

TBR 2013/40

# De (nieuwe) Aanbestedingswet (Deel 1)

Prof. mr. G.W.A. van de Meent, mr. A. Stellingwerff Beintema en mr. R.S. Damsma<sup>1</sup>

## 1. Aftellen naar de nieuwe Aanbestedingswet

Het was spannend tot het laatste moment, maar op 30 oktober 2012 nam de Eerste Kamer het nieuwe voorstel voor de 'Aanbestedingswet 2012' (hierna: 'Aanbestedingswet') aan.<sup>2</sup> Een week later volgde publicatie in het *Staatsblad*.<sup>3</sup> Een aantal maanden later volgde het Aanbestedingsbesluit.<sup>4</sup> De Aanbestedingswet en het Aanbestedingsbesluit treden gelijktijdig in werking op 1 april 2013 (geen grap).<sup>5</sup> Ook de *Gids Proportionaliteit* en het Aanbestedingsreglement werken 2013 ('ARW 2013') zijn inmiddels gepubliceerd in de *Staatscourant*.<sup>6</sup>

Gelijktijdig zullen de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen<sup>7</sup>, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao')<sup>8</sup>, het Besluit aanbestedingen speciale sectoren ('Bass')<sup>9</sup> en de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden ('Wira')<sup>10</sup> worden ingetrokken. Daarmee zal dan een einde gekomen zijn aan een bijzonder en langjarig wetgevingstraject.

Hierna doen wij een poging om het nieuwe juridische regime zo beknopt mogelijk te beschrijven, waarbij wij ons focussen op de belangrijkste vernieuwingen ten opzichte van het huidige kader. Dit doen we als volgt. Eerst gaan we kort in op het wetgevingstraject (par. 2). Daarna schetsen we in een 'nutshell' het juridische regime (par. 3). Ver-

volgens gaan we in op de Aanbestedingswet. We doen dat in de paragrafen 4 tot en met 6. Gelet op de omvang van dit artikel brengen we na paragraaf 4, waarin we ingaan op de algemene bepalingen (deel 1) van de Aanbestedingswet, een 'knip' aan. In de volgende aflevering van dit tijdschrift gaan we verder met de uitgebreide paragraaf 5 waarin deel 2 van de Aanbestedingswet wordt behandeld en paragraaf 6 waarin we ingaan op het laatste deel van de Aanbestedingswet. De zogenaamde Klachtenregeling aanbesteden komt apart aan bod in paragraaf 7. Ons commentaar hebben we zoveel mogelijk per onderwerp aangegeven, zodat we eindigen met enkele afsluitende conclusies. Wij hebben ons daarbij, omwille van de beperkte ruimte die ons ter beschikking stond, diverse beperkingen moeten opleggen. Zo laten we behandeling van deel 3 met daarin de implementatiebepalingen van de Richtlijn Speciale Sectoren (2004/17/EG)<sup>11</sup> achterwege. Wat betreft de regelgeving die specifiek is voor de speciale sector bedrijven zijn namelijk nauwelijks wijzigingen van betekenis ten opzichte van het huidige kader te vinden. Daarnaast gaan we slechts beperkt in op een deel van het flankerend beleid. Het Aanbestedingsreglement Werken 2013 en de zogenaamde Richtsnoeren Leveringen en Diensten worden enkel kort aangestipt in paragraaf 3. De voor de aanbestedingspraktijk belangrijke *Gids Proportionaliteit* zullen we geïntegreerd behandelen met de Aanbestedingswet. We hebben dit artikel afgesloten op 22 januari 2013. Ontwikkelingen van

1 Gert-Wim van de Meent en Redmar Damsma zijn lid van het aanbestedingsteam van Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam. Anke Stellingwerff Beintema is werkzaam als advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten te Rijswijk. De auteurs zijn Annetie van der Linden, professional support lawyer bij Loyens & Loeff en student-stagiair Michiel Melief erkentelijk voor haar waardevolle inbreng, c.q. zijn goede redactionele ondersteuning.

2 De Tweede Kamer had het wetsvoorstel 32 440 op 14 februari 2012 aangenomen, zie het overzicht van de stemming op: <http://www.eerstekamer.nl/j9370000/1/j9vvhwtbnzpbzcc/vix0cq0mxua0/f=y.pdf>.

3 *Stb.* 2012, 542.

4 *Stb.* 2013, 58.

5 *Stb.* 2013, 57.

6 *Stcrt.* 2013, 2075.

7 Wet van 31 maart 1993, tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten, *Stb.* 1993, 212.

8 Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Stb.* 2005, 408.

9 Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Stb.* 2005, 409.

10 Wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden, *Stb.* 2010, 38.

11 Richtlijn 2004/17/EEG van de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *PbEU* L 134/1.

na deze datum hebben wij slechts in zeer beperkte mate meegenomen.

## 2. Een bijzonder (weerbarstig) wetgevingstraject

In 2003 presenteerde de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid haar rapport over de zogenaamde bouwfraude.<sup>12</sup> De commissie legde daarbij niet alleen de vinger op allerlei misstanden aan de zijde van het bouwbedrijfsleven. De publieke sector werd verantwoordelijk gehouden voor de lappendeken aan aanbestedingsregels die op centraal en decentraal niveau was ontstaan met alle nadelige effecten van dien voor ondernemers met belangstelling voor overheidsopdrachten.

In reactie kondigde het toenmalige kabinet aan Nederland te zullen voorzien van een strikter en eenvormiger juridisch aanbestedingskader. In maart 2006 ontving de Tweede Kamer het voorstel voor de eerste Aanbestedingswet.<sup>13</sup> Dit voorstel was buitengewoon kort van stof (slechts 22 inhoudelijke artikelen). Dat kon, omdat er sprake was van een raamwet met delegatiegrondslagen. Delegatie zou leiden tot nadere aanbestedingsregels.

De Raad van State was negatief over de voorgestelde systematiek en betwijfelde *'of het wetsvoorstel in de huidige vorm een oplossing biedt voor de in de toelichting gesignaleerde knelpunten. Daarvoor dienen de hoofdelementen van de aanbestedingsregels en -procedures in de wet zelf te worden opgenomen. De Raad is van oordeel dat het wetsvoorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.'* Het toenmalige kabinet hield echter vast aan de raamwet met onder andere het argument dat een meer centraal geregeld aanbestedingskader niet in het Nederlandse gedecentraliseerde bestuurlijke systeem zou passen.<sup>14</sup> Een weinig kritische Tweede Kamer nam het voorstel vervolgens een half jaar later aan.

Bijna een jaar later verscheen een consultatiedocument met een uiteenzetting van de 'delegatieregels'. De consultatie leidde tot meer dan dertig veelal

kritische reacties van publieke- en marktpartijen. Ook de Eerste Kamer had forse kritiek op de wetgevingsarchitectuur en achtte zich zonder kennis te kunnen nemen van de 'delegatieregels' niet in staat de wet inhoudelijk te beoordelen. De regering zond daarom in april 2008 het Besluit Aanbestedingen naar de Eerste Kamer. In dit besluit waren regels opgenomen voor de aanbesteding van *alle* overheidsopdrachten, waaronder opdrachten onder de Europese drempelwaarden, opdrachten voor de zogenaamde B-diensten en concessieovereenkomsten voor diensten. Meer in het bijzonder waren dertien Europese en nationale aanbestedingsprocedures uitgewerkt. Enkele maanden later verwierp de Eerste Kamer alsnog het wetsvoorstel. Haar belangrijkste kritiekpunt was de keuze voor een raamwet waardoor lagere regelgeving (die voor de aanbestedingspraktijk veel belangrijker zou zijn) parlementaire controle zouden missen. Verder vond de Eerste Kamer de voorgestelde wet- en regelgeving ontoegankelijk en ingewikkeld en zette zij forse vraagtekens bij de handhaafbaarheid en de rechtsbescherming.

Het Ministerie van Economische Zaken zat niet bij de pakken neer. Al in april 2009 lag het voorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet er.<sup>15</sup> Van een raamwet was geen sprake meer. In tegenstelling tot het oude voorstel werd nu zeer beperkt van delegatie gebruik gemaakt; het merendeel aan materiële en formele regels was in de wet zelf opgenomen. Zowel markt als overheid onthaalde het voorstel positief.<sup>16</sup> De Raad van State onderschreef in zijn advies de strekking van het wetsvoorstel, maar vond aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk ten aanzien van onder meer de naleving van aanbestedingsverplichtingen en met betrekking tot de regels voor opdrachten onder de drempelwaarde (en zonder grensoverschrijdend belang). In oktober 2009 bracht een door de minister ingestelde 'Raad voor Advies voor de nieuwe Aanbestedingswet' advies uit.<sup>17</sup> De Raad van Advies beval - in navolging van de Raad van State - onder meer aan om de algemene beginselen in de Aanbestedingswet op te nemen en deze van toepassing te verklaren op opdrachten boven en onder de Europese drempelwaarde. De minister heeft hier gehoor aan gegeven.

12 Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 8-12.

13 Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 1.

14 Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 4, p. 3. Kenmerkend hierbij is dat aanbestedende diensten (o.a. decentrale overheden, rijksoverheden, semi-overheidsinstellingen, zelfstandig bestuursorganen) de vrijheid hebben om op basis van hun bevoegdheden beleid te ontwikkelen en dat in beleidsregels vast te leggen, aldus de minister.

15 En dat met een diametraal ander wetsvoorstel waar ook veel meer dan in het eerste voorstel geprobeerd zou zijn de diverse belangen te verenigen. Zie ook W. Brants, M. Daanen, Het wetsvoorstel Aanbestedingswet: zoveel mensen zoveel wensen. TA 2010, p. 369 e.v.

16 Een overzicht van de ontvangen reacties op de consultatie van het wetsvoorstel Aanbestedingswet is te vinden op: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/documenten-en-publicaties/brieven/2009/06/29/reacties-consultatie-wetsvoorstel-aanbestedingswet.html>.

17 Brief van de Raad van Advies voor de nieuwe Aanbestedingswet aan de Minister van Economische Zaken, van 28 oktober 2009 (gepubliceerd 4 november 2009 op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2009/11/04/definitief-advies-raad-van-advies.html>).

De behandeling in de Tweede Kamer was dit keer veel grondiger dan bij het verworpen voorstel. Een grote hoeveelheid aan moties en amendementen werd ingediend. Over de hele linie leidde dit tot een flink aantal (wezenlijke) aanpassingen. Dit proces nam de nodige tijd in beslag. Uiteindelijk stemde de Tweede Kamer pas in februari 2012 bij grote meerderheid voor het voorstel. De vertraging is deels te wijten aan het feit dat het opstellen van conceptversies van het flankerend beleid (waarover hierna meer in par. 3) veel tijd in beslag nam. In de Eerste Kamer was eveneens sprake van een levendig debat met de minister waarna vrijwel alle fracties zich achter het voorstel schaalden. Daarbij werden wel diverse moties aangenomen die de regering aanspooren om zo nodig op korte termijn de wet nog aan te vullen.<sup>18</sup>

De genoemde vertraging van de parlementaire behandeling heeft onder meer tot gevolg gehad dat de plannen gedeeltelijk zijn 'ingeaald' door 'Brussel'. De Europese Commissie heeft eind 2011 voorstellen tot modernisering van de huidige aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd.<sup>19</sup> Er is echter voor gekozen om de Aanbestedingswet in de huidige vorm door te zetten, ook al is die niet (volledig) in lijn met de (huidige) voorstellen van de Europese Commissie. Vanuit het parlement is aan de orde gesteld of dit een verstandige keuze was. In reactie daarop heeft de minister laten weten dat de regering toch wilde doorzetten. Adoptie van de nieuwe voorstellen zou nog wel enige tijd duren en ook zou op veel punten al in lijn zijn met de nieuwe voorstellen.<sup>20</sup>

Opmerkelijk was verder de betrokkenheid van het bedrijfsleven bij het proces van wetgeving, meer in het bijzonder van brancheverenigingen waarbij de inbreng van MKB Nederland wel het meest in het oog springt. De Aanbestedingswet heeft dan ook een ondernemersvriendelijk karakter. We zullen op dit punt hierna nog terugkomen.

### 3. Een snelle schets van de Aanbestedingswet 'plus'

De volledige titel van de wet luidt: *'Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012)'*. Deze titel dekt de lading aardig, al maken wij de kanttekening dat vele regels niet nieuw zijn, maar vrijwel ongewijzigd afkomstig zijn uit de huidige regelgeving over (de rechtsbescherming bij) aanbestedingen. Concreet gaat het dan om regels uit het Bao, het Bass en de Wira.

De werkingssfeer van de Aanbestedingswet is ruim. De wet heeft betrekking op opdrachten die geheel of gedeeltelijk vallen onder het regime van één van de aanbestedingsrichtlijnen, op opdrachten die een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben en op nationale aanbestedingen met of zonder aankondiging. De personele werkingssfeer van de wet is ruim, maar ongewijzigd gebleven. De Aanbestedingswet geldt voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Ook kunnen ondernemers (bijvoorbeeld als er sprake is van subsidiëring van bepaalde opdrachten, of indien zij een overheidsconcessie voor werken exploiteren) gehouden zijn tot toepassing van de wet. De Aanbestedingswet heeft verder betrekking op de totale inkoopfunctie: van markt oriëntatie tot en met de definitieve gunning van een opdracht, inclusief motivering en rechtsbescherming van inschrijvers. Ook beïnvloedt de Aanbestedingswet de contractvorming en de inhoud van de te sluiten contracten.

De Aanbestedingswet staat op zichzelf en zal de Europese aanbestedingsrichtlijn die ziet op de gunning van defensieopdrachten (richtlijn 2009/81/EG, de Defensierichtlijn) niet implementeren. Om een tijdige implementatie van deze richtlijn te bevorderen is gekozen voor een aparte wet. Wel sluit deze wat structuur en inhoud betreft aan op de Aanbestedingswet.<sup>21</sup> Hierna gaan we in op de strekking van de Aanbestedingswet, het Aanbestedingsbesluit en de flankerende beleidsregels. De Klachtenregeling aanbesteden (hierna ook: 'Klachtenregeling') maakt

<sup>18</sup> Kamerstukken I 2012/13, 32 440, nr. J, L. en M.

<sup>19</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten COM/2011/896 definitief en Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten COM/2011/895 definitief - 2011/0439 (COD). Zie ook een publicatie uit februari 2012 van Europa Decentraal over het nieuwe moderniseringspakket, te raadplegen op: [http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/publicaties/publicatie\\_voorstel\\_aanbestedingsrichtlijnen.pdf](http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/publicaties/publicatie_voorstel_aanbestedingsrichtlijnen.pdf).

<sup>20</sup> Kamerstukken I 2011/2012, 32 440, nr. C, p. 5-6 en nr. E, p. 2-3. De minister geeft onder meer aan dat de beoogde uiterste implementatiedatum van de Europese Commissie, juni 2014, 'zeer ambitieus' is.

<sup>21</sup> Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Pb EU L 216, p. 76). Het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (32 768) implementeert de Defensierichtlijn. De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel op 22 januari 2013 aanvaard. De termijn voor implementatie verstreek overigens op 21 augustus 2011. De Europese Commissie heeft inmiddels een inbreukprocedure tegen Nederland gestart en in het kader daarvan een procedure bij het Hof aangehangig gemaakt (zaak C-572/12, vgl. persbericht van de Europese Commissie 27 september 2012 met kenmerk IP/12/1020).

hier deel van uit. Omdat we bij de Klachtenregeling wat langer stil staan, komt deze in paragraaf 7 aan bod.

### 3.1 Aanbestedingswet; doelstellingen

De eerste twee alinea's van de Memorie van Toelichting geven weer wat met de Aanbestedingswet wordt beoogd:

'Het wetsvoorstel beoogt een duidelijk en eenvoudig kader te bieden voor aanbesteden. Het is erop gericht dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoopt tegen de beste prijs-kwaliteitsverhouding waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht. Het wetsvoorstel bevat daartoe een hernieuwde, toegankelijke implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en rechtsbeschermingsrichtlijnen ter bevordering van de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving van het aanbestedingsrecht. Voorts strekt het wetsvoorstel ertoe de totstandkoming van concurrentie te bevorderen zonder de mogelijkheid om te kiezen voor een enkelvoudige procedure aan te tasten. Het wetsvoorstel biedt ruimte aan maatwerk zodat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven (...) kunnen inspelen op de diversiteit in de aanbestedingswereld en het innovatievermogen van het bedrijfsleven optimaal kunnen benutten.'<sup>22</sup>

Wij zetten in het navolgende de belangrijkste concrete doelstellingen die de regering voor ogen heeft gehad uiteen, en geven daarbij aan hoe deze doelstellingen moeten worden verwezenlijkt. In de paragrafen 3.2, 4 en 5 gaan wij meer in detail in op de belangrijkste vernieuwingen.

#### *Uniformering van de aanbestedingspraktijk (voor opdrachten onder de drempelwaarden)*

Al jaren klaagt het bedrijfsleven over de grote variatie in aanbestedingsprocedures voor de gunning van opdrachten onder de Europese drempelwaarden. Criteria en voorwaarden verschillen per aanbestedende dienst.<sup>23</sup> Om dit terug te dringen zijn in de Aanbestedingswet onder meer: de aanbestedingsbeginselen expliciet opgenomen, alle procedures uitgeschreven, is het gebruik van een *Uniforme eigen verklaring* voorgeschreven en een *Gedragsverklaring aanbesteden* geïntroduceerd. Belangrijk is verder dat aanbestedende diensten voor de aanbesteding van opdrachten onder de drempelwaarden

verplicht gebruik moeten maken van het ARW 2013 (voor werken en gerelateerde leveringen/diensten) en bij voorkeur gebruik moeten maken van de Richtsnoeren Leveringen en Diensten (voor leveringen en diensten, zie hiertoe par. 3.2).

#### *Verlaging administratieve lasten*

Verschillen in aanbestedingsbeleid en procedures werken ronduit kostenverhogend voor ondernemers.<sup>24</sup> De belangrijkste maatregelen waarmee de regering hoopt deze kosten terug te dringen zijn allereerst het verplichte gebruik van de *Uniforme eigen verklaring* waarin de ondernemer enkel verklaart dat hij voldoet aan de gevraagde uitsluitingsgronden, geschiktheidscriteria en selectiecriteria en alleen de winnaar op verzoek van de aanbestedende dienst bewijsstukken moet aanleveren. Verdere lastenverlaging moet ontstaan door onder meer het verplicht kosteloos ter beschikking stellen van de aanbestedingsstukken<sup>25</sup>, het verplicht gebruik van TenderNed bij de aankondiging van opdrachten en het stellen van de geldigheidsduur van de *Gedragsverklaring aanbesteden* op twee jaar.<sup>26</sup>

Ten slotte worden aanbestedende diensten verplicht bij de totstandkoming van een overeenkomst onder bezwarende titel de met de totstandkoming van de overeenkomst samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten zoveel mogelijk te beperken.<sup>27</sup> Speciale-sectorbedrijven worden niet genoemd, zodat deze verplichting enkel geldt voor aanbestedende diensten. Een uitwerking van deze inspanningsverplichting is te vinden in de *Gids Proportionaliteit*.

#### *Verbetering toegang van het bedrijfsleven tot overheidsopdrachten*

Hierbij wordt ingezet op het terugdringen van niet-proportionele eisen die het midden- en kleinbedrijf ('MKB') en zelfstandigen zonder personeel ('ZZP') uitsluiten terwijl zij op zich wel in staat zijn de opdracht uit te voeren.<sup>28</sup> Belangrijke instrumenten hierbij zijn de verankering in de Aanbestedingswet van het proportionaliteitsbeginsel bij Europese en nationale aanbestedingen en de uitwerking ervan in de *Gids Proportionaliteit*.

#### *Meer ruimte voor innovatie en duurzaamheid*

Innovatie en duurzaamheid zijn volgens het kabinet vooral een zaak van flankerend beleid en profes-

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3 (MvT).

<sup>23</sup> De MvT, p. 8 noemt als voorbeeld de toetsing van integriteit waar gebruik wordt gemaakt van een VOG (verklaring omtrent gedrag), adviezen op basis van de Wet BIBOB en eigen instrumenten (als screening door een eigen bureau).

<sup>24</sup> Meer uitgebreid MvT, p. 8 en 9. Zie tevens Sira/Significant, *Lastenontwikkeling Aanbestedingsbeleid; onderzoek naar de lastenontwikkeling door de nieuwe Aanbestedingswet en het bijbehorende flankerende beleid*, 3 augustus 2009.

<sup>25</sup> Artikel 2.68 lid 1 Aanbestedingswet.

<sup>26</sup> MvT, p. 9. De *Gedragsverklaring aanbesteden* zou aanvankelijk een geldigheidsduur krijgen van één jaar. Bij Nota van wijziging is de duur verruimd tot twee jaar (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 11).

<sup>27</sup> Artikel 1.6 Aanbestedingswet.

<sup>28</sup> MvT p. 7. Hier worden diverse voorbeelden gegeven alsmede verwijzingen naar verschillende onderzoeken.

sionalisering van aanbestedende diensten die meer open moeten staan voor innovatieve bedrijven.<sup>29</sup> Voor de stimulering van de professionalisering zal een beroep worden gedaan op PIANOo.<sup>30</sup> De Aanbestedingswet zelf bevat geen innovatie- en/of duurzaamheidsparagraaf. Wel wordt in de memorie van toelichting veel aandacht geschonken aan duurzaamheid, en in dit verband aan de inkoopcriteria die te vinden zijn op de website van Agentschap NL (voorheen Senter Novem). Het kabinet acht het echter niet reëel om het toepassen van duurzaamheidscriteria als resultaatsverplichting aan aanbestedende diensten op te leggen.<sup>31</sup>

#### *Laagdrempeliger klachtenafhandeling*

Door ondernemers te ondersteunen bij het inrichten van een aanbestedingsloket dat de functie van een algemeen adviescentrum zal hebben, wordt getracht te komen tot een laagdrempeliger klachtenafhandeling. Een dergelijk adviescentrum bestaat reeds voor de GWW-sector<sup>32</sup>; mogelijk dat het toenmalige kabinet zich hierdoor heeft laten inspireren voor het adviescentrum onder de Aanbestedingswet. PIANOo wordt wel genoemd als organisatie die hiertoe ondersteuning kan bieden.<sup>33</sup> Daarnaast is een Klachtenregeling aanbesteding opgesteld (zie par. 7).

#### *Verbetering naleving van de aanbestedingsregels*

Als oorzaak voor het gebrek aan naleving van de aanbestedingsregels wordt in de memorie van toelichting ('MvT') onder meer verwezen naar het Bao en Bass. In deze besluiten zouden de aanbestedingsrichtlijnen vanwege het ontbreken van een 'praktische vertaalslag' niet optimaal zijn geïmplementeerd.<sup>34</sup> Het kabinet zet echter niet in op meer controle (bijvoorbeeld door instelling van een Aanbestedingsautoriteit) maar op preventie door middel van de hiervoor genoemde aanvullende beleidsinstrumenten. Maar ook door een 'overzichtelijke en goed leesbare wet' te maken die een duidelijk en eenvormig kader biedt in combinatie met het

flankerend beleid, hoopt de regering een verbeterde naleving van de aanbestedingsregels te bereiken.

### 3.2 Aanbestedingsbesluit en flankerend beleid

Weliswaar is de nieuwe Aanbestedingswet geen raamwet en staan de aanbestedingsregels zoals opgemerkt voor een groot deel in de wet zelf, maar dat betekent nog niet dat de Aanbestedingswet op aanbestedingsgebied voortaan het enige relevante document is. Integendeel: de belangrijkste vernieuwingen ten opzichte van het huidige kader zijn voor aan te treffen in een nieuwe algemene maatregel van bestuur ('AMvB', het Aanbestedingsbesluit) en met name ook in diverse richtsnoeren en beleidsregels die wij hierna zullen aanduiden onder de noemer 'flankerend beleid'. Dit flankerend beleid laten wij hierna kort de revue passeren.

#### *Aanbestedingsbesluit*

Met de Aanbestedingswet zal ook het Aanbestedingsbesluit op 1 april 2013 in werking treden. Het Aanbestedingsbesluit is voortaan de enige AMvB op aanbestedingsgebied; de in de Aanbestedingswet gedelegeerde regelgeving wordt daarin opgenomen.<sup>35</sup> Het betreft onder meer de gegevens die in de *Uniforme eigen verklaring* moeten worden opgenomen en de aanwijzing van de delicten waarop de Gedragsverklaring aanbesteding betrekking heeft (zie voor beide verklaringen par. 5 van deze bijdrage). Daarnaast bevat het Aanbestedingsbesluit regels ten aanzien van elektronisch aanbesteden.<sup>36</sup>

Ten slotte geeft het Aanbestedingsbesluit uitvoering aan de Aanbestedingswet waar deze bepaalt dat met richtsnoeren uitwerking moet worden gegeven van het proportionaliteitsbeginsel en van de wijze waarop overheidsopdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarde moeten worden aanbesteed.<sup>37</sup> In de artikelen 10 en 11 Aanbestedingsbesluit worden achtereenvolgens de *Gids*

29 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 60. In de op 9 februari 2012 door de Tweede Kamer aangenomen motie Hamer wordt de regering opgeroepen om sociaal en duurzaam aanbesteden bij decentrale overheden verder te stimuleren en te faciliteren.

30 MvT, p. 10.

31 De *Gids Proportionaliteit* geeft enkele uitgangspunten en handreikingen voor het formuleren van duurzaamheidscriteria, maar stelt dat het een complexe materie betreft die nog aan de nodige discussie onderhevig is. Zie over duurzaam inkopen onder meer: T.M. Huisman en A. Stellingwerff Beintema, *Investeren in duurzaamheid, Vastgoedrecht*, oktober 2009, nr. 5.

32 Het Advies Centrum Aanbesteden GWW is een onafhankelijke vraagbaak voor opdrachtgevers en opdrachtnemers op het gebied van aanbestedingen in deze sector. Ook controleert ACA GWW de correcte toepassing van de RAW-systematiek en attendeert aanbestedende diensten daarop. ACA GWW is een initiatief van MKB Infra, OBN en VHG/NOG. Uit de parlementaire stukken wordt niet duidelijk welke organisatie de sectorbrede aanbestedingsadviesfunctie zal verkrijgen.

33 Kamerstukken I 2012/13, Handelingen, nr. 4, item 2.

34 MvT, p. 12.

35 Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11.

36 Artikelen 3 t/m 7 van het Aanbestedingsbesluit.

37 Hierover R.J. Roks, 'Het Aanbestedingsreglement Werken 2012. Goed, maar het kan nog beter', *Tender Nieuwsbrief*, 2012, nr. 7.

*Proportionaliteit*<sup>38</sup> en het Aanbestedingsreglement Werken 2013 ('ARW 2013'), de laatste enkel voor opdrachten onder de drempelwaarde, als wettelijk richtsnoer aangewezen. In beide Kamers leidde tot discussie over de juridische status van beide documenten. De minister heeft tijdens de behandeling in de Eerste Kamer gewezen op de parallel met de Code Tabaksblat, een corporate governance code die eveneens werkt met 'comply or explain'.<sup>39</sup> Tijdens dit debat is eveneens verduidelijkt dat het niet gaat om algemeen verbindende voorschriften, juist vanwege dat *comply or explain principe* waardoor het voor aanbestedende diensten mogelijk is af te wijken.<sup>40</sup>

#### *Gids Proportionaliteit*

De *Gids Proportionaliteit* is na de Aanbestedingswet het belangrijkste onderdeel van het totale wetgevingspakket. De *Gids Proportionaliteit* is opgesteld door een schrijfgroep van vier personen, onder leiding van een onafhankelijke voorzitter. De schrijfgroep was paritair samengesteld; twee personen waren afkomstig uit de kring van aanbestedende diensten en twee uit de kring van ondernemingen die deelnemen aan overheidsaanbestedingen. De schrijfgroep kreeg ambtelijke ondersteuning van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en inhoudelijke ondersteuning van een klankbordgroep van deskundigen. Het vertrekpunt voor de schrijfgroep was dat de *Gids Proportionaliteit* een niet-verbindend karakter zou hebben. Als gevolg van een amendement van de leden Schouten en Ziengs heeft de *Gids Proportionaliteit* de hiervoor reeds genoemde status van wettelijk richtsnoer gekregen.<sup>41</sup> Deze wijziging in status heeft nog tot enige commotie geleid. Naar aanleiding van het amendement herschreven ambtenaren de conceptversie van de *Gids Proportionaliteit*. De schrijfgroep herkende zich vervolgens niet in de herschreven versie en weigerde ermee te worden verbonden. De minister heeft vervolgens met de schrijfgroep aan tafel gezeten en de schrijfgroep de gelegenheid gegeven om de *Gids* te herschrijven.<sup>42</sup> Dit heeft geleid tot de huidige versie van de *Gids Proportionaliteit*.

De *Gids Proportionaliteit* moet overigens enkel door aanbestedende diensten ter hand worden

genomen. De verplichting daartoe geldt niet voor speciale-sector bedrijven.<sup>43</sup> Bij motie is de regering wel opgeroepen om speciale-sector bedrijven aan te sporen gebruik te maken van de *Gids Proportionaliteit* en bij de evaluatie van de wet te bekijken of er aanleiding bestaat de *Gids* ook voor deze groep aanbesteders verplicht te stellen.<sup>44</sup>

In de *Gids Proportionaliteit* wordt met 'best practices' inzichtelijk gemaakt wat in een bepaalde aanbestedingsfase doorgaans wel of niet proportioneel is. De *Gids* bevat hiervoor verschillende specifieke voorschriften. Deze voorschriften worden niet op deze plek besproken, maar zullen voor zover van belang aan de orde komen bij een bespreking van de relevante artikelen van de wet. Een aanbestedende dienst kan van de voorschriften in de *Gids Proportionaliteit* afwijken, maar moet dit vooraf in de aanbestedingsstukken aangeven en daarbij toelichten waarom afwijken proportioneel is. Dit is het zogenaamde 'comply or explain' of in gewoon Nederlands het 'pas toe of leg uit' principe. De voorschriften moeten worden gelezen in de context van de overige informatie opgenomen in de *Gids Proportionaliteit*.

Een belangrijke vraag is natuurlijk wat de rechtskracht is van de *Gids Proportionaliteit*. Zonder de pretentie te hebben volledig te zijn, merken we hierover het volgende op. De schrijfgroep als zodanig heeft geen regelgevende bevoegdheid toebedeeld gekregen. Ook kan de *Gids Proportionaliteit* worden beschouwd als een product van zelfregulering. De Schrijfgroep is ook niet ingesteld door (verenigingen van) aanbestedende diensten en ondernemers. De vergelijking met zelfregulering gaat dus niet op, maar is om een andere reden wel aardig. Een voorwaarde voor succesvolle zelfregulering is namelijk dat er een groot draagvlak voor de te treffen regels moet bestaan. Of dat draagvlak er voor de *Gids Proportionaliteit* is, betwijfelen wij. Alhoewel brancheverenigingen van ondernemers zich positief hebben uitgelaten over de voorschriften in de *Gids die zich vooral richten tot aanbestedende diensten*, geldt dit in mindere mate voor (verenigingen van) aanbestedende diensten. Zo heeft de VNG zich in november 2011 kritisch uitgelaten over het voorgenomen verbindende karakter van de *Gids* en gewe-

38 De aanwijzing van de *Gids Proportionaliteit* als richtsnoer is gebaseerd op het amendement Schouten/Ziengs (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 50).

39 De Code Tabaksblat (inmiddels vervangen door de Code Frijns maar vaak nog steeds als Code Tabaksblat genoemd) is bij amvb 'aangewezen als gedragscode als bedoeld in artikel 2:391 lid 5 BW' (*Stb.* 2009, 545). De terminologie komt vrijwel overeen met die in artikel 10 Aanbestedingsbesluit.

40 *Kamerstukken I* 2012/13, Handelingen, nr. 4, item 4, p. 28-32.

41 Amendement Schouten/Ziengs (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 50).

42 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nota naar aanleiding van het verslag, nr. E, p. 3-4.

43 De minister heeft hierover de Tweede Kamer schriftelijk bericht 'Hoewel de speciale-sectorbedrijven niet verplicht zijn de *Gids proportionaliteit* te gebruiken kan deze wel degelijk ook voor hen als nuttig hulpmiddel dienen om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop het proportionaliteitsbeginsel door hen kan worden toegepast.' (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 74).

44 Motie Schouten/Ziengs (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 76).

zen op de nadelen van vijftig extra pagina's indirecte regelgeving.<sup>45</sup> Voor zover ons bekend heeft de VNG sindsdien niet expliciet afstand genomen van haar opvatting en houden we het erop dat zij en haar leden nog steeds kritisch staan tegen over de *Gids Proportionaliteit*. Wellicht heeft dit meegespeeld in de toezegging van de minister aan de Eerste Kamer om bij de komende evaluatie van de Aanbestedingswet ook aandacht te besteden aan de vraag of de *Gids Proportionaliteit* niet belemmerend werkt voor aanbestedende diensten.<sup>46</sup>

Gelet op het voorgaande was optreden van de wetgever noodzakelijk om de Gids rechtskracht te geven. Hierbij zijn twee aspecten te onderscheiden. De rechtskracht van de Gids is in de eerste plaats gebaseerd op haar grondslag in de Aanbestedingswet. Artikel 1.10 lid 3 bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur een 'richtsnoer' met 'voorschriften' wordt aangewezen voor bij diezelfde algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten. Ten tweede is de belangrijkste procedurele spelregel voor aanbestedende diensten bij de toepassing van het beginsel van proportionaliteit – de 'comply or explain' regel – in de wet neergelegd (zie het vierde lid van art. 1.10). Er is dus sprake van een richtsnoer met voorschriften die aanbestedende diensten op grond van de wet in principe moeten toepassen, dan wel waarvan zij gemotiveerd kunnen afwijken. Het comply or explain principe betreft ook uitsluitend deze voorschriften (die vetgedrukt als zodanig zijn weergegeven) en niet de rest van de tekst van de Gids.<sup>47</sup> Verder is de Gids geen flexibele handleiding voor proportioneel handelen bij aanbestedingen. De Gids Proportionaliteit kan namelijk niet zomaar gewijzigd worden. De Tweede Kamer heeft een motie aangenomen die de regering oproept om inhoudelijke wijzigingen van de Gids (naar aanleiding van het advies daarover door de Raad van State) eerst aan de Tweede Kamer voor te leggen alvorens ze door te voeren.<sup>48</sup>

De harde norm van *comply or explain* is zoals al aangegeven in de wet opgenomen. Dat betekent dat

een inschrijver van een aanbestedende dienst zonder meer kan verlangen dat de aanbestedende dienst bij nota van inlichtingen alsnog een motivering verstrekt als die motivering tot dan toe ontbreekt. De inschrijver kan die motivering in onze optiek desnoods ook afdwingen bij de rechter indien de aanbestedende dienst de aanbesteding doorzet zonder de motivering te verstrekken. De rechter kan de aanbestedende dienst bij vonnis bevelen alsnog een deugdelijke motivering te verstrekken. Het is zelfs niet uitgesloten dat de rechter heraanbesteding zal bevelen, al is denkbaar dat de rechter deze sanctie te 'zwaar' zal achten.<sup>49</sup> Belangrijk is echter dat een aanbestedende dienst het in de praktijk niet zover zal hoeven laten komen en (desgevraagd) op enig moment in de aanbestedingsprocedure een motivering zal verstrekken.

De vraag is dan hoe de rechter gaat toetsen indien de inschrijver een procedure start met als inzet dat de bewuste eis/voorwaarde disproportioneel is en dat afwijking van de Gids niet gerechtvaardigd is? Proportionaliteit ziet op de verhouding tussen de eis en het voorwerp van de opdracht, deze moeten in een redelijke verhouding tot elkaar staan.<sup>50</sup> Volgens de minister zal de rechter in concreto moeten toetsen of de gegeven motivering een goede reden tot afwijking van het in de Gids opgenomen voorschrift bevat.<sup>51</sup> Het ligt voor de hand dat de rechter de tekst van de Gids (los van de voorschriften) bij zijn oordeel betreft bij de vraag of die 'goede reden' bestaat.<sup>52</sup> Dat is, denken wij, meteen ook de grootste winst van de *Gids Proportionaliteit*, dat proportionaliteit weer toetsbaar is gemaakt.<sup>53</sup> Maar wat ingeval die reden niet goed van toepassing is op het voorliggende geval of onvoldoende houvast biedt? Dit laatste is niet denkbeeldig want de Gids werkt veel met voorbeelden en concrete casusposities. Hoe bepaalt de rechter dan of een voorgenomen besluit in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en of er een 'goede' reden tot afwijking bestaat? Wij voorspellen dat een rechter dan enkel een vrij terughoudende toetsing zal moeten uitvoeren en pas zal kunnen ingrijpen

45 Zie [www.vng.nl](http://www.vng.nl). Oproep VNG aan leden: 'Reageer op Proportionaliteitsgids aanbesteden', d.d. 24 oktober 2011.

46 *Kamerstukken I* 2012/13, 32 440 O, punt 4.

47 Verslag van 4 oktober 2012 van een schriftelijk overleg tussen Tweede Kamer en de minister (*Kamerstukken II* 2011/2012, 32 440, nr. 74).

48 Motie Gesthuizen (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 78). Wel kan zoals gezegd de Gids bij de evaluatie van de wet (in beginsel gepland twee jaar na inwerkingtreding) aan de orde komen; mogelijk dat de ervaringen op dat moment tot bijstelling zullen leiden.

49 Vergelijk de uitspraak van de HR van 27 maart 2009 (*RvdW* 2009, 467), waaruit lijkt te volgen dat niet elke procedurele fout tot heraanbesteding hoeft te leiden.

50 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 53.

51 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 17.

52 Tenminste, voor aanbestedende diensten die onder de Algemene Richtlijn vallen; voor speciale sector-bedrijven is zoals hiervoor aangegeven de Gids niet (direct) van toepassing.

53 Het beroep door marktpartijen voor de rechter op het proportionaliteitsbeginsel vertoonde de laatste jaren een dalende lijn en is vaker niet dan wel succesvol. Zie ook ministerie van EZ, Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 1 september 2002-31 augustus 2009, Eindrapport, juni 2010, p. 30 en 46 (opgesteld door Price Waterhouse Coopers en Van Doorne Advocaten).

op het moment dat een eis echt apert onredelijk of totaal overbodig is. Het uitgangspunt, ook onder de nieuwe wet, blijft immers dat de aanbestedende dienst de nodige vrijheid heeft bij het vaststellen van 'zijn' criteria.

#### ARW 2013

Het ARW 2013 vormt een 'update' van het ARW 2005. In het ARW 2013 is de praktische systematiek uit het ARW 2005 gehandhaafd in de zin dat alle procedures volledig zijn uitgeschreven met in de linkerkolom de Europese procedure en in de rechterkolom de nationale procedure. Eén van de vernieuwingen die het ARW 2013 ten opzichte van het ARW 2005 introduceert is dat uiterlijk twee dagen na opening van de inschrijvingen het proces-verbaal aan de inschrijvers moet worden toegezonden.<sup>54</sup> Vreemd genoeg is het ARW 2013 uitsluitend van toepassing verklaard op opdrachten onder de drempelwaarde. Omdat voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde de wet zelf al een duidelijk en eenvormig kader biedt, zou een van toepassing verklaring volgens de minister hier niet nodig zijn.<sup>55</sup> Op dit standpunt valt het nodige af te dingen. De kracht van het ARW 2013 is volgens dezelfde minister juist dat voor opdrachten onder en boven de drempelwaarde een sterk gelijkende procedure wordt gegeven. Daarmee zou het belang van uniformiteit beter zijn gediend dan met de nu gemaakte keuze.

Net als bij de *Gids Proportionaliteit* geldt dat - althans bij opdrachten onder de drempelwaarde - afwijken van het ARW 2013 vooraf moet worden aangegeven en moet worden gemotiveerd. Het ARW 2013 is ook geschikt gemaakt voor toepassing op aan werken gerelateerde leveringen en diensten.<sup>56</sup>

#### Overig flankerend beleid waaronder de Richtsnoeren Leveringen en Diensten

Naast de *Gids Proportionaliteit*, het ARW 2013 en de Klachtenregeling aanbesteden omvat het flankerend beleid nog diverse andere maatregelen.<sup>57</sup>

De Richtsnoeren Leveringen en Diensten zouden voor opdrachten voor leveringen en diensten uitgeschreven aanbestedingsprocedures conform het ARW 2013 moeten bevatten.<sup>58</sup> Dit is slechts deels het geval. Ook met deze Richtsnoeren moet uniformiteit van aanbestedingsbeleid worden gerealiseerd en de naleving van de aanbestedingsregels voor leveringen- en dienstenopdrachten onder en boven de Europese drempels worden verbeterd. De Richtsnoeren geven ook stapsgewijs aan hoe een inkoopproces voor leveringen en diensten ingericht kan worden. In tegenstelling tot de *Gids Proportionaliteit* en het ARW 2013, die ingevolge het Aanbestedingsbesluit verplicht moeten worden toegepast, zal de toepassing van de Richtsnoeren Leveringen en Diensten op vrijwillige basis plaatsvinden. Wel zal ingevolge artikel 4.28 van de Aanbestedingswet na twee jaar een evaluatie plaatsvinden. Mocht dan blijken van onvoldoende uniformering van aanbestedingsbeleid, dan zullen de Richtsnoeren zo nodig bij AMvB alsnog verplicht worden voorgeschreven (generiek of specifiek voor een bepaalde groep aanbestedende diensten).<sup>59</sup>

Verder kunnen nog worden genoemd:

- Het VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden<sup>60</sup>, waarin de *best practices* uit de gemeentelijke praktijk zijn opgenomen en waarbij als uitgangspunt bij het opstellen de reeds bestaande modellen voor algemene inkoopvoorwaarden zijn genomen (bijvoorbeeld ARVODI 2011);
- Het VNG Model Inkoop- en aanbestedingsbeleid<sup>61</sup>, dat voortbouwt op de 'Handreiking voor een collegebesluit inzake inkoop en aanbesteding' zoals in 2004 is opgesteld door de VNG;
- Het instellen van TenderNed<sup>62</sup> dat naast een platform voor aankondigingen ook andere functionaliteiten zal aanbieden. Over TenderNed komen wij in par. 5.2.1. nog wat uitgebreider te spreken;

Denkbaar is dat met de *Gids Proportionaliteit* dit zal wijzigen omdat het proportionaliteitsbeginsel met de voorschriften en overige bepalingen van de *Gids* concreter en daarmee beter toetsbaar wordt.

54 Zie voor een uitgebreide bespreking van de wijzigingen die worden geïntroduceerd door middel van het ARW 2013 (dat oorspronkelijk het ARW 2012 zou gaan heten): R.J. Roks, 'Het Aanbestedingsreglement Werken 2012. Goed, maar het kan nog beter', *Tender Nieuwsbrief*, 2012, nr. 7.

55 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, MvA, nr. C, p. 11.

56 Dit is het gevolg van de aangenomen motie Schouten (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 55).

57 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 6, waarbij het Convenant aanvullend beleid (bij het wetsvoorstel) Aanbestedingswet d.d. 31 augustus 2010 van de VNG, de Minister van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken is aangeboden.

58 *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 440, nr. 55 (Motie lid Schouten) De openbare consultatie over het concept-richtsnoer is gesloten op 28 november 2012. De uitkomsten van de consultatie kunnen leiden tot wijziging van het concept waarna de minister van EZ het Richtsnoer zal vaststellen.

59 MvT, p. 17.

60 Te raadplegen op de website van de VNG op: [http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/actueel/beleidsvelden/recht/2012/20120412VNG\\_Model\\_Algemene\\_InkoopVoorwaarden.pdf](http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/actueel/beleidsvelden/recht/2012/20120412VNG_Model_Algemene_InkoopVoorwaarden.pdf).

61 <http://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/modelinkoopenaanbestedingsbeleidvng.pdf>

62 Artikel 4.13 Aanbestedingswet draagt de Minister op om zorg te dragen voor een elektronisch aankondigingssysteem. Hiertoe heeft de Minister op 9 november 2011 TenderNed gelanceerd: [www.tenderned.nl](http://www.tenderned.nl). Zie ook par. 3.1.



- Professionalisering van overheidsopdrachtgevers met behulp van PIANOo<sup>63</sup>, dat op haar beurt zal worden omgevormd van netwerkcentrum tot expertisecentrum.

#### 4. De inhoud van de Aanbestedingswet, algemene bepalingen (deel 1)

Zoals al aan de orde kwam in paragraaf 2, is de Aanbestedingswet vele malen uitgebreider dan het oude voorstel van wet. Verdeeld over vier delen bevat de wet meer dan 300 artikelen. Het contrast met de eerst voorgestelde raamwet had dus niet groter kunnen zijn. De wet kent vier delen: Algemene bepalingen (deel 1), Overheidsopdrachten, prijsvragen voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor openbare werken (deel 2), Speciale-sectoropdrachten en prijsvragen voor speciale-sectoropdrachten (deel 3) en Overige bepalingen (deel 4). Het tweede en derde deel implementeren de Richtlijn Overheden (richtlijn 2004/18/EG), respectievelijk de Richtlijn speciale sectoren (2004/17/EG). Niet verwonderlijk komt de inhoud van deze hoofdstukken sterk overeen met die van de Richtlijnen en met het Bao en Bass. Het tweede en derde deel zijn identiek ingedeeld. Zo bakent het eerste hoofdstuk van elk deel de werkingssfeer af, bevat het tweede hoofdstuk de verschillende aanbestedingsprocedures en werkt het derde hoofdstuk van beide delen de diverse fasen in de procedures uit.

Het eerste deel van de Aanbestedingswet bevat algemene bepalingen die betrekking hebben op overheidsopdrachten en speciale sectoropdrachten met een waarde boven én onder de toepasselijke drempelwaarde. Het bestaat uit begripsbepalingen (hoofdstuk 1.1), beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden (hoofdstuk 1.2) en administratieve voorschriften bij aanbestedingen (hoofdstuk 1.3), voorschriften voor het aanbesteden van werken door aanbestedende diensten (hoofdstuk 1.4)<sup>64</sup> en voorwaarden in verband met in het kader van de Wereldhandelsorganisatie gesloten overeenkomsten (hoofdstuk 1.5).<sup>65</sup>

De laatste twee hoofdstukken 1.4 en 1.5 bevatten ieder maar één artikel en komen hierna verder niet meer ter sprake. Noemenswaardige nieuwigheden in de de overige hoofdstukken worden hierna kort behandeld.

##### 4.1 Hoofdstuk 1.1 Begripsbepalingen

In hoofdstuk 1 zijn definities opgenomen in alfabetische volgorde. Deze definities zijn nu al grotendeels te vinden in het Bao en het Bass. Een aantal definities is toegevoegd, waaronder van de eigen verklaring, het elektronisch systeem voor aanbestedingen en de *Gedragsverklaring aanbesteden*.<sup>66</sup> Verder zijn diverse definities gewijzigd. Wij lichten er daarvan twee uit.

Zo is er in de Aanbestedingswet voor gekozen het begrip aanbestedende dienst alleen te gebruiken in het kader van de verplichtingen van de Richtlijn Overheden. Voor de implementatie van de Richtlijn Speciale Sectoren wordt het begrip speciale-sectorbedrijf gebruikt. Dit is een nuttige aanpassing, omdat anders dan onder het huidige kader, de speciale sectoren en de publieke sector geen 'eigen' besluit meer hebben en op deze wijze duidelijk wordt welke verplichting op welke 'soort' aanbesteder van toepassing is.

Ook het begrip aanbestedingsstukken is reeds gedefinieerd in het Bao en het Bass, maar ten opzichte van de daar gegeven definitie voegt de wet nu toe dat het gaat om alle documenten die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de procedure zijn gebracht. Daarmee wordt duidelijk dat onder 'aangebestedingsstukken' bijvoorbeeld niet e-mails (met mogelijk relevante mededelingen) vallen.

##### 4.2 Hoofdstuk 1.2 Beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden

Hoofdstuk 1.2 bevat enkele algemene bepalingen en gaat daarna in op de diverse beginselen die aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in acht moeten nemen. Daarbij wordt onderscheiden tussen 'beginselen' die gelden bij Europese aanbestedingen en 'uitgangspunten' die gelden bij nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse aanbestedingen.<sup>67</sup> Dit hoofdstuk is bepaald niet

63 Hierbij kan gedacht worden aan: het doorontwikkelen van bestaande benchmarks van de mate van professionaliteit, het in kaart brengen en wegnemen van eventuele omissies in het bestaande opleidingsaanbod en het opstellen van handreikingen met betrekking tot specifieke onderwerpen, zoals duurzaamheid en innovatie.

64 Artikel 1.22 bevat de delegatiegrondslag voor een bij amvb aan te wijzen richtsnoer met daarin voorschriften voor plaatsing van overheidsopdrachten voor werken onder de drempelwaarde. Dit is zoals hiervoor aangegeven het Aanbestedingsbesluit geworden dat in artikel 11 het ARW 2013 als richtsnoer voor opdrachten voor werken aanwijst. Het ARW 2013 is in de voorgaande paragraaf al aan de orde gekomen.

65 Het in dit hoofdstuk opgenomen artikel 1.23 wijkt inhoudelijk niet wezenlijk af van artikel 5, lid 2 Bao.

66 Met daarbij de kanttekening dat er geen definitie wordt gegeven, maar enkel wordt verwezen naar het relevante wetsartikel.

67 Afdelingen 1.2.1-1.2.4 van de Aanbestedingswet.

makkelijk te lezen; de niet in het aanbestedingsrecht ingevoerde lezer zal het spoor snel bijster kunnen raken.

#### 4.2.1 Algemene bepalingen

Aanbestedende diensten (en speciale sectorbedrijven) zijn allereerst verplicht om op basis van objectieve criteria te kiezen op welke wijze de overeenkomst tot stand wordt gebracht en welke ondernemers tot de aanbestedingsprocedure worden toegelaten.<sup>68</sup> Objectieve criteria zijn bijvoorbeeld de grootte van de opdracht, de baten en lasten die gepaard gaan met een bepaalde procedure, de kenmerken van de sector (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken) en de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Desgevraagd moet deze keuze ook schriftelijk gemotiveerd worden (artikel 1.4 lid 3 Aanbestedingswet).

##### 4.2.1.1 Maatschappelijke waarde

De aanbestedende dienst moet verder zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' met de door hem te besteden publieke middelen realiseren. Deze verplichting geldt ongeacht de waarde van de opdracht, dus zowel bij opdrachten onder als boven de Europese drempelwaarden. De verplichting is in artikel 1.4 lid 2 van de wet terecht gekomen als gevolg van een aangenomen amendement van het lid Koppejan.<sup>69</sup> Uit de toelichting op het amendement zelf blijkt niet wat met 'maatschappelijke waarde' wordt bedoeld. Onder maatschappelijke waarde kunnen volgens de Minister onder meer kwalitatieve aspecten bij gunning, maar ook duurzaamheid en innovatie, het opnemen van 'social return'-voorwaarden gericht op inschakeling van langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van de opdracht worden begrepen. Maatschappelijke waarde lijkt dus een caoutchouc begrip te zijn, met als gevolg dat aan artikel 1.4 lid 2 altijd wel voldaan kan worden. Het is overigens niet zo dat 'social return'-voorwaarden altijd moeten worden opgenomen. De aanbestedende dienst moet bij elke aanbesteding bepalen of met een dergelijke voorwaarde maatschap-

pelijke waarde kan worden behaald. Het formuleren van beleid hierover is daarbij gewenst. Zo heeft de Rijksoverheid sinds 1 juli 2011 in haar inkoopbeleid opgenomen dat zij bij alle passende aanbestedingen in de categorie werken en diensten boven EUR 250.000 *social return* voorwaarden zal toepassen. Het streefpercentage is 5% per aanbesteding.<sup>70</sup>

##### 4.2.1.2 Clusterverbod en positie MKB

Ten behoeve van de 'banenmotor' MKB is in artikel 1.5 van de wet een 'clusterverbod' opgenomen.<sup>71</sup> Beter gezegd gaat het om een verplichting om opdrachten niet onnodig samen te voegen (te clusteren) en zoveel mogelijk op te delen in percelen. Deze verplichting geldt ongeacht de waarde van de opdracht, dus zowel bij opdrachten onder als boven de Europese drempelwaarden. Samenvoegen is niet categorisch uitgesloten, maar heeft een inhoudelijke motivering in de aanbestedingsstukken. Daarbij moet gelet worden op verschillende in het artikel genoemde aspecten. Er moet allereerst voldoende samenhang tussen de opdrachten zijn. Eventuele uitsluitingseffecten van het MKB moeten worden meegewogen. Ook moet de aanbestedende dienst de mogelijke (schaal)voordelen (lagere prijzen, betere voorwaarden) afwegen tegen eventuele nadelige organisatorische en financiële gevolgen voor zichzelf en voor de inschrijvende ondernemers. Ten slotte is in het derde lid van artikel 1.5 neergelegd dat opdrachten in principe moeten worden opgedeeld in percelen, tenzij de aanbestedende dienst dit niet passend vindt en dit vervolgens motiveert in de aanbestedingsstukken. Uit de tekst van de bepaling lijkt te volgen dat de verplichting tot opdeling in percelen geldt voor iedere opdracht ('deelt een opdracht op in meerdere percelen'). Uit de toelichting op het amendement van de leden Verhoeven en Gesthuizen, blijkt dat bedoeld is de 'percelenregeling' uitsluitend van toepassing te laten zijn op 'samengevoegde' opdrachten.<sup>72</sup> Ook uit de *Gids Proportionaliteit* lijkt dit te volgen. Daarin wordt aangegeven dat ingeval het gerechtvaardigd is om opdrachten samen te voegen, bijvoorbeeld om de transactiekosten te beperken<sup>73</sup>, het uitgangspunt van

68 Artikel 1.4 lid 1 en lid 3 Aanbestedingswet. De verplichting geldt zowel bij opdrachten onder als boven de drempelwaarde.

69 Artikel 1.4.1 lid 2 Aanbestedingswet (Amendement van het lid Koppejan, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440 C, p. 7 en 10).

70 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440 C, p. 7 en 10.

71 Artikel 1.5 Aanbestedingswet (Tweede nader gewijzigd amendement van de leden Verhoeven en Gesthuizen, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 47).

72 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 47. In de MvT was nog opgenomen dat in geval van markten waarop veel MKB-bedrijven actief zijn, het verstandig is om de opdracht bijvoorbeeld in meerdere percelen te verdelen, zodat het MKB rechtstreeks in kan schrijven (MvT, p. 54).

73 In de *Gids Proportionaliteit* wordt daarbij opgemerkt dat wanneer verschillende (kleinere) aanbestedende diensten gaan samenwerken op het gebied van inkoop en aanbesteden, bijvoorbeeld in een aankoopcentrale, dit niet automatisch wil zeggen dat zij alle door hen aan te besteden opdrachten kunnen samenvoegen. Per opdracht dient te worden bekeken of en in hoeverre samenvoeging proportioneel is. In de *Gids* is evenwel opgenomen dat de voordelen van samenwerken direct en evident zijn. Dan wordt met name bedoeld op kennisdeling en verdere professionalisering van het inkoopproces en niet zozeer op het samenvoegen van opdrachten (p. 22/23).

de wet is dat de opdracht wordt verdeeld in percelen. Verdeling in percelen komt volgens de Gids met name aan de orde bij omvangrijke opdrachten (op basis van aantal en/of geografisch gebied) en bij opdrachten waarvoor verschillende expertise noodzakelijk is.<sup>74</sup>

In het kader van het wetsvoorstel is uitgebreid aandacht besteed aan en ingezet op een verbetering van de positie van het MKB.<sup>75</sup> Het opdelen van een opdracht in percelen waarop MKB-bedrijven direct kunnen inschrijven, is volgens de regering noodzakelijk op markten die zich kenmerken door een hoog percentage MKB-bedrijven.<sup>76</sup> Anders zou de aanbestede de kans lopen dat er te weinig concurrentie ontstaat of dat hij geen optimale aanbieding krijgt. De sanctie op niet-naleving van deze bepaling zou volgens de regering heraanbesteding kunnen zijn. Op deze argumentatie valt veel af te dingen; of er voldoende concurrentie is en of de aanbestede hangt natuurlijk niet af van het antwoord op de vraag of MKB-bedrijven inschrijven. De VNG heeft dan ook de nodige kritiek geuit op deze verplichting die volgens haar zou leiden tot 'juridisering' en 'lastenverzwaring'.<sup>77</sup> Wij vragen ons af of de nieuwe wettelijke bepalingen kunnen leiden tot uitspraken waarin een aanbestedende dienst wordt bevolen om clustering van een opdracht ongedaan te maken, omdat de rechter de door de aanbestedende dienst voor de clustering gegeven motivering niet overtuigend vindt.<sup>78</sup> Dit zou in ieder geval een breuk vormen met de huidige jurisprudentie.<sup>79</sup>

Dat een betere toegang van het MKB tot overheidsopdrachten hoog op de politieke agenda staat, blijkt ook uit de in februari 2012 door de Tweede Kamer aangenomen motie Ziengs en Van Bommel die de regering opdraagt ervoor te zorgen dat overheden in hun aanbestedingsbeleid als richtpercentage aanhouden dat minimaal 30% van de aanbestedingen

aan het MKB moet worden gegund ('comply or explain'). Wij vragen ons af of de Tweede Kamer hiermee niet is doorgeschoten in het borgen van de belangen van het MKB. Op deze wijze ontstaat in onze optiek het gevaar dat een andere doelstelling van het aanbestedingsrecht en van deze wet - contracteren met de economisch meest voordelige inschrijver - in het gedrang komt.

#### 4.2.2 Beginselen bij opdrachten boven de Europese drempelwaarde/duidelijk grensoverschrijdend belang: introductie wettelijk proportionaliteitsbeginsel

Vervolgens komen in Hoofdstuk 1.3 van de wet de beginselen aan bod die gelden bij opdrachten waarop één van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is of waar sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Hierbij gaat het om overheidsopdrachten, prijsvragen en concessieovereenkomsten voor openbare werken en diensten.<sup>80</sup> In artikel 1.8 respectievelijk 1.9 van de wet komen we allereerst de bekende kernbeginselen van het aanbestedingsrecht tegen: het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (vgl. artikel 2 Bao / artikel 9 Bass). Op dit punt is geen sprake van enige wezenlijke vernieuwing.

Nieuw is echter dat het proportionaliteitsbeginsel in regelgeving is opgenomen<sup>81</sup>. Met dit beginsel moet de aanbestedende dienst in alle fasen van de aanbestedingsprocedure rekening houden. Bijvoorbeeld bij het al dan niet samenvoegen van opdrachten, bij het formuleren van uitsluitingscriteria en geschiktheidseisen, het stellen van termijnen<sup>82</sup>, het al dan niet aanbieden van een vergoeding voor de 'hoge kosten van een inschrijving'. Hoe dit moet gebeuren, blijkt niet uit de wet. De *Gids Proportionaliteit* (die een meer gedetailleerde uitwerking van het beginsel bevat) bevat in zekere zin een uitwerking

74 Artikel 2.18 en 2.19 Aanbestedingswet. Zie *Gids Proportionaliteit*, p. 19: 'Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden.'

75 Er is in de wet geen wettelijke definitie voor het MKB opgenomen. In de MvA geeft de Minister aan dat de in Nederland gebruikelijke definitie van MKB uitgaat van bedrijven met 0-100 werknemers (*Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 9).

76 Zie ook Europese code van best practices ter vergemakkelijking van de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten, van 25 juni 2008 (SEC (2008)2193), p. 7/8.

77 Brief d.d. 20 mei 2011 van VNG aan Vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, kenmerk ECGR/U201100870.

78 Uit de MvA volgt dat de rechter zich vooral zal beperken tot toetsing van de motivering van de aanbestedende dienst. Onduidelijk is in hoeverre het de aanbestedende dienst vrijstaat zijn motivering ten aanzien van het clusteren in het kader van een gerechtelijke procedure aan te vullen ten opzichte van wat hij daarover in het bestek heeft vermeld; ook dit zal naar wij aannemen voorwerp van rechterlijke toetsing worden. Zie ook *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 18).

79 In deze rechtspraak wordt steeds aangenomen dat voor een clusterverbod geen rechtsbasis te vinden is in de huidige aanbestedingsregelgeving. Zie V.zr. Rb. Arnhem van 20 februari 2008, LJN: BC4705, 165955 / KG ZA 08-70 (rov. 4.7) en V.zr. Rb. Utrecht van 12 december 2007, LJN: BB9889, 240555 / KG ZA 07-1167 (rov. 4.2/4.3).

80 Art. 1.7. Met daarbij de kanttekening dat concessieovereenkomsten voor diensten niet gereguleerd worden door de aanbestedingsrichtlijnen, maar wel een Europese dimensie kunnen hebben.

81 Art. 1.10.

82 Volgens de *Gids Proportionaliteit* houdt de toepasselijkheid van het proportionaliteitsbeginsel op termijnen het volgende in. De Aanbestedingswet geeft minimumtermijnen, de aanbestedende dienst dient bij het stellen van termijnen telkens te overwegen of vanwege de (complexe) aard van de opdracht het stellen van een langere termijn gerechtvaardigd is (voorschrift 3.6). Strikt formeel mogen de wettelijke termijnen worden gehanteerd. Of het echter de kwaliteit van de inschrijvers

van het proportionaliteitsbeginsel op (facultatieve) uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningcriteria. Ten aanzien van uitsluitingsgronden stelt bijvoorbeeld voorschrift 3.5A dat de aanbestedende dienst slechts die facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87) toepast die relevant zijn voor zijn opdracht.

Zeer beknopt weergegeven staat verder het volgende in de Gids. De uitsluitingsgrond voor het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep<sup>83</sup> is een open norm die voor meerdere uitleg vatbaar is. Een zwaardere toepassing van de uitsluitingsgronden op onderaannemers dan op de inschrijvers zou niet proportioneel zijn.<sup>84</sup> Te stellen geschiktheidseisen dienen verband te houden met de daadwerkelijke risico's die de opdracht met zich brengt of moeten zijn terug te voeren op de competentie(s) die concreet nodig zijn voor de uitvoering van de opdracht (voorschrift 3.5B). Bij meervoudig onderhandse aanbestedingen mogen alleen geschiktheidseisen worden gesteld wanneer de aanbestedende dienst niet bekend is met de geschiktheid van één of meer potentiële inschrijvers (voorschrift 3.5c). Draagkrachteisen moeten zo worden gesteld dat ondernemingen die de opdracht kunnen uitvoeren ook daadwerkelijk kunnen meedingen. Met financiële ratio's dient terughoudend te worden omgegaan en de geëiste omzet moet in verhouding staan tot de omvang van de opdracht. Zekerheidsstellingen zijn proportioneel tot vijf procent van de opdrachtwaarde (voorschrift 3.5D). Wanneer een goedkeurende accountantsverklaring wordt geëist, behoeft deze pas na de mededeling van de gunningsbeslissing te worden overhandigd (voorschrift 3.5 E).

Van aanbestedingsvoorwaarden werd in de rechtspraak al wel aangenomen dat deze niet disproportioneel mochten zijn.<sup>85</sup> Artikel 1.10 vormt op dit punt dan ook in feite niet meer dan een codificatie van deze rechtspraak (zij het dat bovengenoemde uitwerking in de *Gids Proportionaliteit* wel de nodige extra duiding geeft ten aanzien van wat is toegestaan en wat niet). Nieuw is daarentegen dat het proportionaliteitsbeginsel ook uitdrukkelijk van toe-

passing wordt op de 'voorwaarden van de overeenkomst'. Daarmee gaat het proportionaliteitsbeginsel (krachtiger) doorwerken in de rechtsverhouding na gunning en sluiting van de overeenkomst.<sup>86</sup> In de huidige jurisprudentie wordt een dergelijke werking van de proportionaliteitsbeginsel in de contractfase niet aangenomen, ons zijn althans daarvan geen voorbeelden bekend.<sup>87</sup> In de *Gids Proportionaliteit* worden enige voorbeelden gegeven van niet-toegeestaan handelen van de aanbestedende dienst in de contractfase. Zo dient het risico bij die partij te rusten die deze het best kan beheersen of beïnvloeden (voorschrift 3.9A), moeten de inschrijvers de mogelijkheid krijgen om suggesties te doen voor aanpassing van het contract of de inkoopvoorwaarden (voorschrift 3.9C), is een ongelimiteerde aansprakelijkheidsstelling niet proportioneel (voorschrift 3.9D) net als een meest begunstigde clausule (3.9 E). De doorwerking van het proportionaliteitsbeginsel kan verstrekkende gevolgen hebben. Zo heeft de minister aangegeven dat zal worden bekeken of de 'modellen inkoopvoorwaarden van de overheid' moeten worden nagelopen op conformiteit met de *Gids Proportionaliteit* en dat de voorwaarden zo nodig zullen worden aangepast en/of dat marktpartijen inspraak zullen krijgen op de inhoud van de voorwaarden.<sup>88</sup>

#### 4.2.3 Nationale aanbestedingen: uitgangspunten

De hiervoor genoemde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit (echter nu 'uitgangspunten'<sup>89</sup> genoemd) gelden - anders dan onder het huidige regime - ook bij nationale aanbestedingen. Dit brengt mee dat de *Gids Proportionaliteit* dus ook bij nationale aanbestedingen ter hand dient te worden genomen. Daarnaast is ook het ARW 2013 verplicht gesteld bij opdrachten onder de drempel (zie hiertoe par. 3.2).<sup>90</sup>

Volgens artikel 1.11 is er sprake van een nationale aanbesteding indien een aanbestedende dienst voorafgaande aan het sluiten van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel 'uit eigen be-

en/of offertes ten goede komt wanneer te krappe termijnen of gestelde termijnen die geen rekening houden met vakantieperiodes, kan (ons inziens terecht) worden betwijfeld, aldus de opstellers van de Gids. (*Gids Proportionaliteit*, p.48)

83 Art. 2.87, lid 1 onder c.

84 *Gids Proportionaliteit*, p. 30-32.

85 Zie bijvoorbeeld het jurisprudentieoverzicht in Pijnacker Hordijk c.s., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers, vierde druk (2009) op p. 317-318.

86 Dit is een gevolg van de motie Ziengs c.s., *Kamerstukken II 2011/12*, 32 440, nr. 57.

87 Een voorbeeld waarin de rechter in de omstandigheid dat er sprake was van een overeenkomst die was voortgekomen uit een aanbesteding geen aanleiding zag om het proportionaliteitsbeginsel anders toe te passen dan bij andere contractuele geschillen vormt bijvoorbeeld Vznr. Rb. Haarlem, 5 december 2005, LJN: AZ1072.

88 MvA, p. 11. De minister specificceert niet op welke voorwaarden hij hier doelt; wij vermoeden dat onder meer de Rijksvoorwaarden voor Diensten (ARVODI) worden bedoeld.

89 Dit duidelijke onderscheid tussen Europese beginselen en nationale uitgangspunten is aangebracht naar aanleiding van de consultatie. Zie Brants en Daanen, *Ibid.*, p. 375.

90 Art. 1.22 juncto art. 11 Aanbestedingsbesluit.

weging' een aankondiging heeft geplaatst. Dat betekent dus dat in gevallen waarin een aanbestedende dienst geen aankondiging op TenderNed plaatst maar wel een 'soort' aanbesteding organiseert, geen sprake is van een nationale aanbesteding, maar dat wordt teruggevallen op de 'restcategorie' meervoudig onderhandse aanbestedingen (zie hierna). De daarin besloten opdracht mag vanzelfsprekend niet vallen onder het regime van de aanbestedingsrichtlijnen of een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben. Het artikel noemt enkel schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel en niet concessieovereenkomsten of prijsvragen, zodat de uitgangspunten in geval van vrijwillige aankondiging op grond van de Aanbestedingswet niet van toepassing zijn.

#### 4.2.4 Meervoudig onderhandse aanbestedingen

De restcategorie wordt gevormd door meervoudig onderhandse aanbestedingen.<sup>91</sup> Afdeling 1.2.4 'Uitgangspunten bij de meervoudig onderhandse procedure' is van toepassing wanneer er geen sprake is van een Europese opdracht (die wordt bestreken door de bepalingen van hoofdstuk 2 respectievelijk hoofdstuk 3 van de wet) of van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang, en de aanbestedende dienst niet heeft gekozen voor een vrijwillige aankondiging op TenderNed maar in plaats daarvan twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Op deze aanbestedingen is het proportionaliteitsbeginsel op gelijke wijze van toepassing als bij de eerder behandelde aanbestedingen, met dien verstande dat bij de meervoudig onderhandse procedure geen acht behoeft te worden geslagen op de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria.<sup>92</sup>

Net als bij nationale aanbestedingen zijn ook bij meervoudig onderhandse aanbestedingen het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel - maar dan nu als uitgangspunten - van toepassing verklaard. Dit is nieuw ten opzichte van de huidige situatie, waarin de aanbestedingsbeginselen niet

rechtstreeks van toepassing zijn op niet-Europese aanbestedingen.<sup>93</sup> Wel is de werking van het gelijkheidsbeginsel beperkt tot 'inschrijvers'.<sup>94</sup> Aanbestedende diensten en speciale-sector bedrijven zijn volgens art. 1.15 lid 1 enkel gehouden 'de inschrijvers' op gelijke wijze te behandelen. Evenzo bepaalt artikel 1.15 lid 2 dat de aanbestedende dienst uitsluitend 'inschrijvers' de relevante redenen voor de gunningsbeslissing dient mee te delen. Niet-uitgenodigde potentiële aanbidders lijken volgens de Aanbestedingswet dus niet met een beroep op het gelijkheidsbeginsel toegang te kunnen krijgen tot de meervoudig onderhandse aanbesteding. Onduidelijk is hoe het zit met wel uitgenodigde aanbidders die uiteindelijk geen inschrijving hebben ingediend. Volgens de definitie in artikel 1.1 kwalificeren zij niet als 'inschrijver'. Dit lijkt echter niet zo door de wetgever bedoeld, gelet op de toelichting in de MvT dat het gelijkheidsbeginsel 'van toepassing [is] op ondernemers die ... zijn uitgenodigd in te schrijven op een opdracht'.<sup>95</sup> Afgewacht moet worden hoe de rechter met deze inconsistentie zal omgaan.

Interessant is overigens dat er jurisprudentie is die al een stap verder lijkt te gaan dan de wetgever voor ogen heeft. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage in de zaak *Noordwijk/De Raad Bouw*<sup>96</sup> en de uitspraak van de Rechtbank Zutphen in de zaak *HLA/Kadaster*.<sup>97</sup> Uit deze uitspraken volgt dat ook in het geval dat een bestuursorgaan heeft gekozen voor een meervoudige onderhandse aanbesteding hij, gelet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, gehouden is om besluiten zorgvuldig voor te bereiden en de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie na te leven. Dat geldt ook bij de selectie van de bedrijven die tot de onderhandse aanbesteding worden toegelaten. Voor niet-geselecteerde partijen bij meervoudig onderhandse procedures vormt de Aanbestedingswet dus mogelijk een stap achteruit in plaats van vooruit op het gebied van gelijkheid en transparantie.<sup>98</sup>

91 Zie Afdeling 1.2.4, artikelen 1.14 tot en met 1.16, voor de uitgangspunten.

92 Vergelijk de artikelen 1.10 lid 2, 1.13 lid 2 en 1.16 lid 2.

93 Zie ook MvT p. 14. Wel kan sprake zijn van een doorwerking van de aanbestedingsbeginselen door middel van 'inkleuring' van de precontractuele goede trouw door deze beginselen, zoals uitgemaakt door de Hoge Raad in het *Conformed-arrest* (HR 4 april 2003 NJ 2004/35).

94 Ook dit is het gevolg van de consultatie. Zie Brants en Daanen, *Ibid*, 375.

95 MvT p. 14.

96 Gerechtshof 's-Gravenhage, 26 oktober 2010, LjN: BO2080, ro. 6.

97 Rb. Zutphen, 4 mei 2011, LjN: BV0451, ro. 5.19 t/m 5.22.

98 Mogelijk, want in de rechtspraak komt ook de soepelere benadering naar voren dat een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt, géén aanbestedingsprocedure heeft uitgeschreven, maar een uitnodiging tot onderhandeling heeft gedaan. De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zijn volgens die rechtspraak niet van toepassing. Zie hiervoor onder meer: Rb. Den Haag 26 januari 2012, LjN: BV7044; Rb. Den Bosch 10 september 2012, LjN: BX7223; en Hof Den Bosch 16 juni 2009, LjN: B19980.

#### 4.2.5 Geen overige regelgeving voor nationale opdrachten

De Aanbestedingswet bevat voor opdrachten onder de drempelwaarden verder geen specifieke regeling. Wel moet in geval van opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang of bij vrijwillig openbare aanbesteding (overigens gratis) gebruik worden gemaakt van TenderNed<sup>99</sup> en moeten de aanbestedingsstukken kosteloos ter beschikking worden gesteld.<sup>100</sup> Voor zover er uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen worden gesteld moet gebruik worden gemaakt van de daarvoor bedoelde *Uniforme eigen verklaring* in plaats van het vragen van diverse bewijsstukken<sup>101</sup> en geldt dat om een *Gedragsverklaring aanbesteden* kan worden gevraagd.<sup>102</sup>

Uit de reacties op het Consultatiedocument voor de Aanbestedingswet<sup>103</sup> bleek dat men verdeeld is over het voorstel om geen bagateldrempels op te nemen voor opdrachten onder de Europese drempelwaarde. Voor het wél opnemen pleit dat daarmee voor een groot deel van de inkoop door de publieke sector uniformiteit wordt bereikt. Daar tegenover staan lastenverzwaring van het inkoopproces en beperking van de vrijheid van de opdrachtgever. Het voorstel is uiteindelijk gehandhaafd; in de nieuwe Aanbestedingswet zijn geen bagateldrempels opgenomen. Wel zijn er in de *Gids Proportionaliteit* (op p. 23) enige bepalingen aan gewijd. Zo wordt onder voorschrift 3.4 A als uitgangspunt genomen dat de aanbestedende dienst per opdracht beziet welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, en daarbij acht slaat op een aantal aspecten. Deze aspecten zijn in ieder geval de omvang van de opdracht, de transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers, het aantal potentiële inschrijvers, het gewenste eindresultaat, de complexiteit van de opdracht en het type van de opdracht en karakter van de markt.<sup>104</sup>

#### 4.2.6 Consequenties niet naleven beginselen/uitgangspunten

Het niet naleven van één van de beginselen kan volgens de memorie van toelichting tot gevolg

hebben dat de burgerlijke rechter in een kort geding beveelt om de aanbesteding te stoppen, opnieuw aan te besteden, of de opdracht aan een bepaalde partij te gunnen. Mogelijk is er - wegens het begaan hebben van een onrechtmatige daad - ook een grond voor een schadevergoedingsactie jegens de aanbestedende dienst. Daarnaast lijkt het erop alsof het niet naleven van de Aanbestedingswet (waaronder de voornoemde beginselen) volgens de memorie van toelichting tot gevolg kan hebben dat een reeds gesloten overeenkomst wordt vernietigd op grond van de Wira, waarvan de artikelen in de wet zijn geïncorporeerd. Kijken we echter naar de vernietigingsgronden in de Wira<sup>105</sup>, dan geldt dat uitsluitend vernietigd kan worden als sprake is van (i) een onwettige onderhandse gunning of (ii) het niet-respecteren van de in artikel 2.127 opgenomen stand-stiltermijn van een door één van beide aanbestedingsrichtlijnen bestreken opdracht, of (iii) bij het gunnen van een nadere opdracht onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemers (of dynamisch aankoopstelsel) waarbij niet conform artikel 2.143 een 'minicompitie' is georganiseerd maar in plaats daarvan één van de ondernemers de nadere opdracht onderhands krijgt gegund. Kort gezegd: er kan alleen vernietigd worden als er in het geheel niet is aanbesteed terwijl dat wel had gemoeten, of de Alcateltermijn niet in acht is genomen. De wetgever lijkt dus te miskennen dat de rechter niet de mogelijkheid heeft om te vernietigen, wanneer er wel een aanbesteding is georganiseerd maar waarbij fouten zijn gemaakt (bijvoorbeeld door schending van één van de beginselen).

Bij de toelichting op de Wira wordt aangegeven dat de kortgedingrechter in geval er al een overeenkomst is gesloten, wel mogelijkheden heeft om de effecten van de gesloten overeenkomst te beperken. Zo kan de rechter een verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst bevelen, of een gebod tot opzegging of ontbinding opleggen indien de concrete overeenkomst daartoe mogelijkheden biedt.<sup>106</sup> In de rechtspraak wordt hier verschillend mee om gegaan. Het gerechtshof Den Haag heeft een aantal keer aangenomen dat de Wira meebrengt dat buiten de vernietigingsgronden uit de Wira een overeenkomst

99 Artikel 1.18.

100 Artikel 1.21.

101 Artikel 1.19.

102 Artikel 1.20.

103 Tot 17 juni 2009 konden reacties op het conceptvoorstel bij het ministerie van Economische zaken worden ingediend. De ontvangen reacties zijn op de website van het ministerie geplaatst. Het ministerie heeft de reacties niet separaat beantwoord, maar betrokken bij de uitwerking van het wetsvoorstel in de memorie van toelichting.

104 Er is daarbij door middel van gekleurde 'balkjes' getracht aan te geven bij welke waarde een bepaalde procedure wel of niet aangewezen is. Zo is bij de categorie '1 op 1' (onderhandse gunning) bij werken aangegeven dat dit tot € 50.000 zonder meer de juiste keuze is (groene balk), bij een waarde tussen de € 50.000 € 150.000 het afhangt van de omstandigheden van het geval (oranje balk) en bij een waarde van boven de € 150.000 niet de juiste procedure is (rode balk).

105 Artikel 8 Wira, Artikel 4.15 Aanbestedingswet.

106 *Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3, p. 4.*

niet kan worden aangetast vanwege strijd met het aanbestedingsrecht.<sup>107</sup> In onze visie is dat echter onjuist gelet op de hiervoor genoemde passage uit de toelichting op de Wira. Wij menen dat het gerechtshof Amsterdam het bij het rechte eind heeft door te overwegen dat de Wira geen wijziging brengt in de situatie zoals die voorheen al bestond en de rechter

dus de mogelijkheid heeft om een verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst te bevelen.<sup>108</sup> Het is hoe dan ook jammer dat de wetgever de kans niet heeft benut om aan deze tegenstrijdige rechtspraak een einde te maken. In plaats daarvan heeft hij de verwarring alleen maar vergroot door met de wettekst strijdige opmerkingen te maken.

<sup>107</sup> Gerechtshof Den Haag 17 mei 2011 LJN: BQ5659 en LJN: BQ4365.

<sup>108</sup> Gerechtshof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN: BN5585. Deze tegenstrijdigheid in de rechtspraak wordt ook geconstateerd door I.J. van den Berge e.a. in de Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, 1 januari - 1 december 2010, 7A 2011-3, p. 158-209.