland 19-03-2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360, Rb Noord-Holland 29-10-2014, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802 en HvJ EU 13-12-2012, C-465/11

<sup>111</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEG zaak C-226/04 en C-228/04 (La Cascina), met name rov. 23 en 25

<sup>112</sup> Zie artikel 60 lid 2

<sup>113</sup> Zie artikel 57 lid 4 sub a, c en d.

<sup>114</sup> Artikel 60 lid 2 sub b

<sup>115</sup> Ook derden (mede-inschrijvers) zullen zich immers op deze uitsluitingsgrond mogen beroepen en kunnen dus aantonen dat hun concurrent niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Dit brengt met zich dat een aanbestedende dienst in het kader van de zorgvuldigheid ook zelf een onderzoek zal moeten doen naar het betalingsgedrag van de inschrijver.

Ten tweede mogen lidstaten voorzien in een afwijking van de verplichte uitsluiting om dwingende redenen van algemeen belang, zoals de volksgezondheid of de bescherming van het milieu (lid 3). Deze mogelijkheid is reeds ingevoerd in de Aanbestedingswet 2012, zie artikel 2.88 sub a. Het betreft een belangrijke uitzondering, die nuttig is voor noodgevallen. Wij adviseren dan ook om deze keuzemogelijkheid te implementeren.

De derde keuzemogelijkheid voor lidstaten is het voorzien in een afwijking van de verplichte uitsluiting bij het niet betalen van belastingen of sociale zekerheidsbijdragen, wanneer die uitsluiting kennelijk onevenredig zou zijn (lid 3, alinea 2). Die uitzondering kan bijvoorbeeld toegepast worden als de onbetaald gebleven bedragen klein zijn. In de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit is het uitgangspunt reeds dat uitsluitingsgronden proportioneel moeten worden toegepast.<sup>116</sup> Een keuzemogelijkheid als deze past goed in dat kader van proportionaliteit, waardoor het aanbeveling verdient deze in nationale regelgeving te implementeren. Aangezien termen als ‘kleine bedragen’ eenvoudig te definiëren zijn, zou het verstandig zijn dit in de nationale regelgeving te doen om rechtsonzekerheid te voorkomen.

Ten vierde mogen lidstaten er voor kiezen om de facultatieve uitsluitingsgronden verplicht te stellen voor aanbestedende diensten (lid 4, alinea 1). Gevolg daarvan is een lastenverzwaring. Ondernemers zullen immers meer moeten bewijzen, aanbestedende diensten moeten meer onderzoeken. Het verplicht stellen doorkruist bovendien de beleidsvrijheid die aanbestedende diensten momenteel hebben, ze kunnen dan immers geen keuze meer maken in de uitsluitingsgronden die in een concrete procedure worden toegepast. Verder staat het verplicht stellen van de facultatieve uitsluitingsgronden op gespannen voet met het proportionaliteitsbeginsel. Het is nu immers regel dat de facultatieve uitsluitingsgronden slechts mogen worden toegepast indien deze relevant zijn voor de betreffende opdracht.<sup>117</sup> Deze afweging in het kader van de proportionaliteit komt te vervallen indien deze uitsluitingsgronden verplicht moeten worden toegepast. Wij adviseren dan ook om deze keuzemogelijkheid niet te implementeren.

Ten vijfde mogen lidstaten voorzien in de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst een failliete of insolvente ondernemer<sup>118</sup> niet hoeft uit te sluiten indien de aanbestedende dienst vaststelt dat deze ondernemer de overeenkomst kan uitvoeren, bijvoorbeeld wegens een doorstart (lid 4, alinea 2). Deze mogelijkheid is in lijn met het proportionaliteitsbeginsel. Doel van deze uitsluitingsgrond is immers om te voorkomen dat een gecontracteerde onderneming de opdracht niet kan uitvoeren. Is de aanbestedende dienst ervan overtuigd dat de onderneming dit wel kan, dan is uitsluiting niet doelmatig en niet proportioneel.<sup>119</sup> Invoering van deze keuzemogelijkheid biedt aanbestedende diensten verder de gelegenheid om ondernemers door een moeilijke periode heen te helpen door alsnog een opdracht te verstrekken. Wij adviseren dan ook om deze keuzemogelijkheid te implementeren.

---

<sup>116</sup> Artikel 2.88 AW, Gids Proportionaliteit p. 31 e.v.

<sup>117</sup> Gids Proportionaliteit, Voorschrift 3.5 A

<sup>118</sup> Zie lid 4 sub b voor de exacte omschrijving, die ruimer is dan hetgeen hier en hierna kortweg ‘faillissement of insolventie’ genoemd wordt.

<sup>119</sup> Zie de laatste alinea van Overweging 101 bij de Richtlijn voor de regel dat facultatieve uitsluitingsgronden proportioneel moeten worden toegepast.

De zesde keuzemogelijkheid is de *verplichting* om failliete of insolvente ondernemers niet uit te sluiten indien de aanbestedende dienst vaststelt dat deze de overeenkomst kunnen uitvoeren (lid 4, alinea 2). Hoewel de *mogelijkheid* om niet uit te sluiten kansen biedt, gaat een *verplichting* volgens ons te ver. Een verplichting zou immers ten eerste betekenen dat de aanbestedende dienst verplicht het risico op zich moet nemen dat de onderneming, die al in staat van faillissement of insolventie verkeert, de opdracht niet meer zal kunnen uitvoeren. Ten tweede is de inschatting of een failliete of insolvente ondernemer een opdracht kan uitvoeren altijd voor discussie vatbaar. Invoering van deze keuzemogelijkheid lijkt daarom weinig voordeel te bieden en praktisch lastig toepasbaar te zijn. Wij adviseren derhalve om deze keuzemogelijkheid niet te implementeren.

De laatste keuzemogelijkheid is de verplichting om ondernemers uit te sluiten die niet gedurende de hele procedure voldoen aan de *facultatieve* uitsluitingsgronden (lid 5, alinea 2). De richtlijn voorziet al in de verplichting om gedurende de hele procedure te toetsen aan de *verplichte* uitsluitingsgronden.<sup>120</sup> Indien deze verplichting ook gaat gelden voor de facultatieve uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst in een concrete aanbesteding van toepassing heeft verklaard, leidt dat tot eenduidige regels voor aanbestedende diensten en ondernemers. Dit is ook redelijk, omdat een facultatieve uitsluitingsgrond dan net als een verplichte uitsluitingsgrond gedurende de gehele procedure niet op een inschrijver van toepassing mag zijn. Om die redenen adviseren wij deze keuzemogelijkheid wel te implementeren.

---

<sup>120</sup> Artikel 57 lid 5 alinea 1. Vergelijk ook artikel 73 sub b voor beëindigingsmogelijkheid van een overeenkomst met een ondernemer op wie bij gunning een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing was.



## VIII ONDERAANNEMING<sup>121</sup>

### Introductie:

Op grond van art. 25 Richtlijn 2004/18/EG kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken, of door een lidstaat worden verplicht de inschrijver te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.<sup>122</sup> Deze mededeling laat de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer (lees: hoofdaannemer) onverlet. Richtlijn 2014/24/EU bevat in art. 71 een nieuwe regeling die een aantal opmerkelijke keuzemogelijkheden voor de lidstaten bevat. De meest in het oog springende is misschien wel die van art. 71 lid 3: de lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst verschuldigde betalingen op verzoek van de onderaannemer en wanneer de aard van de opdracht dit mogelijk maakt, rechtstreeks aan de onderaannemer overmaakt. Zie ook het zevende lid. De implementatie daarvan zou ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor het Nederlandse wettelijk systeem. Het is de vraag of de aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 daarvoor de juiste plaats is.

### Bepalingen die verband houden met onderaanneming in de nieuwe Richtlijn:

Richtlijn 2014/24/EU bevat een aantal, deels nieuwe bepalingen die verband houden met onderaanneming. Zie met name art. 71 inzake onderaanneming, art. 72 lid 1 sub d sub iii) inzake de wijziging van opdrachten gedurende de looptijd en art. 84 lid 1 sub d inzake proces-verbalen van procedures voor het gunnen van opdrachten. Zoals opgemerkt is art. 71 de meest in het oog springende, zodat wij ons daarop in het hiernavolgende zullen richten.

### Waarom is art. 71 in de nieuwe Richtlijn opgenomen?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk de considerans erop na te slaan. Uit nr. 78 kan worden afgeleid dat het de lidstaten volgens de Europese wetgever (ook) vrij moet staan te voorzien in mechanismen voor rechtstreekse betaling aan onderaannemers, indachtig het doel te streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het MKB aan de markt voor overheidsopdrachten. De gedachte achter de andere implementatieopties van art. 71 is blijkens nr. 105 van de considerans de noodzaak om transparant te handelen. Ook bij onderaanneming dient voor enige mate van transparantie te worden gezorgd, omdat aanbestedende diensten dan weten wie aanwezig is op de bouwplaatsen waar te hunnen behoeve werken worden uitgevoerd, etc. Daarom moet worden bepaald dat de verplichting om de vereiste informatie te verstrekken in ieder geval op de hoofdaannemer rust. Verder moeten lidstaten kunnen toelaten of eisen dat de aanbestedende diensten nagaan of onderaannemers zich in één van de situaties bevinden waarin uitsluiting van ondernemers gerechtvaardigd is. Bij toepassing van die maatregelen op onderaannemers moet dan wel worden gezorgd voor samenhang met de op de hoofdaannemers toepasselijke bepalingen, zodat aan het bestaan van verplichte uitsluitingsgronden de eis wordt gekoppeld dat de hoofdaannemer de betrokken

<sup>121</sup> Auteurs: J. Fijneman en M.J. Mutsaers

<sup>122</sup> Andere bepalingen die verband houden met onderaannemers zijn o.a. de artt. 47 lid 2 en 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG.

onderaannemer door een andere onderaannemer vervangt. Verder moet er worden bepaald dat de aanbestedende diensten, wanneer bij controle blijkt dat er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, om vervanging van de onderaannemer kunnen verzoeken. Tot slot moet er volgens de Europese wetgever ook uitdrukkelijk worden bepaald dat de aanbestedende diensten kunnen worden verplicht de vervanging van de betrokken onderaannemer te eisen wanneer de uitsluiting van de hoofdaannemer in dergelijke gevallen verplicht zou zijn.

Tot zo ver een toelichting op de achtergrond van art. 71 van de nieuwe Richtlijn.

#### Toetsing aan de Aanbestedingswet 2012:

De Aanbestedingswet 2012 bevat momenteel in wezen enkel de implementatie van de eerder genoemde bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG.<sup>123</sup> Dat neemt niet weg dat enkele opties die art. 71 van de nieuwe Richtlijn bevat in de Nederlandse aanbestedingspraktijk al min of meer worden toegepast. Denk bijvoorbeeld aan de uitsluiting en vervanging van onderaannemers. De Nederlandse wetgever zal moeten afwegen of het noodzakelijk en/of wenselijk is om genoemde noviteiten uit Richtlijn 2014/24/EU over te nemen. Deelwerkgroep 2 heeft daarover de volgende gedachten.

#### Wat houden de belangrijkste keuzemogelijkheden van art. 71 in en hoe daarmee om te gaan?

Uit art. 71 kunnen volgens ons de volgende belangrijkste aandachtspunten en keuzemogelijkheden voor de lidstaten worden afgeleid.

Het tweede lid bepaalt dat de lidstaten aanbestedende diensten kunnen verplichten inschrijvers te verzoeken in hun inschrijving aan te geven welk deel van de opdracht zij voornemens zijn aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers zij voorstellen. Dit artikellid is reeds geïmplementeerd in de vorm van een *bevoegdheid* van de aanbestedende dienst. Zie immers art. 2.79 Aanbestedingswet 2012. Het is niet noodzakelijk en ook niet wenselijk, want mogelijk disproportioneel, om hier een *verplichting* van te maken. Het lijkt meer in overeenstemming met het proportionaliteitsbeginsel dat de aanbesteder per opdracht een afweging kan/moet maken over de te verstrekken gegevens. Vanuit het perspectief van de inschrijver zou een verplichting tot een onnodige extra administratieve last kunnen leiden.

Het derde lid bepaalt dat de lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst verschuldigde betalingen op verzoek van de onderaannemer en wanneer de aard van de opdracht dit mogelijk maakt rechtstreeks aan de onderaannemer overmaakt. Deze bepaling betreft een contractueel aspect, waarvan de consequenties diep ingrijpen in (de uitgangspunten van) het verbintenissenrecht. Het is goed dat de Europese wetgever deze weg openhoudt, maar in het licht van de Nederlandse verhoudingen ligt het naar de mening van deelwerkgroep 2 toch het meest voor de hand een dergelijke bepaling – indien gewenst – via (forse) aanpassing van het BW te organiseren. Het is niet goed denkbaar hoe deze bepaling via alleen nieuwe Aanbestedingsregelgeving geactiveerd zou kunnen worden.

---

<sup>123</sup> Zie o.a. art. 2.79 Aanbestedingswet 2012. Zie overigens ook art. 7:751 BW inzake hulppersonen.

Lid 5, 1<sup>e</sup> en 2<sup>e</sup> alinea: de regeling uit de eerste alinea zal moeten worden overgenomen in de Nederlandse wet- en regelgeving. Dat maakt de 'keuze' in de tweede alinea feitelijk een non-keuze: de bedoelde gegevens moeten ook op grond van de 1<sup>e</sup> alinea door de hoofdaannemer worden verstrekt.

Ten aanzien van de in lid 5, 5<sup>e</sup> alinea genoemde uitbreidingsopties: het opleggen van een dergelijke *verplichting* aan aanbestedende diensten gaat naar onze smaak te ver (disproportioneel). Het kan beter aan de aanbesteder worden overgelaten om daarin van geval tot geval een afweging te maken.

Lid 6 sub a: deze bepaling lijkt niet relevant voor Nederland, nu ons nationale recht niet voorziet in een mechanisme van hoofdelijke aansprakelijkheid van de onderaannemers en de hoofdaannemer.

Lid 6 sub b: de aanbestedende diensten kunnen door de lidstaten worden verplicht te controleren of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de zin van art. 57 voorhanden zijn. In die gevallen verlangt de aanbestedende dienst dat de ondernemer overgaat tot vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot *verplichte* uitsluiting aan het licht zijn gekomen. Verder kan de aanbestedende dienst eisen of door een lidstaat worden verplicht te eisen dat de ondernemer overgaat tot vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot *niet-verplichte* uitsluiting aan het licht zijn gekomen. Het door lidstaten opleggen van een dergelijke *verplichting* aan de aanbestedende dienst gaat naar onze smaak ook in dit geval te ver. Aanbestedende diensten zouden van geval tot geval moeten kunnen afwegen of het proportioneel is om één en ander te controleren. Aandachtspunt: de verwijzing in de aanhef van lid 6 naar art. 18 lid 2 lijkt niet helemaal goed te sporen met de verwijzing in sub b naar de uitsluitingsronden van art. 57.

Lid 7: de lidstaten kunnen in hun nationale recht voorzien in strengere aansprakelijkheidsvoorschriften of voorschriften betreffende rechtstreekse betalingen aan onderaannemers, bijvoorbeeld door te voorzien in rechtstreekse betalingen aan onderaannemers zonder dat deze aannemers om rechtstreekse betaling moeten verzoeken. Gezien het advies hierboven om de in lid 3 bedoelde regeling niet over te nemen in aanbestedingsregelgeving, geldt dat evenzo voor het bepaalde in lid 7.

Tot slot nog aan aantal andere aandachtspunten die verband houden met onderaanneming.

Art. 72 lid 1 sub d sub iii komt hierop neer dat, wanneer overeenkomstig art. 71 in de mogelijkheid is voorzien dat de aanbestedende dienst zelf de verplichtingen van de hoofdaannemer ten aanzien van zijn onderaannemers opneemt, de vervanging van de aannemer, aan wie aanvankelijk gegund was, door een nieuwe aannemer niet tot een nieuwe aanbestedingsplicht leidt (géén wezenlijke wijziging).

Ingevolge art. 84 lid 1 sub d van de nieuwe Richtlijn zal art. 2.132 sub h Aanbestedingswet 2012 moeten worden aangevuld met de zinsnede: "..., en, indien deze op dat moment bekend zijn, de namen van de voornaamste onderaannemers van de aannemer, in voorkomend geval."