

TBR 2013/55

De (nieuwe) Aanbestedingswet (Deel 2)

Prof. mr. G.W.A. van de Meent, mr. A. Stellingwerff Beintema en mr. R.S. Damsma¹

In het vorige deel van dit artikel zijn we onder meer kort ingegaan op de toch wel bijzondere voorgeschiedenis van deze wet, hebben we de kernelementen van het nieuwe aanbestedingsregime (Aanbestedingswet plus flankerend beleid) behandeld en besproken we het algemene deel van de Aanbestedingswet.

In deze aflevering gaan we verder met paragraaf 5 waarin deel 2 van de Aanbestedingswet tamelijk uitgebreid wordt behandeld en paragraaf 6 waarin we ingaan op het vierde deel van de Aanbestedingswet. De nieuwe klachtafhandeling bij aanbesteden komt apart aan bod in paragraaf 7. Ons commentaar hebben we zoveel als mogelijk verwerkt in de diverse paragrafen. Met het trekken van enkele conclusies sluiten we dit artikel af.

5. Overheidsopdrachten, prijsvragen voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor openbare werken (deel 2)

Het tweede deel van de Aanbestedingswet implementeert zoals hiervoor gezegd de Richtlijn Overheden en is dus van toepassing op aanbestedende diensten in de zin van deze Richtlijn. Hoofdstuk 2.1 ziet op de werkingssfeer en bepaalt onder meer dat de Aanbestedingswet van toepassing is op overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen van aanbestedende diensten waarvan de waarde de toepasselijke Europese drempelwaarde overschrijft.² De Europese

drempelwaarden worden iedere twee jaar door de Europese Commissie opnieuw vastgesteld; dit gebeurde voor het laatst op 1 januari 2012.³

In hoofdstuk 2 wordt verder voorgescreven op welke wijze de waarde van een voorgenomen overheidsopdracht, raamovereenkomst, concessieovereenkomst voor openbare werken, dynamisch aankoopstelsel of prijsvraag moet worden geraamd.⁴ Deze artikelen komen overeen met de huidige bepalingen in het Bao. Afdeling 2.1.3 gaat in op de van deel 2 van de wet uitgezonderde overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen.⁵ Hier zijn geen wijzigingen doorgevoerd ten opzichte van het huidige kader.⁶

5.1 Procedures voor het plaatsen van opdrachten voor aanbestedende diensten

Hoofdstuk 2.2 beschrijft de procedures voor het plaatsen van opdrachten voor aanbestedende diensten. Afdeling 2.2.1 gaat daarbij in op de regulier toe te passen procedures - de openbare en de niet-openbare procedure - en afdeling 2.2.2 behandelt op de uitzonderingen daarop, te weten de concurrentiegerichte dialoog, de onderhandelingsprocedure met en zonder voorafgaande aankondiging, het plaatsen van overheidsopdrachten voor B-diensten en de te volgen procedures voor te sluiten concessieovereenkomsten voor openbare werken, prijsvragen en raamovereenkomsten.

In tegenstelling tot het Bao en het Bass beschrijft de Aanbestedingswet de verschillende stappen binnen

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 Annemieke 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 Zie artikelen 2.1 tot en met 2.6. Wijzigingen van de drempelbedragen worden 'dynamisch' of automatisch geïmplementeerd. Zie hiervoor art. 2.7. De richtlijnbevestigingen die (in)direct verplichtingen opleggen aan subsidie-ontvangers, houders van exclusieve of bijzondere rechten en aankoopcentrales zijn te vinden in de artikelen 2.8 tot en met 2.11.

³ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_en.htm.

⁴ Artikelen 2.13 - 2.22.

⁵ Zie art. 2.23.

⁶ Vgl. artikelen 15-17 Bao, respectievelijk 16 tot en met 18 Richtlijn 2004/18.

deze procedures. Dit gebeurt per procedure.⁷ Voor de niet-openbare procedure zijn bijvoorbeeld de volgende stappen genoemd: bekendmaking aankondiging, toetsing gegadigde aan een gestelde uitsluitingsgrond, toetsing niet-uitgesloten gegadigde aan geschiktheidseisen, beoordelen niet-uitgesloten of niet afgewezen gegadigden aan de selectiecriteria, uitnodigen van de geselecteerde gegadigden tot inschrijving, toetsen van de inschrijvingen aan de gestelde technische specificaties, eisen en normen, beoordelen geldige inschrijvingen aan de hand van het gunningscriterium (EMVI) en nadere criteria, opmaken proces-verbaal van de opdrachtverlening, mededelen gunningsbeslissing, mogelijke ('kan de overeenkomst sluiten') contractering en ten slotte aankondiging van de gegunde opdracht.⁸ Uit de MvT⁹ blijkt dat de aanbestedende dienst deze stappen 'moet' doorlopen, maar dat er geen sprake is van een dwingende chronologische volgorde.

Engiszins verwonderlijk is het in de ingenomen standpunt, dat het kennelijk ook bij een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure mogelijk is om de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijver plaats te laten vinden op een ander moment in de procedure, zoals pas bij de uiteindelijke gunningsbeslissing. Hierdoor ontstaat het gevaar dat een gegadigde die niet voldoet aan de geschiktheidseisen als inschrijver wordt toegelaten tot de gunningsfase, terwijl eigenlijk niet hij, maar een ander toegelaten had moeten worden. Dit lijkt strijdig met het fundamentele beginsel in de jurisprudentie dat een ongeldige inschrijving terzijde wordt gelegd en geen onderdeel meer uitmaakt van de aanbestedingsprocedure.¹⁰ Wij staan dan ook kritisch ten aanzien van deze opmerking in de MvT die aansluit bij een voorstel van de Europese Commissie om in het kader van de modernisering van de richtlijnen toe te staan dat eerst de offertes worden beoordeeld, en daarna pas de geschiktheid van de inschrijvers.¹¹

Voor de gunning van opdrachten voor levering van diensten van gezondheidszorg en maatschappelijke

dienstverlening (aan bewoners van gemeenten in Nederland) moet ingevolge een amendement van de leden Hamer en Wolbert de procedure voor 2B-diensten toegepast worden, tenzij de aanbestedende dienst anders besluit.¹² Het amendement beoogt buiten twijfel te stellen dat aanbestedingen in de zorg, ondersteuning of begeleiding onder het regime van bijlage 2B vallen, en dat voor deze diensten geen reguliere openbare aanbestedingsprocedure gehouden hoeft te worden. In beginsel wordt dus niet openbaar aanbesteed, tenzij de aanbestedende dienst gemotiveerd besluit dat dit wel moet gebeuren. Ondanks dat dit niet expliciet uit (de toelichting op) het amendement blijkt, lijkt het erop dat hiermee wordt beoogd om openbare aanbestedingen van onder meer Wmo-opdrachten te voorkomen. Naar onze mening wordt ten onrechte verondersteld dat de problemen waartoe de transitie naar meer marktwerking in de zorg hebben geleid en waarbij de aanbesteding als instrument is ingezet, automatisch kunnen worden voorkomen als er wordt aanbesteed conform het bijlage 2B-regime.¹³ Dit afgezien van het feit dat een deel van de Wmo-diensten (hulp bij het huishouden) die worden ingekocht volgens de Europese Commissie over het algemeen kwalificeren als 2A-diensten.¹⁴ Het in de wet opnemen dat sprake is van een 2B-dienst maakt van een 2A-dienst nog geen 2B-dienst.

5.2 Regels inzake aankondiging, uitsluiting, selectie en gunning

Hoofdstuk 2.3 Aanbestedingswet bevat verschillende regels inzake aankondiging, uitsluiting, selectie en gunning. Hieronder vallen eveneens de bepalingen met betrekking tot communicatie met en het verstrekken van inlichtingen aan ondernemers, technische specificaties, varianten, bijzondere voorwaarden en het voorbehouden van opdrachten aan sociale werkplaatsen.

Het is vanwege de vele nieuwe en vernieuwde bepalingen ondoenlijk om een volledig overzicht van alle noviteiten te geven. Hierna volgt een korte

⁷ Voor de openbare en de niet-openbare procedure (art. 2.26 en 2.27), concurrentiegericht dialogo (art. 2.28 en 2.29) onderhandelingsprocedure met en zonder aankondiging (art. 2.30 en 2.31 resp. art. 2.32-2.37), bijzondere voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor B-diensten (art. 2.38 en 2.39), procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken (art. 2.40 en 2.41), procedure van een prijsvraag (art. 2.42 en 2.43), procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst (art. 2.44-2.47) en procedure voor een dynamisch aankoopstelsel (art. 2.48-2.51).

⁸ Art. 2.27.

⁹ MvT p. 63.

¹⁰ Bijvoorbeeld Vznr. Rb. 's-Gravenhage van 2 juni 2006, LJN:AY7515, KG 06/538, ro. 3.2. Zie ook de overweging van het Hof van Justitie in de 'klassieker' Beentjes: 'In het stelsel van de richtlijn [...] vormen het onderzoek naar de geschiktheid van de aannemers die de te gunnen werkzaamheden moeten uitvoeren, en de gunning van het werk zelf twee afzonderlijke verichtingen in het kader van de aanbesteding. Artikel 20 van de richtlijn bepaalt immers, dat de gunning plaatsvindt nadat de geschiktheid van de aannemers is nagegaan', zaak 31/87, arrest van 20 september 1988, rov. 15.

¹¹ Zie voor een kritische bespreking van deze vernieuwing, T. Chen, Eerst offertes beoordelen en dan pas de geschiktheid bepalen, een riskante vernieuwing?, *TBR* 2012/199.

¹² Artikel 2.38 lid 3.

¹³ Zie ook G.W.A. van de Meent, Zoeken naar El Dorado, oratie UvA, 2007, www.aanbestedingsrecht.org, p. 6 e.v.

¹⁴ <http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/infoenservice/briefECCaanvswmo8410.pdf>.

bespreking van de in onze optiek interessantste vernieuwingen:

- het verplicht gebruik van TenderNed bij de aankondiging van de aanbesteding (par. 5.2.1);
- de verplichting in het proces-verbaal te vermelden dat er individuele inlichtingen zijn verstrekt (par. 5.2.2);
- het gebruik van de *Uniforme eigen verklaring* (par. 5.2.3);
- het gebruik van de *Gedragsverklaring aanbesteden* (par. 5.2.4);
- bepalingen ten aanzien van functioneel omschrijven en/of varianten (par. 5.2.5);
- het verbod op het stellen van omzeteisen (par. 5.2.6);
- de verplichting te gunnen op het criterium 'economisch meest voordelige inschrijving' (par. 5.2.7);
- een specifieke uitzondering voor openbaarmaking voorbereidende aanbestedingsstukken (par. 5.2.8);
- bepalingen ten aanzien van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden (par. 5.2.9);
- beperking aantal gegadigden bij niet-openbare procedure of onderhandelingsprocedure (par. 5.2.10);
- motiveringsverplichtingen en Alcateltermijn (par. 5.2.11).

5.2.1 TenderNed

Aanbestedende diensten moeten gebruik maken van TenderNed.¹⁵ Ondernemers hoeven hierdoor niet langer op verschillende plaatsen te zoeken naar voor hen interessante opdrachten in Nederland. TenderNed is gekoppeld aan Tenders Electronic Daily (elektronisch supplement op het publicatieblad van de Europese Unie). Plaatsing van een afzonderlijke aankondiging op TED kan dus achterwege blijven. Binnen TenderNed worden overigens diverse andere functies ontwikkeld die aanbestedende diensten op basis van vrijwilligheid kunnen gebruiken. TenderNed zal gratis ter beschikking worden gesteld.¹⁶ Vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet, is TenderNed in de loop van 2011 van start gegaan.

De regering beziet of ook andere geautomatiseerde systemen aan TenderNed kunnen worden gekoppeld. De regering lijkt hiermee niet de mogelijkheid te bedoelen dat via andere aan TenderNed gekoppelde portalen een bekendmaking kan worden geplaatst. Bedrijven die actief zijn op het terrein van digitale aanbestedingssoftware worden door het verplicht voorgeschreven gebruik van TenderNed (een economische activiteit die door de overheid wordt verricht op basis van een exclusief recht) dus deels buiten spel gezet. De regering rechtvaardigt dit in de MvT door te betogen dat sprake is van het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang; de overheid zou met TenderNed de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen verbeteren en daarmee het dwingende algemene belang van de naleving van het Europees recht en de handhaving van regels van openbare orde dienen.¹⁷ In de Memorie van Antwoord (op p. 4) legt de minister uitvoerig uit waarom in zijn optiek geen sprake is van verboden staatssteun of verboden bevoordeling van een overheidsbedrijf (op basis van de op 1 juli 2012 in werking getreden bepalingen van de Wet markt en overheid).¹⁸ Vanwege de grote mate van discretie die een lidstaat op basis van het Europese recht toekomt bij toekenning van diensten van algemeen belang, verwachten wij dat deze onderbouwing al dan niet in rechte stand zal houden.

Toch zijn er wel enige kanttekeningen te plaatsen. Zo gaf de minister tijdens het plenaire debat met de Eerste Kamer (op 23 oktober 2012) aan dat de ontwikkeling van TenderNed 'absoluut nodig' is, omdat de commerciële platforms niet voor iedereen toegankelijk zouden zijn, geen link met het Handelsregister zouden hebben en hun beveiligingsniveau onvoldoende zou zijn. Wij vinden deze redenering weinig overtuigend. De opmerking over de toegankelijkheid is moeilijk te begrijpen aangezien er ook openbaar toegankelijke commerciële platforms actief zijn (bijvoorbeeld Aanbestedingskalender). Het is aannemelijk dat deze platforms marktaandeel zullen gaan verliezen aan TenderNed.¹⁹ Of de andere twee punten de hoge ontwikkelingskosten rechtvaardigen, vragen wij ons af. Wij zijn alles bijeengenomen, kritisch ten opzichte van dit initiatief om een uiterst kostbare nieuwe overheidsdienst

¹⁵ Artikel 1.17. Zie www.tenderned.nl. Op 9 november 2011 is TenderNed gelanceerd. Zie hiervoor <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/nieuws/2011/11/09/meedingen-overheidsopdrachten-makkelijker-voor-ondernemers.html>.

¹⁶ MvA, p. 3. Een door de Eerste Kamer aangenomen motie (Van Boxtel c.s., 32 440, nr. L) verzoekt de regering er zorg voor te dragen dat het verstrekken van informatie via TenderNed, inclusief het inschrijven, op verzoek van aanbestedende diensten, niet ten laste kan worden gebracht van de inschrijvers. Deze motie is een reactie geweest op wat de minister aangaf tijdens het plenaire debat op 23 oktober 2012 (zie steno-wetgevingsoverleg op p. 43), namelijk dat gebruik van TenderNed 'vooralsnog' gratis is en dat dit in de toekomst kan veranderen.

¹⁷ MvA, p. 72; memorie van antwoord, 32 440, C, p. 3.

¹⁸ Stb. 2011, 162. De nieuwe bepalingen worden opgenomen in de Mededingingswet (art. 25g t/m 25m).

¹⁹ Wij merken op dat de aanbestedende dienst formeel gezien alleen zijn aankondiging hoeft te publiceren op TenderNed en de daadwerkelijke aanbesteding op andere platforms kan laten uitvoeren (zie ook de opmerking van de minister tijdens het debat met de EK op 23 oktober 2012, *Handelingen I* 2012/2013, 4, p. 41), maar het valt te verwachten dat aanbestedende diensten ook de uitvoering zullen laten geschieden via TenderNed, omdat ze dan 'in een keer klaar' zijn.

op te tuigen²⁰, terwijl de markt tot dusver goed in staat is gebleken om te voorzien in de behoefte aan digitale aanbestedingsplatforms.

5.2.2 Individuele inlichtingen per proces-verbaal

Naleving van het beginsel van gelijke behandeling betekent onder meer dat potentiële gegadigden en inschrijvers in beginsel kunnen beschikken over dezelfde informatie. Door hen gestelde vragen beantwoordt de aanbestedende dienst in de vorm van een nota van inlichtingen die hij aan alle gegadigden of inschrijvers verzendt.²¹ Een ondernemer kan een gerechtvaardigd economisch belang hebben om bepaalde informatie (vragen en antwoorden) niet in de nota op te laten nemen en aan zijn concurrenten te openbaren. De aanbestedende dienst kan in dat geval aan de ondernemer individuele inlichtingen verstrekken.²² Volgens de MvT mogen de inlichtingen enkel dienen ter verduidelijking van de eisen die de aanbestedende dienst in de aankortdijging of het bestek heeft gesteld. De opdracht mag er niet door van aard veranderen.²³ De aanbestedende dienst moet in zijn proces-verbaal van gunning mededeling doen of er inlichtingen zijn gegeven die op verzoek van de ondernemer buiten de nota van inlichtingen zijn gehouden.²⁴

5.2.3 Uniforme eigen verklaring

Een belangrijke vernieuwing die de Aanbestedingswet brengt is de vermindering van het aantal bewijsstukken dat inschrijvers/gegadigden in moeten dienen bij een aanbesteding. Centraal hierbij staat de introductie van een *uniforme eigen verklaring*. Door het invullen van een eigen verklaring, tonen inschrijvers aan dat er geen uitsluitingsgronden op hen van toepassing zijn en dat zij kunnen voldoen aan alle in de aanbestedingsstukken opgenomen geschiktheidseisen, selectiecriteria, technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden (maar uitsluitend wanneer ze betrekking hebben op milieu, dierenwelzijn of sociale criteria).²⁵ Er worden

hiertoe modelverklaringen verplicht gesteld; het is aanbestedende diensten niet toegestaan af te wijken van deze modellen.²⁶ De gegevens en inlichtingen die in de verklaring moeten worden opgenomen zijn in het Aanbestedingsbesluit opgenomen; de modellen zullen in een ministeriële regeling worden opgenomen.²⁷ De aanbestedende dienst mag vervolgens zelf bepalen welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt.²⁸ Dit houdt in dat de aanbestedende dienst mag aangeven of hij wil dat het model eigen verklaring volledig wordt ingevuld, of dat inschrijvers slechts bepaalde onderdelen daarvan moeten invullen.

Een belangrijke pijler van de nieuwe regeling bestaat eruit dat, anders dan nu het geval is, uitsluitend de geselecteerde gegadigde(n) dan wel de winnende inschrijver(s) gevraagd mag worden om indiening van bewijsstukken ter staving van zijn eigen verklaring.²⁹ Het vragen van inlichtingen buiten de eigen verklaring om, is niet toegestaan.³⁰

Op bovengenoemde regel dat een gegadigde/inschrijver bij aanmelding/inschrijving kan volstaan met een eigen verklaring bestaan twee uitzonderingen. Met betrekking tot de geschiktheidseisen mogen referentieprojecten wel reeds bij aanmelding dan wel inschrijving gevraagd worden. Zo is het mogelijk te vragen om een lijst met werken die de afgelopen vijf jaar zijn verricht, vergezeld van certificaten 'waarin wordt aangegeven of de werken volgens de regelen der kunst zijn uitgevoerd en tot een goed einde zijn gebracht'. Bij opdrachten voor leveringen of diensten kan worden gevraagd om een soortgelijke lijst van opdrachten die gedurende de afgelopen drie jaren werden verricht met vermelding van bedrag, datum en afnemer.³¹ De tweede uitzondering betreft bewijsstukken ten aanzien van aspecten die niet zijn opgenomen zijn in de eigen verklaring.³² Het kan hier bijvoorbeeld gaan om verklaringen dat er geen sprake is van belangenverstremgeling, handelen met voorkennis of van handelen in strijd met het kartelverbod.³³ Aan-

²⁰ Volgens Kamerleden zou het inmiddels gaan om een bedrag van € 34 miljoen aan ontwikkelingskosten (zie het verslag van de vergadering van 23 oktober 2012, *Handelingen I* 2012/13, 4, p. 41).

²¹ Art. 2.53.

²² Art. 2.53 lid 3.

²³ MvT, p. 68. In de MvT legt de regering ook een relatie met het verbod te onderhandelen in openbare en niet-openbare procedures, zoals neergelegd in de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Europese Commissie ad art. 7 lid 4 van Richtlijn 93/37/EG (de oude Richtlijn Werken).

²⁴ Art. 2.132, sub f.

²⁵ Art. 2.84 lid 1 Aanbestedingswet.

²⁶ Er komen aparte modellen voor opdrachten onder en boven de drempelwaarde. Zie hiertoe het Consultatiedocument eigen verklaring van 7 november 2011, van het ministerie van Economische Zaken.

²⁷ Artikel 2.84 lid 2 Aanbestedingswet en artikel 2 lid 2 Aanbestedingsbesluit t. De definitieve modelverklaring was op het moment van schrijven van deze bijdrage (half maart 2013) nog niet vastgesteld.

²⁸ Art. 2.85 lid 1.

²⁹ Dit om de transactiekosten te verlagen, *Gids Proportionaliteit* op p. 31.

³⁰ Zie het tweede lid van art. 2.85.

³¹ Artikel 2.93, lid 1, sub a en b.

³² Artikel 2.85 lid 2.

³³ Zie artikel 2.85 lid 3 jo 2:93 sub a en b en MvT, p. 77.

dacht verdient dat de MvT eveneens als voorbeeld noemt certificaten die aantonen dat de producten of diensten voldoen aan specifieke vereisten. Dit lijkt ons nog steeds een valide voorbeeld, maar dan uitsluitend wanneer het certificaat betreft die *niet* zien op duurzaamheidscriteria. Bij amendement³⁴ is artikel 2.84 namelijk zodanig gewijzigd dat onder de verklaring ook zijn komen te vallen technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden voor zover die betrekking hebben op (kort gezegd) duurzaamheidscriteria. Om een voorbeeld te geven: het is dus onder deze systematiek niet toegestaan om bij een aanbesteding voor computer hardware op voorhand te verlangen dat een inschrijver een verklaring overlegt van een instantie waaruit blijkt dat de hardware waarmee hij inschrijft voldoet aan de zogenaamde Energy Star normen met betrekking tot energiezuinigheid. De inschrijver verklaart immers door middel van de eigen verklaring al dat hij voldoet aan de technische specificaties die betrekking hebben op milieucriteria.

Een aanbestedende dienst mag de winnaar (bij een openbare aanbesteding) of de geselecteerde gegadigden (bij een niet-openbare aanbesteding) vragen om bewijs te leveren. Hij is hiertoe niet verplicht. Zoals gezegd, heeft de eigen verklaring onder meer betrekking op de uitsluitingsgronden (als opgenomen in artikel 45 Richtlijn Overheden en artikel 2.86 en 2.87 Aanbestedingswet). Voor de uitsluitingsgronden is het bewijs gestandaardiseerd om een verdere uniformering mogelijk te maken.³⁵ Dat wil zeggen: de aanbestedende dienst is verplicht om de in artikel 2.89 genoemde stukken als bewijs te accepteren voor de in dat artikel genoemde uitsluitingsgronden. Het betreft een uittreksel uit het handelsregister (artikel 2.89 lid 2), een verklaring van de Belastingdienst (artikel 2:89 lid 4) en de zogenaamde Gedragsverklaring aanbesteding (zie hierna).

5.2.4 Uitsluitingsgronden met betrekking tot integriteit: de Gedragsverklaring aanbesteden

De *Gedragsverklaring aanbesteden* vormt een nieuw instrument met als doel de integriteitstoetsing te uniformeren.³⁶ Deze verklaring levert op grond van artikel 2.89 lid 2 dwingend bewijs op dat op de onderneming in kwestie de uitsluitingsgronden genoemd in artikel 2.86 (diverse ernstige misdrijven als bijvoorbeeld witwassen), artikel 2.87 sub b en c (schending beroepsgedragsregels en andere beroepsfouten) niet van toepassing zijn, voor zover het onherroepelijke veroordelingen of onherroepelijke beschikkingen betreft. Aanbestedende diensten zijn, met andere woorden, niet verplicht om op integriteit te toetsen, maar als zij het doen, zijn zij verplicht dit exclusief te doen door de Gedragsverklaring te vragen. Eigen toetsingsinstrumenten van aanbestedende diensten ten aanzien van integriteit zijn dus niet meer toepasbaar. Overigens is het goed te benadrukken dat dit niet betekent dat de aanbestedende dienst niet ook nog op andere beroepsfouten als bedoeld in artikel 2.87 onder c mag toetsen. Het staat aanbestedende diensten vrij in het kader van de toetsing op grond van artikel 2.87, onderdeel c, zelf andere gedragingen in hun afweging te betrekken.³⁷

De wijze van aanvragen en de procedure rondom deze verklaring is uitgewerkt in de artikelen 4.1 t/m 4.11 van de Aanbestedingswet. De *Gedragsverklaring Aanbesteden* zal worden afgegeven door de Minister van Veiligheid en Justitie (artikel 4.1). In de artikelen 4.7 jo. 4.10 is uitputtend opgesomd in welke gevallen de *Gedragsverklaring aanbesteden* niet mag worden afgegeven. Het betreft onherroepelijke veroordelingen op basis van een aantal benoemde delicten in het Wetboek van Strafrecht of de Wet op de economische delicten³⁸ en onherroepelijke beschikkingen van de NMa (ex artikel 56 Mededingingswet) en de Europese Commissie (van overheidsopdrachten. Om de werking van de in de praktijk zeer effectieve clementieregelingen van de

34 Amendement Ziengs (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 23). Vergelijk de nota van toelichting bij het Aanbestedingsbesluit, *Stb.* 2013, 58, p. 8 waarin wordt beweerd dat de omstandigheid dat alleen de winnende inschrijver ten aanzien van duurzaamheidseisen nog bewijs hoeft te overleggen tot een aanvullende kostenreductie voor ondernemers leidt van € 0,3 miljoen.

35 Nota naar aanleiding van het verslag, nr. 10, p. 43.

36 Nota naar aanleiding van het verslag, nr. 10, p.42.

37 Wel kan er, als er na afgifte van de Gedragsverklaring nog twijfels zijn, advies worden gevraagd op basis van de Wet Bibob. Een Bibob-advies kan worden gevraagd voor ondernemingen actief in de sectoren bouw, ICT of milieu. In de Eerste Kamer is een wetsvoorstel aanhangig dat uitbreiding regelt in die zin dat onder andere ook de vastgoedsector onder de werking van de Wet Bibob zal vallen; zie wetsvoorstel 32 676 Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob. Zie verder MvT, p.57 en Nota naar aanleiding van het verslag, nr. 10, op p. 43.

38 Een gedeelte van de delicten is niet opgenomen in de wet zelf maar is opgenomen in artikel 8 van het Aanbestedingsbesluit. Overigens geldt dat voor deze delicten de Gedragsverklaring niet wordt afgegeven indien de opgelegde straffen onvoorwaardelijke gevangenis of hechtenis is opgelegd, of een gezamenlijke waarde hebben van in totaal € 35.000,- of meer.

NMa³⁹ en de Europese Commissie⁴⁰ niet te frustreren, geldt de uitsluiting niet voor boetebeschikkingen waarbij de NMa of de Commissie boetevermindering of boete-immuniteit⁴¹ heeft verleend op basis van een clementieregeling.⁴²

De Gedragsverklaring is geldig gedurende twee jaar.⁴³ Dit laatste is gunstig ontvangen door het bedrijfsleven. Het is een verbetering, aangezien de geldigheid van de Verklaring omtrent gedrag rechtspersonen ('VOGrp'), die momenteel vaak wordt verlangd, in de regel op maximaal zes maanden is gesteld.⁴⁴ De werking van de *Gedragsverklaring aanbesteden* is, wat betreft het terugwerken naar het verleden, in tijd begrensd. Het moet namelijk gaan om veroordelingen die in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk zijn geworden. Een overtreding die 'ver' in het verleden ligt, kan dus nog steeds tot uitsluiting leiden, nu wordt aangeknoopt bij het moment waarop de veroordeling onherroepelijk is geworden. Daardoor zou een onderneming die bijvoorbeeld in 2002 het kartelverbod heeft overtreden, daarvoor in 2006 een sanctiebesluit van de NMa heeft gekregen en na het doorlopen van de bezwaarprocedure, de beroepsprocedure en de hoger beroepsprocedure uiteindelijk op 1 januari 2013 onherroepelijk door het CBb wordt veroordeeld tot deze datum niet, maar in de jaren 2013 tot en met 2016 wel kunnen worden uitgesloten. Ervan uitgaande dat de onderneming direct nadat zij bekend werd met het onderzoek van de NMa haar leven gebeterd heeft, zou de uitsluiting na zoveel jaren een disproportioneel karakter kunnen hebben.

Interessant is dat de nieuwe wettelijke regeling erin voorziet dat een aanbestedende dienst niet hoeft uit te sluiten indien hij constateert dat op de inschrijver in kwestie één of meer dwingende of facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Artikel 2.88 bepaalt dat een aanbestedende dienst niet tot uitsluiting

over hoeft te gaan i) om dwingende redenen van algemeen belang, ii) indien de onderneming voldoende vertrouwenwekkende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen of iii) wanneer de uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op de aard en omvang van de opdracht. Dit sluit aan bij de opmerking van de regering in de MvT dat een aanbestedende dienst niet verplicht is om uit te sluiten als een onderneming geen *Gedragsverklaring aanbesteden* kan overleggen. Tot vertrouwenwekkende maatregelen behoort, volgens de MvT, het hebben van een functionerend compliance programma. De tekst van sub b en c van artikel 2.88 Aanbestedingswet is een verruiming ten opzichte van de tekst van artikel 45 lid 1 Richtlijn Overheden. De regering heeft gemeend er goed aan te doen om een aanbestedende dienst de ruimte te geven ook van uitsluiting af te zien als de inschrijver voldoende maatregelen heeft genomen om het vertrouwen te herstellen of als dit niet proportioneel wordt geacht met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling of de aard en omvang van de opdracht.⁴⁵ Wij vragen ons af of hiermee niet al teveel discretie aan de aanbesteder wordt gegeven; op deze manier kan een aanbestedende dienst min of meer zelf kiezen of hij een ondernemer op basis van een gebrek aan integriteit uitsluit of niet. Verschillen in uitsluitingsbeleid liggen dus op de loer.

Het kabinet verschaft in de MvT bij de bespreking van de *Gedragsverklaring aanbesteden* tevens enige toelichting ten aanzien van de facultatieve uitzonderingsgrond 'ernstige fout in de uitoefening van een beroep'.⁴⁶ Hieronder vallen: overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet. Ook het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid, kan als ernstige beroepsfout worden

39 Zie voor de clementieregeling van de NMa: de Beleidsregels van de Minister van EZ tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Stcrt. 2009, 14078).

40 Zie voor de clementieregeling van de Europese Commissie: de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening nr. 1/2003/EG worden opgelegd (PbEU 2006/C 210/02).

41 Artikel 4.7 lid 1 onder c en d. Vreemd genoeg spreekt de wettekst bij beschikking van de NMa enkel over boetevermindering en bij beschikkingen van de Commissie over boetevermindering of immuniteit. Wij hebben geen verklaring voor dit verschil; uit de toelichting in de MvT en de verdere wetsgeschiedenis lijkt te volgen dat geen verschil van behandeling is beoogd. Wij gaan er dus vanuit dat aan dit verschil in bewoordingen geen betekenis moet worden toegekend en dat beschikkingen waarbij boete-immuniteit is toegekend door de NMa evenmin door de minister van Veiligheid en Justitie zullen worden betrokken bij de beoordeling op basis van artikel 4.7.

42 Bij nota van wijziging is de wettekst aangescherpt waardoor de uitzondering uitsluitend is komen te gelden in gevallen van boetevermindering op grond van de clementieregeling. Bij andere gevallen van boetevermindering (bijvoorbeeld meewerken met onderzoek NMa/Commissie of sterk verminderde kredietwaardigheid) wordt de betrokken beschikking wel betrokken bij de toets van artikel 4.7 (NvW I, Kamerstukken I 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 21.)

43 Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag in een geldigheidsduur van één jaar, maar op verzoek van diverse Kamerfracties is de geldigheidsduur van de verklaring bij nota van wijziging (nr. 17) verruimd naar twee jaar.

44 Zie bijv. Berenschot, Feitenonderzoek voorwaarden in de aanbestedingspraktijk, 30 september 2009, p. 83 waarin het feit dat de VOG geen vaste geldigheidstermijn heeft, leidt tot verhoging van de administratieve lasten.

45 MvT, p. 80.

46 Art. 2.87 sub b en c.

aangemerkt.⁴⁷ Dit sluit naar onze mening goed aan bij een recent arrest van het Europese Hof van Justitie. Het begrip 'ernstige beroepsfout' omvat volgens het Hof van Justitie elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, waarbij geen sprake hoeft te zijn van schending van tuchtregels. Daarom kan de niet-nakoming van contractuele verplichtingen onder bepaalde omstandigheden ook als beroepsfout worden aangemerkt, vooral indien sprake is van boos opzet of roekeloosheid.⁴⁸

5.2.5 Varianten, functionele omschrijvingen en verwijzing naar merken

In de Nota van Wijziging wordt opgemerkt dat de aanbestedende dienst niet verplicht is om zijn opdracht functioneel te omschrijven of om altijd varianten toe te staan.⁴⁹ Binnen het kader gesteld door de aanbestedingsrichtlijnen mag hij zijn technische specificaties opstellen en dus kiezen om niet functioneel maar gedetailleerd te specificeren. De *Gids Proportionaliteit* bevat op dit vlak nog enige aanvullingen op de wet. Wanneer de aanbestedende dienst het gunningcriterium economisch meest voordelige inschrijving gebruikt, dient hij te overwegen om de inschrijvers toe te staan varianten in te dienen (voorschrift 3.7). Aan welke eisen de varianten moeten voldoen dient in het bestek te worden opgenomen. Het volledig of deels functioneel specificeren van de opdracht wordt als een alternatief voor het toestaan van varianten gezien. Een beoordelingssysteem formuleren voor varianten blijkt in de praktijk ingewikkeld. Om toch ideeën van ondernemers de ruimte te geven worden functionele eisen gehanteerd.⁵⁰

Ingevolge een aangenomen amendement van lid Ziengs⁵¹ is het de aanbestedende dienst niet toegestaan te verwijzen naar een keurmerk of certificaat betreffende duurzaamheid, milieu of dierenwelzijn, dan wel dat is gebaseerd op sociale overwegingen. Aanbestedende diensten moeten de achterliggende criteria opgeven in de aanbestedingsstukken.⁵²

5.2.6 Verbod op het stellen van omzeteisen en overige wijzigingen ten aanzien van uitsluitingsgronden en geschiktheidscriteria

Op grond van artikel 2.90 lid 2, onder a, van de wet kunnen aanbestedende diensten geschiktheidseisen stellen ten aanzien van de financiële en economische draagkracht van een inschrijver. Dit artikel is door het amendement Bommel c.s.⁵³ aangevuld met de leden 3 en 4. Tenzij met zwaarwegende argumenten gemotiveerd in het bestek, is het de aanbestedende dienst niet toegestaan een eis te stellen die betrekking heeft op de hoogte van de totale omzet of de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is. Wanneer, na een dergelijke zware motivering, een omzeteis wordt gesteld, mag deze niet hoger zijn dan driemaal de waarde van de opdracht. Voor raamovereenkomsten geldt dat de omzeteis niet meer mag bedragen dan de waarde van de specifieke opdrachten die gelijktijdig moeten worden uitgevoerd en als dat niet kan worden bepaald, driemaal de waarde van de raamovereenkomst. Met het amendement werd beoogd aan te sluiten bij de concept-aanbestedingsrichtlijnen van de Europese Commissie.⁵⁴ Tevens wordt met het amendement bedoeld te voorkomen dat ondernemingen die slechts op één perceel willen inschrijven, moeten voldoen aan een omzeteis die op de hele opdracht betrekking heeft. In de *Gids Proportionaliteit* is opgenomen dat bij het stellen van geschiktheidseisen betreffende de financiële en economische draagkracht de eisen zo moeten zijn gesteld dat ondernemingen die in staat zijn de opdracht uit te voeren ook daadwerkelijk kunnen meedingen. Bedacht moet worden dat de financiële en economische eisen een indicatie kunnen geven van de draagkracht en continuïteit van de ondernemer, maar niets zeggen over de vakbekwaamheid ten aanzien van het uitvoeren van de opdracht. De *Gids* vermeldt verder dat met financiële ratio's terughoudend dient te worden omgegaan en dat een omzeteis proportioneel moet zijn tot de omvang van de opdracht. Zekerheidsstellingen zijn proportioneel tot vijf procent van de opdrachtwaarde (voorschrift 3.5D *Gids Proportionaliteit*).

Naast de nieuwe bepalingen ten aanzien van omzeteisen wijzen wij hierna - zonder daarbij volledig te

47 Toelichting *Uniforme eigen verklaring* aanbestedingen.

48 HvJ EU, arrest van 13 december 2012, zaak C-465/11.

49 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 10, p. 21.

50 *Gids proportionaliteit*, p. 49-50.

51 Gewijzigd amendement van het lid Ziengs ter vervanging van nr. 16 betreffende een verklaring binnen de eigen verklaring omtrent het voldoen aan gestelde eisen m.b.t. milieu, dierenwelzijn of eisen gebaseerd op sociale overwegingen, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 23.

52 Conform de uitspraak HvJ EU, arrest van 10 mei 2012, zaak C-368/10, (*Commissie/Nederland*).

53 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 61.

54 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.

willen zijn - nog op een aantal andere wijzigingen ten aanzien van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.

Bewijs non-faillissement

De non-faillissementsverklaring van de rechtbank, zoals gebruikt onder het Bao en het Bass, wordt vervangen door een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Nu uitspraken van de rechtbank binnen drie tot vier werkdagen worden verwerkt in het handelsregister, heeft het uittreksel meer actualiteitswaarde dan de non-faillissementsverklaring die maanden oud kan zijn. Verder is de aanvraag tot faillissement of surséance van betaling als uitsluitingsgrond komen te vervallen.

Lijsten van werken en leveringen

De aanbestedende dienst kan - volgens de MvT bij artikel 2.93 - de technische bekwaamheid van de inschrijver controleren aan de hand van een lijst van werken, leveringen of diensten die de inschrijver heeft uitgevoerd in de laatste vijf (voor werken) respectievelijk drie (voor leveringen en diensten) jaar (vergezeld van bewijzen dat de opdrachten naar behoren zijn verricht). Zoals de minister tijdens de parlementaire behandeling terecht opmerkte, volstaan aanbestedende diensten in de praktijk met het vragen van een beperkt aantal referentiewerken. Het vragen van het overleggen van een lijst van referenties wijkt aanmerkelijk af van wat gebruikelijk is en wij vragen ons af of dit niet strijdig is met het uitgangspunt van lastenverlichting, dat ingevolge het amendement van het lid Koppejan uitdrukkelijk in het wetsvoorstel is opgenomen.⁵⁵

Overigens merken wij voor de duidelijkheid op dat het overleggen van een lijst met referenties niet betekent dat ook inhoudelijk qua referenties meer wordt gevraagd dan voorheen. Integendeel: de wet beoogt juist te voorkomen dat aanbestedende diensten 'zinloze' referenties vragen. Bij nota van wijziging is daartoe artikel 2:93 lid 3 in de wet opgenomen. Deze bepaling bewerkstelligt dat gevraagde referentieprojecten worden beschreven op grond van competenties.⁵⁶ In de nota van wijziging wordt als voorbeeld gegeven dat 'iemand die een viaduct heeft gebouwd in het algemeen ook in staat

zal zijn een brug te bouwen'. De regering lijkt hiermee te impliceren dat de aanbestedende dienst in een dergelijk geval moet vragen om ervaring met het bouwen van bepaalde (betonnen?) werken, en niet specifiek naar ervaring in het bouwen van viaducten.⁵⁷

Eisen aan combinaties

Hogere eisen aan combinaties zijn toelaatbaar, mits die hogere eisen in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.2.7 EMVI wordt uitgangspunt

De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht in beginsel op grond van het gunningscriterium de economisch meest voordelige inschrijving ('EMVI'). De wetgever heeft dit gunningscriterium in artikel 2.114 lid 1 als uitgangspunt aangewezen; het gunningscriterium laagste prijs kan alleen worden gehanteerd indien dat wordt gemotiveerd in de aanbestedingsstukken (artikel 2.114 lid 2)⁵⁸ Omdat de Richtlijn Overheid in artikel 53 bepaalt dat aanbestedende diensten mogen kiezen tussen laagste prijs en EMVI, was het niet mogelijk om het EMVI-criterium dwingend voor te schrijven, vermoedelijk dat daarom voor deze tussenoplossing is gekozen.

5.2.8 Specifieke uitzondering verzoeken tot openbaarmaking voorbereidende aanbestedingsstukken

In de MvT wordt opgemerkt dat de huidige aanbestedingsregels geen specifieke regels bevatten over het al of niet bekend maken van de voorbereidende (aanbestedings)stukken. In dit kader is relevant dat het Hof van Justitie in zijn *Varec*-arrest⁵⁹ heeft bepaald dat aanbestedende diensten geen informatie betreffende de procedure openbaar mogen maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen in een lopende dan wel latere procedure. Het kabinet concludeert vervolgens dat zonder nadere regelgeving in deze gevallen een aanbestedende dienst die ook bestuursorgaan is op grond van Wet openbaarheid van bestuur (Wob) openheid van zaken moet geven. De Wob zou geen weigeringsgrond als genoemd in het *Varec*-arrest

⁵⁵ Art. 1.6.

⁵⁶ NvW II, *Kamerstukken II* 2010/11, 23 440, nr. 13, p. 2.

⁵⁷ NvW, p. 11. In de *Gids Proportionaliteit* is (op p. 39) als voorbeeld van 'hoe het moet' de ontwerpuitvraag van een 'brede school' opgenomen. In plaats van de referentie-eis te stellen dat een inschrijver eerder drie keer een brede school moet hebben ontworpen, vraagt de gemeente om door de inschrijver te selecteren referenties die inzicht bieden in de gevraagde competenties, zoals bijvoorbeeld een eerder ontworpen school, kinderopvang of multifunctioneel gebouw. Volgens ons is dit voorbeeld onvoldoende accuraat en zou er nog meer naar benodigde competenties kunnen worden gevraagd.

⁵⁸ In bepaalde situaties kan de aanbestedende dienst niet kiezen voor de laagste prijs en is EMVI wettelijk voorgeschreven. Zo is in artikel 2.83 lid 1 bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers kan toestaan varianten voor te stellen, indien hij voor de gunning het EMVI-criterium hanteert. En in artikel 2.110 en 2.29 sub 1 van de wet, betreffende de stappen in een concurrentiegerichte dialoog, is opgenomen dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen beoordeelt aan de hand van het EMVI-criterium. Dit vormt geen wijziging ten opzichte van de huidige situatie: de aanbestedingsrichtlijnen schrijven dit dwingend voor.

⁵⁹ Hof van Justitie, arrest van 14 februari 2008, zaak C-450/06 (*Varec*).

kennen. Om deze reden heeft het kabinet artikel 2.57 lid 2 geïntroduceerd. Op basis hiervan kan een aanbestedende dienst verstrekking van aanbestedingsstukken weigeren in verband met vervalsing van de mededinging. Wij menen echter dat de regering deze bepaling achterwege had kunnen laten. Weliswaar bevat de Wob geen specifieke verwijzing naar de aanbestedingsregels, maar de in de Wob opgenomen generieke weigeringsgronden in artikel 10 lid 2 onder c Wob (bedrijfsgegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt) en artikel 10 lid 2 onder g (financiële benadeling overheden en/of derden) zijn prima bruikbaar om verzoeken tot inzage in offertes en andere in het kader van een aanbesteding overgelegde gegevens te weigeren. De Raad van State heeft een beroep op deze weigeringsgronden al meerdere malen gehonoreerd.⁶⁰

5.2.9 Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Het relevante artikel met betrekking tot bijzondere uitvoeringsvoorwaarden (art. 2.80) bevat geen wettelijke vernieuwingen ten opzichte van de huidige regelgeving. In de MvT wordt uitgebreid ingegaan op de Europese jurisprudentie met betrekking tot het stellen van bijzondere voorwaarden aan de uitvoering van de opdracht. Onder verwijzing naar het arrest Wienström geeft de regering aan dat de eisen controleerbaar moeten zijn, om objectieve toetsing mogelijk te maken. Wij merken hierbij op dat de nu geldende aanbestedingsregels zich ertegen verzetten dat al tijdens de aanbesteding bewijslevering aangaande de bijzondere voorwaarden wordt verlangd. De Aanbestedingswet voorziet (terecht) ook niet in deze mogelijkheid. Een aanbestedende dienst mag dus niet voorafgaand aan de gunning c.q. de overeenkomst toetsen of een inschrijver voldoet aan de bijzondere voorwaarden.⁶¹

5.2.10 Beperking aantal gegadigden bij niet-openbare procedure of onderhandelingsprocedure

Het tweede lid van artikel 2.99 Aanbestedingswet bevat een verfijning ten aanzien van artikel 44 lid 3 Richtlijn Overheden. Beide artikelen bieden de mogelijkheid om het aantal gegadigden te kunnen beperken dat kan inschrijven bij een niet-openbare procedure, onderhandelingsprocedure of concurrentiegerichte dialoog. Op grond van de Richtlijn Overheden moet een aanbestedende dienst in de aankondiging slechts het minimum aantal uit te

nodigen gegadigden vermelden. Hij kan daarbij het aantal uitnodigingen maximeren. In dit wetsartikel is echter vastgelegd dat in de aankondiging het exacte aantal gegadigden moet worden genoemd dat de aanbestedende dienst voornemens is uit te nodigen. Het kabinet licht toe dat ingeval het aantal gegadigden uiteindelijk lager uitvalt dan het in de aankondiging genoemde aantal, de aanbestedende dienst de procedure voort kan zetten met de gegadigden die wel aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen. Uitgangspunt blijft wel dat de daadwerkelijke mededinging gewaarborgd moet zijn.

5.2.11 Motiveringsverplichtingen en Alcateltermijn

De regering stelt zich in de toelichting bij artikel 2.103 (mededeling van uitsluiting en afwijzing) op het standpunt, dat een aanbestedende dienst aan zijn motiveringsverplichting bij gunning voldoet door in eerste instantie de betrokkenen direct te informeren over de voorgenomen gunningsbeslissing en vervolgens - eerst na uitdrukkelijk verzoek van de inschrijver - binnen vijftien dagen een gemotiveerde uitleg te verstrekken. De vraag is hoe zich dat verhoudt met de recente arresten van de Hoge Raad in de *KPN/Staat/Tele 2* zaak.⁶² Daarin heeft de Hoge Raad bepaald dat de aanbestedende dienst op grond van artikel 6 Wira verplicht is om alle relevante redenen te verstrekken en dat daaruit volgt dat een latere aanvulling van de relevante redenen niet mogelijk is. De Hoge Raad staat wel toe dat in de gunningsbeslissing vermelde redenen door de aanbestedende dienst later nader worden toegelicht. Deze mogelijkheid vindt echter, aldus nog steeds de Hoge Raad, haar begrenzing indien in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen. De Hoge Raad geeft verder in de arresten niet aan waar de scheidslijn tussen aanvullen van de motivering en het aanvoeren van nieuwe redenen ligt. Artikel 6 Wira komt ongewijzigd terug in artikel 2.130 Aanbestedingswet. Een aanbestedende dienst die de door de regering genoemde handelwijze volgt, loopt in onze optiek dan ook het risico dat hij bepaalde nieuwe feiten of argumenten niet meer in rechte ter sprake zal kunnen opbrengen, althans niet zonder een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.

Uit de MvT⁶³ blijkt verder dat de regering zich, onder verwijzing naar een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht⁶⁴, op

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 20 oktober 2010, AB 2010/336 (t.a.v. weigeringsgrond artikel 10 lid 2 sub c) en ABRvS 9 maart 2005, LJN: AS9247, (t.a.v. de weigeringsgrond artikel 10 lid 2 onder g). De minister merkt overigens naar aanleiding van een vraag over artikel 1.21 ook op dat een verzoek tot openbaarmaking van informatie in het kader van aanbestedingen dient te worden getoetst aan de bepalingen van de Wob. Zie MvA, p. 14.

⁶¹ Vznr. Rb. Den Haag 24 juni 2010, LJN: BM9358.

⁶² Arresten van de Hoge Raad van 7 december 2012, LJN: BW9233 en LJN: BW9231.

⁶³ MvT, p. 87.

⁶⁴ Vznr. Rb. Utrecht van 28 januari 2009, LJN: BH1082.

het standpunt stelt dat de aanbestedende dienst zijn gunning transparant motiveert door een geanonimiseerde matrix met daarin de totaal scores per inschrijver per subcriterium te verstrekken. Dit standpunt conflicteert met die te vinden in de MvT op de Wira in het kader van artikel 6 van die wet (welk artikel zoals gezegd ongewijzigd terugkomt in artikel 2.130).⁶⁵ Hieruit blijkt dat niet alleen de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken moeten worden vermeld, maar ook de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend. Dat vormt ook de reden waarom volgens de jurisprudentie een bepaalde behaalde score moet worden vermeld in de afwijzingsbrief.⁶⁶

De minimum in acht te nemen Alcateltermijn is, ingevolge een amendement van het lid Verhoeven⁶⁷, verlengd van 15 kalenderdagen tot 20 kalenderdagen. We juichen deze verlenging toe. De termijn van 15 dagen is in de praktijk vaak te kort waardoor partijen het kort geding in worden 'gedreven'. Bij deze verlengde termijn is volgens het kabinet de verwachting dat dit minder het geval zal zijn, omdat er meer tijd zal zijn om een aanvullende motivering te verlangen.

6. Overige bepalingen (Deel 4)

Dit deel bevat onder meer de reeds hiervoor besproken bepalingen betreffende de *Gedragsverklaring aanbesteden*. Daarnaast zijn in dit deel de bepalingen uit de Wira over de vernietigbaarheid en boete overgenomen.⁶⁸ In artikel 4.30 is een overgangsregeling opgenomen. De Aanbestedingswet is niet van toepassing op aanbestedingen waarvoor, voor de datum van inwerkingtreding van (deel 2 respectievelijk deel 3) de Aanbestedingswet een aankondiging is gedaan, of een aanbestedingsprocedure zonder aankondiging is gestart en waarvoor een of meer ondernemers zijn verzocht een inschrijving in te dienen. Ten slotte bevat dit deel evaluatiebepalingen. De Minister van EZ moet binnen twee jaar na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet onderzoek doen naar de plaatsing van overheidsopdrachten onder de drempelwaarden en daarvan verslag

doen aan de Tweede en Eerste Kamer. Het onderzoek moet uitwijzen of dit op voldoende uniforme wijze gebeurt. Als dat niet het geval is kunnen bij amvb (dit zal het Aanbestedingsbesluit zijn) aan te wijzen (groepen) aanbestedende diensten worden verplicht tot toepassing van richtsnoeren (als bijvoorbeeld het Richtsnoer Leveringen en Diensten).

7. Klachtafhandeling bij aanbesteden

Het huidige aanbestedingskader bevat geen regels met betrekking tot een verplichte laagdrempelige, interne afhandeling van klachten door aanbestedende diensten. De komst van de Aanbestedingswet brengt daar verandering in. Net als bij de meeste andere vernieuwingen zitten de noviteiten op dit punt echter niet in de wet zelf, maar zijn zij 'verpakt' in flankerend beleid.

Artikel 4.27 van de Aanbestedingswet bepaalt dat de Minister van EZ de instelling bevordert van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.⁶⁹ De (toenmalige) minister heeft uitvoering aan deze bepaling gegeven door een schrijfgroep een 'klachtenregeling aanbesteden' te laten opstellen. In deze schrijfgroep zaten vertegenwoordigers van aanbestedende diensten. Op 31 oktober 2012 is een conceptversie van deze klachtenregeling inclusief een toelichting ter consultatie voorgelegd.⁷⁰ Begin maart 2013 is een definitieve versie van de regeling onder de benaming 'klachtafhandeling bij aanbesteden'⁷¹ van de schrijfgroep gepubliceerd (hierna: het 'regelingklachtafhandeling').

Het doel van de regelingklachtafhandeling is om klachten over aanbestedingen snel en laagdrempelig af te kunnen doen. De daarin beschreven regeling bestaat uit een tweetrapsraket. Belanghebbenden bij een aanbesteding worden in staat gesteld om klachten over een aanbesteding bij de aanbestedende dienst in te dienen. Daarnaast moet het mogelijk worden om na het doorlopen van de interne klachtenprocedure van de aanbestedende dienst, de

⁶⁵ Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3, p. 7.

⁶⁶ Zie onder meer Vznr. Rb. 's-Gravenhage van 26 januari 2010, LJN: BL1919, ro 3.8.; Vznr. Rb. Zwolle van 22 april 2010, LJN: BM1998, ro. 5.3.5; Vznr. Rb. Breda van 16 oktober 2006, LJN: AZ1182, ro 4.12.

⁶⁷ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 68.

⁶⁸ De huidige artikelen 8 e.v. Wira. Zie voor literatuur met betrekking tot de Wira: www.pianoo.nl, www.rijksoverheid.nl, www.europadecentraal.nl en J. Hebly, Wetsvoorstel WIRA en de rechtspraak, *Tender Nieuwsbrief*, 2009, nr. 5, J.F. Nouhuys, Ervaringen met de Wira, *Tender Nieuwsbrief*, 2012, nr. 1.

⁶⁹ In het oorspronkelijke wetsvoorstel was artikel 4.27 nog niet opgenomen. Wel was in de MvT een paragraaf (5.2) gewijd aan een klachtenregeling. Door middel van een nota van wijziging (32 440 nr. 11) is het huidige artikel 4.27 in de wet terecht gekomen.

⁷⁰ Bijlage bij brief van de minister van EZ aan de Tweede Kamer van 24 oktober 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 81).

⁷¹ Er wordt geen uitleg gegeven waarom de naam van het advies is gewijzigd van 'klachtenregeling' naar klachtafhandeling bij aanbesteden.

klacht voor te leggen aan een commissie van aanbestedingsexperts. De Minister van EZ van 4 maart 2013 heeft deze commissie bij besluit van 4 maart 2013 ingesteld (het 'Instellingsbesluit').⁷²

7.1 De interne klachtenprocedure bij de aanbestedende dienst

Het eerste gedeelte van de regeling klachtafhandeling bevat een standaard voor klachtafhandeling. Dit gedeelte is niet bindend; aanbestedende diensten wordt 'aangeraden de beschreven standaard onderdeel te laten zijn van hun aanbestedingsbeleid'.⁷³ In het navolgende beschrijven wij waaraan aanbestedende diensten moeten voldoen indien zij ervoor kiezen om de standaard toe te passen.⁷⁴

Aanbestedende diensten zijn vrij hoe zij het klachtenmeldpunt inrichten. De belangrijkste beperking voorwaarde die wordt gesteld is dat de persoon die het klachtenmeldpunt vormt niet direct betrokken is (geweest) bij (het opstellen van) de aanbesteding. Het woord klachtenmeldpunt suggereert wellicht dat sprake moet zijn van een vaste bezetting, maar dat is niet het geval; de samenstelling kan per aanbesteding wisselen. Aanbestedende diensten kunnen samenwerken en ervoor kiezen om gezamenlijk één klachtenmeldpunt op te zetten.⁷⁵ Belanghebbenden⁷⁶ moeten in staat worden gesteld om bij dit klachtenmeldpunt een klacht in te dienen over een concrete aanbesteding (Europees, nationaal of meervoudig onderhands).⁷⁷ De regeling geldt enkel voor 'klachten', deze moeten worden onderscheiden van 'vragen'. Om misverstanden te voorkomen moet een klacht duidelijk en als zodanig worden

benoemd.⁷⁸ Gedacht kan worden aan klachten over: het niet voldoen aan de aanbestedingsplicht, onnodige samenvoeging van opdrachten, het niet-verstrekken van inlichtingen, criteria (weging, relatieve gewicht), motivering.

De kring van belanghebbenden is ruim. Gegadigde ondernemers, (potentiële) inschrijvers, onderaannemers van (potentiële) inschrijvers, brancheverenigingen en klachtenloketten van ondernemers zijn aangemerkt als belanghebbende.⁷⁹

De afhandeling van klachten lijkt op het eerste gezicht vrijblijvend van aard. Er is - bewust, zo blijkt uit de toelichting - voor gekozen om geen concrete termijnen te stellen aan het indienen van de klacht door een inschrijver, anders dan dat de klager er goed aan doet om zijn klacht 'in een zo vroeg mogelijk stadium' in te dienen. Evenzeer wordt aanbestedende diensten niet voorgeschreven hoe snel zij moeten reageren op klachten. Zij moeten bij het behandelen van de klacht 'spoed betrachten, rekening houdend met de belangen van de klager en de andere bij de aanbesteding betrokken partijen'.⁸⁰

Aanbestedende diensten zijn daarnaast vrij om te bepalen hoe zij een klacht afhandelen. Dit kan bij Nota van inlichtingen, maar kan ook per e-mail uitsluitend aan de klager.⁸¹

Deze vrijblijvendheid blijkt ten slotte uit de omstandigheid dat de aanbestedingsprocedure gewoon doorloopt tijdens de behandeling van een klacht.⁸² De klachtenregeling (en dit geldt eveneens voor de vervolpprocedure bij de commissie van aanbestedingsexperts die hierna aan de orde komt) heeft

72 Stcrt. 2013, 6182. Mogelijk dat gekozen is voor de vorm van een besluit, omdat artikel 4.27 geen delegatiegrondslag biedt, waardoor het niet mogelijk was om een algemeen verbindend voorschrift (zoals bijvoorbeeld een amvb of ministeriële regeling) vast te stellen.

73 Regeling klachtafhandeling op p. 2. aangevoerd, zoals het ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit, zoals beschreven in paragraaf 3 van deel I van dit tweeluik.

74 Wij merken nog op dat in de regeling klachtafhandeling (op p.7) ook twee alinea's worden gewijd aan de klachten van aanbestedende diensten over ondernemers. Aangezien dit nauwelijks wordt uitgewerkt, laten wij dit aspect in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

75 Regeling klachtafhandeling, p. 7. Als voorbeeld wordt gegeven een vertegenwoordiger van een grotere gemeente die tevens het centrale aanspreekpunt is voor een aantal naburige kleinere gemeenten.

76 Op p. 4 van het Advies klachtafhandeling wordt wel opgemerkt dat bestuursorganen klachten van niet-belanghebbenden wel in behandeling moeten nemen op grond van en conform de regeling in titel 9.1 van de Algemene wet bestuursrecht.

77 Advies klachtafhandeling, p. 3. Hierbij is opgemerkt dat klagen over het aanbestedingsbeleid in algemene zin niet mogelijk is.

78 Advies klachtafhandeling, p. 3. Elders (op p. 6) staat vermeld dat wanneer een ondernemer een bericht aan het klachtenmeldpunt stuurt, er moet worden uitgegaan dat er sprake is van een klacht. Overigens bevat de klachtenregeling definities van zowel 'klacht' als 'vraag' en worden er voorbeelden gegeven van wanneer iets als klacht en wanneer iets als vraag moet worden aangemerkt.

79 Advies klachtafhandeling, p. 5.

80 Op p. 4 van de regeling klachtafhandeling bij aanbesteden wordt uitvoerig gemotiveerd waarom niet is gekozen voor vaste termijnen, zowel voor het indienen van de klacht als voor de beslistertijd van de aanbestedende dienst. Kort gezegd is de redenering dat vaste termijnen een 'keurslijf' opleveren dat onwerkbaar is voor de praktijk; de ene keer zal een termijn van (bijvoorbeeld) zes dagen te kort zijn, een andere keer juist te lang.

81 Regeling klachtafhandeling, op p. 9. Volgens de toelichting dient de aanbestedende dienst niet te laten afhangen van de vraag of een klacht wel of niet om commerciële redenen vertrouwelijk dient te blijven.

82 Regeling klachtafhandeling, op p. 3.

geen schorsende werking.⁸³ Indien een partij schorsing van het gunningsbesluit wenst af te dwingen, ontkomt zij niet aan het aanhangig maken van een kortgeding procedure.

7.2 De commissie van aanbestedings-experts

Leidt de hiervoor beschreven interne klachtenprocedure bij de aanbestedende dienst niet tot een oplossing, dan wordt het mogelijk de klacht voor te leggen aan een commissie van aanbestedingsexperts.⁸⁴ Deze commissie zal ten minste bestaan uit een voorzitter, en een vicevoorzitter. Daarnaast zal de Commissie zich laten bijstaan door experts, maar die zullen geen lid worden van de Commissie.⁸⁵ De voorzitter en de vicevoorzitter zijn inmiddels benoemd voor een termijn van twee jaar.⁸⁶ De voorzitter stelt de lijst van experts samen en dient deze lijst op de website van de commissie te publiceren. De experts worden gekozen op grond van hun bijzondere deskundigheid, kennis of ervaring op een specifiek gebied van het aanbestedingsrecht.⁸⁷ Op het moment van schrijven van deze bijdrage werd nog gezocht naar experts; voor zover ons bekend is nog geen (voorlopige) lijst gepubliceerd.⁸⁸ Het uitgangspunt is dat een ondernemer zijn klacht eerst voorlegt aan het klachtenmeldpunt.⁸⁹ Als er geen klachtenmeldpunt is - de inrichting van het klachtenmeldpunt is immers niet verplicht, zie de voorgaande paragraaf - dan kan de ondernemer 'rechtstreeks' naar de commissie stappen. Dit geldt eveneens indien de aanbestedende dienst nalaat binnen 'redelijke tijd' de klacht in behandeling te nemen.⁹⁰

De beslissingen van de commissie zijn niet bindend. De gang naar de commissie heeft ook geen uitsluitend effect of opschortende werking: de aanbestedingsprocedure loopt gewoon door en het blijft te allen tijde mogelijk om een civiel kort geding aanhangig te maken. De Commissie heeft uitdrukkelijk niet de bevoegdheid om aanbestedingsprocedures stil te leggen.⁹¹ Wel zullen de beslissingen van de commissie (in geanonimiseerde vorm) worden gepubliceerd. Het is de bedoeling dat de commissie gezaghebbende uitspraken zal doen die aanbestedende diensten niet ongemotiveerd naast zich neer kunnen leggen.⁹²

7.3 Commentaar op standaard voor klachtafhandeling

De inschrijver kan aan de procedure voor klachtafhandeling weinig rechten ontleen. Als puntje bij paaltje komt en de aanbestedende dienst niet thuis geeft, zal een inschrijver die meent aanspraak te maken op een bepaalde opdracht en geen verlies van rechten wil riskeren, de gang naar de rechter moeten maken. De regeling klachtafhandeling verandert daar niets aan. In die zin valt naar onze inschatting geen afname van het aantal gerechtelijke (kortgeding)procedures te verwachten, althans niet op de korte termijn.

Verder zal de capaciteit van de commissie beperkt zijn. Niet voor niets wordt benadrukt dat de commissie van aanbestedingsexperts niet verplicht zal worden om klachten in behandeling te nemen.⁹³ Op deze wijze lijkt te worden voorkomen dat de commissie zal worden overspoeld met klachten. De keerzijde hiervan is dat inschrijvers er niet van op aan kunnen dat hun klacht ook daadwerkelijk in behandeling zal worden genomen. Denkbaar is daarom dat de voorzitter een prioriteitsregeling maakt waaruit blijkt welke klachten wel prioriteit zullen krijgen (bijvoorbeeld vanwege het belang voor de doctrine, het belang vanwege de aard of

83 Vanzelfsprekend staat het een aanbestedende dienst vrij om de aanbesteding op vrijwillige basis te schorsen.

84 Voor de volledigheid merken wij op dat naast adviseren de commissie ook de taak zal krijgen om waar mogelijk te bemiddelen tussen aanbestedende dienst en inschrijver (vgl. artikel 2 lid 1 sub a Instellingsbesluit).

85 Het is mogelijk dat de commissie meer leden kent; voorlopig lijkt te worden volstaan met een voorzitter en een vicevoorzitter.

86 In artikel 7 van het Instellingsbesluit wordt de heer mr. J.G.J. Janssen (advocaat te Amsterdam) als voorzitter benoemd en de heer prof. mr. C.E.C. Jansen (hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht aan de VU) als vicevoorzitter. Volgens de minister is om de onafhankelijkheid van de voorzitter te waarborgen (vgl. artikel 3 lid 2 van het Instellingsbesluit) afgesproken dat de voorzitter tijdens zijn voorzitterschap geen aanbestedingszaken meer zal behandelen (brief van de minister van EZ van 7 maart 2013, *Kamerstukken I* 32 440, nr. P). De termijn van twee jaar is genoemd in artikel 3 lid 4 van het Instellingsbesluit. Overigens zijn de leden volgens dit artikel (onbeperkt) herbenoembaar.

87 Artikel 4 lid 3 respectievelijk lid 2 Instellingsbesluit.

88 Het is ons overigens niet geheel duidelijk of de experts tevens voor een periode van twee jaar zullen worden benoemd, dit zal moeten blijken uit het nog vast te stellen reglement.

89 Wij merken daarbij op dat ook een klachtenmeldpunt het initiatief kan nemen om de Commissie in te schakelen, vgl. regeling klachtafhandeling p. 10.

90 Regeling klachtafhandeling, p. 10. Wij gaan er vanuit dat dit in het nog op te stellen reglement nader zal worden uitgewerkt.

91 Advies klachtafhandeling, p. 8. De commissie heeft daarbij volgens het Advies de vrijheid om de behandeling van een klacht te staken op het moment dat deze onder de rechter is.

92 MvA p. 3. Volgens de regeling klachtafhandeling kunnen de uitspraken van de commissie niet tegen de zin van een van de partijen ten uitvoer worden gelegd, maar is het advies van de commissie wel 'zwaarwegend'.

93 Regeling klachtafhandeling, p. 8.

volume van de opdracht of het karakter van de aanbestedende dienst, het tegengaan van veel voorkomende 'systeem'fouten etc.) en welke klachten niet. Wij verwachten dat meer gedetailleerde regels hieromtrent zullen worden opgenomen in het door de Commissie op te stellen reglement.⁹⁴

Wij zien echter wel degelijk positieve aspecten aan de klachtenregeling. Het is positief dat het mogelijk wordt om een oordeel van een deskundige commissie over de handelwijze van een aanbestedende dienst te verkrijgen, zonder dat daarvoor een gang naar de rechter nodig is. Ervan uitgaande dat er voldoende toegang is, zal dit vooral bij de qua waarde wat kleinere aanbestedingen, uitkomst moeten kunnen bieden. Dit geldt zeker wanneer een belanghebbende bezwaren heeft tegen de voorwaarden van een aanbesteding (hij meent bijvoorbeeld dat deze disproportioneel zijn of onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht), en bij andere aanbestedingen soortgelijke voorwaarden worden gesteld. Mocht de inschrijver van de commissie gelijk krijgen, dan is dat wellicht voor de aanbesteding waar de concrete klacht op zag te laat, maar heeft die uitspraak mogelijk wel precedentwerking voor toekomstige aanbestedingen. Idealiter is het gevolg dat bij toekomstige soortgelijke aanbestedingen van die aanbestedende dienst dergelijke onrechtmatige voorwaarden en eisen niet meer zullen terugkomen. Voorwaarde hiervoor is wel dat (i) de commissie adviezen zal geven die zich lenen voor concrete toepassing in andere aanbestedingen (dat wil zeggen: formuleer 'algemene regels of richtlijnen') en (ii) aanbestedende diensten zich ook daadwerkelijk aan deze adviezen zullen conformeren.

8. Afsluitende opmerkingen

Al met al vinden wij het nieuwe aanbestedingsregime zoals gevormd door de Aanbestedingswet, het Aanbestedingsbesluit, de *Gids Proportionaliteit*, het ARW 2013 en de overige flankerende (beleids)maatregelen een verbetering van de huidige situatie. Zo juichen wij de toegenomen aandacht voor proportionaliteit in alle fasen van de aanbestedingsprocedure inclusief contractfase toe. De verankering van het proportionaliteitsbeginsel in de wet en de concretisering ervan in de *Gids Proportionaliteit*, zal proportionaliteit beter toetsbaar maken. Gelet op de resultaten van eerder onderzoek, waaruit bleek dat een beroep in rechte op het proportionaliteitsbeginsel relatief weinig kans van slagen heeft, was dit

welkom.⁹⁵ Het is te hopen dat dit het aantal onnodig kostbare en zinloze eisen en voorwaarden zal verminderen. Ook vinden wij het een verbetering dat bij inschrijving aanzienlijk minder bewijsstukken hoeven te worden overgelegd en dat er door de introductie van met name de *Eigen verklaring aanbesteding* meer uniformiteit wordt bereikt. Aan de huidige praktijk waarbij inschrijvers voor elke aanbesteding afzonderlijk de aanbestedingsstukken minutieus moeten bestuderen om te voorkomen dat zij wellicht een bewijsstuk vergeten mee te sturen met alle gevolgen van dien, komt daarmee hopelijk een einde. Ook de klachtafhandeling bij aanbestedingen en de instelling van een commissie van aanbestedingsexperts beoordelen we als positieve maatregelen die kunnen leiden tot een praktische standaard voor correct gedrag ('hoe hoort het eigenlijk') in de diverse fasen van de aanbestedingsprocedure.

Natuurlijk zijn er diverse kanttekeningen te plaatsen. Op de doelstellingen van de Aanbestedingswet zoals verwoord in de MvT (aangehaald in par. 3.1) valt natuurlijk weinig af te dingen. Maar met wat meer ambitie had de wetgever echter veel duidelijker kunnen aangegeven welke maatschappelijke voordelen (veel meer dan het realiseren van louter besparingen) met een goede regulering van de overheidsaanbesteding kunnen worden behaald. Door een duidelijke keuze en prioritering vooraf zou wellicht ook meer evenwicht zijn gekomen tussen de verschillende thema's die in de parlementaire debatten aan de orde kwamen⁹⁶. Naast alle ondernemersvriendelijke noviteiten had wat meer aandacht voor de aanbestedende diensten niet misstaan. We noemen bijvoorbeeld het ten onrechte niet opnemen van de vrijstellingen voor quasi-inbesteding ('Teckal-vrijstelling') en publiek-publieke samenwerking ('Hamburg-vrijstelling'). Zeker de eerste vrijstelling is, zo denken wij, volledig uitgekristalliseerd in de jurisprudentie en had probleemloos gecodificeerd kunnen worden in de Aanbestedingswet. We vinden dit een gemiste kans.

Op de toegankelijkheid van de Aanbestedingswet valt veel af te dingen. Het eerste deel met algemene bepalingen is voor de niet in het aanbestedingsrecht ingewijde lezer moeilijk te begrijpen. Hij moet aanbestedingen boven de drempelwaarden, aanbestedingen met een communautaire dimensie, vrijwillige nationale aanbestedingen en meervoudige aanbestedingen uit elkaar weten te houden en dat is geen sinecure. De vele kruisverwijzingen in de

94 Artikel 6 leden 1 t/m 3 Instellingsbesluit. Volgens de minister zal bij het opstellen van het reglement als 'uitgangspunt' het advies klachtafhandeling bij aanbesteden genomen.

95 Ministerie van EZ, *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland*, 1 september 2004-31 augustus 2009, Eindrapport juni 2010, p. 30.

96 Zo heeft de toegankelijkheid van de overheidsaanbesteding voor het MKB - vanzelfsprekend een belangrijk thema - mede door effectief lobbywerk van MKB Nederland - erg veel aandacht gekregen terwijl andere belangrijke thema's als bijvoorbeeld de inzet van de overheidsaanbesteding om innovatie aan te jagen veel minder aandacht kregen in het parlementaire debat.

wet dragen niet bij aan een snelle doorgronding.⁹⁷ Hetzelfde geldt voor de relatief grote hoeveelheid flankerend beleid. Dit beleid wordt - wat betreft het ARW 2013 en de *Gids Proportionaliteit* - verheven tot wettelijk richtsnoer waaraan in de praktijk grote betekenis zal toekomen en wellicht zelfs grotere betekenis dan de Aanbestedingswet. Een vergelijking dringt zich op met het Europese aanbestedingsregime waar naast aanbestedingsrichtlijnen ook sprake is van flankerende regelgeving in de vorm van bijvoorbeeld niet-bindende interpretatieve mededelingen van de Commissie. In combinatie met de stroom van arresten van de Europese rechter leidde dit tot de verzuchting van het Europees Parlement dat er een onoverzichtelijk en ingewikkeld rechtssysteem is ontstaan waarin met behulp van *nota bene* het proportionaliteits'mes' flink aan regelsanering zou moeten worden gedaan.⁹⁸

De juridische status van de flankerende maatregelen is verder onduidelijk; de vorm van 'wettelijke richtsnoeren' is geheel nieuw en bevredigt ons niet. Het zou volgens ons beter zijn geweest de *Gids Proportionaliteit* eerst op basis van vrijwilligheid toe te passen (hetgeen oorspronkelijk ook de bedoeling was) en dat indien nodig - dit te bepalen na een grondig evaluatieonderzoek - de inhoud van de

Gids (en de Richtsnoeren en het ARW) vervolgens zou worden vastgelegd in amvb's of ministeriële regelingen. Hiermee zou de juridische status ook buiten iedere twijfel zijn gesteld. De uiterste datum van implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen over enkele jaren, zou daarvoor bijvoorbeeld een geëigend moment zijn geweest. In dit kader is nog van belang dat de delen 2 en 3 van de Aanbestedingswet dan relatief ingrijpend gewijzigd moeten worden. De Aanbestedingswet in de huidige vorm wijkt namelijk op een (relatief groot) aantal punten af van de huidige voorstellen van de Europese Commissie. Gelet hierop had de wetgever er beter voor kunnen kiezen om de huidige wijzigingen door te voeren door middel van wijzigingen van het Bao en het Bass, en dan pas na wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen een nieuwe Aanbestedingswet op te tuigen. Op die wijze had de implementatie van de nieuwe richtlijnen kunnen samenvallen met een nieuwe Aanbestedingswet, waardoor twee vliegen in één klap waren geslagen. In politiek opzicht (en aan het bedrijfsleven) zou deze 'schildpad'⁹⁹ waarschijnlijk niet te 'verkopen' zijn geweest. Gelet op de beladen totstandkomingsgeschiedenis hebben we daar begrip voor. Aan de slag dus met de Aanbestedingswet plus is daarom het devies.

Recent verschenen bij IBR

Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012

(incl. Aanbestedingsbesluit en Gids Proportionaliteit)

Samenstellers: prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis & mr. R.W.M. Kluitenberg

Omvang: 884 pag.

ISBN: 978-90-78066-75-0

Bestellen: www.ibr.nl/publicaties

⁹⁷ Dit is ook opgemerkt tijdens de consultatie. Zie bijv. de uitgesproken reactie van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht op dit punt, TA 2011, p. 78, tweede kolom

⁹⁸ Zie Resolutie Europees Parlement van 18 mei 2010 over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten, *PbEU* 2011, C161 E06, p. 40 (algemene opmerking/aanbeveling nr. 2). Opgemerkt door S. van Garssen, *Aanbestedingswetgeving: quo vadis?*, TA 2009, p. 340.

⁹⁹ Zie het redactioneel van A. Fischer-Braams, De Schildpad en de haas: de Nederlandse Aanbestedingswet ingehaald door de wijzigingsvoorstellen van de Europese Commissie, TA 2012, p. 3 e.v. met daarin ook een beknopt overzicht van (deels al weer gewijzigde) onderwerpen uit het voorstel tot wijziging van de Richtlijn Overheden.