

Vergaderjaar 2010–2011

**32 768**

**Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad 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 (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)**

**Nr. 3**

## **MEMORIE VAN TOELICHTING**

Inhoudsopgave	Blz.
<b>I. ALGEMEEN</b>	<b>2</b>
<b>1. Inleiding</b>	<b>2</b>
<b>2. Doel en inhoud van de richtlijn aanbesteden op het gebied van defensie en veiligheid</b>	<b>2</b>
2.1. Belangrijkste doelen van de richtlijn	2
2.2. Inhoud van de richtlijn op hoofdlijnen	3
2.3. Toepassingsgebied en -bereik van de richtlijn	4
2.4. Wijze van implementatie	6
<b>3. Europees en nationaal beleid voor de defensie- en veiligheidsmarkt</b>	<b>7</b>
3.1. Relatie tot de Europese defensie- en veiligheidsmarkt	7
3.2. Gevolgen voor de aanbestedingspraktijk op het gebied van militair materiaal	8
3.3. Gevolgen voor de aanbestedingspraktijk op het gebied van veiligheid	9
3.4. Gevolgen voor de Nederlandse defensie- en veiligheidsindustrie en het industriebeleid	9
<b>4. Specifieke kenmerken wetsvoorstel</b>	<b>11</b>
4.1. Onderaanneming	11
4.2. Gegevensbeveiliging	0
4.3. Bevoorradingszekerheid	12
4.4. Uitsluitingsgronden en gedragsverklaring aanbesteden	12
<b>5. Maatregelen betreffende administratieve lasten</b>	<b>13</b>
5.1. Eigen verklaring	14
5.2. Kosteloos aanbieden aanbestedingsstukken	14
5.3. Verplicht gebruik van TenderNed bij aankondiging	15

<b>6. Administratieve lasten van het wetsvoorstel</b>	<b>15</b>
6.1. Lasten bij aanbesteden	16
6.2. Meting lasteneffecten als gevolg van het wetsvoorstel	16
6.3. Overzicht totale lastenontwikkeling	16
6.4. Lastenverlagende maatregelen van het wetsvoorstel	17
<b>7. Consultatie</b>	<b>18</b>
7.1. Consultatie belanghebbenden	18
<b>II. ARTIKELN</b>	<b>20</b>
<b>III. TRANSPONERINGSTABELLEN</b>	<b>66</b>

## **I. ALGEMEEN**

### **1. Inleiding**

Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van de in augustus 2009 vastgestelde Europese richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad 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 (PbEU L 216) (hierna: de richtlijn of richtlijn nr. 2009/81/EG). De richtlijn moet uiterlijk 21 augustus 2011 zijn geïmplementeerd. Aan het slot van deze memorie van toelichting is een implementatietabel van de richtlijn opgenomen. De voordracht voor het wetsvoorstel wordt mede namens de Minister van Defensie gedaan gelet op diens verantwoordelijkheid voor het plaatsen van opdrachten op het gebied van defensie.

De opbouw van het algemeen deel van deze toelichting is als volgt. In paragraaf 2 worden het doel en de inhoud van de richtlijn beschreven, evenals het toepassingsgebied en -bereik en de wijze van implementatie. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de relatie van de richtlijn tot het Europese defensie- en veiligheidsbeleid, de gevolgen van de richtlijn voor de Nederlandse defensie (gerelateerde) industrie en de aanbestedingspraktijk op het gebied van defensie en veiligheid. In paragraaf 4 worden de voor deze richtlijn specifieke onderwerpen en gemaakte keuzes in het wetsvoorstel toegelicht. Paragrafen 5 en 6 geven weer welke maatregelen met betrekking tot administratieve lasten in het wetsvoorstel zijn opgenomen en de administratieve lasten die het wetsvoorstel veroorzaakt. Ten slotte wordt in paragraaf 7 samengevat welke reacties zijn ontvangen naar aanleiding van de consultatie van het wetsvoorstel.

### **2. Doel en inhoud van de richtlijn aanbesteden op het gebied van defensie en veiligheid**

#### *2.1. Belangrijkste doelen van de richtlijn*

Eind 2007 heeft de Europese Commissie in de Mededeling «Strategie voor een sterkere en meer concurrerende Europese defensie industrie» (COM (764) 2007; 5 december 2007) een pakket aan maatregelen aangekondigd ter verbetering van het functioneren van de interne markt voor defensieproducten en -diensten, waaronder de onderhavige richtlijn en richtlijn nr. 2009/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 om de nationale regelingen voor de overdracht van defensiegerelateerde producten binnen de Gemeenschap te harmoniseren en gelijktijdig te vereenvoudigen (PbEU L 146).

Richtlijn nr. 2009/81/EG beoogt bij te dragen aan de verwezenlijking van een open en transparante Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal waarin sprake is van meer concurrentie en gelijke concurrentievoorwaarden. Door implementatie van de richtlijn ontstaat binnen de Europese Unie een geharmoniseerd wettelijk kader dat is toegesneden op het aanbesteden van opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Dit kader is gebaseerd op beginselen die zijn afgeleid van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), zoals de beginselen betreffende gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie.

Daarnaast heeft de richtlijn als doel meer concurrentie in de toeleveringsketen van de Europese defensie- en veiligheidsmarkt te bewerkstelligen. Op de Europese defensie- en veiligheidsmarkt is sprake van een beperkt aantal grote bedrijven dat veelal de grote defensie- en veiligheidsopdrachten verwerft en bij de uitvoering van de opdracht gebruik maakt van andere bedrijven, die als toeleveranciers de leveringen, diensten en werken in onderaanneming leveren.

Aangezien de richtlijn is toegespitst op defensie- en veiligheidsopdrachten kan dit betekenen dat lidstaten zich minder genoodzaakt zien een beroep te doen op artikel 346 VWEU en op artikel 21 van richtlijn nr. 2004/17/EG<sup>1</sup> en op artikel 14 van richtlijn nr. 2004/18/EG<sup>2</sup>. Artikel 346 VWEU geeft lidstaten de mogelijkheid om de regels van de interne markt buiten toepassing te laten ter bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid. Artikel 14 (en artikel 21 voor de speciale sectoren) biedt de mogelijkheid om opdrachten geheim te verklaren of uit te sluiten van vormen van openbare aanbesteding, omdat ze bijzondere veiligheidsmaatregelen vereisen. Voor lidstaten blijft het, indien wordt voldaan aan de vereisten die daarvoor gelden, mogelijk om een beroep te doen op deze uitzonderingsbepalingen.

## *2.2. Inhoud van de richtlijn op hoofdlijnen*

De bestaande aanbestedingsrichtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG zijn niet toereikend en te inflexibel gebleken voor de vaak (technisch) complexe opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. In richtlijn nr. 2009/81/EG zijn de procedurevoorschriften beter toegesneden op de specifieke kenmerken van opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid, waaronder de noodzaak van flexibele procedures en het kunnen stellen van eisen aan bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging. Door deze specifieke procedurevoorschriften kan beter rekening worden gehouden met het gevoelige en vaak technisch complexe karakter van opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid.

De richtlijn staat als standaard aanbestedingsprocedures toe de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met aankondiging. In specifieke gevallen zijn ook enkele andere procedures mogelijk, zoals de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Bij de toepassing van deze aanbestedingsprocedures is het mogelijk om eisen te stellen aan een deelname of inschrijving die vaak typerend zijn voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Door het gevoelige karakter van opdrachten waarop de richtlijn betrekking heeft is het bijvoorbeeld niet wenselijk dat gerubriceerde gegevens die verband houden met een defensie- of veiligheidsopdracht bekend worden bij onbevoegde derden (gegevensbeveiliging). Er kunnen daarom bij deze opdrachten nadere eisen worden gesteld aan de betrokken bedrijven en personen om het vereiste beveiligingsniveau van deze gegevens zeker te stellen. Op het gebied van defensie en veiligheid is verder van groot belang dat de inzetbaarheid van materiaal is gewaar-

<sup>1</sup> Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEU L 134).

<sup>2</sup> Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU L 134).

borgd. Bovendien heeft het aan te schaffen materiaal veelal een lange levensduur waarbij onderhoud en nabestellingen over een lange periode gebruikelijk zijn (bevoorradingszekerheid). De richtlijn houdt daar rekening mee. In de aanbestedingsstukken kunnen daarover bijvoorbeeld eisen worden opgenomen. Verder bedraagt de maximale looptijd van een raamovereenkomst in beginsel zeven jaar in plaats van vier jaar onder de andere aanbestedingsrichtlijnen. Een ander verschil is dat deze richtlijn bepalingen bevat over het snel kunnen plaatsen van opdrachten in crisissituaties en over onderaanneming.

Evenals in de aanbestedingsrichtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG heeft de richtlijn betrekking op beginselen inzake aanbesteden zoals die inzake gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Dit is van belang bij de toepassing van de in de richtlijn beschreven aanbestedingsprocedures. De richtlijn bevat ook voorschriften over de rechtsbescherming. Die voorschriften zijn vrijwel gelijklopend aan de voorschriften in richtlijn nr. 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (Pb EU L 335). De rechtsbescherming die onderwerp is van die richtlijn heeft betrekking op opdrachten die onder de aanbestedingsrichtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG vallen en is omgezet in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira), en is inmiddels onderdeel van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. (Kamerstukken II 2009/10, 32 440).

### *2.3. Toepassingsgebied en -bereik van de richtlijn*

De richtlijn is van toepassing op opdrachten die worden geplaatst op het gebied van defensie en veiligheid.

Bij opdrachten op het gebied van defensie gaat het onder meer om de levering van militair materiaal en om werken en diensten specifiek bestemd voor militaire doeleinden. Van militair materiaal is sprake indien het materiaal specifiek is ontworpen voor militaire doeleinden en bedoeld is voor gebruik als wapen, munitie of oorlogsmateriaal. Ook producten die oorspronkelijk zijn ontworpen voor civiel gebruik en later zijn aangepast aan militaire doeleinden om te worden gebruikt als wapens, munitie of oorlogsmateriaal («dual use»), vallen onder militair materiaal. Richtinggevend bij de bepaling of sprake is van militair materiaal is de lijst met producttypen van wapens, munitie en oorlogsmateriaal, vastgesteld bij Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958. Op deze lijst staat materiaal dat is ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd voor specifiek militaire doeleinden. Deze generieke lijst dient, bijvoorbeeld met behulp van de Gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen (Pb EU van 23 februari 2009, C 65/01), ruim te worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal.

Bij opdrachten op het gebied van veiligheid gaat het om leveringen, werken en diensten die niet specifiek militair zijn, maar een gevoelig karakter hebben. Om de opdracht te kwalificeren als «gevoelig» moet het gaan om opdrachten die bestemd zijn voor veiligheidsdoeleinden en waar gerubriceerde gegevens een rol bij spelen. Veiligheidsdoeleinden zijn bijvoorbeeld bestrijding van terrorisme en georganiseerde misdaad, grensbewaking en crisisbeheersing. Er is sprake van gerubriceerde gegevens (1) wanneer een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend aan de gegevens, (2) dit in het belang

van de nationale veiligheid is, en (3) die in overeenstemming met de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in een lidstaat bescherming vereisen bijvoorbeeld tegen ontvreemding of onthulling door een onbevoegde. Er is geen sprake van gerubriceerde gegevens wanneer een opdracht om redenen van bijvoorbeeld bedrijfs- of fabricagegegevens beschermd dient te worden. De opdracht kan dan niet op basis van de richtlijn worden aanbesteed.

De bepalingen in de richtlijn zijn van toepassing op aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven (in de richtlijn gezamenlijk aangeduid als «aangebestede diensten»). Daarnaast bevat de richtlijn voorschriften met betrekking tot onderaanneming. De voorschriften zijn gericht tot de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en tot de onderneming waaraan de hoofdopdracht is gegund. De voorschriften voor onderaanneming zijn van toepassing wanneer de hoofdopdracht onder het toepassingsgebied- en bereik van de richtlijn valt.

De richtlijn is uitsluitend van toepassing op opdrachten waarvan de geraamde waarde, exclusief omzetbelasting, gelijk is aan of hoger ligt dan de volgens de richtlijn geldende drempelbedragen (voor leveringen en diensten is dat € 387 000 en voor werken is dat € 4 845 000 per 1 januari 2010). De aanbestedingsregels hoeven dan ook niet te worden gevolgd voor opdrachten beneden die financiële drempelwaarde. Deze drempel is gelijk aan de drempelwaarde die geldt voor speciale-sectoropdrachten (richtlijn nr. 2004/17/EG).

Indien de geraamde waarde van een opdracht boven de drempelbedragen van de richtlijn ligt, dan kunnen zich toch situaties voordoen waarbij de toepassing van de richtlijn het adequate handelen op het gebied van defensie en veiligheid in de weg zou staan. Dit geldt bijvoorbeeld bij opdrachten die spoed vereisen in het kader van een crisis, waaronder het voorzien in de behoeften als gevolg van die crisissituatie. In die gevallen kan een beroep worden gedaan op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking van een aankondiging. Ook indien strijdkrachten actief zijn in een operatiegebied in een derde land en de operationele omstandigheden vereisen dat contracten met de lokale ondernemers worden gesloten, vallen deze opdrachten onder een uitzondering. Opdrachten in het kader van programma's voor internationale samenwerking bij de ontwikkeling van defensiemateriaal vallen eveneens buiten het toepassingsbereik van de richtlijn. Deze programma's zijn belangrijk, aangezien zij bijdragen aan de ontwikkeling van nieuwe technologie en het gezamenlijk dragen van de hoge onderzoeks- en ontwikkelingskosten van complexe (wapen)systemen. Het belang van onderzoek en ontwikkeling op het gebied van defensie en veiligheid dat wordt gefinancierd door de overheid komt ook tot uitdrukking in de ruimere mogelijkheden voor gunning van dergelijke opdrachten zonder aankondiging. Opdrachten die moeten worden gegund volgens de procedure van een overeenkomst of afspraak met een derde land of volgens de regels van een internationale organisatie zijn ook uitgezonderd van de werking van de richtlijn. Op het gebied van defensie gaat dit bijvoorbeeld om materiaal dat samen met bondgenoten wordt aangeschaft op basis van een «Memorandum of Understanding». Tenslotte bevat de richtlijn onder meer uitzonderingen op het gebied van gegevensbeveiliging en inlichtingendiensten (zie paragraaf 4.3).

Een van de belangrijke uitzonderingen in de richtlijn is het beroep dat lidstaten kunnen doen op artikel 346, tweede lid, VWEU dat hen de mogelijkheid biedt maatregelen te nemen die zij noodzakelijk achten voor de bescherming van de wezenlijke belangen van hun veiligheid met betrekking tot de productie van of de handel in wapenen, munitie en

oorlogsmateriaal. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU over afwijkingen van de fundamentele vrijheden dient een beroep op die afwijkingen restrictief te worden uitgelegd (zie bijvoorbeeld HvJEG 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C 141/07, Jur. blz. I 6935, punt 50). Voor een beroep op artikel 346, eerste lid, onder b) VWEU moet worden voldaan aan drie criteria: 1) het moet gaan om de productie of aanschaf van materiaal specifiek bestemd voor militaire doeleinden, dat is vermeld op de lijst met producttypen van wapens, munitie en oorlogsmateriaal, vastgesteld bij Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958, 2) de lidstaat moet de uitzondering nodig vinden op grond van wezenlijke belangen van nationale veiligheid en 3) de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor militaire doeleinden mogen niet worden verstoord. De lidstaten behouden dus een exclusieve bevoegdheid bij de bepaling van hun wezenlijke belangen van nationale veiligheid als bedoeld in artikel 346 VWEU. Het is aan de lidstaat om te bepalen wanneer maatregelen noodzakelijk zijn voor de bescherming van die wezenlijke belangen. In dat geval hoeft de lidstaat de bepalingen uit de richtlijn niet toe te passen.

De richtlijn behoeft ook geen toepassing voor zover specifieke uitzonderingen op het vrij verkeer van goederen (artikel 36 VWEU), op de vrijheid van vestiging (artikelen 51 en 52 VWEU) of op het vrij verkeer van diensten (artikel 62 VWEU) dit vereisen en in het verlengde daarvan, op de toepassing van het van deze Verdragsvrijheden afgeleide recht. Dit heeft tot gevolg dat geen enkele bepaling van de richtlijn het opleggen of toepassen mag verhinderen van de maatregelen die noodzakelijk blijken voor het waarborgen van de door deze Verdragsbepalingen als rechtmatig erkende belangen, zoals openbare orde en veiligheid.

#### *2.4. Wijze van implementatie*

Bij de implementatie van de richtlijn is er voor gekozen de richtlijn op te nemen in een apart wetsvoorstel en geen onderdeel te laten zijn van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... De reden hiervoor is dat de richtlijn en de andere Europese aanbestedingsrichtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG op belangrijke onderdelen van elkaar verschillen (bijvoorbeeld op het gebied van bevoorradingszekerheid en informatiebeveiliging). Het gaat daarbij voornamelijk om inhoudelijke verschillen als gevolg van de specifieke kenmerken die aan het aanbesteden van defensie- en veiligheidsopdrachten verbonden zijn. De keuze voor een apart wetsvoorstel weerspiegelt daarmee het eigen karakter van de toekomstige aanbestedingspraktijk en -voorschriften die specifiek voor deze sector zullen gelden. Die keuze wordt versterkt doordat de ontwikkeling van een Europese defensie- en veiligheidsmarkt zich in een beginstadium bevindt, terwijl de «reguliere» Europese markt voor overheidsopdrachten en speciale sectoropdrachten (op basis van richtlijnen nrs. 2004/18/EG en 2004/17/EG) zich de afgelopen decennia tot een meer volwassen Europese interne markt heeft kunnen ontwikkelen. Defensieopdrachten worden vaak geplaatst op basis van nationale regels die onderling sterk verschillen en die de toegankelijkheid van de markt voor niet-nationale bedrijven beperken. De richtlijn moet daar verandering in brengen. Afgewacht moet worden welke gevolgen de richtlijn op termijn heeft voor de Europese defensie- en veiligheidsmarkt en welke effecten dat heeft op de toepassing van de artikelen uit de richtlijn door lidstaten. Nederland staat in de keuze voor een apart wetsvoorstel niet alleen. Ook verschillende andere lidstaten hebben het voornemen de richtlijn in een aparte wet te implementeren. Tot slot is de noodzaak van tijdige implementatie ook een belangrijke reden voor een apart wetsvoorstel.

De keuze voor een aparte wet laat onverlet dat zoveel mogelijk wordt gestreefd naar een uniform aanbestedingskader voor alle aanbestedingen en alle aanbestedende diensten. Om die reden is waar mogelijk in het wetsvoorstel bij de structuur en terminologie van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. aangesloten. Afhankelijk van de ontwikkeling van de aanbestedingspraktijk op de defensie- en veiligheidsmarkt en andere ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht, wordt 5 jaar nadat dit wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking is getreden gezien of het wenselijk is de wet onderdeel te laten uitmaken van de dan geldende algemene aanbestedingswet. Deze termijn loopt gelijk op met de evaluatie van de richtlijn door de Europese Commissie. In de richtlijn is vastgelegd dat de Commissie uiterlijk 21 augustus 2016 aan het Europees Parlement en de Raad verslag uitbrengt over de door de Commissie uit te voeren evaluatie. Die evaluatie dient met name de vraag te beantwoorden of en in hoeverre de doelstellingen van de richtlijn zijn verwezenlijkt in het kader van de interne markt en de ontwikkeling van een Europese markt voor defensiemateriaal en een technologische en industriële basis voor de Europese defensie.

Het wetsvoorstel sluit aan bij het kabinetsbeleid om implementatie van Europese richtlijnen te scheiden van nationaal beleid met inbegrip van de uitzonderingen daarop (zie onder meer Kamerstukken II 2007/08, 29 515 en 29 826, nr. 222). De richtlijn gaf bij enkele bepalingen de lidstaten een keuze, zoals voor onderaanneming. Dit wordt in paragraaf 4.1 nader toegelicht. Voorts heeft de regering vanuit het oogmerk van lastenverlichting gekozen om enkele voor ondernemers lastenverlichtende maatregelen uit het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. ook op te nemen in het onderhavige wetsvoorstel. Het betreft bepalingen voor het gebruik van een eigen verklaring, het kostenloos aanbieden van aanbestedingsstukken en het verplicht gebruik van een elektronisch systeem voor aankondigingen (zie verder hoofdstuk 5). Dit laatste draagt naar verwachting tevens bij aan een goede naleving van de richtlijn.

Aan het aanbestedingsrecht liggen de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie ten grondslag. Een ander belangrijk beginsel is dat van proportionaliteit. Naar dit beginsel wordt verwezen in de overwegingen van de richtlijn. In het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. heeft de regering ervoor gekozen om het proportionaliteitsbeginsel daarin op te nemen. Op basis van het proportionaliteitsbeginsel zijn aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplicht bij het voorbereiden en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving te stellen, die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Voor maatwerk is ruimte, maar die kent haar grenzen in het proportionaliteitsbeginsel. Voor opdrachten die aanbesteed worden op basis van het onderhavige wetsvoorstel geldt het proportionaliteitsbeginsel. Dit volgt uit de van het VWEU afgeleide beginselen. Het proportionaliteitsbeginsel is in het wetsvoorstel opgenomen gelet op het belang daarvan voor de aanbestedingspraktijk en om te voorkomen dat over de toepasselijkheid daarvan misverstanden zouden kunnen ontstaan.

### **3. Europees en nationaal beleid voor de defensie- en veiligheidsmarkt**

#### *3.1. Relatie tot de Europese defensie- en veiligheidsmarkt*

De richtlijn wordt beschouwd als een onmisbaar instrument om de doelstelling te realiseren van een open en transparante Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal waarin sprake is van meer concurrentie en onder gelijke voorwaarden. Door een groot deel van de

defensie- en veiligheidsopdrachten onder de regels van de interne markt te brengen kan een meer open en transparante concurrentie op de Europese defensiemarkt plaatsvinden. Een concurrerende Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal is noodzakelijk voor de verdere versterking en ontwikkeling van een vitale en krachtige Europese defensie technologische en industriële basis (DTIB). De DTIB is de technologische en industriële kennis en kunde die aanwezig is bij ondernemingen, kennisinstellingen in brede zin en bij de overheid (Ministerie van Defensie e.a.) zelf. Die kennis en kunde wordt in onderlinge wisselwerking onderhouden en verder ontwikkeld. Versterking van de Europese DTIB is van belang voor het realiseren van de ambities van het Gemeenschappelijk Veiligheids- en Defensie Beleid.

De huidige Europese DTIB is nog altijd een aggregatie van de nationale DTIB's met weinig samenhang en veel overlappingsen. In diverse lidstaten wordt aan de nationale defensie-industrie voorrang verleend en wordt die industrie waar nodig financieel gesteund en daardoor afgeschermd van het normale concurrentiemechanisme op de Europese interne defensiemarkt. Ook het veelvuldig inroepen van artikel 346 VWEU draagt hieraan bij. In de praktijk wordt in andere lidstaten regelmatig een ruime, ook economische, interpretatie gegeven aan de definitie van bescherming van de wezenlijke belangen van de nationale veiligheid vaak met als doel de eigen nationale defensie-industrie te beschermen. De noodzakelijke aanpassing van de Europese defensie-industrie gericht op consolidatie, specialisatie, modernisering en herstructurering is hierdoor vertraagd en vindt hoofdzakelijk op nationaal niveau plaats. Wanneer geen verandering komt in de huidige praktijk, dan is de Europese defensie-industrie op den duur veroordeeld tot de «niche» markt als toeleverancier van grote, niet-Europese defensiebedrijven. Naast consolidatie van productiecapaciteiten is het voor een gezonde Europese DTIB tevens noodzakelijk een gelijk speelveld voor de middelgrote en kleine bedrijven in Europa tot stand te brengen. Dit aspect is in het bijzonder van belang voor lidstaten met een relatief bescheiden defensiegerelateerde industrie zoals Nederland. De richtlijn levert ten aanzien van al deze aspecten naar verwachting een bijdrage.

### *3.2. Gevolgen voor de aanbestedingspraktijk op het gebied van militair materiaal*

De richtlijn heeft gevolgen voor de verwerving van militair en «dual use» materiaal door het Ministerie van Defensie. In beginsel worden deze opdrachten nu aanbesteed in overeenstemming met richtlijn nr. 2004/18/EG. Bepaalde opdrachten worden uitgezonderd op basis van artikel 346 VWEU (zie paragraaf 2.3). Ook in het geval een opdracht is uitgezonderd wordt er concurrentie gesteld op basis van het verwervingsbeleid van het Ministerie van Defensie (Defensie Industrie Strategie, Kamerstukken II 2006/07, 31 125, nr. 1). Op grond van de aard van het product, financiële omvang en marktsituatie wordt een verwervingsstrategie gekozen die is afgestemd op de aard van de verwerving. Er dient een product te worden verkregen dat voldoet aan de vereiste kwaliteit en levertijd tegen de beste prijs, waarbij rekening wordt gehouden met levensduurkosten. Waar mogelijk worden meerdere offertes aangevraagd. Opdrachten boven 1 miljoen euro worden gepubliceerd op de website van het Europees Defensie Agentschap.

Als gevolg van de richtlijn ontstaat er ruimte om binnen een aanbestedingsprocedure belangen als bevoorradingszekerheid en gegevensbeveiliging veilig te stellen, waardoor het Ministerie van Defensie mogelijk in bepaalde gevallen geen beroep meer hoeft te doen op artikel 346 VWEU voor het veiligstellen van deze belangen. Daarnaast zullen opdrachten



voor militair en «dual use» materiaal, die nu onder richtlijn nr. 2004/18/EG vallen en waarin de standaardprocedures de openbare en niet-openbare procedure zijn, voortaan worden aanbesteed conform de specifieke regels van de richtlijn. De standaard aanbestedingsprocedures in de richtlijn zijn de onderhandelingsprocedure met aankondiging en de niet-openbare procedure. Om innovatie en technologische ontwikkeling te bevorderen biedt de richtlijn een uitzondering voor onderzoek en ontwikkeling, ook wanneer dit volledig ten goede komt aan de aanbestedende dienst. Instrumenten op het gebied van innovatie blijven mogelijk. Zo behoudt het Ministerie van Defensie bijvoorbeeld de mogelijkheid om nieuw materiaal te laten ontwikkelen als bestaande technologie niet in de behoefte kan voorzien.

### *3.3. Gevolgen voor de aanbestedingspraktijk op het gebied van veiligheid*

Naar verwachting heeft het wetsvoorstel beperkte consequenties voor opdrachten op het gebied van veiligheid. Opdrachten op het gebied van veiligheid vallen uitsluitend onder de reikwijdte van het wetsvoorstel, indien die als «gevoelig» kunnen worden aangemerkt (zie paragraaf 2.3). Dit betreft naar verwachting een relatief beperkte categorie opdrachten. Veiligheidsopdrachten waarvoor het wetsvoorstel kan gaan gelden zijn opdrachten ten behoeve van politieactiviteiten, grensbewaking, missies op het gebied van crisisbeheersing en antiterrorisme. Ook «gevoelige» opdrachten van speciale-sectorbedrijven verantwoordelijk voor kritische infrastructures kunnen onder het wetsvoorstel gaan vallen. Voor opdrachten die niet vallen onder het toepassingsgebied van het wetsvoorstel geldt dat die worden aanbesteed in overeenstemming met aanbestedingsrichtlijn nr. 2004/18/EG of nr. 2004/17/EG.

Om een opdracht op het gebied van veiligheid te kunnen aanbesteden onder dit wetsvoorstel, dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf wel eerst te bepalen of de opdracht als «gevoelig» kan worden aangemerkt. Daarvoor is nodig dat is voldaan aan de in het wetsvoorstel opgenomen vereisten voor de kwalificatie als «gevoelige» opdracht (zie hierover paragraaf 2.3). De definitie in de richtlijn van «gevoelige» opdracht laat bewust ruimte voor nationale interpretatie voor zover het nationale veiligheid betreft. Bij de omzetting is hiermee rekening gehouden.

Specifiek voor «gevoelige» opdrachten is van belang dat het wetsvoorstel voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid biedt bij het plaatsen van een «gevoelige» opdracht gerubriceerde gegevens te beschermen. Daardoor kan een opdracht met inachtneming van dit wetsvoorstel in concurrentie worden aanbesteed zonder dat dit ten koste gaat van de bescherming van gerubriceerde gegevens. Dit draagt bij aan een open en transparante Europese markt.

### *3.4. Gevolgen voor Nederlandse defensie - en veiligheidsindustrie en het industriebeleid*

De richtlijn is gericht op het tot stand brengen van een Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal. Daarnaast beogen bepalingen voor onderaanneming in de richtlijn bij te dragen aan meer concurrentie in de toeleveringsketen van de Europese defensie- en veiligheidsmarkt. De Nederlandse defensiegerelateerde industrie bestaat voor het merendeel uit middelgrote en kleine ondernemingen die actief zijn in de markt voor onderaanneming. Als gevolg van de richtlijn zal het Nederlandse bedrijfsleven meer nadrukkelijk in een Europees krachtenveld worden geplaatst. Voor de Nederlandse defensiegerelateerde industrie komt het aan op het verwerven van een volwaardige positie in internationale

netwerken («supply chains») voor de ontwikkeling, productie en instandhouding van defensiemateriaal in de eerste plaats in Europa.

In de Defensie Industrie Strategie (hierna: DIS; Kamerstukken II 2006/07, 31 125, nr. 1) is geconstateerd dat de Nederlandse defensiegerelateerde industrie concurrerend is. De richtlijn biedt kansen voor de Nederlandse defensiegerelateerde industrie als gevolg van een verdere openstelling van de Europese defensiemarkt. Met de publicatieplicht uit de richtlijn wordt duidelijk welke opdrachten in de markt worden gezet en zullen bedrijven vaker in concurrentie kunnen meedingen naar opdrachten. Specifiek voor de toeleveranciers wordt het mogelijk om mee te dingen naar opdrachten daar waar hoofdaannemers door aanbestedende diensten verplicht worden tot concurrentiestelling van (een deel van) de opdrachten in onderaanneming (zie verder paragraaf 4.1). Dit biedt de Nederlandse defensiegerelateerde industrie de gelegenheid een plaats te verwerven in de leveringsketens van de grote defensieondernemingen. De mate waarin een meer open en concurrerende Europese defensiemarkt kan ontstaan is afhankelijk van een aantal factoren. Dit wordt ten eerste bepaald door de mate waarin lidstaten de richtlijn gaan gebruiken en minder een beroep doen op artikel 346 VWEU. Een tweede bepalende factor hierin is de wijze waarop de lidstaten de bepalingen van de richtlijn ten aanzien van onderaanneming gaan implementeren en toepassen.

Voor de regering is het participeren van de Nederlandse industrie in het ontwikkelen, produceren en instandhouden van militair materiaal een activiteit die past in het beleid ter bevordering van een hoogwaardige kenniseconomie, mede vanwege de spin-off naar de civiele en veiligheidsmarkt. In de DIS geven de Ministeries van Defensie en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (voorheen Economische Zaken) een integrale visie op de Nederlandse defensiegerelateerde industrie in internationaal perspectief en de rol van de overheid daarin. In de DIS is aangegeven dat het voor Nederland van grote waarde is om een gezonde, innovatieve en concurrerende Nederlandse Defensie Technologische en Industriële Basis te hebben om de ambitie van de krijgsmacht en het vervullen van de daaruit voortvloeiende behoeften van het Ministerie van Defensie waar te maken. De Nederlandse regering vindt het van belang dat de bovenstaande uitgangspunten van de DIS overeind blijven. Vanuit deze invalshoek heeft de regering een balans gezocht tussen het bevorderen van marktkansen voor de Nederlandse defensiegerelateerde industrie en voldoende ruimte bieden voor aanbestedende diensten om per opdracht de beste verwervingsstrategie te bepalen (zie paragraaf 4.1). Een Nederlandse aanbestedende dienst kan in voorkomende gevallen de (buitenlandse) hoofdaannemer die de opdracht heeft gegund gekregen, verplichten tot concurrentiestelling van zijn opdrachten in onderaanneming. Dit biedt kansen voor de Nederlandse defensiegerelateerde industrie om mee te dingen.

Naar de huidige praktijk maakt Nederland in veel gevallen gebruik van compensatieorders indien een opdracht met een beroep op artikel 346 VWEU wordt verworven. Compensatie is het eisen van tegenorders van de buitenlandse ondernemer die een nationale defensieopdracht verwerft. De buitenlandse ondernemer wordt verplicht om opdrachten te plaatsen bij nationale ondernemers. Ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel kan Nederland nog steeds een beroep blijven doen op artikel 346 VWEU en compensatie eisen voor zover aan de vereisten om dit te doen wordt voldaan. Om in te spelen op de veranderende omstandigheden als gevolg van de richtlijn, zullen de Ministeries van Defensie en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in het licht van de DIS nader bepalen op welke wijze de marktkansen voor de Nederlandse defensiegerelateerde industrie kunnen worden bevorderd. Voor het Ministerie van Defensie zijn vooral de

hoofdtaken van de krijgsmacht, de daaruit voortvloeiende operationele behoeften en het zo doeltreffend en doelmatig mogelijk inkopen leidend. Voor het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie gaat het om de bijdrage aan de economische groei, innovatie en internationale marktkansen.

#### **4. Specifieke kenmerken wetsvoorstel**

##### *4.1. Onderaanneming*

De richtlijn bevat specifieke bepalingen over het uitbesteden van opdrachten in onderaanneming door het bedrijf (de hoofdaannemer) dat in een aanbestedingsprocedure onder de richtlijn een hoofdopdracht verworven heeft. De richtlijn geeft lidstaten verschillende opties om aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven toe te staan of te verplichten hun hoofdaannemers eisen op te leggen als zij delen van de hoofdopdracht uitbesteden aan onderaannemers. Zo kan de lidstaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verplichten inschrijvers te vragen welke opdrachten een hoofdaannemer in onderaanneming wil gaan uitbesteden. Ook kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf van de hoofdaannemer verlangen dat tenminste een bepaald percentage van de opdracht in onderaanneming wordt uitbesteed. In het laatste geval gunt de hoofdaannemer de opdrachten in onderaanneming nadat een in de richtlijn voorgeschreven transparante en non-discriminatoire procedure is gevolgd zodat geïnteresseerde ondernemers de kans krijgen om mee te dingen. Het volgen van een dergelijke procedure kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ook voorschrijven voor bepaalde of alle opdrachten, die de geselecteerde inschrijver zelf al van plan was aan derde partijen te gunnen. De reden dat bepalingen voor onderaanneming zijn opgenomen in de richtlijn is om ook een Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal op het niveau van de toeleveringsketen te bewerkstelligen.

De Nederlandse industrie op het gebied van defensie- en veiligheidsmateriaal is vooral actief in de toeleveringsketen en bestaat voornamelijk uit middelgrote en kleine ondernemingen. De regering vindt het van belang dat in het geval een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf defensie- en veiligheidsmateriaal aanbesteedt onder de richtlijn, de Nederlandse defensiegerelateerde industrie voldoende kansen krijgt om in concurrentie in te schrijven op een opdracht in onderaanneming. De regering heeft dan ook bij de implementatie van de bepalingen over onderaanneming een balans gezocht tussen het bevorderen van kansen voor het Nederlandse bedrijfsleven op de Europese markt op het gebied van defensie en veiligheid, voldoende ruimte voor aanbestedende diensten om per opdracht de beste verwervingsstrategie te bepalen zodat het beste product tegen de beste prijs kan worden verkregen, en het uitgangspunt van minimumimplementatie dat gehanteerd wordt bij de omzetting van Europese richtlijnen naar Nederlandse regelgeving. De regering is van mening dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het plaatsen van een hoofdopdracht zelf dienen te bepalen in hoeverre het wenselijk is om delen van de hoofdopdracht in onderaanneming te gunnen. In het wetsvoorstel zijn de keuzebepalingen voor onderaanneming geïmplementeerd. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan dus zelf beslissen om eisen ten aanzien van onderaanneming op te leggen aan de hoofdaannemer. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan zodoende naar gelang de aard van de hoofdopdracht elke optie voor onderaanneming benutten, afhankelijk van de verwervingsstrategie die naar zijn inzicht het beste resultaat oplevert. De reden dat de regering er niet voor kiest de maatregelen op het gebied van onderaanneming verplicht voor te schrijven aan de

aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven is dat dit geen ruimte biedt voor maatwerk. Het openbreken van de toeleveringsketen van de hoofdaannemer kan de prijs van een product opdrijven. Er zijn ook opdrachten waarbij de Nederlandse industrie geen rol kan spelen. Voorts zou het stellen van eisen op het gebied van onderaanneming bij relatief kleine opdrachten een onevenredig grote toename van administratieve lasten met zich meebrengen. Ten slotte is het onzeker hoe andere lidstaten de bepalingen omtrent onderaanneming gaan toepassen in de praktijk.

Over het stellen van eisen op het gebied van onderaanneming worden aanvullende afspraken gemaakt tussen de Ministeries van Defensie en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie om te bepalen bij welke opdrachten het stellen van eisen op het gebied van onderaanneming wenselijk is. Dit voorkomt onwenselijke effecten zoals hierboven beschreven.

#### *4.2. Gegevensbeveiliging*

Opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid bevatten vaak gerubriceerde gegevens die om veiligheidsredenen moeten worden beschermd tegen toegang door onbevoegden. Systemen voor de rubricering van dergelijke gegevens zijn verschillend voor de rijksoverheid, decentrale overheden en de speciale-sectorbedrijven. De richtlijn laat ruimte een concept te hanteren dat rekening houdt met de uiteenlopende werkwijzen die in de lidstaten worden gevolgd om vooraf te definiëren wanneer sprake is van gerubriceerde gegevens, en dat zowel het militaire als het niet-militaire gebied kan bestrijken. In het wetsvoorstel is het begrip gerubriceerde gegevens in artikel 1.1 gedefinieerd met inachtneming van het daaromtrent in de richtlijn bepaalde. De aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen ten aanzien van gerubriceerde gegevens de noodzakelijke eisen op het gebied van gegevensbeveiliging stellen, zoals het verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar, die door de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten wordt erkend.

Bovendien biedt het wetsvoorstel aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid uit te sluiten, als toepassing van dit wetsvoorstel hen zou verplichten informatie te verstrekken waarvan zij de bekendmaking strijdig achten met de essentiële veiligheidsbelangen van Nederland (artikel 2.16, eerste lid, van het wetsvoorstel). Dit kan in het bijzonder het geval zijn wanneer opdrachten zo gevoelig zijn dat zelfs het bestaan daarvan geheim moet worden gehouden. Daarnaast zijn sommige opdrachten zo gevoelig dat het niet passend zou zijn het wetsvoorstel toe te passen. Dit is het geval voor aanbestedingen voor alle soorten van inlichtingenactiviteiten. Dit is ook het geval voor andere bijzonder gevoelige aankopen die een hoog niveau van vertrouwelijkheid vereisen, zoals bepaalde aankopen voor grensbeveiliging, de bestrijding van terrorisme of de georganiseerde misdaad, aankopen die verband houden met encryptie of aankopen die specifiek bestemd zijn voor geheime operaties of andere even gevoelige acties die door de politie- en de veiligheidsdiensten worden uitgevoerd.

#### *4.3. Bevoorradingzekerheid*

Defensie- en veiligheidsmateriaal is van cruciaal belang voor zowel de veiligheid en de soevereiniteit van Nederland als voor de autonomie van de Europese Unie. Tijdige levering van materiaal of onderdelen kan tijdens een crisis of een militaire operatie letterlijk van levensbelang zijn. Dit heeft tot gevolg dat bij deze opdrachten bijzondere eisen worden gesteld op het gebied van bevoorradingzekerheid. Bevoorradingzeker-

kerheid kan een grote diversiteit van vereisten inhouden, met inbegrip van bijvoorbeeld de regels die gelden op het gebied van intellectueel eigendom of de beschikbaarheid van kritieke onderhouds- en revisiecapaciteit om de ondersteuning van het aangekochte materiaal gedurende de hele levenscyclus ervan te garanderen. De beschikbaarheid van materieel en onderhoudscapaciteit is bij leveranciers of onderaannemers die in een ander land zijn gevestigd tevens afhankelijk van wapenexportvergunningen. Voorts kan het noodzakelijk zijn over onderhoudscapaciteit te beschikken in de buurt van of op de locatie, waar het materiaal zich bevindt, bijvoorbeeld een logistiek centrum van Defensie.

Behoeften op het gebied van bevoorradingszekerheid kunnen zich ook uitstrekken voorbij een specifieke opdracht. Behoud van kennis en kunde in bepaalde strategische sectoren kan worden beschouwd als noodzakelijk voor de bescherming van nationale veiligheidsbelangen. Op die gebieden kan Nederland ervoor kiezen gebruik te maken van nationale leveranciers op grond van artikel 346 VWEU, mits een gerechtvaardigd beroep op dit artikel mogelijk is. Een beroep op dit artikel kan ook noodzakelijk zijn, omdat slechts een beperkt aantal (buitenlandse) leveranciers voldoende betrouwbaar wordt geacht om cruciaal materiaal te leveren. Deze betrouwbaarheid kan in een aanbesteding op grond van de richtlijn slechts tot op zekere hoogte worden getoetst en verzekerd in overeenstemming met het beginsel van non-discriminatie.

#### *4.4. Uitsluitingsgronden en gedragsverklaring aanbesteden*

Evenals de aanbestedingsrichtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG bevat de richtlijn bepalingen die aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplichten of de mogelijkheid geven om bedrijven van deelneming aan een opdracht uit te sluiten. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is verplicht een onderneming uit te sluiten van deelname in het geval sprake is van bepaalde onherroepelijke strafrechtelijke veroordelingen. Een onderneming kan voorts worden uitgesloten van deelname aan een opdracht als het zich in staat van faillissement of liquidatie bevindt. Ook een ernstige fout begaan in de uitoefening van het beroep kan tot uitsluiting leiden. Specifiek voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid noemt de richtlijn als voorbeelden van ernstige fouten de niet-nakoming van verplichtingen op het gebied van bevoorradingszekerheid of gegevensbeveiliging bij een vorige opdracht. Een specifieke grond tot uitsluiting doet zich voor, indien een bedrijf niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van Nederland uit te sluiten.

Dit wetsvoorstel bevat dezelfde regeling voor de toetsing van integriteit als het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... De beslissing of en hoe te toetsen ligt bij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf besluit te toetsen op integriteit, doet deze dat in eerste instantie via een eigen verklaring (zie paragraaf 5.5). Voor integriteit geldt vervolgens net als voor de andere onderdelen van de eigen verklaring, dat aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven aan de winnaar of geselecteerden om een bewijsstuk kunnen vragen. Dit bewijsstuk is bij Nederlandse bedrijven tot de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. de verklaring omtrent het gedrag als bedoeld in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Na inwerkingtreding van dat wetsvoorstel betreft dit de «gedragsverklaring aanbesteden» die wordt afgegeven door de Minister van Justitie. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is niet verplicht om naar een gedragsverklaring aanbesteden te vragen. Indien een ondernemer geen gedragsverklaring aanbesteden kan overleggen, betekent dit niet dat deze ondernemer automatisch is

uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. De afweging om een ondernemer uit te sluiten ligt bij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zelf.

Bij de beoordeling van een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden worden behalve bepaalde strafrechtelijke misdrijven ook mededingingsrechtelijke overtredingen meegenomen. Hierdoor hoeven aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven niet op eigen en dus verschillende wijze te toetsen op mededingingsovertredingen. De bovengenoemde uitsluitingsgronden voor zover die specifiek van belang zijn voor defensie en veiligheid zijn echter niet meegenomen in de gedragsverklaring aanbesteden en kunnen uitsluitend door de aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven zelf op andere wijze worden getoetst, bijvoorbeeld op basis van gegevens over eerdere opdrachten of rapporten van inlichtingendiensten. Een gedragsverklaring aanbesteden is daarvoor niet geschikt. Een ernstige fout bestaande uit de niet-nakoming van contractuele verplichtingen is in het kader van een gedragsverklaring aanbesteden bijvoorbeeld niet goed vooraf te objectiveren en te toetsen. De geldigheidstermijn van de gedragsverklaring aanbesteden is vierentwintig maanden.

## **5. Maatregelen betreffende administratieve lasten**

Het wetsvoorstel bevat bepalingen betreffende het gebruik van een eigen verklaring, het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken en het verplicht gebruik van een elektronisch systeem voor aankondigingen (TenderNed). Het gebruik van een eigen verklaring en het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken is bij opdrachten op het gebied van defensie en (goedgeels) ook daarbuiten een bestaande praktijk en heeft geleid tot lastenverlagingen. Het verplicht stellen daarvan in het wetsvoorstel leidt derhalve niet tot significante lastenverlagende effecten. Bij de berekening van de administratieve lasten (hoofdstuk 6) is daarmee rekening gehouden. Dat lastenverlagende effecten al zijn ingetreden, neemt niet weg dat het van belang wordt geacht deze uitvoeringspraktijk wettelijk vast te leggen.

### *5.1. Eigen verklaring*

In het wetsvoorstel is bepaald dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in eerste instantie aan ondernemers alleen een eigen verklaring mogen vragen in plaats van bewijsstukken. In een eigen verklaring verklaart een ondernemer dat hij voldoet aan de gevraagde uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. Uiteindelijk hoeft alleen de winnende ondernemer hiervoor originele bewijsstukken aan te leveren als de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf hiernaar vraagt. Het wetsvoorstel biedt de grondslag voor te schrijven welke inhoud in de eigen verklaring kan worden opgenomen. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt het model uniforme eigen verklaring niet voorgeschreven. De reden hiervoor is dat bij opdrachten voor defensie en veiligheid het overgrote deel bij buitenlandse opdrachtnemers wordt geplaatst. In voorkomend geval moet daarbij rekening kunnen worden gehouden met de op een buitenlandse inschrijver van toepassing zijnde nationale wetten. Dit vereist flexibiliteit waarin een voorgeschreven model niet voorziet.

Een eigen verklaring zorgt ervoor dat lasten voor ondernemers worden teruggebracht, doordat zij minder vaak bewijsstukken hoeven aan te leveren. Voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven leidt het gebruik van de eigen verklaring tot een vermindering aan uitvoerings-

lasten, omdat zij niet langer van alle ondernemers de verschillende gegevens en documenten hoeven te verifiëren.

### *5.2. Kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken*

Bepaald wordt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de aanbestedingsstukken kosteloos aan geïnteresseerde partijen moeten aanbieden. Het gaat hierbij om alle stukken die relevant zijn voor de ondernemer bij zowel het maken van een inschatting van de attractiviteit van de opdracht als bij het opstellen van een inschrijving.

Wanneer een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf de aanbestedingsstukken op meerdere manieren aanbiedt, hoeft slechts een van deze wijzen kosteloos te zijn. Wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf stukken moet reproduceren, kan zij hiervoor de kostprijs doorberekenen aan geïnteresseerde partijen, mits deze stukken ook op enigerlei andere wijze kosteloos beschikbaar zijn.

### *5.3. Verplicht gebruik van TenderNed bij aankondiging*

In het wetsvoorstel is voorgeschreven dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij opdrachten boven de Europese drempelwaarden de aankondigingen van de opdracht (o.a. (voor)aankondiging en gunning) tot de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. moeten publiceren via het door de Europese Commissie met dit doel beschikbaar gestelde elektronisch systeem voor aanbesteden («Tenders Electronic Daily» (TED)). Na inwerkingtreding van de hiervoor relevante artikelen uit de Aanbestedingswet 20.. wordt in plaats daarvan het gebruik voorgeschreven van een elektronisch systeem voor aanbesteden waar de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie verantwoordelijk voor is. De publicatie van de aankondigingen is gratis.

TenderNed is een elektronisch systeem waarmee aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aanbestedingen nationaal en Europees kunnen aankondigen. De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie is op grond van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. verantwoordelijk voor de instandhouding en werking van dit systeem. Het systeem wordt op grond van dit wetsvoorstel ook benut voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Het aankondigingenplatform van TenderNed zal openbaar en toegankelijk zijn. Dit betekent dat ook anderen die hiertoe door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn geautoriseerd, gegevens op TenderNed in kunnen vullen.

Door de verplichting voor alle Nederlandse aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om op grond van dit wetsvoorstel alle aankondigingen op een centrale plaats te publiceren behoeven ondernemers hiervoor niet op verschillende plaatsen te zoeken. Daarnaast hoeven aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven geen statistische gegevens met betrekking tot aanbestedingen meer aan te leveren aan het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie dat deze op grond van de aanbestedingsrichtlijnen aan de Europese Commissie moet rapporteren (statistiekverplichting). Deze statistische gegevens komen centraal beschikbaar door TenderNed. Dit bespaart lasten voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven en vergroot de betrouwbaarheid van de statistieken. TenderNed gaat hiermee een dienst van algemeen economisch belang vervullen.

## **6. Administratieve lasten van het wetsvoorstel**

### *6.1. Lasten bij aanbesteden*

Ondernemers die deelnemen aan inkoopprocedures van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven worden geconfronteerd met administratieve lasten en overige lasten. Administratieve lasten zijn lasten die het Nederlandse bedrijfsleven ondervindt om te voldoen aan informatieverplichtingen voortvloeiend uit wet- en regelgeving van de overheid. Administratieve lasten voor bedrijven zijn onder meer het kennisnemen van aankondigingen op de EU-website, het bestuderen van de aanbestedingsdocumenten en het aanleveren van informatie die afkomstig is van derden, zoals een inschrijvingsbewijs van de Kamer van Koophandel, een accountantsverklaring of een non-faillissementsverklaring van de rechtbank. Onder overige lasten vallen de lasten die voortvloeien uit werkzaamheden zonder dat een directe relatie met de inhoud van de opdracht kan worden gelegd, bijvoorbeeld het opstellen van een offerte of het bestuderen van een contract.

Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven worden ook geconfronteerd met uitvoeringslasten. Deze lasten kunnen enerzijds het gevolg zijn van werkzaamheden die voortvloeien uit wet- en regelgeving van de overheid, zoals het aankondigen en publiceren van aanbestedingen. Anderzijds kunnen deze lasten het gevolg zijn van eigen keuzes van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. De lasten die gepaard gaan met het vergelijken en beoordelen van offertes hangen bijvoorbeeld samen met de eisen die een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf stelt aan de inhoud van de offertes.

### *6.2. Meting lasteneffecten als gevolg van het wetsvoorstel*

Om de totale lastenontwikkeling in kaart te brengen is het onderzoek «(administratieve) lasten implementatie aanbestedingsrichtlijn op defensie- en veiligheidsgebied» uitgevoerd. Hierbij is een vergelijking gemaakt tussen de lasten voor opdrachten onder de huidige en de nieuwe situatie. Daartoe is gekeken naar de opdrachten die onder het toepassingsgebied en -bereik van de nieuwe richtlijn komen te vallen. Bij het verlenen van die opdrachten treden in de huidige situatie ook (administratieve) lasten op. De omvang van die lasten hangt af van de wijze waarop een opdracht wordt aanbesteed. Een deel van de opdrachten wordt tot op heden aanbesteed op basis van de andere Europese aanbestedingsrichtlijnen. Op een ander deel van de opdrachten is de uitzonderingsbepaling van artikel 346 VWEU of is een uitzonderingsartikel van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing. Onder de huidige aanbestedingsregelgeving is het voor defensie- en veiligheidsopdrachten namelijk mogelijk om een beroep te doen op uitzonderingen van de reguliere openbare aanbestedingsregels. De Nederlandse aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven volgen ook bij een beroep op uitzondering een verwervingsprocedure volgens (deels interne) regels. Ook daarbij is sprake van lasten. De procedure die daarbij vooral wordt gehanteerd is een onderhandelingsprocedure, waarbij afhankelijk van het drempelbedrag een procedure wordt gehanteerd zonder of met voorgaande bekendmaking.

Met het inwerking treden van richtlijn nr. 2009/81/EG is de verwachting dat een aantal aanbestedingen niet meer onder de huidige aanbestedingsrichtlijnen of onder interne regels wordt aanbesteed, maar onder deze nieuwe aanbestedingsrichtlijn. De verwachte verschuiving van aanbestede-



dingen betekent ook een verandering in lasten. Deze verandering van lasten is in kaart gebracht.

### *6.3. Overzicht totale lastenontwikkeling*

Uit het lastenonderzoek komt naar voren dat moeilijk is in te schatten wat de mogelijke omvang van de verschuiving is. Hiertoe is een aantal scenario's in het onderzoek uitgewerkt.

Vooralsnog is als aanname de verwachting dat circa 100 opdrachten per jaar zullen worden aanbesteed onder de nieuwe richtlijn nr. 2009/81/EG. Gesteld wordt dat deze 100 opdrachten nu deels worden aanbesteed volgens de procedures van de huidige aanbestedingsrichtlijnen (40 opdrachten) en zijn deels van toepassing van die richtlijnen uitgezonderd (60). Van deze 60 uitgezonderde opdrachten, worden er nu 50 op basis van Artikel 346 VWEU uitgezonderd en 10 op basis van uitzonderingsbepalingen in de andere Europese aanbestedingsrichtlijnen. Als gevolg van het wetsvoorstel zal een verschuiving optreden, waarbij deze circa 100 opdrachten onder de nieuwe richtlijn nr. 2009/81/EG worden aanbesteed. In de lastenberekening is uitgegaan van een eigen verklaring, zoals die met het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. standaard wordt toegepast. De reden hiervoor is dat het gebruik van een eigen verklaring al staande praktijk is binnen de Ministeries van Defensie en Binnenlandse Zaken, de Ministeries die de nieuwe richtlijn vooral zullen toepassen. Dat die gebruikte eigen verklaring bij het Ministerie van Defensie niet een bij of krachtens het wetsvoorstel voorgeschreven model betreft, is verder niet wezenlijk van invloed op de lastenberekening.

De huidige lasten van aanbesteden van de 100 «opdrachten die voor verschuiving in aanmerking komen» zijn geraamd op circa € 4,0 miljoen. Hiervan is € 1,6 miljoen lasten voor de aanbestedende diensten, € 1,6 miljoen (overige) lasten voor bedrijven en € 0,8 miljoen administratieve lasten voor bedrijven.

Indien de 100 opdrachten voortaan worden uitgevoerd op basis van de aanbestedingsrichtlijn op defensie- en veiligheidsgebied, dan verschuiven de lasten. Bij deze lastenberekening is nog geen rekening gehouden met de bestaande lastenverlagende praktijk van de eigen verklaring en het kosteloos verstrekken van aanbestedingsstukken, en evenmin met het lastenverlagend gebruik van TenderNed. Dit wordt meegenomen in paragraaf 6.4.

De lasten zijn in deze situatie geraamd op circa € 5,1 miljoen. Hiervan is € 1,8 miljoen lasten voor de aanbestedende diensten, € 1,2 miljoen (overige) lasten en € 2,1 miljoen administratieve lasten voor bedrijven.

Ten opzichte van de huidige lasten voor de 100 opdrachten betekent dit een stijging van ongeveer € 1,1 miljoen (28%). De voornaamste verklaring hiervoor is de verschuiving van huidige onderhandelingsprocedures zonder aankondiging naar onderhandelingsprocedures met aankondiging. De procedure met aankondiging heeft gemiddeld per procedure circa € 25 000 meer lasten. Bij een onderhandelingsprocedure met aankondiging bestuderen bedrijven de EU-website voor aankondigingen, bestuderen (meer) bedrijven aanbestedingsdocumenten en leveren zij meer bewijsstukken voor de uitsluitingsgronden, geschiktheids- of selectie-eisen. Het overige verschil wordt verklaard door de extra inspanning door de aanbestedende dienst, dit betreft de beoordeling van de selectie. De stijging van € 1,1 miljoen aan lasten ten opzichte van de huidige lasten zijn daarmee geen «nieuwe lasten». Deze toename bestaat uit een verzwaring van bestaande lasten, met enkele nieuwe aspecten

daarin namelijk het nieuw bestuderen van de EU website voor aankondigen en de specifieke systematiek ten aanzien van de beoordeling van bewijsstukken voor uitsluitingsgronden, geschiktheids- of selectie-eisen.

#### *6.4. Lastenverlagende maatregelen van het wetsvoorstel*

Onderdeel van het wetsvoorstel zijn het gebruik van een eigen verklaring, het kosteloos aanbieden van de aanbestedingsstukken en publicatie op de centrale website voor aanbesteden TenderNed. Dit zijn maatregelen die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. als lastenverlagende maatregelen zijn opgenomen. Het gebruik van een eigen verklaring en het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken is bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid (grotendeels) evenwel al een bestaande praktijk. Het verplicht stellen daarvan in het wetsvoorstel leidt derhalve niet tot significant lastenverlagende effecten. Bij de berekening van de administratieve lasten is hiermee dan ook rekening gehouden. De lastenverlaging komt dientengevolge voor rekening van de publicatie op de centrale website voor aanbesteden TenderNed.

Voor de 100 opdrachten die mogelijk voortaan worden uitgevoerd op basis van de aanbestedingsrichtlijn op defensie- en veiligheidsgebied bedragen de lasten dan € 4,7 miljoen. Dit betekent een daling van circa 8% van de lasten ten opzichte van de geraamde lasten van € 5,1 miljoen.

Ten opzichte van de huidige lasten voor de 100 opdrachten resulteert de richtlijn inclusief het opnemen van de lastenverlagende maatregelen in een uiteindelijke stijging van lasten van circa € 4,0 miljoen naar circa € 4,7 miljoen. Dit is een stijging van circa 18%. Deze stijging van lasten bestaat uit een toename van 6% lasten voor aanbestedende diensten, een afname van 12% (overige) lasten en een toename van 24 % administratieve lasten voor bedrijven. Zoals in paragraaf 6.3 is beschreven, is het hierbij van belang om te beseffen dat de verandering van lasten niet enkel wordt veroorzaakt door «nieuwe lasten». Een aantal verplichtingen die eerst voortvloeiden uit voorschriften van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, vloeien nu voort uit Europese regelgeving.

## **7. Consultatie**

### *7.1. Consultatie belanghebbenden*

Tijdens een internetconsultatie hebben belanghebbenden de mogelijkheid gekregen om te reageren op het concept wetsvoorstel. Er zijn twee voor het wetsvoorstel relevante reacties ontvangen van de Stichting Nederlandse Industrie voor Defensie en Veiligheid (hierna: NIDV) en van Getronics (lid van de NIDV)<sup>1</sup>. De reacties hebben geleid tot verduidelijking van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. De belangrijkste commentaren uit die reacties worden hieronder weergegeven.

In haar reactie op de internetconsultatie stelt de NIDV dat de memorie van toelichting te optimistisch is over de ontwikkeling van een Europese defensie- en veiligheidsmarkt als gevolg van de richtlijn. Gegeven haar aard is deze markt gesegmenteerd in nationale markten. De grote defensie-industrielanden schermen de nationale markt af ten behoeve van de eigen defensie-industrie. Het behoud en ontwikkelen van de eigen industrie wordt gezien als een wezenlijk belang van nationale veiligheid. Volgens de NIDV is het niet realistisch om te verwachten dat deze landen van mening zullen veranderen over het wezenlijk belang van nationale veiligheid om militaire projecten bij de eigen defensie-industrie aan te besteden. De NIDV geeft daarbij aan dat in tegenstelling tot de grote defensie-industrielanden Nederland een volledig private sector heeft die

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

concurrerend is en efficiënt. De sector is echter wel kwetsbaar, omdat zij niet of nauwelijks toegang heeft tot de markt in de grote defensie-industrielanden.

De NIDV geeft aan dat Nederland beschikt over een sterke defensiegerelateerde industrie met 250 goede, zeer innovatiegedreven MKB bedrijven en een aantal spelers van wereldformaat op het gebied van SEWACO, marineschepen en vliegtuigtechnologie. Innovatie bepaalt het succes van deze ondernemingen. In veel gevallen worden innovaties in nauwe samenwerking met experts van het Ministerie van Defensie ontwikkeld. Internationaal exportsucces van deze innovaties is pas mogelijk als de eigen overheid als launching customer optreedt. Dat heeft te maken met de relatief hoge R&D-kosten en de typische «learning curve» die in de defensie-industrie optreedt. De NIDV stelt dat Nederlandse bedrijven simpelweg niet meer zullen kunnen meedingen naar aanbestedingen van de eigen overheid indien bedrijven uit andere landen kunnen meedingen zonder offsetverplichtingen, terwijl zij zelf door hun overheden worden beschermd. Deze buitenlandse bedrijven hebben immers zekerheid dat hun R&D-kosten via opdrachten van de eigen overheid worden gedekt.

De NIDV vindt dat ook Nederland een wezenlijk belang van nationale veiligheid heeft om haar eigen defensie-industrie in stand te houden en niet volledig afhankelijk te worden van het buitenland. Het feit dat de defensiemarkt in de landen om ons heen gesloten blijft zou een reden kunnen zijn voor de Nederlandse overheid om met een beroep op artikel 346 VWEU militaire projecten aan te besteden bij de eigen industrie. De NIDV zou er de voorkeur aan geven dat Nederland zich gaat opstellen als «smart follower». Het behoud van een eigen Nederlandse defensie-industrie staat voorop. Getronics ondersteunt deze zienswijze in zijn reactie. De NIDV stelt dat ten minste het bestaande beleid ten aanzien van compensatie gehandhaafd dient te blijven.

De NIDV beveelt aan om een gelijk speelveld te blijven ambiëren, maar tot het feitelijk bestaan daarvan pragmatisch om te gaan met de aanbesteding van goederen en diensten voor defensie en veiligheid. De Nederlandse overheid wordt daarom dringend opgeroepen om optimaal gebruik te maken van de mogelijkheden die artikel 346 VWEU en de uitzonderingsbepalingen in de richtlijn bieden. In dit licht pleit de NIDV ervoor om de memorie van toelichting te verduidelijken ten aanzien het mogelijk voortgezet gebruik van artikel 346 VWEU.

De regering kan zich vinden in het doel van de richtlijn om een Europese markt voor defensiemateriaal tot stand te brengen, waarin sprake is van een gelijk speelveld. De komende jaren zullen uitwijzen in hoeverre de richtlijn bijdraagt aan een verdere versterking van de Europese defensieindustrie. Bij die ontwikkeling is van groot belang dat de lidstaten artikel 346 VWEU niet ruim (blijven) interpreteren om hun nationale defensiemarkt af te schermen. Hoewel de regering zich de zorgen van de NIDV kan voorstellen, dient de ontwikkeling van een Europese defensiemarkt als gevolg van de richtlijn te worden afgewacht en nauwlettend te worden gevolgd. In Europese context is van belang dat de richtlijn daadwerkelijk wordt toegepast en dat de Europese Commissie daarop toeziet.

De regering heeft in de Defensie Industrie Strategie (2007) aangegeven dat de Nederlandse Defensiegerelateerde industrie zich op de middellange termijn langzaam ontwikkelt naar een «normale» bedrijfstak, waarbij er in toenemende mate sprake is van een open markt. De DIS vermeldt verder dat de kleinere bedrijven zich nagenoeg nooit uitsluitend richten op de defensiemarkt; de grotere bedrijven in hoge mate wel. Bij de implementatie van de bepalingen rondom onderaanneming, heeft de

regering ook de belangen van de Nederlandse defensiegerelateerde industrie in acht genomen. De regering heeft daarbij een balans gezocht tussen het bevorderen van kansen voor het Nederlandse bedrijfsleven op de defensie- en veiligheidsmarkt en voldoende ruimte bieden voor aanbestedende diensten om per opdracht de beste verwervingsstrategie te bepalen zodat het beste produkt tegen de beste prijs kan worden verkregen. Om in te spelen op de veranderende omstandigheden als gevolg van de richtlijn, zullen de Ministeries van Defensie en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in het licht van de DIS nader bepalen op welke wijze de marktkansen voor de Nederlandse defensiegerelateerde industrie kunnen worden bevorderd. Voor het Ministerie van Defensie zijn vooral de hoofdtaken van de krijgsmacht, de daaruit voortvloeiende operationele behoeften en het zo doeltreffend en doelmatig mogelijk inkopen leidend. Voor het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie gaat het om de bijdrage aan de economische groei, innovatie en internationale marktkansen. Daar waar het gaat om opdrachten in het kader van R&D of opdrachten in het kader van internationale samenwerking bevat de richtlijn specifieke uitzonderingsbepalingen, waarbij het wetsvoorstel niet behoeft te worden toegepast. Zoals de DIS al beschreef doen de mogelijkheden voor nationale samenwerking met de defensiegerelateerde industrie zich vooral voor bij R&D-opdrachten en bij opdrachten in het kader van internationale samenwerking.

Dit laat onverlet dat Nederland ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel een beroep kan blijven doen op artikel 346 VWEU en compensatie eisen voor zover aan de vereisten om dit te doen wordt voldaan.

Tot slot heeft de Europese wetgever een evaluatiemoment in de richtlijn voorzien in 2016. Dan evalueert de Europese Commissie de werking van de richtlijn en dan met name of en in hoeverre de doelstellingen van de richtlijn zijn verwezenlijkt met betrekking tot de werking van de interne markt en de ontwikkeling van een Europese markt voor defensiemateriaal en een technologische en industriële basis voor de Europese defensie, met inbegrip van de situatie van kleine en middelgrote ondernemingen. Indien nodig, voegt de Europese Commissie bij dat verslag een wetgevingsvoorstel.

## **II. ARTIKELEN**

### **DEEL 1. ALGEMENE BEPALINGEN**

#### **HOOFDSTUK 1.1. BEGRIPSBEPALINGEN**

##### **Artikel 1.1**

###### *Algemeen*

Het wetsvoorstel neemt een groot aantal begrippen uit het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. over. De omschrijving van die begrippen is hetzelfde als in dat wetsvoorstel, behoudens enkele uitzonderingen. Voor zover de begrippen in dit wetsvoorstel hetzelfde zijn omschreven als die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., wordt voor een toelichting daarop hier verwezen naar de toelichting op artikel 1.1 van dat wetsvoorstel. Bij enkele begrippen geldt niet altijd dat eenzelfde omschrijving daarvan ook tot dezelfde voorschriften in beide wetsvoorstellen leidt. Dat is bijvoorbeeld niet volledig het geval bij de artikelen over de eigen verklaring (zie afdeling 2.3.4). Daarnaast zijn er diverse

begrippen die het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. niet kent, die hierna worden toegelicht.

#### *Aankoopcentrale*

Een aankoopcentrale hoeft volgens de begripsomschrijving niet per definitie een aanbestedende dienst te zijn, maar kan ook een openbare instantie van de Europese Unie zijn. Een voorbeeld van een dergelijke instantie is het Europese Defensie Agentschap dat geen aanbestedende dienst naar Nederlands recht is. Het begrip «aankoopcentrale» is daarmee ruimer geformuleerd dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Dit verschil is terug te voeren op de wijze waarop het begrip «aankoopcentrale» in artikel 1, onder 18, van de richtlijn is gedefinieerd.

#### *Crisissituatie*

Het begrip «crisissituatie» is van belang voor het met spoed verwerven van een opdracht ten behoeve van bijvoorbeeld een militaire of civiele crisisbeheersingsoperatie. Een gewapend conflict of een oorlog is altijd een crisissituatie voor de toepassing van dit wetsvoorstel.

#### *Europees elektronisch systeem voor aanbestedingen*

Totdat het elektronisch systeem voor aanbestedingen als bedoeld in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. beschikbaar komt, wordt tijdelijk het gebruik van het Europees elektronisch systeem voor aanbestedingen voorgeschreven voor het doen van aankondigingen. Met dit systeem wordt het door de Europese Commissie beheerde systeem TED bedoeld dat ook bestemd is voor aankondigingen op grond van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

#### *Gerubriceerde gegevens*

Het begrip «gerubriceerde gegevens» is opgebouwd uit verschillende bestanddelen. Het dient te gaan om gegevens of materiaal waarvan de integriteit, exclusiviteit en beschikbaarheid beschermd dient te worden in het belang van de nationale veiligheid. Gegevens die omwille van andere belangen bescherming nodig hebben, zoals op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens of om de enkele reden dat het bedrijfs- of fabricagegegevens zijn, zijn geen gerubriceerde gegevens. Verder dient aan de gegevens of het materiaal een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau te zijn toegekend en dient de benodigde bescherming te zijn vastgelegd in wettelijke voorschriften, bindende aanwijzingen gegeven vanwege het Rijk of in bestuursrechtelijke besluiten. De kwalificatie als gerubriceerde gegevens dient daardoor telkens in overeenstemming te zijn met of gebaseerd op geldende regels. Dit is van belang, aangezien die kwalificatie bepalend kan zijn voor de toepasselijkheid van dit wetsvoorstel of in plaats daarvan het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. (zie hierna).

Ten aanzien van de rijksdienst als geheel bestaan er regels over de rubricering en bescherming van gegevens in het Besluit voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie (hierna: het besluit). Dit besluit geldt naast het Besluit voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst en heeft betrekking op bijzondere informatie. Bijzondere informatie bestaat uit staatsgeheimen en uit overige kwetsbare informatie, die weliswaar geen staatsgeheim is, maar toch meer beveiliging behoeft dan het algemene beveiligingsniveau biedt. Zowel staatsgeheimen als niet-staatsgeheimen bijzondere informatie dienen op grond van dit besluit op een bepaalde manier gerubriceerd te worden. Het besluit schrijft tevens maatregelen voor die gericht zijn op de bescherming van

bijzondere informatie. De zwaarte en inhoud van die maatregelen is afhankelijk van de rubricering van de desbetreffende gegevens. Gelet op de reikwijdte en betekenis van het besluit vallen ook vanwege het Rijk gegeven bindende aanwijzingen binnen de definitie. Daarmee worden die bindende aanwijzingen gerekend tot «de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen» als bedoeld in artikel 1, onderdeel 8, van de richtlijn. Andere taalversies van de richtlijn ondersteunen de mogelijkheid van een dergelijke interpretatieve uitleg. De Engelse versie heeft het bijvoorbeeld over «laws, regulations or administrative provisions in force». Ten aanzien van de speciale-sectorbedrijven zal telkens per sector nagegaan dienen te worden of er sprake is van wettelijke voorschriften of bestuursrechtelijke besluiten, zoals beschikkingen of beleidsregels, die aan de definitie voldoen.

#### *Gevoelig materiaal, gevoelig werk, gevoelige dienst*

Vereist voor de kwalificatie als «gevoelig» is dat het materialen, diensten of werken betreft die bestemd zijn voor veiligheidsdoeleinden en die op een in de definitie omschreven wijze samenhangen met gerubriceerde gegevens. Opdrachten kunnen uiteenlopende veiligheidsdoeleinden dienen, zoals bestrijding van terrorisme, bestrijding van de georganiseerde misdaad en vredesmissies in het buitenland met een bijdrage van de politie. De richtlijn zelf noemt als concrete voorbeelden grensbewaking, politieactiviteiten en missies op het gebied van crisisbeheersing. Behalve dat materialen, diensten of werken bestemd dienen te zijn voor veiligheidsdoeleinden, dienen die op gerubriceerde gegevens betrekking te hebben, gerubriceerde gegevens noodzakelijk te maken of zelf gerubriceerde gegevens te bevatten. Deze enigszins abstracte aanduidingen stemmen overeen met de tekst van de richtlijn gelet op hun betekenis om te bepalen of sprake is van gevoelig materiaal, een gevoelig werk of een gevoelige dienst. Een voorbeeld kan verduidelijken wanneer de kwalificatie «gevoelig» kan worden gegeven. Stel dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf ter beveiliging van een luchthaven diensten of materialen inkoop. Het betreft diensten of materialen die hoofdzakelijk dienen ter bestrijding van terrorisme. Dit is een veiligheidsdoeleinde waar de richtlijn op doelt. Verder blijkt het voor een goed verloop van de aanbestedingsprocedure noodzakelijk te zijn aan inschrijvers gerubriceerde gegevens te verstrekken. De verdere verspreiding van deze gegevens kan het beveiligingsniveau van de luchthaven aantasten, zodat zij zijn geclassificeerd en beveiligd in het belang van de nationale veiligheid en beschermd overeenkomstig een wettelijk voorschrift, een bindende aanwijzing van rijkswege of een bestuursrechtelijk besluit. Daarmee is voldaan aan de vereisten voor de kwalificatie als gevoelige diensten of materialen, maar voorzichtigheid bij die kwalificatie is telkens op zijn plaats. Bij een beoordeling dient telkens rekening te worden gehouden met doel en strekking van de richtlijn. De richtlijn heeft tot doel voor bepaalde opdrachten die tot nog toe buiten de reikwijdte van de richtlijnen nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG vielen of waarvoor die richtlijnen onvoldoende recht deden aan de specifieke kenmerken daarvan, een daarop beter toegesneden aanbestedingskader te bieden. Bij de interpretatie van de begrippen gevoelig materiaal, gevoelig werk en gevoelige dienst dient hier rekening mee te worden gehouden. Het HvJEU heeft hierin uiteindelijk het laatste woord.

#### *Levenscyclus*

De definitie van het begrip «levenscyclus» heeft betrekking op een product. Het betreft de verschillende opeenvolgende stadia die een product doorloopt vanaf het moment van onderzoek en ontwikkeling er naar tot en met het buiten gebruik stellen en afstoten ervan. Het begrip

wordt onder meer gebruikt bij het afbakenen van het toepassingsgebied van het wetsvoorstel.

### *Militair materiaal*

De omschrijving van het begrip «militair materiaal» in het wetsvoorstel is identiek aan die in de richtlijn. In de overwegingen bij de richtlijn wordt toegelicht dat onder militair materiaal «met name de producttypen worden begrepen die zijn opgenomen in de lijst van wapens, munitie en oorlogsmateriaal dat is vastgesteld bij Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958 en de lidstaten mogen zich bij de omzetting van deze richtlijn tot uitsluitend deze lijst beperken» (overweging 10). Dezelfde overweging voegt daaraan de volgende relativering toe: «De lijst is evenwel generiek en moet ruim worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften, die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal, bijvoorbeeld op basis van de gemeenschappelijke militaire lijst van de Unie.». Gelet op deze overweging dient bij de interpretatie van het begrip «militair materiaal» in het wetsvoorstel een uitleg te worden gevolgd die niet enkel is gebaseerd op het aangehaalde Besluit uit 1958. Het ligt voor de hand daarbij tevens de Gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen van 23 februari 2009 (Pb. 2009 C 65/01) te betrekken. Uit dezelfde overweging blijkt ten slotte dat onder militair materiaal tevens producten vallen, die hoewel zij oorspronkelijk zijn ontworpen voor civiel gebruik, later zijn aangepast aan militaire doeleinden, om te worden gebruikt als wapens, munitie of oorlogsmateriaal.

### *Onderzoek en ontwikkeling*

Oprachten voor onderzoek en ontwikkeling kunnen uitgezonderd zijn van het toepassingsgebied van het wetsvoorstel of daarvoor kan onder omstandigheden de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging worden toegepast. Het begrip «onderzoek en ontwikkeling» omvat fundamenteel onderzoek, toegepast onderzoek en experimentele ontwikkeling. Bij de interpretatie van deze deelbegrippen is overweging 13 van de richtlijn leidend, waarin deze deelbegrippen als volgt worden toegelicht.

Fundamenteel onderzoek bestaat uit experimentele of theoretische activiteiten die voornamelijk worden verricht om nieuwe kennis te verwerven over de fundamentele aspecten van verschijnselen en waarneembare feiten, zonder dat hiermee een bepaalde toepassing of gebruik wordt beoogd. Toegepast onderzoek bestaat ook uit oorspronkelijke activiteiten die worden verricht om nieuwe kennis te verwerven. Het is evenwel in de eerste plaats gericht op een bepaald praktisch doel. Experimentele ontwikkeling betreft activiteiten op basis van bestaande kennis die is verkregen door onderzoek en/of praktische ervaring, met het oog op het initiëren van de vervaardiging van nieuwe materialen, producten of middelen of het instellen van nieuwe processen, systemen en diensten, dan wel het aanzienlijk verbeteren van degene die reeds bestaan. Experimentele ontwikkeling kan de realisatie omvatten van technologische demonstratiemodellen, dat wil zeggen middelen om de prestaties te tonen van een nieuw concept of een nieuwe technologie in een relevante of representatieve omgeving.

Tot onderzoek en ontwikkeling worden in ieder geval niet gerekend de vervaardiging en kwalificatie van aan de productie voorafgaande prototypes, instrumenten en industriële techniek, industrieel ontwerp of productie.

### *Opdracht*

Een «opdracht» kan zowel betrekking hebben op een speciale-sectoropdracht als op een overheidsopdracht als bedoeld in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Er is geen reden om naast het begrip «opdracht» in dit wetsvoorstel tevens deze deelbegrippen te gebruiken. Het wetsvoorstel bevat geen voorschriften die zich specifiek op overheidsopdrachten of op speciale-sectoropdrachten richten.

### *Opdracht in onderaanneming*

Kenmerkend voor een opdracht in onderaanneming is dat de opdracht wordt geplaatst door een inschrijver waaraan de hoofdupdracht is gegund. In veruit de meeste gevallen zal die inschrijver zelf geen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn, maar een ondernemer. Opdrachten in onderaanneming op het gebied van defensie en veiligheid dragen er aan bij dat de markten op deze gebieden niet gesloten blijven, maar zich verder kunnen ontwikkelen. Het wetsvoorstel bevat in overeenstemming met de richtlijn specifieke voorschriften over opdrachten in onderaanneming.

### *Speciale-sectorbedrijf*

Het begrip «speciale-sectorbedrijf» is opgebouwd uit een aantal deelbegrippen en wordt voorts begrensd door een groot aantal nader omschreven activiteiten. Het volledig uitschrijven van die deelbegrippen en activiteiten in dit wetsvoorstel zou niet in verhouding staan tot de materiële betekenis er van bij de toepassing van dit wetsvoorstel en de duidelijkheid en begrijpelijkheid er van verminderen. Om dit te vermijden wordt in de definitie van «speciale-sectorbedrijf» naar diverse artikelen verwezen in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren, dat deze deelbegrippen en activiteiten volledig uitschrijft. Zodra het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. in werking treedt, wordt de definitie van «speciale-sectorbedrijf» vervangen door een definitie die verwijst naar de definitie van dit begrip in dat wetsvoorstel (zie artikel 3.15, onderdeel B). De voorlopige verwijzing naar het Besluit aanbestedingen speciale sectoren voorkomt dat een zodanige afhankelijkheid met het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. ontstaat dat een zelfstandige inwerkingtreding van dit wetsvoorstel vooruitlopend op dat wetsvoorstel niet mogelijk is. Dit zou een zo tijdig mogelijke implementatie kunnen belemmeren.

## **HOOFDSTUK 1.2. GELIJKHEID, NON-DISCRIMINATIE, TRANSPARANTIE EN PROPORTIONALITEIT**

### **Algemeen**

De Europese algemene beginselen voor aanbestedingen gelden voor alle opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie onder meer HvJEG van 7 december 2000, TelAustria, zaak C-324/98, Jur. 2000, blz. I-10745). Deze fundamentele beginselen betreffen de beginselen van het vrij verkeer van personen, diensten, goederen, kapitaal, het beginsel van vrije vestiging en de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid. De richtlijn zelf refereert in overweging 15 daarnaast nog aan de beginselen van wederzijdse erkenning en proportionaliteit. Hoofdstuk 1.2 van het wetsvoorstel heeft op een aantal van deze fundamentele beginselen betrekking, maar uitsluitend voor zover dit in lijn is met het uitgangspunt van minimumimplementatie van de richtlijn. Voor zover hierna wordt verwezen naar arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (thans: het Hof van Justitie van de Europese Unie) met



betrekking tot deze beginselen hebben die niet specifiek betrekking op opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid die onder de reikwijdte van richtlijn nr. 2009/81/EG vallen. Dit kan van invloed zijn op de betekenis van die arresten voor opdrachten waarop dit wetsvoorstel van toepassing is. Of en in hoeverre dat daadwerkelijk het geval is, zal uiteindelijk afhangen van ontwikkelingen in jurisprudentie voor opdrachten op dit gebied.

### **Artikel 1.3**

Hoofdstuk 1.2 is van toepassing op opdrachten die binnen het toepassingsgebied- en bereik van dit wetsvoorstel vallen, zoals dat eveneens volgt uit hoofdstuk 2.1. Daarbuiten vallen opdrachten die op grond van de artikelen 2.16 en 2.17 van het toepassingsgebied van dit wetsvoorstel zijn uitgezonderd. Evenmin is dit hoofdstuk van toepassing op opdrachten die beneden de drempelbedragen liggen. De richtlijn is daar evenmin op van toepassing. Deze niet-toepasselijkheid laat evenwel het primaire EU-recht met betrekking tot de algemene beginselen voor aanbestedingen voor opdrachten onder de drempel onverlet. Aan deze beginselen kan derhalve niet voorbij worden gegaan voor een opdracht op het gebied van defensie- of veiligheid waarvan de geraamde waarde onder een drempelbedrag ligt, maar waaraan een duidelijk grensoverschrijdend belang is verbonden. Dit geldt tevens voor de beginselen die geen onderwerp van hoofdstuk 1.2 zijn, zowel voor opdrachten beneden als boven de drempel.

Te onderscheiden van opdrachten zijn opdrachten in onderaanneming. Op grond van het tweede lid is hoofdstuk 1.2 van toepassing op opdrachten in onderaanneming die afkomstig zijn van een inschrijver waarmee de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf als resultaat van een gunning voor een opdracht als bedoeld in het eerste lid een overeenkomst heeft gesloten («de opdrachtnemer»). Het betreft daarmee opdrachten in onderaanneming waarvan de achterliggende hoofdupdracht altijd onder het toepassingsgebied en -bereik van dit wetsvoorstel valt. Voor dergelijke opdrachten in onderaanneming gelden geen drempelbedragen waaronder hoofdstuk 1.2 niet van toepassing is, mits met die opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang is gemoeid. Dat voor de toepasselijkheid van hoofdstuk 1.2 bij deze opdrachten in onderaanneming geen drempelbedragen gelden, volgt uit de artikelen 51 en 52, zevende lid, van de richtlijn.

### **Artikel 1.4**

Dit artikel bevat zowel het non-discriminatiebeginsel als het gelijkheidsbeginsel. Het bepaalde in dit artikel betreft implementatie van artikel 4 van de richtlijn. Deze twee beginselen zijn in hetzelfde artikel opgenomen omdat de beginselen nauw aan elkaar verwant zijn. Het non-discriminatiebeginsel verbiedt onderscheid op grond van nationaliteit. Dit beginsel is eveneens neergelegd in artikel 12 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. In het arrest *Succhi di Frutta* (HvJEG van 29 april 2004, *Succhi di Frutta*, zaak C-496/99, Jur. 2004, blz. I-03801) stelt het HvJEG dat het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen.

## **Artikel 1.5**

Het in het eerste lid opgenomen transparantiebeginsel is implementatie van artikel 4 van de richtlijn (vergelijk tevens artikel 1.6, eerste lid, van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..). Het transparantiebeginsel heeft twee elementen, namelijk openbaarmaking van het voornemen een opdracht te plaatsen of een overeenkomst te sluiten, en de motivering van de uiteindelijk gemaakte keuze. Deze twee elementen van dit beginsel en het doel van dit beginsel zijn door het HvJEG in het bij het vorige artikel reeds genoemde arrest *Succhi di Frutta* nader ingevuld. Uit jurisprudentie van het HvJEG blijkt dat aan de vereiste openbaarmaking van een voornemen is voldaan indien de aankondiging van een opdracht openbaar wordt gemaakt. Voor een nadere toelichting wordt hier verwezen naar de memorie van toelichting bij artikel 1.6, eerste lid, van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Het derde lid heeft betrekking op situaties waarin een verplichting tot aankondiging zou bestaan, terwijl dit onder bijzondere omstandigheden en bij objectieve rechtvaardigingsgronden niet zou moeten gelden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een gerechtvaardigde toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging. Toepassing daarvan is onder omstandigheden zowel bij opdrachten als bij opdrachten in onderaanneming mogelijk. De uitzondering op de verplichting tot passende openbaarmaking is voor opdrachten in onderaanneming anders vastgesteld dan voor opdrachten. Dit hangt samen met het verschil in toepassingsgebied van hoofdstuk 1.2 voor opdrachten respectievelijk voor opdrachten in onderaanneming. Bij opdrachten in onderaanneming gelden geen drempelbedragen voor de toepasselijkheid van hoofdstuk 1.2, en daarmee evenmin voor de toepasselijkheid van de verplichting tot een passende mate van openbaarmaking van de aankondiging. Als gevolg daarvan heeft de verplichting tot openbaarmaking een ruimer toepassingsgebied voor opdrachten in onderaanneming dan voor opdrachten. Dit betekent ook dat de uitzondering op die verplichting een andere afbakening heeft. Het vierde lid voorkomt dat voor opdrachten in onderaanneming waarvan de geraamde waarde onder de drempelbedragen, bedoeld in artikel 2.136, ligt toch een verplichting tot passende openbaarmaking zou gelden, indien bij overeenkomstige toepassing van dat artikel de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging toegepast had mogen worden.

## **Artikel 1.6**

Tot de beginselen die van het vrij verkeer van goederen, diensten en vestiging zijn afgeleid behoort tevens het proportionaliteitsbeginsel. Dit artikel bevat dit algemene beginsel dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een opdracht in acht moeten nemen. Naar dit beginsel wordt eveneens verwezen in de considerans van de richtlijn. Daarnaast vormt het een belangrijk beginsel uit de Europese rechtspraak (GvEA van 1 december 1999, *Boehringer*, gevoegde zaken T-125/96 en T-152/96, Jur. 1999, blz. II-03427). Het Europese proportionaliteitsbeginsel in enge zin houdt in dat een afweging moet plaatsvinden van de gevolgen die een bepaalde maatregel veroorzaakt en de daartegenoverstaande voordelen. Daarbij moet worden bekeken in hoeverre de gekozen maatregel evenredig is aan het te bereiken doel. Kern van het beginsel is dat bij het voorbereiden en tot stand brengen van een overeenkomst in het kader van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria worden gesteld aan inschrijvers en inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dit is een objectief criterium, dat door de rechter getoetst kan worden. Indien een ondernemer van oordeel is dat dit criterium niet is nageleefd, kan hij in een civiele procedure

aanvoeren dat en waarom daarvan naar zijn mening sprake is. De rechter zal dan in de regel de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vragen aan te tonen dat dit wel het geval is. In het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is het proportionaliteitsbeginsel eveneens vastgelegd. Door dit beginsel ook in dit wetsvoorstel vast te leggen wordt het belang daarvan bevestigd en wordt voorkomen dat a contrario kan worden geredeneerd dat het proportionaliteitsbeginsel voor opdrachten op grond van dit wetsvoorstel niet zou gelden. Dat zou indruisen tegen de bedoelingen van de richtlijn (zie overweging 15). Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. bepaalt dit artikel niet ten aanzien van welke aspecten een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf in ieder geval acht moet slaan bij de naleving van het proportionaliteitsbeginsel. Vanuit oogpunt van implementatie is dit niet vereist en richtlijn nr. 2009/81/EG is een nieuwe richtlijn waarvan de betekenis en invloed op het proportionaliteitsbeginsel zich nog dient te ontwikkelen.

## **DEEL 2. OPDRACHTEN**

### **HOOFDSTUK 2.1. REIKWIJDTE**

#### **Afdeling 2.1.1. Toepassingsgebied en -bereik**

##### **§ 2.1.1.1. Toepassingsgebied**

###### **Artikel 2.1**

Het eerste lid van dit artikel bakent de soorten opdrachten af die onder het toepassingsgebied van het wetsvoorstel vallen. Die opdrachten kunnen worden opgedeeld naar opdrachten op militair gebied en opdrachten in verband met de veiligheid.

Opdrachten op militair gebied zijn:

- de levering van militair materiaal (onderdeel a), alsmede werken, leveringen en diensten die rechtstreeks met dat materiaal verband houden voor alle fasen van de levenscyclus ervan (onderdeel c);
- diensten specifiek voor militaire doeleinden (onderdeel d);
- werken specifiek voor militaire doeleinden (onderdeel d).

Van militair materiaal kan alleen sprake zijn, indien het materiaal specifiek is ontworpen of aangepast aan militaire doeleinden en bedoeld is voor gebruik als wapen, munitie of oorlogsmateriaal. In de toelichting bij artikel 1.1 bij het begrip «militair materiaal» is dit nader uiteengezet.

Militair materiaal omvat tevens de levering van onderdelen, componenten of assemblagedelen (onderdeel a). Een verdere verruiming volgt uit onderdeel c. Bij werken, leveringen of diensten die rechtstreeks verband houden met militair materiaal, kan bijvoorbeeld worden gedacht aan speciale pakken en helmen voor gevechtspiloten of aan reparatie van militaire vaar-, voer- of luchtvaarttuigen. Van militair materiaal is te onderscheiden diensten of werken specifiek voor militaire doeleinden (onderdeel d). Deze diensten of werken houden niet rechtstreeks met militair materiaal verband, maar hebben een eigen specifiek militair doeleinde. De diensten van de Europese Commissie noemen als mogelijke voorbeelden het maken van een landingsbaan of (atoom)schuilkelders.

Opdrachten in verband met de veiligheid zijn:

- de levering van gevoelig materiaal (onderdeel b), alsmede werken, leveringen en diensten die rechtstreeks met dat materiaal verband houden voor alle fasen van de levenscyclus ervan (onderdeel c);
- gevoelige diensten (onderdeel d);
- gevoelige werken (onderdeel d).

Van gevoelig materiaal, gevoelig werk of een gevoelige dienst kan uitsluitend sprake zijn, indien is voldaan aan de vereisten die in de

omschrijving van deze begrippen zijn opgenomen. Dit betekent dat een opdracht niet enkel bestemd moet zijn voor veiligheidsdoeleinden, maar ook samenhang moet hebben met gerubriceerde gegevens. In de toelichting bij de omschrijving van het begrip «gevoelig materiaal, gevoelige diensten, gevoelige werken» wordt dit nader uiteengezet. Opdrachten in verband met de veiligheid kunnen bijvoorbeeld ten behoeve van politiediensten of de Koninklijke marechaussee (namens de staat) worden geplaatst. Ook in het kader van de bescherming van vitale infrastructuren zou dit wetsvoorstel op bepaalde opdrachten van speciale-sectorbedrijven van toepassing kunnen zijn.

Het tweede lid somt artikelen uit het VWEU op die uitzonderingen bevatten op artikelen die het vrij verkeer van goederen (artikel 36 VWEU), de vrijheid van vestiging (artikelen 51 en 52 VWEU) en het vrij verkeer van diensten (artikel 62 VWEU) waarborgen. De artikelen bevatten onder meer uitdrukkelijke afwijkingen op fundamentele verdragsvrijheden voor situaties waarin de openbare veiligheid op het spel staat. Naast deze artikelen verwijst het tweede lid ook naar artikel 346 VWEU dat een afwijking toestaat op grond van de wezenlijke belangen van veiligheid. Het wetsvoorstel bevestigt de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf op deze uitdrukkelijke afwijkingen een beroep te doen. Gelet op de soort opdrachten waarop het wetsvoorstel betrekking heeft, is dat niet zonder betekenis. Opdrachten op militair gebied of op het gebied van veiligheid kunnen immers ten dienste van de (inter)nationale veiligheid staan. In dat geval geldt volgens vaste rechtspraak van het HvJEU dat het een lidstaat weliswaar vrijstaat om geschikte maatregelen te nemen om de binnenlandse en buitenlandse veiligheid te verzekeren, maar volgt daaruit niet dat dergelijke maatregelen volledig aan de toepassing van het gemeenschapsrecht zijn onttrokken (zie HvJEG 26 oktober 1999, Sirdar, C 273/97, Jur. blz. I 7 403, punt 15, HvJEG 11 januari 2000, Kreil, C 285/98, Jur. blz. I 69, punt 15, HvJEG 15 december 2009, C 239/06, Commissie/Italië). In dat geval is een beroep mogelijk op de in het tweede lid aangehaalde artikelen uit het VWEU. Die voorzien namelijk in uitdrukkelijke afwijkingen van het gemeenschapsrecht voor situaties waarin de openbare veiligheid op het spel kan staan. Het betreft nauwkeurig omschreven uitzonderingsgevallen. Bovendien moeten de afwijkingen die daarin zijn voorzien eng worden uitgelegd, in overeenstemming met vaste rechtspraak inzake afwijkingen van de fundamentele vrijheden (HvJEG 31 januari 2006, Commissie/Spanje, C 503/03, Jur. blz. I 1 097, punt 45; HvJEG 18 juli 2007, Commissie/Duitsland, C 490/04, Jur. blz. I 6 095, punt 86, en HvJEG 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C 141/07, Jur. blz. I 6 935, punt 50, en specifiek voor zover het een beroep op artikel 346 VWEU betreft: HvJEG 16 september 1999, Commissie/Spanje, C-414/97, Jur. blz. I 5 585, HvJEG 26 oktober 1999, Sirdar, C 273/97, Jur. blz. I 7 403, Gerecht van Eerste Aanleg 30 september 2003, Fiocchi munizioni SpA/Commissie, T-26/01, blz. Jur. II-3951, HvJEG 8 april 2008, C 337/05, Jur. blz. I 7313). In het algemeen deel van de memorie van de toelichting is de betekenis van artikel 346 VWEU voor het toepassingsbereik van het wetsvoorstel nader uiteengezet.

## **Artikel 2.2**

Een opdracht kan uit verschillende soorten te leveren prestaties zijn samengesteld. Afhankelijk van aard en inhoud van die prestaties kan een deel van een opdracht binnen het toepassingsgebied van dit wetsvoorstel vallen en een ander deel binnen het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten of het Besluit aanbestedingen speciale sectoren. Uit het eerste lid volgt dat in dat geval op de gehele opdracht het bepaalde bij of krachtens dit wetsvoorstel van toepassing is. Dit voorkomt dat op het aanbesteden van een opdracht twee verschillende wettelijke regimes van

toepassing zijn. De toepasselijkheid van dit wetsvoorstel prevaleert aangezien een deel van de opdracht op het gebied van defensie en veiligheid ligt en dit wetsvoorstel de mogelijkheid biedt bij het aanbesteden met de specifieke kenmerken daarvan rekening te houden. Ook kan het zich voordoen dat een deel van de opdracht binnen het toepassingsgebied van dit wetsvoorstel valt en een deel zowel daarbuiten als buiten dat van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren. In dat geval is op grond van het tweede lid dit wetsvoorstel niet van toepassing. Indien bijvoorbeeld voor een deel van een opdracht een beroep op artikel 346 VWEU mogelijk is, zal in dat geval niet enkel voor dat deel maar voor de gehele opdracht dit wetsvoorstel niet van toepassing zijn. Dit voorkomt dat een deel van een opdracht gesplitst dient te worden, terwijl daar geen goede redenen voor zijn. Bij het toepassen van het eerste of tweede lid dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zich er bewust van te zijn dat het aanmerken van een opdracht als één geheel om objectieve redenen gerechtvaardigd dient te zijn. Indien een opdracht zodanig is samengegesteld dat het eenzelfde economische en technische functie vervult, zal daar in ieder geval sprake van zijn. Het is niet toegestaan om een opdracht als één geheel aan te besteden met het oogmerk om zich aan de toepassing van één of alle regelgevingskaders voor aanbesteden te onttrekken. Dit bepaalt het derde lid. Te onderscheiden van de toepassing van dit artikel is artikel 2.7 dat betrekking heeft op het splitsen van opdrachten met het oogmerk zich aan de toepassing van dit wetsvoorstel te onttrekken. Zodra het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. in werking is getreden, worden de verwijzingen naar het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en naar het Besluit aanbestedingen speciale sectoren vervangen door verwijzingen naar het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. (zie artikel 3.15, onderdeel C).

#### **§ 2.1.1.2. Toepassingsbereik**

##### **Artikelen 2.3 en 2.4**

Dit artikel regelt de drempelbedragen voor opdrachten, waarboven deze wet moet worden toegepast. Deze drempelbedragen zijn dezelfde als die gelden voor opdrachten waarop richtlijn nr. 2004/17/EG van toepassing is. Volgens die richtlijn heeft de Commissie de plicht iedere twee jaar de drempelbedragen in die richtlijn aan te passen (artikel 69, eerste lid). Die aanpassing werkt vervolgens door naar de drempelbedragen die op grond van richtlijn nr. 2009/81/EG gelden. De Commissie is namelijk verplicht de drempelbedragen op grond van richtlijn nr. 2009/81/EG in overeenstemming te brengen met een herziening van de drempelbedragen op grond van richtlijn nr. 2004/17/EG (artikel 68 van richtlijn nr. 2009/81/EG). De Commissie stelt daartoe een verordening vast. Hierdoor worden de bepalingen in de richtlijn zelf gewijzigd. Deze nieuwe bedragen gelden dan als gevolg van de dynamische verwijzing in artikel 2.3 ook voor het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel. Artikel 2.4 bepaalt dat die nieuwe bedragen gelden met ingang van de door de Commissie vastgestelde datum. De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie doet met het oog op de kenbaarheid mededeling van de nieuwe bedragen in de Staatscourant. Voorts zijn de geldende bedragen steeds eenvoudig te vinden via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

##### **Artikel 2.5**

Bij het plaatsen van een opdracht kan een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een aankoopcentrale inschakelen. Een aankoopcentrale hoeft niet per definitie een aanbestedende dienst te zijn. De richtlijn noemt als voorbeeld dat een lidstaat het Europees Defensieagentschap als

aankoopcentrale zou kunnen aanwijzen. Voor zover bekend is in Nederland niet sprake van een reeds bestaande praktijk waarbij voor bepaalde opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid gebruik wordt gemaakt van een aankoopcentrale. Dit artikel biedt daarvoor zo nodig de basis.

### **Afdeling 2.1.2. Raming van de waarde**

#### **Artikelen 2.6 tot en met 2.14**

Deze artikelen bevatten een aantal uitgangspunten en rekenregels voor de raming van de waarde van een opdracht. De inhoud daarvan is behoudens enkele technische verschillen, gelijkloidend aan hetgeen daaromtrent in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is bepaald.

### **Afdeling 2.1.3. Uitgezonderde opdrachten**

#### **Artikel 2.16**

Op een opdracht die in beginsel binnen het toepassingsgebied van dit wetsvoorstel valt en waarvan de geraamde waarde boven het daarvoor geldende drempelbedrag ligt, is dit wetsvoorstel toch niet van toepassing indien het een opdracht betreft die op grond van dit artikel is uitgezonderd. Het maakt daarbij geen verschil of een uitgezonderde opdracht betrekking heeft op leveringen, diensten of werken.

De uitzonderingen in de onderdelen a en b, hangen nauw samen met het bewaken en waarborgen van informatie met een hoog niveau van vertrouwelijkheid op grond van essentiële veiligheidsbelangen. Een voorbeeld van het waarborgen van informatie met een hoog niveau van vertrouwelijkheid is een opdracht op het gebied van encryptie. Bij opdrachten die betrekking hebben op activiteiten van inlichtingendiensten (onderdeel b), betreft het activiteiten van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst. De uitzondering in onderdeel c heeft betrekking op opdrachten betreffende samenwerkingsprogramma's tussen lidstaten waarbij nieuw defensiemateriaal wordt ontwikkeld. Een aantal van die programma's wordt beheerd door internationale organisaties, zoals de NAVO (Noord-Atlantische Verdragsorganisatie) en de OCCAR (*Organisation Conjointe de Coopération en Matière d'armement*) of via specifieke agentschappen, zoals NAMSA (*NATO Maintenance and Supply Agency*) en het EDA (Europees Defensie Agentschap). De betrokkenheid van Nederland bij dit soort programma's zal via het Ministerie van Defensie verlopen. Om die reden zal de Minister van Defensie aan de verplichtingen inzake kennisgeving als bedoeld in artikel 13, onderdeel c, van de richtlijn feitelijk uitvoering geven.

De uitzonderingen, bedoeld in de onderdelen e en f, geven bij bepaalde internationale overeenkomsten voorrang aan de procedurevoorschriften uit die overeenkomsten boven de toepasselijkheid van dit wetsvoorstel. Dit is ook het geval bij internationale afspraken tussen staten die niet het karakter van een overeenkomst hebben, zoals bijvoorbeeld bij een Memorandum of Understanding. Het gaat om overeenkomsten en afspraken met landen die geen deel uitmaken van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte (derde landen) of om overeenkomsten en afspraken over de legering van strijdkrachten met derde landen of lidstaten.

Op grond van onderdeel g zijn ook aankopen op grond van procedurevoorschriften van een internationale organisatie uitgezonderd. Hier worden twee situaties onderscheiden. De eerste is dat de organisatie de aankopen zelf doet voor haar eigen doeleinden, bijvoorbeeld het verzorgen van logistiek voor een NAVO-operatie waar Nederland aan

deelneemt via NAMSA. De tweede is dat een Nederlandse aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf aankopen doet voor een internationale organisatie, bijvoorbeeld voor het onderhoud van een NAVO-basis in Nederland. Deze aankopen dienen dan conform de aanbestedingsregels van de NAVO te worden uitgevoerd.

Onderdeel h zondert opdrachten van de Nederlandse overheidsinstanties bij overheidsinstanties van andere landen uit van de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om gebruikt of nieuw defensiemateriaal dat van de krijgsmacht van een ander land wordt gekocht.

### **Artikel 2.17**

Naast de uitzonderingen op het toepassingsbereik voor opdrachten die op leveringen, diensten of werken betrekking kunnen hebben, zijn er ook enkele uitzonderingen die alleen gelden voor opdrachten voor diensten. Deze uitzonderingsgronden zijn niet helemaal hetzelfde of gelijklopend aan de uitzonderingsgronden die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. voor opdrachten voor diensten worden genoemd. Dit hangt mede samen met het verschil in de aard van de opdrachten waarop beide wetsvoorstellen betrekking hebben. Het is bijvoorbeeld voor de hand liggend dat opdrachten op het militair gebied of op het gebied van veiligheid geen verband zullen houden met omroepgerelateerde activiteiten. Een daarop gerichte uitzondering die wel in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. voorkomt, is derhalve hier niet aan de orde. In een enkel geval is een uitzondering ruimer in dit wetsvoorstel geformuleerd dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Dat geldt voor opdrachten voor diensten van financiële aard, die in dit artikel volledig zijn uitgezonderd behoudens ten aanzien van verzekeringen. Met laatstgenoemde beperking van de uitzondering sluit de richtlijn niet uit dat een opdracht op het gebied van defensie en veiligheid ook betrekking kan hebben op verzekeringen.

## **HOOFDSTUK 2.2. PROCEDURES VOOR HET PLAATSEN VAN OPDRACHTEN**

### **Afdeling 2.2.1. Niet-openbare procedure en onderhandelingsprocedure met aankondiging**

#### **Algemeen**

In dit hoofdstuk wordt beschreven wanneer een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een bepaalde procedure moet toepassen en welke stappen hij moet nemen bij de toepassing daarvan. Op grond van artikel 25, tweede alinea, van de richtlijn is de hoofdregel dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met aankondiging volgt (zie afdeling 2.2.1). Uitzonderingen op deze hoofdregel zijn de concurrentiegerichte dialoog (paragraaf 2.2.2.1), de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (paragraaf 2.2.2.2) en de procedure voor bijlage II-diensten (paragraaf 2.2.2.3). Voor het sluiten van een raamovereenkomst geldt een bijzondere procedure (afdeling 2.2.3). Dit samenstel aan procedures en de gebruiksmogelijkheden daarvan, zijn het meest geschikt voor de soort opdrachten die op het gebied van defensie en veiligheid worden aanbesteed. Dit soort opdrachten worden vaak gekenmerkt door bijzondere eisen inzake complexiteit, gegevensbeveiliging of bevoorradingszekerheid.

Van iedere procedure maken bepaalde te volgen stappen deel uit, die in artikelen afzonderlijk worden aangeduid en vervolgens nader worden uitgewerkt. Dit beoogt niet een dwingende chronologische volgorde te

zijn. De verschillende stappen in de procedure kunnen elkaar overlappen of gelijktijdig gezet worden. Ook is het mogelijk dat een bepaalde stap, zoals bijvoorbeeld de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijver, plaatsvindt op een ander moment in de procedure, zoals bij de uiteindelijke gunningsbeslissing. Het is echter nauwelijks denkbaar dat de verschillende stappen in de procedure in geheel willekeurige volgorde gezet worden. Daarom is in de artikelen die de stappen van een procedure beschrijven voor deze opbouw gekozen. Het biedt op een logische wijze inzicht in de verschillende onderdelen van de procedure.

### **Artikelen 2.18 tot en met 2.20**

Voor elke opdracht kan een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kiezen tussen een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure met aankondiging. Het verschil tussen beide procedures is dat bij de niet-openbare procedure geen onderhandelingen met de inschrijvers plaatsvinden. Er is in dat geval geen ruimte om met de inschrijvers te overleggen en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de opdracht vast te stellen alvorens een gunningsbeslissing te nemen. De stappen die van beide procedures deel uitmaken worden beschreven in de artikelen 2.19 en 2.20.

### **Afdeling 2.2.2. Uitzonderingen op de toepassing van de niet-openbare procedure en onderhandelingsprocedure met aankondiging**

#### **§ 2.2.2.1. Procedure van de concurrentiegerichte dialoog**

##### **Artikelen 2.21 en 2.22**

Voor opdrachten die bijzonder complex zijn, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ervoor kiezen de procedure van de concurrentiegerichte dialoog te voeren. Een opdracht is bijzonder complex indien aan het gestelde in het tweede lid van dit artikel is voldaan. Dit artikellid is een omzetting van artikel 1, onderdeel 21, tweede alinea, van richtlijn nr. 2009/81/EG. Op het gebied van defensie en veiligheid kan met name sprake zijn van een complexe opdracht bij de uitvoering van projecten die de integratie of de combinatie vereisen van meerdere technologische of operationele capaciteiten, of van projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet van tevoren kan worden voorgeschreven (overweging 48 van de richtlijn). De stappen waaruit de procedure van de concurrentiegerichte dialoog is opgebouwd, zijn dezelfde als die bij deze procedure onderdeel zijn van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20...

#### **§ 2.2.2.2. Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging**

##### **Artikelen 2.23 tot en met 2.28**

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging enkel toepassen wanneer sprake is van de in paragraaf 2.2.2.2 genoemde omstandigheden. Die omstandigheden zijn voor een deel specifiek toegespitst op opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. staat deze procedure daardoor tevens open op grond van urgentie vanwege een crisissituatie (artikel 2.23, eerste lid, onderdeel d). Zo kunnen de strijdkrachten in crisissituaties in het buitenland interveniëren, bijvoorbeeld in het kader van vredesmissies. Bij de aanvang of in de loop van een dergelijke operatie kan het bijvoorbeeld voor de veiligheid van de troepen noodzakelijk zijn bepaalde opdrachten



te plaatsen binnen een termijn die onverenigbaar is met de gebruikelijke termijnen die in acht moeten worden genomen in het kader van de procedures voor het plaatsen van opdrachten waarin dit wetsvoorstel voorziet. Dergelijke spoedgevallen kunnen zich eveneens voordoen voor het voorzien in de behoeften van de civiele diensten op het gebied van veiligheid, zoals de politie, bijvoorbeeld bij een terroristische aanslag op het grondgebied van de Europese Unie (overweging 54 van de richtlijn). Deze bepaling over urgente vanwege een crisissituatie onderscheidt zich van de bepaling over dwingende spoed in hetzelfde artikel, eerste lid onderdeel c, doordat die laatste bepaling tevens eist dat onvoorziene omstandigheden de spoed afdwingen en dat deze niet aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zijn te wijten. De procedure staat ook open voor bepaalde opdrachten voor diensten betreffende onderzoek en ontwikkeling (artikel 2.24, eerste lid, onderdeel a). Diensten betreffende onderzoek en ontwikkeling zijn al uitgesloten van de werking van dit wetsvoorstel op grond van artikel 2.17, onderdeel e, met uitzondering van die opdrachten waarvan de resultaten in hun geheel bestemd zijn voor gebruik door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en ook volledig door hen worden gefinancierd. Deze categorie diensten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling mag op basis van artikel 2.24, eerste lid, onderdeel a dus worden gegund zonder aankondiging. Hetzelfde geldt voor bepaalde producten voor onderzoek en ontwikkeling, zoals technologische demonstratiemodellen. Het belang van onderzoek en ontwikkeling op het gebied van defensie en veiligheid, waar de klanten altijd overheden zijn, is de reden voor deze grotere flexibiliteit bij het plaatsen van opdrachten voor onderzoek en ontwikkeling dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Tegelijk mag deze flexibiliteit evenwel niet de eerlijke mededinging voor de latere fasen van de levenscyclus van het product uitsluiten. Opdrachten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling mogen daarom alleen betrekking hebben op activiteiten tot de fase waar de volwaardigheid van nieuwe technologie redelijk kan worden beoordeeld en deze technologie van zijn risicogehalte kan worden ontdaan (overweging 55 van de richtlijn). Onder voorwaarden mag de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging ook worden gebruikt voor opdrachten in verband met de levering van vervoersdiensten in de lucht en ter zee voor de strijdkrachten of veiligheidsdiensten in het buitenland (artikel 2.27). Ook is gebruik er van mogelijk, indien eerder een andere procedure werd gevolgd maar daarbij sprake was van inschrijvingen die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn (artikel 2.23, eerste lid, onderdeel e). Er zijn daarnaast gronden die in dit wetsvoorstel niet en in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wel worden genoemd, zoals toepassing van de procedure om artistieke redenen.

Ten slotte zijn er gronden die in beide wetsvoorstellen voorkomen, zoals toepassing om technische redenen of vanwege exclusieve rechten. Het kan voorkomen dat voor bepaalde aankopen binnen het toepassingsgebied van dit wetsvoorstel maar één ondernemer in staat is de opdracht uit te voeren, omdat deze de houder is van exclusieve rechten of om technische redenen. In deze gevallen moet het de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf toegestaan zijn rechtstreeks opdrachten te gunnen aan of raamovereenkomsten te sluiten met deze enige ondernemer. De technische redenen die verklaren waarom maar één ondernemer de opdracht kan uitvoeren moeten strikt worden omschreven en in elk individueel geval worden gerechtvaardigd. Deze redenen kunnen bijvoorbeeld bestaan in een louter technische onmogelijkheid voor andere gegadigden dan de geselecteerde ondernemer om de vereiste doelstellingen te halen of in de noodzaak gebruik te maken van specifieke know-how, instrumenten of middelen die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft. Technische redenen die specifiek op het gebied op

defensie en veiligheid liggen, kunnen onder meer betrekking hebben op wijziging of modernisering van bijzonder complex materiaal, of op specifieke vereisten op het gebied van interoperabiliteit of veiligheidsvoorschriften waaraan moet worden voldaan om de werking van de strijdkrachten of de veiligheidsdiensten te garanderen (overweging 52 van de richtlijn).

Uit jurisprudentie van het HvJEU over de andere aanbestedingsrichtlijnen blijkt dat de daarin opgesomde gronden voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging limitatief zijn, de interpretatie er van restrictief is, een beroep daarop aangetoond dient te worden en aan alle daarbij gestelde voorwaarden moet zijn voldaan. Een overzicht van deze jurisprudentie is onderdeel van de memorie van toelichting bij de artikelen 2.32 tot en met 2.37 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Deze jurisprudentie zal naar verwachting ook van betekenis zijn voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Voorwaarden aan het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging hebben verder betrekking op tijdsduur. De looptijd van opdrachten voor bepaalde aanvullende leveringen en de plaatsing van opdrachten voor nieuwe werken of diensten die op de gunning van een oorspronkelijke opdracht volgen, is gebonden aan een termijn van maximaal vijf jaar (artikelen 2.24, tweede lid en 2.26). In uitzonderlijke omstandigheden mag de termijn langer dan vijf jaar zijn. Bij de beoordeling daarvan dient de verwachte levensduur van geleverde objecten, installaties of systemen en de technische moeilijkheden die een verandering van leverancier kan veroorzaken te worden betrokken (artikelen 2.24, tweede lid en 2.26).

### **§ 2.2.2.3. Bijzondere voorschriften betreffende het plaatsen van bijlage II- diensten**

#### **Artikelen 2.29 en 2.30**

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf past de in deze paragraaf beschreven procedure toe, indien hij een opdracht betreffende diensten als bedoeld in bijlage II van richtlijn nr. 2009/81/EG wil plaatsen. Voor deze opdrachten waarvan de geraamde waarde boven het drempelbedrag ligt, geldt een licht regime zoals dat ook voor in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG opgenomen diensten geldt. Dit houdt in dat alleen voorschriften betreffende technische specificaties en de aankondiging van de gegunde opdracht van toepassing zijn. De overige voorschriften uit de richtlijn zijn niet van toepassing. Het komt er op neer dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven slechts aan drie vereisten moeten voldoen: i) de algemene beginselen van aanbesteden, ii) de regels die gelden ten aanzien van te gebruiken technische specificaties en iii) de verplichting een mededeling van gunning bekend te maken bij de Europese Commissie. Anders dan in richtlijn nr. 2004/18/EG voor IIB-diensten biedt richtlijn nr. 2009/81/EG voor bijlage II-diensten niet de mogelijkheid om bij de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht aan te geven of met de bekendmaking ervan wordt ingestemd. Een met artikel 2.136 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. vergelijkbaar artikel is om die reden in dit wetsvoorstel niet opgenomen.

Uit de reeds eerder genoemde uitspraak inzake An Post (zaak C-507/03) volgt dat er bij II-B diensten in beginsel geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang en dat deze diensten niet hoeven te worden aanbesteed. Indien er echter wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang dan geldt wel een transparantieverplichting. Dit volgt uit de bepalingen van het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie inzake het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging. Mede in het licht van eerdere jurisprudentie van het HvJEG inzake Coname (zaak C-458/03) en Parking Brixen (zaak C-231/03) dient deze

transparantieplichting uitgelegd te worden als een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, zodat elke geïnteresseerde onderneming kan meedingen naar de opdracht. Deze jurisprudentie voor II-B diensten is voor bijlage II-diensten als bedoeld in richtlijn nr. 2009/81/EG eveneens van belang.

### **Afdeling 2.2.3. Bijzondere procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst**

#### **Artikelen 2.31 tot en met 2.34**

Deze artikelen hebben de procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst tot onderwerp. Van een raamovereenkomst is sprake indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf gedurende een bepaalde periode producten of diensten wil afnemen van of werken wil laten verrichten door een of meer aanbieders en daarover vooraf afspraken wil maken, bijvoorbeeld over de te leveren kwaliteit, hoeveelheid en leveringstermijnen. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf dient eerst een aanbestedingsprocedure te doorlopen, voordat hij een raamovereenkomst kan afsluiten. Daarbij is de keuze uit procedures niet hetzelfde op grond van dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Op grond van dit wetsvoorstel kan een raamovereenkomst op grond van de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met aankondiging, de concurrentiegerichte dialoog, de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging of de procedure voor bijlage II-diensten worden gesloten. Bij het maken van een keuze dient altijd te zijn voldaan aan het bepaalde in afdeling 2.2.1 en 2.2.2 ten aanzien van de omstandigheden waaronder een bepaalde procedure gevolgd mag worden. Afgezien van het verschil in procedures, zijn de artikelen gelijklopend aan die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20...

## **HOOFDSTUK 2.3. REGELS INZAKE AANKONDIGING, UITSLUITING, SELECTIE EN GUNNING**

### **Afdeling 2.3.1. Algemeen**

#### **§ 2.3.1.1. Ondernemers**

##### **Artikel 2.35**

Dit artikel heeft betrekking op wie als gegadigde of inschrijver mag optreden. Uit het eerste lid volgt dat een gegadigde of een inschrijver zowel een natuurlijke als rechtspersoon mag zijn en niet louter op grond van de kwalificatie als (rechts)persoon mag worden afgewezen. Wel wordt daaraan de voorwaarde gekoppeld dat de gegadigden of inschrijvers volgens het recht van de lidstaat van oorsprong gerechtigd zijn de verrichting waarop de opdracht betrekking heeft te mogen uitvoeren. Indien een gegadigde of een inschrijver een rechtspersoon is, zal dat niet altijd voldoende informatie bieden over degenen die de opdracht daadwerkelijk moeten uitvoeren. Het tweede lid biedt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de grondslag de daarin genoemde informatie over die personen te mogen verlangen. Het derde tot en met vijfde lid hebben betrekking op een samenwerkingsverband van ondernemers dat zich inschrijft of als gegadigde opgeeft. Ondernemers kunnen een samenwerkingsverband aangaan indien zij door gezamenlijk in te schrijven kunnen voldoen aan de in de aanbesteding gestelde eisen. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf mag tijdens de aanbestedingsprocedure niet verlangen dat het samenwerkingsverband een bepaalde rechtsvorm aanneemt. Dit betekent ook dat een samenwerkingsverband kan bestaan uit een aantal

ondernemers met ieder hun eigen rechtsvorm. Na de aanbestedingsprocedure kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf alsnog eisen dat het samenwerkingsverband waaraan de opdracht wordt gegund een bepaalde rechtsvorm aanneemt, mits dit voor de goede uitvoering van de opdracht noodzakelijk is. De ondernemingen die in het samenwerkingsverband participeren kunnen daarvoor dan bijvoorbeeld een aparte onderneming met de vereiste rechtsvorm oprichten, waarin zij zelf deelnemen.

### **§ 2.3.1.2. Communicatie en inlichtingen**

#### **Artikelen 2.36 tot en met 2.41**

De artikelen in deze paragraaf zijn vrijwel gelijklopend aan die in paragraaf 2.3.1.1 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. Deze paragraaf gaat over de mogelijkheden en voorwaarden waaronder het uitwisselen van inlichtingen en gegevens met een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kan plaatsvinden. De artikelen 2.36, 2.37, 2.39 hebben betrekking op het verstrekken van inlichtingen of gerubriceerde gegevens door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf aan een ondernemer. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. bevat dit wetsvoorstel in artikel 2.39 een specifieke bepaling over de bescherming van gerubriceerde gegevens bij de verstrekking daarvan. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf is niet verplicht gerubriceerde gegevens over een aanbesteding aan een ondernemer te verstrekken, indien die gegevens niet zijn beschermd volgens de daaraan door hem gestelde eisen. Bij uitsteking op het gebied van defensie en veiligheid kan er sprake zijn van een opdracht waarbij in aanbestedingsstukken gevoelige gegevens voorkomen, die afdoend beschermd dienen te zijn tegen ongevoegde verstrekking en verspreiding. Beveiliging van gerubriceerde gegevens kan een geschiktheidseis zijn en is tevens onderwerp van paragraaf 2.3.3.3. Artikel 2.41 heeft ten slotte betrekking op de beperkingen aan het openbaar maken van informatie. Een artikel met dezelfde inhoud is in artikel 2.57 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. opgenomen. Evenals dat in de toelichting op het tweede lid van dat artikel is opgemerkt, geldt ook bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid dat als artikel 2.41, tweede lid, geen beletsel vormt voor het verstrekken van informatie, vervolgens aan de hand van de criteria van de Wet openbaarheid van bestuur dient te worden bezien of wellicht een daarin genoemde weigeringsgrond van toepassing is. Dat is bijvoorbeeld het geval indien het verstrekken van informatie de veiligheid van de Staat zou kunnen schaden (artikel 10, eerste lid, onderdeel b, van de Wet openbaarheid van bestuur). Hier wordt verder volstaan met te verwijzen naar de toelichting op het desbetreffende artikel uit het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..

#### **Afdeling 2.3.2. Aankondigingen**

##### **Artikelen 2.42 tot en met 2.57**

Deze artikelen inzake vooraankondiging, aankondiging en termijnen zijn nagenoeg gelijklopend aan die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. Het enige verschil is dat dit wetsvoorstel geen specifiek artikel bevat over het onder voorwaarden op verzoek toezenden van aanbestedingsstukken binnen een bepaalde termijn. Richtlijn nr. 2009/81/EG bevat daarvoor geen met richtlijn nr. 2004/18/EG vergelijkbare bepaling. Aangezien het wetsvoorstel verder ten aanzien van deze artikelen niet afwijkt, maakt daarvan ook deel uit het voorgeschreven gebruik van een elektronische (voor)aankondiging voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid, via TenderNed. Daarmee wordt recht gedaan aan de

verplichting om een goede werking van aanbestedingsrichtlijn nr. 2009/81/EG en de daarin besloten publicatieplicht te waarborgen. Gelet op de niet tot tevredenheid stemmende ervaringen met de huidige – vrije – publicatiepraktijk voor opdrachten die onder richtlijn nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG vallen, is er voldoende aanleiding deze voorschriften voor elektronische aankondiging tevens van toepassing te laten zijn op opdrachten waarop tot nog toe geen enkele aanbestedingsrichtlijn van toepassing was. Ook verbeterd dit de naleving van de statistiekverplichtingen die op grond van richtlijn nr. 2009/81/EG gelden. Een en ander is in overeenstemming met het EG-recht dat de lidstaten toestaat om bij implementatie van een aanbestedingsrichtlijn vorm en middelen te kiezen, mits het dwingende karakter van de verplichtingen duidelijk is en een goede uitvoering en naleving van de richtlijnen is gewaarborgd. Dit volgt uit de Europese jurisprudentie om alle passende maatregelen te nemen die geschikt zijn om de nakoming van Europese verplichtingen te waarborgen (zie HvJ EG C-14/83, Von Colson en Kamann, overweging 15 en 26).

### **Afdeling 2.3.3. Bestek**

#### **§ 2.3.3.1. Technische specificaties**

##### **Artikelen 2.58 tot en met 2.61**

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is verplicht om in de aankondiging of het bestek door middel van technische specificaties weer te geven aan welke vereisten de opdracht moet voldoen. Inhoud en betekenis van de artikelen die hierop betrekking hebben, worden toegelicht in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Hier wordt volstaan met daarnaar te verwijzen. Een afwijking ten opzichte van dat wetsvoorstel is dat artikel 2.59, eerste lid, uitdrukkelijk bepaalt dat bij het formuleren van technische specificaties ook technische voorschriften gerespecteerd dienen te worden die op grond van internationale normalisatieovereenkomsten gelden om de krachtens die overeenkomsten vereiste interoperabiliteit te garanderen. Een voorbeeld daarvan zijn NATO Standardization Agreements. Naar enkele van deze normalisatieovereenkomsten wordt verwezen in het Besluit vervoer gevaarlijke stoffen door de lucht met militaire luchtvaartuigen. Deze overeenkomsten hebben betrekking op de verpakking, merkingen om de aard van de inhoud te duiden, inspectie en bevatten voorts regels bevatten met betrekking tot de plaats van lading en lossing van militaire luchtvaartuigen.

#### **§ 2.3.3.2. Onderaanneming**

##### **Algemeen**

Zodra de aanbestedingsprocedure van de opdracht is afgerond breekt de fase van de uitvoering aan. Bij die uitvoering kan de inschrijver waarmee de overeenkomst is gesloten (de «opdrachtnemer») zelf weer derden inschakelen die de opdracht geheel of gedeeltelijk uitvoeren. Er is in dat geval sprake van onderaanneming. De aanbestedingsrichtlijnen nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG bevatten geen voorschriften over onderaanneming, behoudens de verplichting dat de opdrachtnemer zijn onderaannemers vrij kan kiezen. Bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid ligt dit genuanceerder. Richtlijn nr. 2009/81/EG bevat specifieke bepalingen ten aanzien van de mogelijkheden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om onderaanneming bij het aanbesteden van de hoofdopdracht te betrekken. Voor een deel zijn die bepalingen uit de richtlijn verplichtend voor de lidstaten en voor deel

facultatief van aard. Bij de omzetting van deze bepalingen is gekozen voor een afgewogen benadering, waarbij is gezocht naar een juiste balans tussen minimumimplementatie, het bevorderen van kansen voor het Nederlandse bedrijfsleven op de interne markt op het gebied van defensie en veiligheid en voldoende ruimte voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om per opdracht de beste verwervingsstrategie te bepalen zodat het beste produkt tegen de beste prijs kan worden verkregen. In essentie komt het er op neer dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf onderaanneming op verschillende manieren deel uit kan laten maken van een aanbestedingsprocedure. Daartoe zijn zowel de verplichte als de facultatieve bepalingen uit de richtlijn in het wetsvoorstel omgezet. De facultatieve bepalingen hebben betrekking op situaties waarin een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf onderaanneming verplicht van een aanbesteding deel wil laten uitmaken en op het door hem onder voorwaarden mogen weigeren van onderaannemers (artikel 21, vierde en vijfde lid, van de richtlijn). De artikelen 2.63, 2.64 en 2.65 zijn daarvan de omzetting. Bij die omzetting is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn biedt om de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf te verplichten altijd een deel van iedere opdracht in onderaanneming uit te besteden. Het wetsvoorstel biedt de ruimte de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bij iedere opdracht zelf een afweging te laten maken in hoeverre onderaanneming verplicht deel dient uit te maken van een opdracht. De mogelijkheden waarover een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf beschikt om onderaanneming bij het aanbesteden van een opdracht te betrekken, wordt in deze paragraaf beschreven.

#### **Artikel 2.62**

Een eerste mogelijkheid die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft om onderaanneming bij een aanbestedingsprocedure te betrekken, is door middel van toepassing van dit artikel. Deze mogelijkheid houdt in dat de uitgenodigde gegadigden worden verzocht in hun inschrijving aan te geven of zij voornemens zijn een gedeelte van de opdracht in onderaanneming uit te besteden. Dit verzoek kan op grond van het tweede lid nader worden geconcretiseerd ten aanzien van onder meer de onderaannemers die uitgenodigde gegadigden daarvoor willen inschakelen. Het verzoek stelt geen minimumeisen aan de aard en omvang van de onderaanneming. Op basis van de eventuele voornemens van de winnende inschrijver over onderaanneming, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over de uitvoering daarvan in de overeenkomst die als resultaat van de gunning met hem wordt gesloten afspraken maken. Die afspraken kunnen inhouden dat de winnende inschrijver wordt verplicht opdrachten in onderaanneming uit te besteden met inachtneming van de procedurevoorschriften uit de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4. Dit zijn voorschriften die een transparante, objectieve en non-discriminatoire uitbesteding van opdrachten in onderaanneming bevorderen. Het zal dan van de inhoud van de voornemens van de winnende inschrijver afhangen voor welk deel of welke delen van de hoofdopdracht uitbesteding in onderaanneming met inachtneming van die procedurevoorschriften dient plaats te vinden. Om daar met de winnende inschrijver afspraken over te mogen maken, dient dit in de aankondiging van de hoofdopdracht te worden aangegeven. De uitgenodigde gegadigden kunnen bij het opstellen van hun inschrijving daar dan rekening mee houden. Ook indien de winnende inschrijver op grond van een verzoek als bedoeld in het tweede lid in zijn inschrijving onderaannemers noemt die hij wil inschakelen, laat dit volgens de ambtelijke diensten van de Europese Commissie onverlet dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf over het toepassen van deze procedurevoorschriften bij onderaanneming met de winnende inschrijver

afspraken kan maken. Toepassing daarvan kan er toe leiden dat uiteindelijk andere onderaannemers worden ingeschakeld dan de winnende inschrijver aanvankelijk had voorgesteld.

#### **Artikelen 2.63 en 2.64**

Een andere mogelijkheid om onderaanneming in een aanbestedingsprocedure voor een hoofdopdracht te betrekken, biedt artikel 2.63. Op verzoek van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dienen de uitgenodigde gegadigden een percentage in hun inschrijving op te nemen dat zij in onderaanneming willen uitbesteden. Voor zover het opgegeven percentage ligt binnen een door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de aanbestedingsstukken opgegeven bereik, is hij verplicht in de overeenkomst met de winnende inschrijver te bepalen dat voor dit percentage opdrachten in onderaanneming worden uitbesteed met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 (zie daarvoor artikel 2.134, tweede lid). De uitersten van dat bereik bestaan uit een minimum- en een maximumpercentage van de geraamde waarde van de opdracht.

Inschrijvers mogen op grond van artikel 2.64 een percentage opgeven dat boven het maximumpercentage van het vastgestelde bereik ligt, maar zijn daartoe niet verplicht. Voor zover het maximumpercentage is overschreden, geldt niet per definitie dat de overeenkomst met de winnende inschrijver moet bepalen dat ook dit meerdere met inachtneming van de hiervoor genoemde paragrafen in onderaanneming wordt uitbesteed. Dit is uitsluitend mogelijk indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de aankondiging het gebruik van die mogelijkheid vermeldt (zie daarvoor artikel 2.134, derde en vierde lid). Indien hij dat niet doet, kan hij in de overeenkomst met de winnende inschrijver nog steeds bepalen dat ook het deel van het percentage dat boven het maximumpercentage ligt in onderaanneming wordt uitbesteed. In dat geval mag hij echter niet bepalen dat dit met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 plaatsvindt.

Het hierboven beschreven systeem biedt uitgenodigde gegadigden ruimte zelf te bepalen wat hun mogelijkheden en behoeftes zijn om opdrachten in onderaanneming uit te besteden met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4. De uitgenodigde gegadigden zullen zich er bewust van dienen te zijn dat een percentage niet onder het minimumpercentage van het bereik dient uit te komen en dat aan het noemen van een percentage dat boven het maximumpercentage ligt eventueel ook consequenties verbonden kunnen zijn. Bij het vaststellen van het bereik heeft de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf niet alle vrijheid. Vereist is dat de vast te stellen percentages proportioneel zijn. Dit betekent dat naast de inhoud en de waarde van de opdracht ook de aard van de desbetreffende sector van belang is, met inbegrip van het mededingingspeil op de desbetreffende markt en de technische capaciteit van de industriële basis op dit gebied. Daaruit volgt dat het bij een taxatie tot vaststelling van het bereik tevens gaat om zaken als de geslotenheid, omvang en kwetsbaarheid van de markt in kwestie. Het vast te stellen maximumpercentage dat nog binnen het bereik valt, mag verder niet hoger zijn dan 30 procent.

Het noemen van een percentage in de inschrijving laat onverlet dat de inschrijvers zelf bepalen op welk deel of welke delen van de opdracht dit percentage betrekking dient te hebben. Bij de toepassing van artikel 2.63 wordt hen verzocht dit te specificeren, zodat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die specificatie onderdeel kan laten zijn van de overeenkomst met de winnende inschrijver. De aanbestedende dienst of

het speciale-sectorbedrijf kan verzoeken om een specificatie in de inschrijving voor het deel van het percentage dat boven het maximumpercentage van het vastgestelde bereik ligt. In dat geval kan hij ook verzoeken om op te geven wie de inschrijver eventueel voornemens is voor onderaanneming in te schakelen. Het gebruik hiervan ligt niet zonder meer voor de hand, indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf van plan is de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 van toepassing te verklaren en dit in de aankondiging heeft vermeld.

### **Artikelen 2.65 en 2.66**

Bij onderaanneming geldt altijd dat sprake dient te zijn van onderaanneming bij derden. Samenwerkingsverbanden van ondernemingen die gevormd zijn om opdrachten te verwerven of daarmee verbonden ondernemingen worden daar niet toe gerekend (artikel 2.65). Dit voorkomt dat via constructies de indruk wordt gewekt dat sprake is van onderaanneming, terwijl dat gelet op de samenwerking of verbondenheid niet het geval is.

Tot slot is van belang dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf gedurende de fase van selectie of gunning van een opdracht de door een inschrijver voorgestelde onderaannemers kan afwijzen. Die afwijzing dient gemotiveerd te zijn en herleidbaar tot selectiecriteria, technische specificaties, eisen of normen, of oplossingen die aan de uitvoering van de opdracht zijn gesteld. Dat waarborgt voor potentiële onderaannemers een gelijke behandeling, transparantie en non-discriminatie. Ook gedurende de uitvoering van een opdracht kan een onderaannemer worden uitgesloten, mits gemotiveerd en op dezelfde wijze herleidbaar als hiervoor genoemd (artikel 2.66).

### **§ 2.3.3.3. Gegevensbeveiliging**

#### **Artikel 2.68**

Beveiliging van gerubriceerde gegevens is nodig ter bescherming van de exclusiviteit, integriteit en beschikbaarheid van die gegevens. Het eerste lid van dit artikel verplicht de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de aanbestedingsstukken de maatregelen en eisen te vermelden die nodig zijn om het vereiste beveiligingsniveau van gerubriceerde gegevens te waarborgen. De aard en inhoud van die maatregelen en eisen worden in het eerste lid niet gedefinieerd, zodat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die zelf kan bepalen. Aanbestedende diensten die tot de rijksdienst worden gerekend, zullen daarbij het Besluit voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie in acht dienen te nemen. Dat besluit bepaalt dat bijzondere informatie niet eerder buiten de rijksdienst mag worden gebracht dan nadat is vastgesteld dat voldoende waarborgen aanwezig zijn dat deze informatie wordt beveiligd overeenkomstig de in dat besluit neergelegde regels door de persoon of instantie buiten de rijksdienst die de bijzondere informatie zal ontvangen (artikel 3, eerste lid, van het besluit).

Het tweede lid bevat een niet-limitatieve opsomming van eisen die gesteld kunnen worden. Die eisen hebben betrekking op de overlegging van verklaringen door de inschrijvers en bij hen reeds bekende onderaannemers over de passende maatregelen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van gerubriceerde gegevens (onderdeel a), de overlegging door de inschrijvers van toereikende gegevens over de bekwaamheden van reeds bekende onderaannemers om de vertrouwelijkheid van de gerubriceerde gegevens naar behoren te kunnen beschermen (onderdeel



c), en een verklaring van de inschrijvers ten aanzien van de nog niet bekende onderaannemers (onderdelen b en d). Het tweede lid gebruikt het woord «verklaring» in plaats van het woord «verbintenis» dat in artikel 22 van de richtlijn voorkomt. Tijdens de fase van inschrijving is nog geen sprake van een voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf afdwingbare verbintenis jegens de inschrijvers. Dit is pas het geval als de overeenkomst met de winnende inschrijver is gesloten en de in het kader van de inschrijving overgelegde verklaring daarvan onderdeel wordt. Naast of in plaats van deze verklaringen kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ook nog andere verklaringen verlangen. Bij het aanbesteden van opdrachten op het gebied van defensie verlangt het ministerie van Defensie in de praktijk regelmatig van inschrijvers veiligheidsverklaringen die te herleiden zijn tot de Algemene Beveiligings-eisen voor Defensieopdrachten 2006 (ABDO 2006). Ook geeft de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst (MIVD) een verklaring af, indien die constateert dat is voldaan aan de in het ABDO 2006 gestelde beveiligings-eisen. Dit is een zogeheten «facility security clearance» die wordt afgegeven ten aanzien van ondernemingen die betrokken zijn bij de uitvoering van een opdracht waarvoor kennis moet worden genomen van beschermde of gerubriceerde gegevens. Deze betrouwbaarheidsverklaring voor ondernemingen vervult tevens een functie in NAVO-verband of ter uitvoering van bilaterale verdragen waarin Nederland zich onder meer verplicht veiligheidsonderzoeken uit te voeren ten aanzien van een Nederlandse onderneming die bij een opdracht betrokken is die door de andere verdragssluitende staat wordt verleend en waarbij gerubriceerde gegevens betrokken zijn. Voorbeelden van deze verdragen zijn de op 28 juli 1992 te Parijs tot stand gekomen Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Franse Republiek inzake de uitwisseling van beschermde en gerubriceerde gegevens (Trb. 1995, 152) en het op 18 april 2001 te Berlijn tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland inzake de wederzijdse beveiliging van gerubriceerde gegevens (Trb. 2001, 100).

De richtlijn bepaalt dat lidstaten de betrouwbaarheidsverklaringen moeten erkennen die volgens hen gelijkwaardig zijn met degene die zijn afgegeven overeenkomstig hun nationale wet. Daarbij behouden zij de mogelijkheid zelf extra onderzoek te verrichten en met de resultaten daarvan rekening te houden, indien dat nodig is (artikel 22, derde alinea, van de richtlijn). Het derde en vierde lid geven aan die wederzijdse erkenning van betrouwbaarheidsverklaringen een nadere invulling. Het derde lid heeft betrekking op de erkenning van een «facility security clearance» van een andere lidstaat. Het vierde lid heeft geen betrekking op de erkenning van een verklaring over het veiligheidsniveau van een onderneming als zodanig, maar op de afgifte van een verklaring als bedoeld in de Wet veiligheidsonderzoeken aan een natuurlijke persoon. Ingevolge die wet worden vertrouwensfuncties waarvan de mogelijkheid bestaat dat die de nationale veiligheid schaden aangewezen door de Minister tot wiens beleidsterrein de vertrouwensfunctie behoort dan wel het bevoegd gezag van een Hoog College van Staat, in overeenstemming met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties of in nader in de wet omschreven gevallen met de Minister van Defensie (artikelen 2 en 3 van de Wet veiligheidsonderzoeken). Werkgevers die het aangaat mogen vervolgens een persoon enkel met een vertrouwensfunctie belasten, indien aan de betrokken persoon een verklaring als bedoeld in de Wet veiligheidsonderzoeken is afgegeven. Die verklaring wordt afgegeven door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties of de Minister van Defensie op basis van een veiligheidsonderzoek van de Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst of de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst. Indien de inschrijver of onderaannemer in een andere lidstaat is gevestigd, kan het zijn dat personen die daar voor

werkzaam zijn al een vertrouwensfunctie vervullen en beschikken over een «clearance» van de eigen lidstaat die op een gelijkwaardig veiligheidsonderzoek is gebaseerd. Het vierde lid bepaalt dat de verklaring op grond van de Wet veiligheidsonderzoeken in dat geval ook zonder of met een beperkt nader veiligheidsonderzoek kan worden afgegeven. De beoordeling hiervan ligt bij de betreffende Minister die de verklaring dient af te geven.

#### **§ 2.3.3.4. Bevoorradingzekerheid**

##### **Artikel 2.69**

Bevoorradingzekerheid is essentieel bij crisisbeheersing waarin een gewaarborgde snelle en adequate aanlevering van goederen en diensten van levensbelang kan zijn. Ook voor strijdkrachten is bevoorradingzekerheid een cruciale voorwaarde om operationeel te kunnen zijn. Het eerste lid biedt een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf de mogelijkheid hierover eisen in de aanbestedingsstukken op te nemen. Het tweede lid geeft daarvan een niet-limitatieve opsomming. Het niet-limitatieve karakter van deze opsomming laat onverlet dat bij het stellen van eisen de beginselen van non-discriminatie en gelijkheid gerespecteerd dienen te worden. Om die reden is het niet toegestaan om bevoorradingzekerheid te bereiken door als op zichzelf staande eis voor te schrijven dat inschrijvers verplicht in Nederland gevestigd moeten zijn of dat zij over de Nederlandse nationaliteit dienen te beschikken. Ook indirecte discriminatie die tot hetzelfde resultaat leidt is niet toegestaan (HvJEG van 26 september 2000, Commissie/Frankrijk, C-225/98, Jur. 2000 blz. I-07445, HvJEG van 18 december 2007, An Post, zaak C-507/03, Jur. 2007, blz. I-11353). Het is wel mogelijk functionele eisen aan bevoorrading te stellen, zoals met betrekking tot leveringstijden en beschikbaarheid van capaciteit, reserveonderdelen en onderhoudsdiensten.

Van inschrijvers kan worden geëist dat zij aantonen aan die eisen te kunnen voldoen (tweede lid, onderdeel c, eerste zinsdeel). Dit kan op verschillende manieren, zoals met beschrijvingen van de bevoorradingsketen en beschikbare transportfaciliteiten. Onbekende toekomstige wijzigingen in de organisatie, bevoorradingsketen of bedrijfsstrategie zullen daarin niet worden meegenomen. Het kan dan zinvol zijn dat de inschrijver de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf tijdig informeert over dit soort wijzigingen. Hiervoor kan van de inschrijver een verklaring worden geëist (tweede lid, onderdeel c, tweede zinsdeel). Soms zal al tijdens de aanbestedingsprocedure duidelijk zijn dat er een onzekerheidsmarge bestaat met betrekking tot de bevoorrading. Indien inschrijvers een deel van de opdracht via onderaanneming dienen uit te besteden op basis van de bijzondere procedure voor onderaanneming (afdeling 2.4.2), kunnen zij tijdens de aanbestedingsprocedure van de hoofdopdracht nog niet aangeven welke onderaannemers worden ingeschakeld. De toekomstige keuze daarin kan effecten hebben op de inrichting van de bevoorradingsketen, maar tijdens de aanbestedingsprocedure kan de inschrijver in zijn inschrijving daar niet op anticiperen. Die effecten kunnen, maar hoeven niet per saldo nadelig te zijn voor de bevoorradingzekerheid en laten onverlet dat de overeenkomst over de hoofdopdracht nagekomen dient te worden, ook waar het eisen ten aanzien van bevoorradingzekerheid betreft. Dit laatste is uitsluitend anders indien geen geschikte onderaannemers gevonden kunnen worden en aan de voorwaarden van artikel 2.143 is voldaan.

Een ander aspect dat van invloed is op de bevoorradingzekerheid heeft te maken met het grensoverschrijdend verkeer van goederen. Bij de uitvoering van een opdracht zal het regelmatig voorkomen dat goederen worden uitgevoerd, overgebracht, of doorgevoerd. Indien de daaraan verbonden douane- en andere verplichtingen niet worden nagekomen,

loopt de bevoorradingszekerheid gevaar. Van de inschrijvers mag dan ook bewijs worden verlangd dat zij aan dit soort verplichtingen kunnen voldoen (tweede lid, onderdeel a). Dit houdt niet in dat van inschrijvers al bij hun inschrijving mag worden geëist dat zij benodigde specifieke en individuele (export)vergunningen overleggen. Het is immers niet zeker wie van hen een opdracht verwerft, zodat die eis niet proportioneel zou zijn. Een alternatief daarvoor kan zijn dat inschrijvers naar tevredenheid inzicht bieden in de vergunningen en vereisten waar zij naar verwachting mee te maken krijgen, een overzicht bieden van ervaringen op dit vlak uit het verleden of verwijzen naar bestaande contacten met de bevoegde instanties. Enigszins in het verlengde hiervan ligt de eis om een opgave te doen van beperkingen voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ten aanzien van openbaarmaking, overdracht of gebruik als gevolg van uitvoercontrole of veiligheidsbepalingen (tweede lid, onderdeel b). Een voorbeeld daarvan betreft de *International Traffic in Arms Regulations* van de Verenigde Staten die beperkingen en voorwaarden stelt aan de uitvoer en invoer van goederen en diensten op het gebied van defensie, en de informatieverstrekking daarover.

### **§ 2.3.3.5. Bijzondere voorwaarden**

#### **Artikelen 2.70 en 2.71**

Aan de uitvoering van opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid kunnen bijzondere voorwaarden worden gesteld. Dit is niet anders dan bij het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. . Ten aanzien van opdrachten die onder de reikwijdte van dat wetsvoorstel vallen, heeft het HvJEG over het gebruik van voorwaarden vereisten vastgelegd in diverse arresten. Daaruit volgt dat voorwaarden in verband met de opdracht moeten staan, en de voorwaarden alleen mogen worden gesteld wanneer deze voorwaarden de fundamentele beginselen van het recht van de Europese Unie eerbiedigen. Eisen moeten verder wel controleerbaar zijn, om objectieve toetsing mogelijk te maken. Dit geldt ook voor bijzondere voorwaarden. Criteria moeten verband houden met het onderwerp van de opdracht en altijd in overeenstemming zijn met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Een meer uitgebreide toelichting onder aanhaling van relevante jurisprudentie is opgenomen in de memorie van toelichting bij de artikelen 2.80 en 2.81 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Specifiek voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid geldt dat bij de uitvoering van een opdracht vaak behoefte zal zijn aan voorwaarden ten aanzien van onderaanneming, gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid. Naast voorwaarden die verband houden met sociale of milieuoverwegingen mogen voorwaarden ook daarop betrekking hebben.

Artikel 2.71 heeft betrekking op de implicaties voor de uitvoering van een opdracht als gevolg van bepalingen over belastingen, milieubescherming, arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan in de aanbestedingsstukken aangeven bij welk orgaan inschrijvers daarover informatie kunnen verkrijgen. Dat stelt inschrijvers beter in staat om te kunnen nagaan aan welke verplichtingen zij op deze terreinen dienen te voldoen bij de uitvoering van een opdracht. Indien een opdracht in een vergelegen land wordt uitgevoerd of indien op voorhand niet duidelijk is in welk land de verrichtingen ter uitvoering van een opdracht zullen plaatsvinden, zal het niet altijd mogelijk zijn het orgaan aan te wijzen waar de benodigde informatie verkregen kan worden. Bij opdrachten op het gebied van defensie is dit niet ongebruikelijk.

### **§ 2.3.3.6. Voorbehouden opdracht en § 2.3.3.7 Varianten**

#### **Artikelen 2.72 en 2.73**

Deze artikelen hebben betrekking op voorbehouden opdrachten en de mogelijkheid om varianten toe te staan. De inhoud daarvan is behoudens enkele technische verschillen, gelijklopend aan hetgeen daaromtrent in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is bepaald.

#### **Afdeling 2.3.4. Eigen verklaring**

##### **Artikelen 2.74 en 2.75**

Artikel 2.74 bepaalt wat een eigen verklaring is en dat de gegevens en inlichtingen die daarin gevraagd kunnen worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden bepaald. De eigen verklaring heeft tot doel te voorkomen dat in een te vroegtijdig stadium van de aanbestedingsprocedure door alle gegadigden en inschrijvers bewijsstukken aangeleverd dienen te worden ten aanzien van de niet-toepasselijkheid van uitsluitingsgronden en het voldoen aan geschiktheidseisen en selectiecriteria. Uitsluitend geselecteerden of de winnaar van een procedure hoeven bewijsstukken te overleggen. Dit draagt bij aan een vermindering van administratieve lasten voor ondernemers die meedoen aan aanbestedingsprocedures op het gebied van defensie- en veiligheid. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet wordt geen model uniforme eigen verklaring voorgeschreven. De reden hiervoor is dat bij opdrachten voor defensie en veiligheid het overgrote deel wordt geplaatst bij buitenlandse opdrachtnemers. In voorkomend geval moet daarbij rekening kunnen worden gehouden met de op een buitenlandse inschrijver van toepassing zijnde nationale wetten. Dit vereist flexibiliteit waarin een model niet voorziet.

Het gebruik van een eigen verklaring laat onverlet dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf de vertrouwelijkheid van gerubriceerde gegevens moet kunnen waarborgen. Bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid kan het voor een inschrijving op een opdracht noodzakelijk zijn vooraf kennis te nemen van bepaalde gerubriceerde gegevens. Die gerubriceerde gegevens zullen in dat geval deel uitmaken van de aanbestedingsstukken.

In dat geval is het niet wenselijk dat iedere inschrijver toegang tot die gerubriceerde gegevens krijgt, zonder dat eerst is beoordeeld of hij de vertrouwelijkheid van die gegevens naar behoren kan beschermen en daarbij integer is. Om die toetsing voorafgaand aan de verstrekking van de aanbestedingsstukken met gerubriceerde gegevens te kunnen uitvoeren, dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voldoende tijdig over de daarvoor noodzakelijke bewijsstukken te beschikken. Het gebruik van de eigen verklaring sluit dit niet uit. Bewijsstukken kunnen na de selectie alsnog van de geselecteerde gegadigden worden verlangd, zodat nog voorafgaand aan de uitnodiging tot inschrijving inlichtingen en gegevens uit de eigen verklaring kunnen worden geverifieerd. Het is mogelijk bewijsstukken te verlangen die betrekking hebben op aspecten inzake integriteit, zoals een verklaring omtrent het gedrag of naderhand een Gedragsverklaring aanbesteden of onder omstandigheden een verklaring op grond van de Wet veiligheidsonderzoeken of een «facility security clearance». Ook kunnen bewijsstukken worden verzocht ten aanzien van de bekwaamheid om gerubriceerde gegevens volgens het vereiste beveiligingsniveau te verwerken, op te slaan en te verzenden. Het is aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om te bepalen welke gegevens en inlichtingen hij wil controleren en eventueel in welke volgorde.

## **Afdeling 2.3.5. Uitsluiting**

### **§ 2.3.5.1. Uitsluitingsgronden**

#### **Artikelen 2.76 en 2.77**

In deze paragraaf zijn de zogenaamde uitsluitingsgronden uit de richtlijn overgenomen. Er zijn verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. De verplichte uitsluitingsgronden zijn opgesomd in artikel 2.76. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is verplicht tot uitsluiting over te gaan, indien hij er kennis van heeft dat ter zake van één van die gronden jegens een gegadigde of inschrijver een bij rechtelijke uitspraak onherroepelijk geworden veroordeling is uitgesproken. De gronden komen neer op witwassen, fraude EU-subsidie, lidmaatschap van een criminele organisatie, omkoping van ambtenaren en terrorisme en financiering daarvan. Het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. bevat dezelfde verplichte uitsluitingsgronden, uitgezonderd die met betrekking tot terrorisme en financiering daarvan.

De facultatieve uitsluitingsgronden zijn opgesomd in artikel 2.77 en hebben onder meer betrekking op faillissement en surséance van betaling, overtreding van relevante beroepsgedragsregels, ernstige beroepsfouten, het niet hebben voldaan van sociale zekerheidspremies of belastingen, valse verklaringen of het uitblijven van inlichtingen, alsmede betrouwbaarheidsrisico's voor de nationale veiligheid. Het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. bevat dezelfde opsomming, behoudens met betrekking tot laatstgenoemde grond. Die houdt in dat uitsluiting kan plaatsvinden, indien de gegadigde of inschrijver niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de staat uit te sluiten (artikel 2.77, onderdeel f). In de richtlijn wordt overwogen dat «deze risico's het gevolg kunnen zijn van bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd of van de aandeelhoudersstructuur van de gegadigde.» (overweging 65). Dit betekent dat de betrouwbaarheid van de gegadigde kan afhangen van zijn geschiktheid om gerubriceerde gegevens naar behoren te beschermen, maar ook van andere factoren. Evenals bij de interpretatie van de uitsluiting op grond van een ernstige fout in de uitoefening van een beroep geldt hiervoor dat dit nog niet nader is ingevuld in communautaire wetgeving of jurisprudentie. De richtlijn noemt in artikel 39, tweede lid, onderdeel d, als voorbeelden van ernstige fouten in de uitoefening van een beroep de niet-nakoming van verplichtingen inzake gegevensbeveiliging of bevoorradingszekerheid bij een vorige opdracht.

#### **Artikel 2.78**

De redenen die dit artikel opsomt waaronder een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kan afzien van toepassing van een uitsluitingsgrond, zijn voor wat betreft de verplichte uitsluitingsgronden van artikel 2.76 limitatief. Het artikel doet geen afbreuk aan de vrijheid van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om al dan niet de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 2.77 toe te passen in een procedure. De redenen om af te mogen zien van toepassing van een verplichte uitsluitingsgrond betreffen samengevat dwingende redenen van algemeen belang, maatregelen die het vertrouwen herstellen en tijdsverloop. Het kunnen afzien van uitsluiting op grond van dwingende redenen van algemeen belang volgt uit artikel 39, eerste lid, derde alinea, van de richtlijn. De andere twee redenen voor afwijking geven uitvoering aan artikel 39, eerste lid, tweede alinea, van de richtlijn dat bepaalt dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden bepalen voor de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden. De beoordeling van (niet-)uitsluiting en

de periode waarvoor een ondernemer na een veroordeling wordt uitgesloten dient, gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen, steeds proportioneel en niet-discriminatoire zijn. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zal dit telkens in het concrete geval dienen te beoordelen. Het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. licht in de memorie van toelichting op artikel 2.87 de verschillende redenen afzonderlijk toe.

#### **§ 2.3.5.2. Bewijsstukken uitsluitingsgronden**

##### **Artikel 2.79**

Bij de beoordeling of een uitsluitingsgrond van toepassing is, wordt in eerste instantie afgegaan op de eigen verklaring van de gegadigden of inschrijvers. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is altijd verplicht om een eigen verklaring te verzoeken, waarin onder meer wordt verklaard omtrent de toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden. Bewijsstukken ter staving van de eigen verklaring kunnen niet eerder dan in de selectiefase worden verlangd. Artikel 2.79 somt een aantal bewijsstukken op waarmee een gegadigde of inschrijver kan aantonen dat bepaalde uitsluitingsgronden op hem niet van toepassing zijn, mits die niet te oud zijn. Deze bewijsstukken zijn het uittreksel uit het handelsregister, de verklaring omtrent het gedrag en een verklaring van de belastingdienst. De verklaring omtrent het gedrag wordt in artikel 28 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens geregeld. Na de inwerking-treding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt die verklaring vervangen door de gedragsverklaring aanbesteden. Ook de genoemde andere bewijsstukken zijn dezelfde als die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. in dit verband worden genoemd.

#### **Afdeling 2.3.6. Geschiktheidseisen en selectiecriteria**

##### **§ 2.3.6.1. Geschiktheidseisen**

##### **Artikel 2.80**

De geschiktheidseisen die een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kan stellen aan gegadigden en inschrijvers voor een opdracht op het gebied van defensie of veiligheid, zijn dezelfde als die in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. worden genoemd. Het stellen van eisen dient noodzakelijk te zijn en in verband te staan met de aard en de omvang van de opdracht (derde lid). Dit is een concrete invulling van het algemene proportionaliteitsbeginsel.

##### **Artikelen 2.81 en 2.82**

De wijze waarop een ondernemer diens financiële en economische draagkracht kan aantonen is voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid hetzelfde als bij andere opdrachten waarvoor een plicht tot aanbesteden bestaat. Dit geldt ook voor de voorwaarden waaronder een beroep op de draagkracht van anderen is toegestaan en voor de vaststelling van de draagkracht van een samenwerkingsverband van ondernemers. De gegeven opsomming van middelen waarmee de financiële en economische draagkracht kan worden aangetoond, is niet limitatief van aard.

### **Artikel 2.83**

Dit artikel bevat een opsomming van manieren waarop een ondernemer de benodigde technische- en beroepsbekwaamheid voor de uitvoering van de opdracht kan aantonen. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is deze opsomming niet limitatief. Ook de opsomming zelf komt niet altijd volledig overeen met de hiervoor vergelijkbare voorschriften in hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 20... Verschillen hierin volgen uit het eerste lid, onderdelen b, d, e, f, i en k, die hierna worden toegelicht.

Onderdeel b stelt de periode waarop de lijst met voornaamste leveringen of diensten betrekking heeft niet op drie, maar op vijf jaar. Dit houdt rekening met de bijzondere kenmerken van opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid waardoor het vaker voorkomt dat die met grotere tussenpozen en minder frequent worden geplaatst. De periode van vijf jaar is indicatief voor de meeste gevallen, maar zo nodig kan ook een langere periode worden aangehouden. De opsomming in dit artikel dient ook op dit aspect niet als limitatief te worden beschouwd.

Onderdeel d bevat ten opzichte van het in artikel 2.93 van de Aanbestedingswet 20.. vergelijkbare onderdeel, de toevoeging dat de bekwaamheid tevens kan worden aangetoond door middel van een beschrijving van interne regels inzake intellectuele eigendom. Gedacht kan worden aan interne regels die tussen moeder- en dochterondernemingen gelden op het gebied van beheer en management van intellectuele eigendomsrechten. Indien een ondernemer dit beheer en management niet op orde heeft, kan dat een indicatie zijn van zijn bekwaamheid op dit onderdeel. Op het gebied van defensie en veiligheid kan het wezenlijk zijn dat een ondernemer een compleet en actueel overzicht heeft van zijn rechten op het gebied van intellectuele eigendom, zodat de uitvoering van een opdracht niet wordt belemmerd door een (potentieel) gebrek aan alle daarvoor benodigde rechten. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn om de bevoorradingszekerheid veilig te stellen.

Onderdeel e is in tegenstelling tot het daarmee in de Aanbestedingswet 20.. vergelijkbare onderdeel, niet begrensd tot complexe producten of diensten of die aan een bijzonder doel beantwoorden. Bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid is die toevoeging overbodig gelet op de bijzondere kenmerken van deze opdrachten. Onderdeel f dat betrekking heeft op de overlegging van studie- en beroepsdiploma's van de ondernemer of kaderpersoneel bevat een concretisering ten opzichte van het hiermee vergelijkbare onderdeel in de Aanbestedingswet 20.. . Onderdeel i is specifiek geformuleerd dan het daarmee vergelijkbare onderdeel in de Aanbestedingswet 20... Het is toegespitst op opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid door rekening te houden met behoeftes inzake bevoorradingszekerheid en crisisbeheersing. De formulering maakt het onder meer mogelijk dat een ondernemer een beschrijving dient te geven van de geografische ligging van bevoorradingsbronnen buiten de Europese Unie. Dit biedt bijvoorbeeld inzicht in de mate waarin bevoorradingsbronnen zich in bevriende of geallieerde landen bevinden. De diensten van de Europese Commissie hebben aangegeven dat een dergelijke eis ook als selectiecriteria kan worden gebruikt. Onderdeel k is ten opzichte van de opsomming in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. nieuw. Hierin wordt bepaald dat in het aangegeven geval van de ondernemer kan worden geëist dat hij aantoont dat gerubriceerde gegevens met inachtneming van het vereiste beveiligingsniveau kunnen worden verwerkt, opgeslagen en verzonden. Bewijzen daarvoor kunnen afhankelijk van het door de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf gestelde beveiligingsniveau mede betrekking hebben op de integriteit van de ondernemer en diens personeel. Artikel 42, tweede lid, onderdeel j, eerste alinea, van de richtlijn

dient hiertoe in samenhang met de tweede en derde alinea van datzelfde onderdeel gelezen te worden. Van de opsomming in het eerste lid maakt geen onderdeel uit een omschrijving van het gedeelte van de opdracht dat de dienstverlener eventueel in onderaanneming wil geven (vergelijk artikel 2.93, onderdeel j, van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. ). Over onderaanneming bevat dit wetsvoorstel in paragraaf 2.3.3.2 afzonderlijke voorschriften.

Het derde tot en met vijfde lid hebben betrekking op betrouwbaarheidsverklaringen zoals de «facility security clearance» en de verklaring afgegeven op grond van de Wet veiligheidsonderzoeken. Met het verkrijgen van een dergelijke verklaring kan een langere termijn gemoeid zijn dan in het kader van de selectie openstaat. Het derde lid biedt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de mogelijkheid die termijn voor een gegadigde te verlengen, mits daarvan in de aankondiging van de opdracht melding is gemaakt. Het vierde en vijfde lid hebben betrekking op de wederzijdse erkenning van de zojuist genoemde verklaringen. Anders dan in artikel 2.68 richten deze leden zich op gegadigden die over een gelijkwaardige verklaring beschikken.

#### **Artikelen 2.84 en 2.85**

Deze artikelen hebben betrekking op een beroep op de draagkracht van andere entiteiten en de beoordeling van de geschiktheid van ondernemers en zijn inhoudelijk hetzelfde als in het Wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..

#### **Artikelen 2.86 en 2.87**

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan van de ondernemer uiteenlopende bewijsstukken verlangen die diens technische beroepsbekwaamheid aantonen. Alle verlangde bewijsstukken dienen in de aankondiging te worden vermeld (artikel 2.47). De gegadigden kunnen op die manier in een vroeg stadium weten wat zij aan bescheiden dienen te overleggen. Uit artikel 2.86 volgt dat de ondernemer zich hier niet altijd zich aan hoeft te houden; hij mag om gegronde redenen zijn bekwaamheid ook met andere door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf daarvoor geschikt geachte bescheiden aantonen. Dit is een omzetting van artikel 42, zesde lid, van de richtlijn. Een vergelijkbare bepaling in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. ontbreekt. De richtlijnen nr. 2004/17/EG en 2004/18/EG bevatten geen bepaling die deze mogelijkheid biedt. Artikel 2.87 is ten slotte vrijwel gelijklopend aan artikel 2.96 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, behoudens enkele aanscherpingen en verduidelijkingen die uit de richtlijn volgen.

### **§ 2.3.6.2. Beroepsbevoegdheid**

#### **Artikel 2.89**

Een gegadigde dient op verzoek van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aan te tonen dat hij in een beroeps- of handelsregister van zijn lidstaat van herkomst of vestiging staat ingeschreven. Dit verzoek mag een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf uitsluitend doen, indien de gegadigde zijn beroepsactiviteit zonder die inschrijving niet mag uitoefenen. Deze in het eerste lid gestelde voorwaarde, is een afwijking ten opzichte van artikel 2.98 in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Het verschil in formulering is te herleiden tot artikel 40, eerste alinea, van richtlijn nr. 2009/81/EG in vergelijking met artikel 46, eerste alinea, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Daarnaast kan de ondernemer ook voldoen aan dit verzoek door een verklaring onder ede of een attest te verstrekken, waaronder in ieder geval



als bedoeld in bijlage VII A van de richtlijn voor opdrachten voor werken, als bedoeld in bijlage VII B van de richtlijn voor opdrachten voor leveringen en als bedoeld in bijlage VII C van de richtlijn voor opdrachten voor diensten. De daarin genoemde verklaringen en attesten zijn indicatief.

In het geval dat de gegadigden of inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure over een bepaalde vergunning dienen te beschikken of indien zij lid dienen te zijn van een bepaalde organisatie in hun land van herkomst om de betrokken dienst te kunnen verlenen, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf van de gegadigden of inschrijvers verlangen dat zij aantonen dat zij over een dergelijke vergunning beschikken of dat zij lid van de bedoelde organisatie zijn.

### **§ 2.3.6.3. Selectie**

#### **Artikel 2.90**

Door middel van selectie kan een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf het aantal gegadigden tijdens een procedure (verder) beperken. Het via selectie beperken van het aantal gegadigden is toegestaan bij de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met aankondiging en de concurrentiegerichte dialoog. Met behulp van selectiecriteria dient het aantal gegadigden op objectieve en niet-discriminerende wijze te worden beperkt. Het betreft gegadigden die niet zijn uitgesloten en evenmin zijn afgewezen bij de beoordeling op de geschiktheidseisen. De selectiecriteria en de weging daarvan dienen in de aankondiging te worden vermeld. Een beperking door middel van selectie is uitsluitend toegestaan, indien paragraaf 2.3.6.3 in acht wordt genomen.

#### **Artikel 2.91**

Artikel 38, derde lid, tweede alinea, van de richtlijn bepaalt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de aankondiging «het minimumaantal en, in voorkomend geval, het maximumaantal» gegadigden dat zij voornemens is uit te nodigen, vermeldt. Het te vermelden minimumaantal mag niet onder de drie liggen. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is dus niet verplicht een precies aantal gegadigden in de aankondiging te vermelden. Het eerste lid sluit bij deze systematiek van de richtlijn aan. Vanuit oogpunt van transparantie en gelijkheid heeft die systematiek nadelen. Het biedt een opening om pas na kennisname van het aantal aanbiedingen het aantal uitnodigingen tot inschrijving, deelneming of onderhandeling te preciseren. Gelet hierop is in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. bepaald dat in de aankondiging het precieze aantal gegadigden vermeld dient te worden waarvoor het voornemen bestaat die uit te nodigen. Richtlijn nr. 2009/81/EG is evenwel nieuw, zodat de eisen voor een strikte implementatie op dit onderdeel als zwaarwegender zijn beoordeeld dan het daaraan verbonden nadeel. Deze wijze van omzetting laat onverlet dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf het precieze aantal gegadigden in de aankondiging kan noemen dat hij wil uitnodigen. Het minimum- en maximumaantal is in dat geval hetzelfde. Vanuit oogpunt van transparantie en gelijkheid verdient dit de voorkeur.

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf nodigt een aantal gegadigden uit dat niet lager is dan het in de aankondiging genoemde minimumaantal (of in voorkomend geval het aantal dat tegelijkertijd een minimum- en maximumaantal is). Voorwaarde daarbij is dat er voldoende gegadigden zijn die niet zijn uitgesloten en die aan de geschiktheidseisen en selectiecriteria voldoen. Het opgegeven aantal mag nooit lager zijn dan drie. Indien de aankondiging ook een maximum vermeldt en er meer geschikte en niet uitgesloten gegadigden zijn dan dit maximum, dient niet

meer dan dit maximum aantal gegadigden te worden uitgenodigd. Indien door de selectie het aantal uit te nodigen gegadigden onder het minimum zou komen dat in de aankondiging was vermeld, geldt geen verplichting tot uitnodiging. Niettemin kan de procedure dan toch worden voortgezet door de gegadigde of gegadigden uit te nodigen die niet worden uitgesloten en aan de geschiktheidseisen voldoen. Dit bepaalt het vijfde lid.

In de praktijk worden in de regel een drietal procedures onderscheiden bij het selecteren van gegadigden in het kader van een aanbestedingsprocedure: de minimumeisenprocedure, de rangordeprocedure en de nadere selectieprocedure. Die worden in de toelichting bij artikel 2.100 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. nader beschreven.

#### **Artikel 2.92**

Dit artikel bepaalt wat geldt indien het aantal geschikte gegadigden te laag is om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Of daarvan sprake is, hangt af van het oordeel van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Dit zal in ieder geval aan de orde zijn, indien er niet meer dan één gegadigde is waarop geen uitsluitingsgrond van toepassing is en die voldoet aan de geschiktheidseisen. Bij een gebrek aan daadwerkelijke mededinging beschikt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over een aantal mogelijkheden. Hij kan een lopende aanbestedingsprocedure opschorten en de opdracht opnieuw aankondigen. In plaats daarvan kan hij de lopende procedure definitief beëindigen en het daarbij laten. Ook is het mogelijk dat hij na beëindiging van de procedure een nieuwe procedure start.

Indien de procedure wordt opgeschort, dient de oorspronkelijke aankondiging van de opdracht op de voorgeschreven wijze opnieuw bekend te worden gemaakt. Uit artikel 38, derde lid, derde alinea, van de richtlijn, volgt dat gegadigden die na de eerste aankondiging al geschikt zijn bevonden, in ieder geval een uitnodiging krijgen. Nieuwe gegadigden die op de tweede aankondiging ingaan, worden op dezelfde wijze als in de eerste ronde beoordeeld op de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden en geschiktheid. Indien het overgebleven aantal geschikte gegadigden groter is dan het eerder in de aankondiging opgegeven minimumaantal, is aannemelijk dat uitsluitend voor deze gegadigden de selectiecriteria en hun weging een functie vervullen. De geschikte gegadigden uit de eerste ronde zijn immers al automatisch geselecteerd. Zij profiteren er van als eersten aan de procedure te hebben deelgenomen en van het feit dat er aanvankelijk te weinig belangstelling was om een selectie te laten plaatsvinden. Een variant hierop is dat het aantal geschikte gegadigden uit de tweede ronde op zichzelf lager is dan het opgegeven minimumaantal, maar opgeteld met het aantal geschikte gegadigden uit de eerste ronde dit minimum overstijgt. Ook in dat geval kan uit de geschikte gegadigden die op een later moment in de procedure zijn gestapt een selectie plaatsvinden. Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de richtlijn is bepaald, lijkt dit een logische uitleg van artikel 38, derde lid, derde alinea. Een met dit artikel vergelijkbaar artikel in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. ontbreekt. De richtlijnen nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG voorzien daarin niet.

#### **§ 2.3.6.4. Controle van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria**

#### **Artikel 2.93**

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf mag een ondernemer een eigen verklaring vragen. Daarin verklaart de ondernemer of uitsluitingsgronden van toepassing zijn en of hij voldoet aan de in de

aankondiging of in de aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen en op welke wijze hij voldoet aan de selectiecriteria. Dit artikel biedt de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om inlichtingen en gegevens uit de eigen verklaring te verifiëren. Welke gegevens en inlichtingen hij daaruit wil controleren en eventueel in welke volgorde bepaalt hij zelf. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan de controle uitvoeren na de selectie maar voorafgaand aan de uitnodiging tot inschrijving. De beschikbaarheid van die mogelijkheid is van belang indien aan de tot inschrijving uitgenodigde gegadigden gerubriceerde gegevens verstrekt moeten worden, die voor het kunnen doen van een inschrijving noodzakelijk zijn.

### **Afdeling 2.3.7. Mededeling van uitsluiting en afwijzing**

#### **Artikelen 2.94 en 2.95**

Artikel 2.94, eerste tot en met het derde lid is inhoudelijk hetzelfde als het daarmee vergelijkbare artikel in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Het vierde lid richt zich op een afwijzing die zich in het bijzonder bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid kan voordoen. Bij deze opdrachten kunnen aan een inschrijving specifieke eisen worden gesteld in verband met gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid. Indien een inschrijver niet aan die vereisten kan voldoen, zal dat tot een afwijzing van de inschrijver leiden. De redenen dat niet aan die vereisten is voldaan, dient in de kennisgeving, bedoeld in het derde lid uitdrukkelijk te worden vermeld. Artikel 2.95 is opgenomen ter bescherming van bedrijfsvertrouwelijke en bedrijfsgevoelige informatie die de aanbestedende dienst in het kader van de aanbestedingsprocedure van ondernemers heeft ontvangen. Het corresponderende artikel is artikel 35, derde lid, van de richtlijn.

### **Afdeling 2.3.8. Gunningsfase**

#### **§ 2.3.8.1. Uitnodiging tot inschrijving**

##### **Artikelen 2.96 en 2.97**

Voor een transparant en niet-discriminatoir verloop van de aanbestedingsprocedure is van belang dat ondernemers die tot inschrijving, deelneming aan de dialoog of tot onderhandelingen worden uitgenodigd, gelijktijdig over dezelfde informatie beschikken. De artikelen 2.96 en 2.97 voorzien in de daarvoor benodigde verplichtingen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Deze artikelen zijn behoudens een enkele aanpassing gelijklopend aan die in paragraaf 2.3.8.1 in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20...

#### **§ 2.3.8.2. Inschrijving**

##### **Artikelen 2.98 tot en met 2.100**

Deze artikelen hebben betrekking op de inschrijving. De inschrijving dient altijd schriftelijk te zijn. Daaronder wordt volgens de definitie van het begrip schriftelijk ook verstaan indiening via elektronische middelen. Indien indiening via een elektronisch systeem plaats te vinden, bestaat het risico dat er een storing in dat systeem optreedt. Indien een storing vlak voor sluiting van de inschrijftermijn plaatsvindt, zou dat ertoe kunnen leiden dat de ondernemer niet in staat is om zijn inschrijving te doen, terwijl het voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ertoe leidt dat hij minder inschrijvingen ontvangt. Omdat deze storing overmacht is voor de aanbestedende dienst of het speciale-

sectorbedrijf, is er in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. voor gekozen dat de aanbestedende dienst de gevolgen van die storing kan beperken. Mede in aanmerking nemend dat ondernemers anders het risico lopen de dupe te worden van een technische storing, is er geen redelijk belang mee gemoeid om in dit wetsvoorstel een afwijkende benadering te volgen. De richtlijn verzet zich daar ook niet tegen. In de toelichting op artikel 2.108 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt deze mogelijkheid nader toegelicht.

#### **§ 2.3.8.3. Dialoog**

##### **Artikelen 2.101 tot en met 2.103**

Deze paragraaf heeft betrekking op de toepassing van de concurrentiegericht dialoog. Deze procedure kan worden toegepast in het geval van een bijzonder complexe opdracht, waarvoor de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met aankondiging zich niet leent. Inhoudelijk is deze paragraaf gelijk aan paragraaf 2.3.8.3 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20...

#### **§ 2.3.8.4. Gunningscriteria**

##### **Artikelen 2.104 tot en met 2.106**

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan een opdracht gunnen op grond van twee criteria, namelijk de laagste prijs of de economisch meest voordelig inschrijving. Het criterium economisch meest voordelige inschrijving wordt verder uitgewerkt in artikel 2.106. Bij de toepassing van dit criterium toetst de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de inschrijvingen aan een aantal criteria die tevoren in de aankondiging bekend zijn gemaakt met toepassing van het eveneens tevoren bekend gemaakte relatieve gewicht voor de onderscheiden criteria. Een niet-limitatieve opsomming daarvan is in artikel 2.106, tweede lid, opgenomen. Die opsomming is uitgebreider dan de opsomming van criteria in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Deze uitbreiding houdt rekening met de bijzondere kenmerken van opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid, zodat als criteria ook worden genoemd de kosten tijdens de levensduur, de bevoorradingszekerheid, de interoperabiliteit en de operationele kenmerken. De inhoud van de artikelen komt verder overeen met de hiermee vergelijkbare artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..

#### **§ 2.3.8.5. Abnormaal lage inschrijvingen**

##### **Artikel 2.107**

Dit artikel heeft het betrekking op door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf ontvangen inschrijvingen die abnormaal laag lijken. De uitwerking daarvan komt overeen met artikel 2.115 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..

#### **§ 2.3.8.6. Elektronische veiling**

##### **Artikelen 2.108 en 2.109**

Een elektronische veiling is, zoals uit de in dit wetsvoorstel gegeven begripsomschrijving blijkt, een zich herhalend elektronisch proces voor de presentatie van nieuwe, verlaagde prijzen of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de inschrijvingen. De elektronische veiling staat niet op zichzelf, maar is onderdeel van de procedure en wordt gebruikt om

de beste inschrijving te bepalen. Bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid is het gebruik van een elektronische veiling voorbehouden tot de reguliere procedures: de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met aankondiging. Ook in het kader van een raamovereenkomst kan de elektronische veiling bij de gunning van een opdracht worden gebruikt. Deze afbakening is niet hetzelfde als in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Afgezien van gebruik bij een raamovereenkomst, is toepassing van de elektronische veiling onder dat wetsvoorstel mogelijk bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure en uitsluitend in een specifieke situatie ook als onderdeel van de onderhandelingsprocedure met aankondiging. Bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid zijn de toepassingsmogelijkheden van de elektronische veiling als onderdeel van laatstgenoemde procedure daarmee ruimer. Maar ook dan blijft vanuit oogpunt van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie vereist dat de specificaties van de opdracht nauwkeurig en kwantificeerbaar moeten kunnen worden vastgesteld (eerste lid, onderdeel c). Dit betekent onder meer dat de elektronische veiling niet gebruikt mag worden voor opdrachten voor werken of diensten die betrekking hebben op intellectuele verrichtingen, zoals ontwerpen voor werken. Overeenkomstig de richtlijn bepaalt het tweede lid dit uitdrukkelijk.

### **Artikelen 2.110 tot en met 2.116**

Deze artikelen werken nauwkeurig het verloop van een elektronische veiling uit en zijn op dezelfde wijze als in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. vastgelegd. Dit verloop wordt in de memorie van toelichting bij de artikelen 2.118 tot en met 2.124 van dat wetsvoorstel nader uiteengezet.

#### **§ 2.3.8.7. Onderhandelingen**

##### **Artikel 2.117**

In dit artikel wordt bepaald welke bijzondere voorschriften de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in acht moet nemen indien hij de onderhandelingsprocedure met aankondiging volgt. De inhoud van dit artikel komt overeen met het hiermee vergelijkbare artikel in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20...

#### **§ 2.3.8.8. Gunningsbeslissing**

##### **Artikelen 2.118 tot en met 2.122**

De inhoud van deze paragraaf heeft betrekking op omzetting van artikel 57, en gedeeltelijk van de artikelen 56 en 58 van de richtlijn. Deze artikelen hebben betrekking op de fase waarin een beslissing tot gunning door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is genomen, maar nog geen daarmee beoogde overeenkomst is gesloten. Zij strekken er toe inschrijvers en gegadigden de gelegenheid te bieden doeltreffend beroep in te kunnen stellen tegen een gunningsbeslissing vóórdat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf overgaat tot het sluiten van een overeenkomst met een beoogde wederpartij. Artikelen met een vrijwel gelijklopende inhoud komen tevens voor in richtlijn nr. 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (Pb EU L 335). Die richtlijn is omgezet in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira), die onderdeel wordt van het

wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Gelet op de gelijklopende inhoud tussen beide richtlijnen zijn de artikelen 2.118 tot en met 2.122 op dezelfde wijze omgezet als in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Het enige verschil is dat de uitzonderingsgevallen op de verplichting een opschortende termijn te hanteren (artikel 2.118, vierde lid) niet volledig identiek zijn. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. hebben de uitzonderingen geen betrekking op het gebruik van een dynamisch aankoopstelsel. Een dynamisch aankoopstelsel is een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen met algemeen op de markt beschikbare elementen. Voor opdrachten die onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen zal niet of nauwelijks sprake zijn van gangbare aankopen met algemeen op de markt beschikbare kenmerken. Het maakt om die reden ook geen onderwerp van dit wetsvoorstel uit; evenmin is dat in de richtlijn het geval. Een toelichting op de verdere inhoud van deze paragraaf is opgenomen in de toelichting op het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. en de Wira. Specifiek met betrekking tot artikel 2.122 wordt ten slotte nog opgemerkt dat aan de beoordeling van een verzoek tot het treffen van voorlopige maatregelen vanzelfsprekend altijd een belangenafweging ten grondslag ligt, waarbij de rechter gelet op de aard van de opdrachten in het bijzonder ook veiligheids- en defensiebelangen kan meewegen.

### **§ 2.3.8.9. Verslaglegging en bekendmaking**

#### **Artikelen 2.123 en 2.124**

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dient een proces-verbaal op te maken over de gunning van een opdracht. Dat dient ter verslaglegging aan de Europese Commissie te worden gezonden, indien die daar om verzoekt. Een opdracht kan ook op een raamovereenkomst betrekking hebben, zodat de verplichting tot het opmaken van een proces-verbaal en de verzending daarvan naar de Europese Commissie ook daarvoor geldt. De onderdelen die het proces-verbaal minimaal dient te bevatten, zijn in dit artikel voorgeschreven. Deze onderdelen zijn deels hetzelfde en deels afwijkend van de inhoud van het proces-verbaal dat op grond van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. dient te worden opgesteld. Een belangrijk verschil is dat bij opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid de gevolgde aanbestedingsprocedure vermeld dient te worden. Verder vloeien onder meer verschillen voort uit de reguliere procedures waaruit gekozen kan worden, en dient aanvullende informatie te worden verstrekt bij de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Indien deze procedure langer dan gedurende vijf jaren wordt toegepast bij opdrachten of nabestellingen ten aanzien van leveringen of diensten die aan bepaalde vereisten voldoen (artikel 2.24) of bij een herhaling onder voorwaarden van soortgelijke opdrachten voor werken of diensten (artikel 2.26), dient die termijnoverschrijding te worden gemotiveerd. Een motivering is ook vereist indien bij aanvullende werken of diensten die aan bepaalde vereisten voldoen, het totale bedrag van de aanvullende opdracht hoger is dan 50 procent van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht (artikel 2.25, ten derde). Op grond van artikel 2.25, ten derde, van het wetsvoorstel is het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging in dat geval overigens niet toegestaan. Ook de uitzonderlijke omstandigheden die de looptijd van een raamovereenkomst van langer dan zeven jaar rechtvaardigen, dienen gemotiveerd te worden.

## **Artikelen 2.125 tot en met 2.127**

Deze artikelen hebben betrekking op het openbaar maken van de aankondiging van een gegunde opdracht, en de uitzonderingen daarop. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf is verplicht om uiterlijk na 48 dagen na gunning van een opdracht de resultaten van de procedure door middel van TenderNed toe te zenden aan de Europese Commissie. Het verplicht gebruik van TenderNed geldt vanaf de beschikbaarheid van dit elektronisch systeem met de inwerkingtreding van artikel 3.16. Tot die tijd dient tijdelijk gebruik te worden gemaakt van het Europees elektronisch systeem voor aanbestedingen. De verplichting om de resultaten ter bekendmaking toe te zenden aan de Europese Commissie volgt uit artikel 30, derde lid, eerste alinea, van de richtlijn. Voor toezending via TenderNed en de overwegingen die daarbij gelden wordt aangesloten bij hetgeen daarover in de toelichting op het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is opgemerkt. Anders dan in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is bepaald voor de zogenaamde B-diensten, geldt de verplichting tot toezending van de resultaten van de procedure aan de Europese Commissie ter bekendmaking daarvan ook voor bijlage II diensten. De richtlijn biedt voor bijlage II diensten de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf niet de keus om toezending daarvan achterwege te laten, anders dan richtlijn nr. 2004/18/EG wat betreft B-diensten. Evenals dat voor andere opdrachten geldt, is het ook bij bijlage II diensten toegestaan bepaalde gegevens betreffende de gunning van een opdracht niet bekend te maken, indien openbaarmaking van die gegevens in strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift of met het openbaar belang, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden, of afbreuk zou doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers. Toezending van de resultaten van de procedure aan de Europese Commissie ter bekendmaking hoeft daarmee geen betrekking te hebben op eventuele gegevens waarvoor geen verplichting tot openbaarmaking geldt.

## **HOOFDSTUK 2.4. VOORSCHRIFTEN VOOR DE BIJZONDERE PROCEDURES**

### **Afdeling 2.4.1. Bijzondere voorschriften bij het plaatsen van een opdracht via een raamovereenkomst**

#### **Artikelen 2.128 tot en met 2.132**

Een raamovereenkomst stelt een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf in staat om binnen het kader van die raamovereenkomst opdrachten te plaatsen bij ondernemers. De opdrachten kunnen met toepassing van een eenvoudiger procedure overeenkomstig artikel 2.131 of artikel 2.132 worden geplaatst bij de bij de raamovereenkomst betrokken ondernemers. De raamovereenkomst moet dan wel tot stand zijn gekomen als gevolg van een aanbestedingsprocedure (artikel 2.128) en in beginsel geen langere looptijd hebben dan zeven jaar. De termijn van zeven jaar is langer dan de termijn van vijf jaar bij het aangaan van raamovereenkomsten waarop het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. van toepassing is. Uitsluitend in uitzonderingsgevallen is het mogelijk een raamovereenkomst met een langere termijn dan zeven jaar te sluiten. Bij een raamovereenkomst met een langere looptijd wordt immers voor langere tijd de mededinging uitgesloten. Op grond van artikel 2.130 is het niet toegestaan de raamovereenkomst daarvoor te gebruiken. Om te bepalen of een uitzonderingsgrond aanwezig is, dient rekening te worden gehouden met de verwachte levensduur van geleverde objecten, installaties of systemen, en met de technische moeilijkheden die een verandering van leverancier kan veroorzaken (artikel 2.129, derde lid). Dit

betreft een concretisering van de wijze van beoordeling die het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. niet uitdrukkelijk voorschrijft. Bij bijvoorbeeld technisch zeer complexe onderhoudscontracten van defensiemateriaal met een zeer lange levenscyclus, in ieder geval langer dan zeven jaar, is een langere looptijd denkbaar. Of dit is toegestaan, hangt telkens van de omstandigheden van het geval af. Het betreft uitzonderingsgevallen en een langere looptijd dient noodzakelijk en proportioneel te zijn.

Een raamovereenkomst kan met een of meer ondernemers worden gesloten. Dit wordt nader uitgewerkt in de artikelen 2.131 en 2.132. Bij het plaatsen van een specifieke opdracht binnen een raamovereenkomst mogen geen substantiële wijzigingen worden aangebracht in de voorwaarden van de raamovereenkomst. Een opdracht waarbij substantiële wijzigingen noodzakelijk zijn, dient zelfstandig te worden aanbesteed.

## **Afdeling 2.4.2. Bijzondere voorschriften bij het plaatsen van een opdracht in onderaanneming**

### **§ 2.4.2.1. Algemene bepalingen en toepasselijkheid**

#### **Artikel 2.133**

Bij het plaatsen van opdrachten in onderaanneming is de hoofdregel dat de opdrachtnemer van de hoofdopdracht vrij is in zijn keuze van onderaannemers. Dit volgt uit het eerste lid. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is het daardoor in beginsel niet toegestaan gedurende de aanbestedingsprocedure of bij het sluiten van de overeenkomst voorwaarden te stellen, die in deze vrijheid ingrijpen. In het bijzonder vereisten die leiden tot discriminatie van mogelijke onderaannemers op grond van nationaliteit zijn niet toegestaan. Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dit uitdrukkelijk. Ook het VWEU voorziet hierin. Artikel 18 van het VWEU bepaalt dat binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, elke discriminatie op grond van nationaliteit is verboden. Bij onderaanneming is dit verbod in het bijzonder van belang met het oog op het plaatsen van compensatieorders op het gebied van defensie. Van een compensatieorder is sprake indien een aanbestedende dienst een opdracht gunt aan een opdrachtnemer uit een ander land, waarbij die opdrachtnemer als gevolg daarvan zelf weer opdrachten dient uit te besteden aan een ondernemer in het land waar de hoofdopdracht uit afkomstig is. Compensatieorders kunnen in meer of mindere mate verband houden met de hoofdopdracht zelf. Ongeacht de vorm daarvan, is het binnen het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel in alle gevallen niet toegestaan dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf compensatieorders bij het plaatsen van opdrachten betreft. Anders staat het de opdrachtnemer niet vrij om zelf zijn onderaannemers te kiezen, en is dit (mede) afhankelijk van de nationaliteit van de ondernemer. Ook de fundamentele vrijheden betreffende het vrij verkeer van goederen, van vestiging, van diensten, en daarvan afgeleide beginselen verzetten zich hier tegen (zie bijvoorbeeld op het gebied van het vrij verkeer van diensten: HvJEG van 7 februari 2002, Commissie/Italië, C-279/00, Jur. 2002 blz. I-01425, punt 17; HvJEG van 21 juli 2005, Coname, C-231/03, punten 17 tot en met 20; HvJEG van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, punten 29 tot en met 32). Buiten het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel zullen compensatieorders op defensiegebied uitsluitend toegestaan zijn, indien dit met een beroep op artikel 346 VWEU gerechtvaardigd kan worden.

Het eerste lid waarborgt de vrijheid van opdrachtnemers om zelf onderaannemers te kiezen. Indien op grond van paragraaf 2.4.2.1 de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 van toepassing zijn op een opdracht-



nemer, dient die keuzevrijheid met inachtneming van deze paragrafen te worden gerealiseerd. Deze paragrafen bevorderen dat een opdrachtnemer bij het plaatsen van een opdracht in onderaanneming van het VWEU afgeleide beginselen, zoals die ten aanzien van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie, respecteert.

#### **Artikel 2.134**

De paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 zijn van toepassing indien dat als resultaat van de gunning van de hoofdopdracht is overeengekomen tussen de winnende inschrijver en de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. In de gevallen bedoeld in het eerste en derde lid, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf er voor kiezen die toepasselijkheid overeen te komen. In het geval van het tweede lid, bestaat die vrijheid niet en dient hij er voor zorg te dragen dat dit wordt overeengekomen. Buiten deze gevallen is de opdrachtnemer niet verplicht om de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 na te leven. Welk artikellid van toepassing is, hangt af van de keuzes die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf eerder tijdens de aanbestedingsprocedure van de hoofdopdracht heeft gemaakt ten aanzien van onderaanneming.

Het eerste lid heeft betrekking op de situatie dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf eerder tijdens de aanbestedingsprocedure van de hoofdopdracht heeft gekozen voor de toepassing van artikel 2.62. Aan die keuze kan ten grondslag liggen dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf het op zichzelf nodig vindt dat (een deel van de) opdrachten in onderaanneming worden uitbesteed met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4, maar omvang en aard daarvan mede afhankelijk wil stellen van de voornemens tot onderaanneming van de inschrijvers zelf. In de aankondiging dient hiervan melding te worden gemaakt (artikel 2.134, vierde lid). Anders weten inschrijvers niet welke consequenties aan hun voornemens ten aanzien van onderaanneming verbonden kunnen zijn.

Bij het tweede lid heeft de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf eerder tijdens de aanbestedingsprocedure van de hoofdopdracht gekozen voor de toepassing van artikel 2.63. Die keuze komt er op neer dat inschrijvers in hun inschrijving moeten aangeven dat zij opdrachten in onderaanneming uit zullen besteden, en wel voor een percentage van de waarde van de opdracht dat ten minste ligt binnen een door de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf vastgesteld bereik. Hij is in dat geval gehouden met de winnende ondernemer overeen te komen dat die opdrachten met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 in onderaanneming plaatst voor het door de ondernemer genoemde percentage.

Het derde lid is een uitbreiding van het bepaalde in het tweede lid. Het gaat om opdrachten waarvan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf het wenselijk vindt dat bovenop het door hem zelf vastgestelde maximumpercentage van de hoofdopdracht nog meer opdrachten in onderaanneming worden uitbesteed met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4. In de aankondiging dient hiervan melding te worden gemaakt. Het hangt vervolgens van de inschrijvingen af of het derde lid kan worden toegepast. In de toelichting op de artikelen 2.62 tot en met 2.64 wordt op de verschillende keuzemogelijkheden die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf tijdens de aanbestedingsprocedure ten aanzien van onderaanneming heeft nader ingegaan.

Het vijfde lid bepaalt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf waarborgt dat de opdrachtnemer de in de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 gestelde eisen naleeft bij het plaatsen van opdrachten in onderaanneming, indien die paragrafen van toepassing zijn. Dit vergt van

de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dat daarover in de overeenkomst met de winnende inschrijver afspraken over worden gemaakt, zoals over tussentijdse informatieverstrekking en de toepasselijkheid van boeteclausules. Indien een opdrachtnemer vervolgens toch in gebreke blijft, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op niet-naleving van het vijfde lid worden aangesproken. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die daardoor schade leidt of dreigt te leiden, heeft vervolgens mogelijkheden de opdrachtnemer op nakoming van de overeenkomst aan te spreken en kan zo nodig geleden schade op hem verhalen. Het vijfde lid dient ter omzetting van artikel 50, eerste lid, van de richtlijn.

### **Artikel 2.135**

De voorschriften in de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 richten zich rechtstreeks tot de opdrachtnemer. Uit het eerste lid van artikel 2.135 volgt dat de toepasselijkheid daarvan beperkt is tot de situaties waarop artikel 2.134 betrekking heeft. Daarbuiten is de opdrachtnemer van de hoofdopdracht niet verplicht deze paragrafen na te leven bij het plaatsen van opdracht in onderaanneming. Het tweede lid heeft betrekking op het plaatsen van een opdracht in onderaanneming door een opdrachtnemer die zelf een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is. In dat geval zijn de bijzondere voorschriften over het plaatsen van een opdracht in onderaanneming niet van toepassing. Artikel 54 van de richtlijn bepaalt dat op deze opdrachtnemer dan de bepalingen betreffende de opdrachten in de titels I en II van de richtlijn van toepassing zijn. Het tweede lid zet deze bepaling uit de richtlijn om door te bepalen dat de delen 1 en 2 van het wetsvoorstel op deze opdrachtnemers van toepassing zijn.

#### **§ 2.4.2.2. Aankondiging**

##### *Algemeen*

In deze en de volgende paragrafen van deze afdeling wordt met de opdrachtnemer telkens bedoeld op de opdrachtnemer op wie de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 van toepassing zijn.

### **Artikel 2.136 tot en met 2.141**

De opdrachtnemer dient een opdracht in onderaanneming aan te kondigen, indien de geraamde waarde ten minste gelijk is aan het voor die opdracht geldende drempelbedrag. Deze drempelbedragen zijn dezelfde als die gelden voor hoofdopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Ook de wijze van berekening van de geraamde waarde is hetzelfde als bij hoofdopdrachten. De aankondiging van een opdracht in onderaanneming dient voorgeschreven informatie te bevatten die in bijlage V van de richtlijn staat vermeld, alsmede alle andere nuttig bevonden informatie. Deze voorgeschreven informatie is niet identiek aan de informatie die in een aankondiging van de hoofdopdracht dient voor te komen. Een ander verschil is dat de opdrachtnemer de aankondiging van onderaanneming niet verplicht via het Europees elektronisch systeem voor aanbesteden (TED) of naderhand via TenderNed (artikel 3.16, onderdeel C) hoeft te verzenden. Hij dient op grond van artikel 2.137, tweede lid juncto artikel 2.138 de aankondiging tot onderaanneming naar de Europese Commissie verzenden langs elektronische weg of met andere middelen. Dit kan via het Europees elektronisch systeem voor aanbesteden of TenderNed verlopen, maar de opdrachtnemer is niet verplicht om dat op die manier te doen. Opdrachtnemers zijn niet hetzelfde als aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven die hoofdopdrachten aanbesteden. Het zijn ondernemers, die niet per definitie in Nederland

gevestigd zullen zijn. Een verplicht gebruik van een elektronisch systeem voor aanbesteden zou leiden tot een formaliteit die een onnodige potentiële belemmering oplevert voor het vrij verkeer van diensten. Ook indien de aankondigingen langs andere weg naar de Europese Commissie zijn verzonden, dienen die binnen de daarvoor geldende termijnen bekendgemaakt te worden gemaakt (artikel 52, derde lid, juncto 32, derde en vierde lid, van de richtlijn). Van deze aankondigingen kunnen gegadigden in het supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie voor openbare aanbestedingen kennis nemen. Dit is ook via internet (<http://ted.europa.eu>) mogelijk. Een opdrachtnemer kan naast deze verplichte bekendmaking de aankondiging ook op andere wijze bekendmaken. Die extra aankondiging mag pas worden bekendgemaakt nadat de verplichte bekendmaking naar de Europese Commissie is toegezonden. Dit staat op zichzelf niet in de weg aan een vooraankondiging voor een opdracht in onderaanneming.

#### **§ 2.4.2.3. Uitsluiting en geschiktheid**

##### **Artikel 2.142**

Indien een aankondiging van een opdracht in onderaanneming op grond van artikel 2.136 verplicht is, dienen op grond van dit artikel daarin de toepasselijke uitsluitingsgronden en geschiktheidscriteria te worden vermeld. Anders dan bij het aanbesteden van een hoofdopdracht zijn voor opdrachten in onderaanneming geen verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden voorgeschreven. Evenmin bevat het wetsvoorstel een opsomming van eisen ten aanzien van financiële en economische draagkracht en van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voor onderaannemers. Dit betekent niet dat de opdrachtnemer volledige vrijheid heeft om uitsluitingsgronden en geschiktheidscriteria vast te stellen. Vereist is dat die gronden en criteria in overeenstemming zijn met de criteria die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft gebruikt voor de hoofdopdracht. Afhankelijk van de opdracht kan dit een subset aan criteria zijn. Verder dienen de uitsluitingsgronden en geschiktheidscriteria objectief en non-discriminatoir te zijn en in redelijke verhouding tot de opdracht in onderaanneming te staan. Voor zover de criteria de bekwaamheid betreffen dienen die rechtstreeks verband te houden met het voorwerp van de opdracht in onderaanneming. Daarmee wordt voorkomen dat overbodige eisen aan de technische en beroepsbekwaamheid van een inschrijver voor een opdracht in onderaanneming worden gesteld. De inlichtingen die in een aankondiging voor een opdracht in onderaanneming opgenomen dienen te worden, maken tevens onderdeel uit van bijlage V van de richtlijn.

Afgezien van de daarin opgenomen informatie worden geen andere eisen gesteld aan de inhoud van de aankondiging, zoals ten aanzien van een te volgen procedure bij onderaanneming. De opdrachtnemer heeft daarin meer vrijheid dan de aanbestedende dienst die of het speciale-sectorbedrijf dat een hoofdopdracht aanbesteedt. Bij het uitbesteden van een opdracht in onderaanneming gelden geen voorgeschreven procedures waaruit gekozen dient te worden.

##### **Artikel 2.143**

De opdrachtnemer die opdrachten in onderaanneming dient te plaatsen met inachtneming van de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4, weet op voorhand niet aan welke onderaannemer de opdracht in onderaanneming wordt gegund. Dit is afhankelijk van het verloop van de procedure die hij volgt. Als gevolg van die onzekerheid kan het voorkomen dat geen enkele ondernemer die deelneemt aan die procedure of daarop inschrijft in staat zal zijn de opdracht in onderaanneming uit te voeren op een wijze die

voldoet aan de eisen die in de aankondiging en aanbestedingsstukken zijn opgenomen. In dat geval dient degene die een opdracht in onderaanneming wenst uit te besteden in de gelegenheid te worden gesteld om van het gunnen daarvan af te zien. Voorwaarde daarvoor is dat hij dit met inachtneming van het verder in dit artikel bepaalde tot tevredenheid van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bewijst. Dit bewijs kan betrekking hebben op het niet van toepassing zijn van een uitsluitingsgrond of het niet voldoen aan een criterium inzake geschiktheid, zoals financiële en economische draagkracht of technische en beroepsbekwaamheid. Daarnaast kan het bewijs inhouden dat de afwijzing van deelnemers of inschrijvers plaatvindt omdat niet is voldaan aan de selectiecriteria, technische specificaties, eisen of normen of oplossingen die in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken zijn vermeld. Wanneer dit naar tevredenheid van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is aangetoond hangt van de omstandigheden van het geval af. De mogelijkheid bestaat daar in de overeenkomst tussen de winnende inschrijver van de hoofdopdracht en de opdrachtnemer van tevoren afspraken over te maken.

Artikel 2.143 is een specifiek artikel ten opzichte van artikel 2.66 dat eveneens op de afwijzing van onderaannemers betrekking heeft. Een beroep door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf op dat artikel is mogelijk, indien tijdens de aanbestedingsprocedure van de hoofdopdracht of bij de uitvoering daarvan onderaannemers worden gekozen, die niet voldoen aan de selectiecriteria, technische specificaties, eisen, normen en oplossingen die op de hoofdopdracht van toepassing zijn. Anders dan artikel 2.143 is artikel 2.66 niet toegespitst op situaties waarin de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 van toepassing zijn verklaard. Dit artikel heeft daardoor uitsluitend betrekking op de fase waarin voor de hoofdopdracht reeds een overeenkomst als resultaat van de gunning is gesloten en die paragrafen daarin van toepassing zijn verklaard. Als gevolg daarvan dient een afwijzing niet gebaseerd te zijn op hetgeen voor de hoofdopdracht geldt, maar wordt rechtstreeks teruggerepen op hetgeen in de aankondiging en aanbestedingsstukken voor de opdracht in onderaanneming staat vermeld, met inbegrip van de daarin genoemde uitsluitings- en geschiktheidscriteria.

#### **§ 2.4.2.4. Raamovereenkomsten**

##### **Artikel 2.144**

Indien tussen de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en de opdrachtnemer van de hoofdopdracht de toepasselijkheid van de artikelen 2.136 tot en met 2.143 is overeengekomen, kan de opdrachtnemer er voor kiezen opdrachten in onderaanneming plaatsen op basis van een raamovereenkomst die met inachtneming van die artikelen is gesloten. Dit artikel bevat tevens voorschriften over de voorwaarden, de duur en het gebruik van een raamovereenkomst.

### **DEEL 3. OVERIGE BEPALINGEN**

#### **HOOFDSTUK 3.1. OVERIGE BEPALINGEN**

##### **Afdeling 3.1.1. Nadere regels ter uitvoering van richtlijn 2009/81/EG**

##### **Artikel 3.1**

De inhoud van dit artikel is vrijwel gelijklopend aan artikel 4.12 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. . Het enige verschil is dat de nadere

regels die bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden gesteld ter uitvoering dienen van richtlijn nr. 2009/81/EG in plaats van de richtlijnen nr. 2004/17/EG en 2004/18/EG. Evenals dat is opgemerkt in de memorie van toelichting op artikel 4.12 van dat wetsvoorstel geldt ook ten aanzien van dit artikel dat dit betrekking heeft op voorschriften in de richtlijn met een hoog technisch gehalte.

## **HOOFDSTUK 3.2. Vernietigbaarheid en boete**

### **Afdeling 3.2.1. Vernietigbaarheid en Afdeling 3.2.2 Boete**

#### **Artikelen 3.2 tot en met 3.13**

Titel IV van de richtlijn over rechtsbescherming wordt in dit wetsvoorstel omgezet, voor zover het civiele procesrecht hierin niet reeds voorziet. Het betreft de artikelen 3.2 tot en met 3.13 over vernietigbaarheid en boete. Titel IV is vrijwel identiek aan de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen<sup>1</sup>, die betrekking hebben op opdrachten die onder de richtlijn nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG vallen. Doel van de rechtsbeschermingsrichtlijnen is dat elke ondernemer moet kunnen beschikken over snelle en doeltreffende rechtsmiddelen wanneer hij zich benadeeld acht in een aanbestedingsprocedure. Recent zijn deze rechtsbeschermingsrichtlijnen gewijzigd om op een aantal punten de doeltreffendheid van rechtsbescherming verder te verhogen. De implementatie daarvan heeft plaatsgevonden in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira). De Wira komt bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. te vervallen. Ter toelichting zij verwezen naar de memorie van toelichting van dat hoofdstuk en van de Wira (zie Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 3). De desbetreffende bepalingen uit de Wira zijn onderdeel van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. (hoofdstuk 4.3). Die bepalingen zijn op eenzelfde wijze omgezet in de artikelen 3.2 tot en met 3.13.

Uit de richtlijn blijkt dat in het kader van de rechtsbescherming rekening dient te worden gehouden met de bescherming van defensie- en veiligheidsbelangen. Het civiele procesrecht biedt voldoende mogelijkheden voor de rechter om, indien nodig, in het bijzonder ook die belangen bij een beoordeling van een geschil te betrekken. Dit geldt zowel bij een bodemprocedure als bij een voorlopige voorziening. De opdracht in kwestie betreft immers altijd een opdracht op het gebied van defensie en veiligheid. Als gevolg van die belangenafweging kan de rechter op grond van het van artikel 3.5, eerste lid, van het wetsvoorstel bijvoorbeeld besluiten een overeenkomst niet te vernietigen, indien, alle relevante aspecten in aanmerking genomen, dwingende redenen van algemeen het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Artikel 3.5, tweede lid bepaalt dat die vernietiging in ieder geval niet mag plaatsvinden in het dat lid omschreven geval.

## **HOOFDSTUK 3.3. OVERGANGS- EN SLOTBEPALINGEN**

### **Artikel 3.14**

Voor aanbestedingsprocedures die al zijn gestart voordat deel 2 van dit wetsvoorstel in werking is getreden, is het uitgangspunt dat het recht geldt zoals dat onmiddellijk voor dat tijdstip gold. Wat dat recht is, hangt van het tijdstip af waarop een aanbestedingsprocedure wordt gestart en van de inhoud van de opdracht. Op opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid kan het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) of het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van toepassing zijn. Ook kunnen er opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid zijn waarop tot de inwerkingtreding van

<sup>1</sup> Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

het wetsvoorstel een gerechtvaardigd beroep op artikel 346 VWEU mogelijk is, maar daarna niet meer. In dit soort gevallen stuit onmiddellijke werking van deel 2 van het wetsvoorstel voor al eerder gestarte aanbestedingsprocedures op nadelen. Indien de plaatsing van een opdracht is gestart voordat dit wetsvoorstel in werking treedt en daarbij een gerechtvaardigd beroep op artikel 346 VWEU is gedaan, zou onmiddellijke werking van dit wetsvoorstel er toe kunnen leiden dat op de plaatsing van die opdracht alsnog deel 2 van dit wetsvoorstel van toepassing wordt. Dit zou er zelfs toe kunnen leiden dat lopende aanbestedingsprocedures afgebroken dienen te worden. Ook voor gevallen waarin het Bao en Bass gold, is onmiddellijke werking van dit wetsvoorstel bezwaarlijk voor eerder gestarte aanbestedingsprocedures. Dit wetsvoorstel verschilt daarmee op uiteenlopende onderdelen, zoals ten aanzien van bevoorradingszekerheid, gegevensbeveiliging, onderaanneming en andere aspecten. Naast praktische bezwaren zou de toepassing daarvan lopende aanbestedingsprocedures in meer of mindere mate kunnen doorkruisen. Alles tegen elkaar afwegende is om dit soort redenen ten aanzien van aanbestedingsprocedures die zijn gestart voor de inwerkingtreding van deel 2 van dit wetsvoorstel gekozen voor eerbiedigende werking van het recht zoals dat gold voor die inwerkingtreding en zal deel 3 niet eerder dan deel 2 in werking treden. Het tweede lid bevat een overgangsvoorziening voor aanbestedingsprocedures tot het plaatsen van opdrachten in onderaanneming die voor de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zijn gestart. Dit wetsvoorstel bevat immers specifieke bepalingen over het plaatsen van opdrachten in onderaanneming door opdrachtnemers van de hoofdopdracht. Bao en Bass bevatten geen daarmee vergelijkbare voorschriften. Onmiddellijke werking van dit wetsvoorstel voor eerder gestarte aanbestedingsprocedures in onderaanneming, zou daarmee consequenties kunnen hebben voor het verdere verloop van die procedures.

### **Artikel 3.15**

#### *Onderdelen A, E en F*

In het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt de gedragsverklaring aanbesteden geïntroduceerd. Met de inwerkingtreding van delen 1, 2 en hoofdstuk 4.1 van dat wetsvoorstel wordt het begrip «gedragsverklaring aanbesteden» in dit wetsvoorstel aan de definities toegevoegd (onderdeel A) en wordt gelijktijdig de verklaring omtrent het gedrag vervangen door de gedragsverklaring aanbesteden (onderdeel E). De gedragsverklaring aanbesteden is niet eerder dan met de inwerkingtreding van de genoemde onderdelen van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. beschikbaar, zodat die verklaring naar verwachting gedurende enige tijd na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel nog niet verstrekt en gebruikt kan worden. Ter overbrugging tot aan die inwerkingtreding wordt met de bestaande verklaring omtrent het gedrag gewerkt. Ook na die inwerkingtreding kan gedurende een overgangstermijn gebruik worden gemaakt van de verklaring omtrent het gedrag (onderdeel F). In de toelichting op het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt voor dit laatste er op gewezen dat het niet uitvoerbaar is voor de betrokken uitvoeringsinstantie, indien alle ondernemingen die deelnemen aan aanbestedingen in een zeer korte periode een aanvraag voor een gedragsverklaring aanbesteden zouden moeten doen en dat daarop binnen de in dit wetsvoorstel daarvoor gestelde termijnen zou moeten worden beslist. Hiervoor is een voldoende spreiding en doorlooptijd in aanvragen wenselijk.

### *Onderdeel B*

Dit onderdeel pas de definitie van het begrip speciale-sectorbedrijf aan. Die definitie verwijst naar bepalingen uit het Besluit aanbestedingen speciale sectoren. Met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. zal dit besluit vervallen. Als gevolg daarvan dient deze definitie te worden aangepast. Voorgesteld wordt hiervoor te verwijzen naar de definitie die voor dit begrip wordt gebruikt in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20...

### *Onderdeel D*

Het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. bevat in deel 1 voorschriften over beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden en over administratieve voorschriften buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG. Uit dit artikel volgt dat bij een opdracht op het gebied van defensie en veiligheid als bedoeld in artikel 2.1 de hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van deel 1 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. niet van toepassing zijn. Richtlijn 2009/81/EG is nieuw en het staat nog niet vast hoe deze richtlijn binnen Europa door de lidstaten de komende jaren zal worden toegepast en hoe de markt zich daarin zal ontwikkelen (paragraaf 2.4 van het algemeen deel). Het is nu nog niet goed te bepalen in hoeverre voorschriften als bedoeld in deel 1 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. op die ontwikkelingen goed aansluiten, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de toepassing van artikel 346 VWEU, geheime opdrachten, opdrachten van inlichtingendiensten en andersoortige opdrachten. Deze niet-toepasselijkheid laat onverlet dat het onderhavige wetsvoorstel als gevolg van minimum-implementatie wel zelfstandige voorschriften kent over gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid, mits de geraamde waarde daarvan gelijk is aan of boven de Europese drempelbedragen ligt. Eveneens blijft onverlet dat op opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid met een duidelijk grensoverschrijdend belang en waarvan de geraamde waarde beneden de Europese drempelwaarden ligt, de fundamentele beginselen van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ook buiten het regime van beide wetsvoorstellen direct van toepassing zijn. Dat is enkel anders indien in voorkomend geval de toepasselijkheid van artikel 346 VWEU daaraan in de weg zou staan.

### **Artikel 3.16**

#### *Onderdelen A, B en C*

Het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. voorziet in een elektronisch systeem voor aanbestedingen (TenderNed). Op grond van dat wetsvoorstel draagt de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie verantwoordelijkheid voor dat systeem. Met de inwerkingtreding van de artikelen 4.13 en 4.14 van dat wetsvoorstel komt het elektronisch systeem voor aanbestedingen beschikbaar. Tot die inwerkingtreding voorziet dit wetsvoorstel in het voorgeschreven gebruik van het Europees elektronisch systeem voor aanbestedingen (TED). Artikel 3.16 voorziet er in dat dit systeem bij inwerkingtreding van de genoemde artikelen uit de Aanbestedingswet 20.. wordt vervangen door het elektronisch systeem voor aanbestedingen als bedoeld in die wet. De wijzigingen in dit artikel strekken tot deze vervanging en stellen daaraan eisen die het tevens geschikt maken voor het doen van aankondigingen op grond van dit wetsvoorstel. Zodra TenderNed ter uitvoering van die wet beschikbaar is, kan dit systeem tevens worden ingezet voor het vervullen van een aantal functies ter uitvoering van dit wetsvoorstel. Dit

betreft de functionaliteit voor het doen van aankondigingen, de functionaliteit voor de statistiekverplichtingen en de functionaliteit voor verslaglegging aan het parlement (onderdeel C, artikel 3.1a). TenderNed kan tevens gebruikt worden door opdrachtnemers van een hoofdopdracht bij het plaatsen van opdrachten in onderaanneming. Het elektronische systeem van aanbesteden dient daarvoor geschikt te zijn. De verplichting van de minister formulieren door middel van dit systeem beschikbaar te stellen, strekt zich om die reden tevens uit tot een door de Europese Commissie vastgesteld formulier voor het doen van een aankondiging van een opdracht in onderaanneming (onderdeel C, artikel 3.1b, eerste lid, onderdeel c). In tegenstelling tot voor aanbestedende diensten en voor speciale-sectorbedrijven is het gebruik van TenderNed voor opdrachtnemers van een hoofdopdracht niet verplicht.

Doordat het gebruik van TenderNed voor aanbestedende diensten en voor speciale-sectorbedrijven verplicht is, vinden de economische activiteiten die met behulp van dit elektronische systeem worden verricht plaats op basis van een exclusief recht. Het verrichten van die activiteiten met het elektronische systeem vindt plaats ter uitvoering van een dienst van algemeen (economisch) belang. Dit algemeen belang betreft een verbeterde naleving van de aanbestedingsregelgeving, gecombineerd met een afname van de lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten. In het bijzonder de verplichtingen van publicatie en de onderliggende regels van gelijke behandeling en transparantie zijn vanuit het Europees recht regels van openbare orde die moeten worden nageleefd. De verbeterde naleving van de aanbestedingsregelgeving wordt door TenderNed bereikt door ondersteuning bij het juist invullen van de formulieren en toelichting op de toepasselijke regelgeving. De afname van lasten hangt samen met informatieverplichtingen jegens de Europese Commissie voor statistiekdoeleinden die voortaan niet door de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven volledig zelf vervuld hoeven te worden, maar waaraan de minister een belangrijke bijdrage levert. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt een en ander uitvoeriger toegelicht. De belangen die met het verplicht gebruik van het elektronisch systeem voor aanbesteden worden gediend, zijn ook van betekenis voor opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Bij het plaatsen van opdrachten in onderaanneming is het algemeen belang dat met het elektronische systeem voor aanbesteden wordt gediend van een enigszins andere orde. Voor opdrachtnemers geldt geen verplichting gebruik te maken van het elektronische systeem voor aanbesteden. Dit is een te vergaande inbreuk op de ondernemingsvrijheid. Door TenderNed ook voor opdrachtnemers open te stellen die opdrachten in onderaanneming willen verlenen, wordt in ieder geval gegarandeerd dat er een systeem beschikbaar is dat gericht is op een goede naleving van aanbestedingsregelgeving. Dit dient het belang van onderaannemers, waaronder dat van het midden- en kleinbedrijf.

Zowel bij het verplichte als niet-verplichte gebruik van TenderNed is niet zonder meer uitgesloten dat andere geautomatiseerde systemen die voorzien in het doen van aankondigingen voor aanbestedingen, aan TenderNed worden gekoppeld. Indien een dergelijke mogelijkheid wordt gerealiseerd zullen organisaties die daarvan gebruik willen gaan maken aan een aantal eisen moeten voldoen, bijvoorbeeld technische eisen aan de verbindingen met het systeem van TenderNed. Onderdeel C, artikel 3.1a, tweede lid, schept daarvoor een basis.



### **Artikel 3.17**

Dit artikel wijzigt na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 20.. diezelfde wet. De wijzigingen hebben betrekking op de verhouding tussen de alsdan geldende Aanbestedingswet 20.. en Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. De wijzigingen zijn noodzakelijk ter implementatie van enkele artikelen uit richtlijn nr. 2009/81/EG.

Onderdeel A bevat een wijziging van artikel 2.23 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Dat artikel bevat een opsomming van overheidsopdrachten die van de toepasselijkheid van deel 2 van dat wetsvoorstel zijn uitgezonderd. Aan die opsomming van uitgezonderde opdrachten voegt dit artikel een aantal uitzonderingen toe. Deze toevoegingen zijn onderdeel van de implementatie van artikel 71 van richtlijn nr. 2009/81/EG dat een wijziging van richtlijn nr. 2004/18/EG bevat.

De uitzondering, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, betreft overheidsopdrachten waarop het wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied van toepassing is. De uitzondering, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, heeft op meerdere uitzonderingen betrekking. Het betreft in de eerste plaats overheidsopdrachten waarop het wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied niet van toepassing is doordat de geraamde waarde van die opdrachten niet boven de daarvoor geldende drempelbedragen ligt. In de tweede plaats heeft onderdeel c betrekking op bepaalde opdrachten die van het toepassingsgebied van het wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied zijn uitgezonderd. Dit zijn opdrachten die op zichzelf onder het toepassingsgebied van dit wetsvoorstel vallen, maar vervolgens in de artikelen 2.16 en 2.17 daarvan zijn uitgezonderd. Ook bij deze opdrachten geldt dat deel 2 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied daarop niet van toepassing is en dat dit in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 71 van de richtlijn.

De uitzondering, bedoeld in het eerste lid, onderdeel d, heeft betrekking op civiele aankopen die worden geplaatst in een derde land. Het betreft situaties waarin strijdkrachten zijn ingezet buiten het grondgebied van de Europese Unie en de operationele omstandigheden vereisen dat de contracten over civiele aankopen worden gesloten met ondernemers die in het operatiegebied zijn gevestigd. Wat voor de toepassing van deze uitzondering onder civiele aankopen wordt verstaan, definieert het tweede lid. Daaruit volgt dat dit wetsvoorstel op civiele aankopen niet van toepassing kan zijn. De uitzondering is een omzetting van artikel 71 juncto artikel 13, onderdeel d, van de richtlijn, voor zover dat op civiele aankopen betrekking heeft.

Onderdeel B voegt een nieuw artikel aan het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. toe. De inhoud daarvan is vergelijkbaar met de uitzonderingen die in onderdeel A zijn opgenomen, maar dan voor speciale-sectoropdrachten van speciale-sectorbedrijven. Een verschil is dat de uitzonderingen die in dat nieuwe artikel worden genoemd geen betrekking hebben op civiele aankopen in een derde land, aangezien de voor civiele aankopen geldende uitzondering alleen speelt bij de inzet van strijdkrachten. Speciale-sectorbedrijven als zodanig zijn niet betrokken bij de inzet van strijdkrachten. Onderdeel B strekt tot omzetting van artikel 70 van richtlijn nr. 2009/81/EG.

Onderdeel C wijzigt de omschrijving van de gedragsverklaring aanbesteden, zodat die gedragsverklaring ook betrekking heeft op opdrachten als bedoeld in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. Als gevolg van deze wijziging is geheel hoofdstuk 4.1 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. van toepassing met betrekking tot dit

soort opdrachten. Het gebruik van één gedragsverklaring aanbesteden ook ten aanzien van opdrachten als bedoeld in dit wetsvoorstel, voorkomt dat de betrokken uitvoeringsorganisatie belast wordt met de afgifte van verschillende verklaringen. Ook ondernemingen hoeven zich er niet van te vergewissen welke gedragsverklaring aanbesteden zij nodig hebben. Vanuit beheersing van administratieve lasten verdient dit de voorkeur.

Indien dit wetsvoorstel eerder in werking treedt dan het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. is het noodzakelijk dat ook gedurende de periode tot aan die inwerkingtreding van dat wetsvoorstel de artikelen 70 en 71 van de richtlijn zijn geïmplementeerd. Hiertoe zal het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren alsdan in beperkte zin worden aangepast.

### III. TRANSPONERINGSTABEL

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
<b>TITEL I DEFINITIES EN ALGEMENE BEGINSLEN</b>				
Artikel 1, onder 1 tot en met onder 8	Artikel 1.1	–		
Artikel 1, onder 9	Zie artikel 2.16, eerste lid, onder h (tevens omzetting artikel 13, onderdeel f, richtlijn)	–		
Artikel 1, onder 10	Artikel 1.1	–		
Artikel 1, onder 11 en 12, eerste alinea	Artikel 1.1	Artikel 1.1		
Artikel 1, onder 12, tweede alinea	Artikel 2.108, tweede lid	Artikel 2.116, tweede lid		
Artikel 1, onder 13 tot en met onder 20	Artikel 1.1	Artikel 1.1		
Artikel 1, onder 21, eerste alinea	Artikel 1.1	Artikel 1.1		
Artikel 1, onder 21, tweede alinea	Artikel 2.21, tweede lid	Artikel 2.28, tweede lid		
Artikel 1, onder 22	Artikel 1.1	–		
Artikel 1, onder 23	Artikel 2.65, tweede lid	Artikel 1.2 en 2.153, derde en vierde lid		
Artikel 1, onder 24, 26 en 27	Artikel 1.1	Artikel 1.1		
Artikel 1, onder 28	Artikel 3.17, Onderdeel A	–		
Artikel 2	Artikel 2.1	–		
Artikel 3, eerste tot en met derde lid	Artikel 2.2	–		
Artikel 4	Artikelen 1.3, eerste lid, 1.4 en 1.5, eerste tot en met derde lid	Artikelen 1.5 en 1.6		
<b>TITEL II OP OPDRACHTEN TOEPASSELIJKE VOORSCHRIFTEN</b>				
Artikel 5	Artikel 2.35	Artikel 2.52		
Artikel 6	Artikelen 2.36 en 2.41	Artikel 2.53 en 2.57		
Artikel 7	Artikel 2.39	nieuw		
Artikel 8	Artikel 2.3			
Artikel 9, eerste lid, eerste alinea, eerste zin	Artikel 2.8, eerste lid	Artikel 2.15		
Artikel 9, eerste lid,	Artikel 2.8, eerste lid	Artikel 2.15		
Artikel 9, tweede lid,	Artikel 2.8, tweede lid	Artikel 2.15		
Artikel 9, derde lid	Artikel 2.7, eerste lid	Artikel 2.14		
Artikel 9, vierde lid	Artikel 2.9	Artikel 2.16		
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a	Artikel 2.11	Artikel 2.18		
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b	Artikel 2.12	Artikel 2.19		
Artikel 9, zesde lid	Artikel 2.13	Artikel 2.20		
Artikel 9, zevende lid, eerste alinea	Artikel 2.14	Artikel 2.21		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 9, zevende lid, tweede alinea	Artikel 2.7, tweede lid	Artikel 2.14		
Artikel 9, achtste lid	Artikel 2.10	Artikel 2.17		
Artikel 9, negende lid	Artikel 2.8, derde lid	Artikel 2.15		
Artikel 10, eerste lid	Artikel 2.5, eerste lid			
Artikel 10, tweede lid	Artikel 2.5, eerste en tweede lid	Artikel 2.11		
Artikel 11	Artikel 2.15	–		
Artikel 12	Artikel 2.16, onder e, f en g	Artikel 2.23, deels afwijkend		
Artikel 13, onder a tot en met d en onder f (behoudens onder c, tweede zin)	Artikel 2.16, onder a tot en met d en onder h	Artikel 2.23, deels afwijkend		
Artikel 13, onder c, tweede zin	Behoeft geen implementatie			
Artikel 13, onder e, g tot en met j	Artikel 2.17	Artikel 2.24, deels afwijkend		
Artikel 14	Artikel 2.72	Artikel 2.82		
Artikel 15	Artikelen 2.1 tot en met 2.3 jo. Deel 2	Artikelen 2.2 en 2.3 jo. Deel 2		
Artikel 16	Artikelen 2.29, eerste lid en artikel 2.30	Artikelen 2.38, eerste lid en 2.39		
Artikel 17	Artikel 2.29, tweede lid	Artikelen 2.38, tweede lid		
Artikel 18, eerste lid	Artikel 2.58, eerste lid	Artikel 2.75, eerste lid		
Artikel 18, tweede lid	Artikel 2.58, tweede lid	Artikel 2.75, tweede lid		
Artikel 18, derde lid, aanhef en onderdeel a	Artikel 2.59, eerste lid, onderdeel a en tweede lid	Artikel 2.76, eerste lid, onderdeel a en tweede lid		
Artikel 18, derde lid, aanhef en onderdelen b, c en d	Artikel 2.59, eerste lid, onderdelen b, c en d	Artikel 2.76, eerste lid, onderdelen b, c en d		
Artikel 18, vierde lid, eerste alinea	Artikel 2.60, eerste lid	Artikel 2.77, eerste lid		
Artikel 18, vierde lid, tweede alinea	Artikel 2.60, derde lid	Artikel 2.77, derde lid		
Artikel 18, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 2.60, tweede lid	Artikel 2.77, tweede lid		
Artikel 18, vijfde lid, tweede alinea	Artikel 2.61	Artikel 2.78		
Artikel 18, vijfde lid, derde alinea	Behoeft geen implementatie	Behoeft geen implementatie		
Artikel 18, zesde lid, eerste alinea	Artikel 2.59, derde lid	Artikel 2.76, derde lid		
Artikel 18, zesde lid, tweede alinea	Artikel 2.59, vierde lid en artikel 2.60, derde lid	Artikel 2.76, vierde lid en artikel 2.77, derde lid		
Artikel 18, zevende lid	Artikel 2.60, vierde lid	Artikel 2.77, vierde lid		
Artikel 18, achtste lid, eerste volzin	Artikel 2.59, vijfde lid	Artikel 2.76, vijfde lid		
Artikel 18, achtste lid, tweede volzin	Artikel 2.59, zesde lid	Artikel 2.76, zesde lid		
Artikel 19, eerste lid	Artikel 2.73, eerste lid	Artikel 2.83, eerste lid		
Artikel 19, tweede lid	Artikel 2.73, tweede lid	Artikel 2.83, tweede lid		
Artikel 19, derde lid, eerste en tweede volzin	Artikel 2.73, derde en vierde lid	Artikel 2.83, derde en vierde lid		
Artikel 19, vierde lid	Artikel 2.73, vijfde lid	Artikel 2.83, vijfde lid		
Artikel 20, eerste zin	Artikel 2.70, eerste lid	Artikel 2.79		
Artikel 20, tweede zin	Artikel 2.70, tweede lid	Artikel 2.79		
Artikel 21, eerste lid	Artikel 2.133	–		
Artikel 21, tweede lid	Artikel 2.62	–		
Artikel 21, derde lid	Artikel 2.134, eerste lid	–		
Artikel 21, vierde lid, eerste alinea	Artikel 2.63, eerste tot en met derde lid	–		
Artikel 21, vierde lid, tweede alinea	Artikel 2.63, eerste lid	–		
Artikel 21, vierde lid, derde alinea	Artikel 2.64, eerste lid	–		
Artikel 21, vierde lid, vierde alinea	Artikel 2.134, tweede lid	–		
Artikel 21, vierde lid, vijfde alinea	Artikel 2.63, vierde lid	–		
Artikel 21, vierde lid, vijfde alinea	Artikel 2.64, tweede lid	–		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 21, vierde lid, zesde alinea	Artikel 2.134, tweede en derde lid	–		
Artikel 21, vijfde lid	Artikel 2.66	–		
Artikel 21, zesde lid	Artikelen 2.67 en 2.134, vierde lid	–		
Artikel 21, zevende lid	Behoeft geen implementatie	–		
Artikel 22, eerste alinea	Artikel 2.68, eerste lid	–		
Artikel 22, tweede alinea, onderdelen a tot en met d	Artikel 2.68, tweede lid	–		
Artikel 22, derde alinea	Artikel 2.68, derde en vierde lid	–		
Artikel 23	Artikel 2.69	–		
Artikel 24, eerste lid	Artikel 2.71, eerste lid	Artikel 2.81, eerste lid	De richtlijn laat de lidstaat de keuze of de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf wordt verplicht tot het opnemen van de desbetreffende gegevens in de aanbestedingsstukken	Het is wenselijk de keuze aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf te laten. Ruimte voor maatwerk
Artikel 24, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.71, tweede lid	Artikel 2.81, tweede lid		
Artikel 24, tweede lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Behoeft geen implementatie		
Artikel 25, eerste volzin	Eerste volzin behoeft geen implementatie	Eerste volzin behoeft geen implementatie		
Artikel 25, tweede volzin	Artikel 2.18	Artikel 2.25		
Artikel 25, derde volzin	Artikelen 2.21	Artikel 2.28		
Artikel 25, vierde volzin	Artikelen 2.23 tot en met 2.27	–		
Artikel 26, eerste lid	Artikel 2.117, eerste lid	Artikel 2.125, eerste lid		
Artikel 26, tweede lid	Artikel 2.117, tweede lid	Artikel 2.125, tweede lid		
Artikel 26, derde lid	Artikel 2.117, derde en vierde lid	Artikel 2.125, derde en vierde lid		
Artikel 27, eerste lid, eerste alinea	Artikelen 2.21	Artikel 2.28		
Artikel 27, eerste lid, tweede alinea	Artikel 2.101, eerste lid	Artikel 2.109, eerste lid		
Artikel 27, tweede lid	Artikel 2.101, tweede lid	Artikel 2.100, tweede lid		
Artikel 27, derde lid	Artikel 2.101, derde tot en met zesde lid	Artikel 2.109, derde tot en met zesde lid		
Artikel 27, vierde lid	Artikel 2.102, eerste en derde lid	Artikel 2.110, eerste en derde lid		
Artikel 27, vijfde lid	Artikel 2.102, vierde lid	Artikel 2.110, vierde lid		
Artikel 27, zesde lid	Artikel 2.102, vijfde tot en met negende lid	Artikel 2.110, vijfde tot en met negende lid		
Artikel 27, zevende lid, eerste alinea	Artikel 2.103, eerste lid	Artikel 2.111, eerste lid		
Artikel 27, zevende lid, tweede alinea	Artikel 2.103, tweede lid	Artikel 2.111, tweede lid		
Artikel 27, achtste lid	Artikel 2.103, derde lid	Artikel 2.111, derde lid		
Artikel 28, eerste lid, behoudens het tweede deel van de eerste volzin in de aanhef	Artikel 2.23	Artikel 2.32		
Artikel 28, eerste lid, aanhef, eerste volzin, tweede deel	Artikel 2.125 en artikel 3.16, onderdeel C (artikel 3.1b, eerste lid, onderdeel e)	–		
Artikel 28, aanhef en tweede lid	Artikelen 2.24, eerste lid, onderdelen a en b	Artikel 2.33		
Artikel 28, aanhef en derde lid	Artikelen 2.24, eerste lid, onderdelen c tot en met e, tweede lid,	Artikel 2.33		
Artikel 28, aanhef en vierde lid, onder a	Artikelen 2.25	Artikel 2.35		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 28, aanhef en vierde lid, onder b	Artikelen 2.26	Artikel 2.36		
Artikel 28, aanhef en vijfde lid	Artikelen 2.27	–		
Artikel 29, eerste lid	Artikel 2.31	Artikel 2.44	De keuze om een raamovereenkomst te kunnen sluiten is aan de lidstaat	Het is wenselijk de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf deze mogelijk te bieden om hierdoor efficiënter te kunnen aanbesteden.
Artikel 29, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.128	Artikel 2.138		
Artikel 29, tweede lid, tweede alinea, eerste volzin	Artikel 2.128	Artikel 2.138		
Artikel 29, tweede lid, tweede alinea, tweede volzin	Artikel 2.129, eerste lid	Artikel 2.139, eerste lid		
Artikel 29, tweede lid, derde alinea	Artikel 2.129, tweede lid	Artikel 2.139, tweede lid		
Artikel 29, tweede lid, vierde alinea	Artikel 2.129, derde lid	Artikel 2.139, derde lid		
Artikel 29, tweede lid, vijfde alinea	Artikel 2.125, tweede lid en artikel 3.16, onderdeel C (artikel 3.1b, eerste lid, onderdeel e)	–		
Artikel 29, tweede lid, zesde alinea	Artikel 2.130	Artikel 2.140		
Artikel 29, derde lid, eerste alinea	Artikelen 2.32 en 2.131, eerste lid	Artikelen 2.45 en 2.141, eerste lid		
Artikel 29, derde lid, tweede alinea	Artikel 2.131, tweede lid	Artikel 2.141, tweede lid		
Artikel 29, vierde lid	Artikelen 2.33, 2.34 en 2.132	Artikelen 2.46, 2.47 en 2.142		
Artikel 30, eerste lid, eerste alinea	Artikel 2.42	Artikel 2.58		
Artikel 30, eerste lid, tweede alinea	Artikel 2.44	Artikel 2.60		
Artikel 30, eerste lid, eerste en tweede alinea	Artikel 2.45, eerste en tweede lid (ten aanzien van kopersprofiel)	Artikel 2.61, eerste en tweede lid		
Artikel 30, eerste lid, derde alinea	Artikel 2.45, derde en vierde lid	Artikel 2.61, derde en vierde lid		
Artikel 30, eerste lid, vierde alinea	Artikel 2.54, derde en vierde lid	Artikel 2.71, vierde en vijfde lid		
Artikel 30, eerste lid, vijfde alinea	Behoeft geen implementatie	idem		
Artikel 30, tweede lid	Artikel 2.46, eerste en vierde lid	Artikel 2.62		
Artikel 30, derde lid, eerste alinea	Artikel 2.125	Artikel 2.133		
Artikel 30, derde lid, tweede alinea	Artikel 2.126	Artikel 2.134		
Artikel 30, derde lid, derde alinea	Artikel 2.127	Artikel 2.137		
Artikel 31	Behoeft geen expliciete implementatie	Idem	De richtlijn biedt de mogelijkheid dat aanbestedende diensten ook zonder daartoe verplicht te zijn aankondigingen bekendmaken. Op grond van dit wetsvoorstel blijft dit mogelijk	
Artikel 32, eerste lid	Artikel 2.46, derde lid juncto artikel 3.3			

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 32, tweede lid	Artikel 2.46, tweede en derde lid	Artikel 2.62	De richtlijn laat de ruimte om ook op een andere manier dan langs elektronische weg de aankondiging aan de Europese Commissie te zenden.	Het wetsvoorstel verplicht tot gebruikmaking van het elektronisch systeem voor aanbesteden om hierdoor het aanbestedingsproces eenvormiger en efficiënter te doen plaatsvinden.
Artikel 32, derde lid	Behoeft geen implementatie	Idem	Lid richt zich tot de Commissie	
Artikel 32, vierde lid	Behoeft geen implementatie	Idem	Lid richt zich tot de Commissie	
Artikel 32, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 2.49, eerste lid	Artikel 2.65, eerste lid		
Artikel 32, vijfde lid, tweede alinea	Artikel 2.49, tweede lid	Artikel 2.65, tweede lid		
Artikel 32, vijfde lid, derde alinea	Artikel 2.45, vijfde en zesde lid	Artikel 2.61, vijfde en zesde lid		
Artikel 32, zesde lid	Nvt aankondiging altijd elektronisch via (Europees) Elektr. Systeem voor aanbesteden	Idem		
Artikel 32, zevende lid	Artikel 2.48	Artikel 2.64		
Artikel 32, achtste lid	Behoeft geen implementatie	Idem	Lid richt zich tot de Europese Commissie	
Artikel 33, eerste lid	Artikel 2.53	Artikel 2.70		
Artikel 33, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.54, eerste lid	Artikel 2.71, tweede lid	Bij aankondiging langs elektronische weg kan de termijn van artikel 33, derde lid, eerste alinea, met zeven dagen worden verkort	Omdat aankondiging via het elektronisch systeem voor aanbesteden is voorgeschreven in het wetsvoorstel, is de ruimte van artikel 33, vierde lid, in het wetsvoorstel benut.
Artikel 33, tweede lid, tweede alinea	Artikel 2.54, tweede lid	Artikel 2.71, derde lid		
Artikel 33, derde lid, eerste en tweede alinea	Artikel 2.54, derde lid	Artikel 2.71, vierde lid	De woorden in de richtlijn «in de regel» zijn niet overgenomen om onduidelijke regelgeving te vermijden.	
Artikel 33, derde lid, derde alinea	Artikel 2.54, vierde lid	Artikel 2.71, vijfde lid		
Artikel 33, vierde lid	Impl. In voorschriften om gebruik te maken van het elektronisch systeem voor aanbesteden (als in artikel 2.46, tweede lid)	Idem (als in artikel 2.62, tweede lid)	Elektronische bekendmaking verkort de minimumtermijn	Aankondiging is altijd elektronisch
Artikel 33, vijfde lid	Artikel 2.55	Artikel 2.72		
Artikel 33, zesde lid	Artikel 2.56	Artikel 2.73		
Artikel 33, zevende lid	Artikel 2.57	Artikel 2.74		
Artikel 34, eerste lid	Artikel 2.96	Artikel 2.104		
Artikel 34, tweede lid	Artikel 2.97, eerste lid	Artikel 2.105, eerste lid		
Artikel 34, derde lid	Artikel 2.52	Artikel 2.69		
Artikel 34, vierde lid	Artikel 2.37	Artikel 2.54		
Artikel 34, vijfde lid, eerste alinea, aanhef en onderdelen a tot en met e	Artikel 2.97, tweede lid	Artikel 2.105, tweede lid		
Artikel 34, vijfde lid, tweede alinea	Artikel 2.102, zesde lid	Artikel 2.110, zesde lid		
Artikel 35, eerste lid	Artikel 2.94, eerste lid	Artikel 2.102	Mededeling van afwijzing en uitsluiting op verzoek schriftelijk	Mededeling altijd schriftelijk, analoog aan de verplichte schriftelijke mededeling van de gunningsbeslissing.
Artikel 35, tweede lid, onderdeel a	Artikel 2.94, tweede lid	Artikel 2.102, tweede lid		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 35, tweede lid, onderdeel b Artikel 35, tweede lid, onderdeel c	Artikel 2.94, derde en vierde lid Behoeft geen implementatie	Artikel 2.102, derde lid Artikel 2.121, tweede lid	Onderdeel is reeds geregeld in artikel 2.120, eerste lid	
Artikel 35, derde lid Artikel 36, eerste lid	Artikel 2.95 Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Artikel 2.103 Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b		
Artikel 36, tweede lid	Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b		
Artikel 36, derde lid, eerste zinsdeel	Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b		
Artikel 36, derde lid, tweede zinsdeel Artikel 36, vierde lid	Artikel 2.99 Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Artikel 2.108 Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b		
Artikel 36, vijfde lid, aanhef en onderdeel a en bijlage VIII	Artikel 3.1, eerste lid	Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b		
Artikel 36, vijfde lid, aanhef en onderdeel b	Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b	Lidstaten kunnen geavanceerde elektronische handtekening eisen	Wordt nader bezien bij invulling amvb
Artikel 36, vijfde lid, aanhef en onderdeel c	Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b	Lidstaten kunnen vrijwillige toelatingsregelingen instellen	Wordt nader bezien bij invulling amvb
Artikel 36, vijfde lid, aanhef en onderdeel d	Artikel 3.1, eerste lid, onderdeel b	Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b		
Artikel 36, zesde lid	Artikel 3.1, eerste lid, onderdelen a en b	Artikel 4.12, eerste lid, onderdelen a en b		
Artikel 37, eerste lid Artikel 37, tweede lid Artikel 37, derde lid Artikel 38, eerste lid, tweede zinsdeel	Artikel 2.123 Artikel 2.40 Artikel 2.125 Artikel 2.93	Artikel 2.131 Artikel 2.56 Artikel 2.133 Artikel 2.101		
Artikel 38, eerste lid, behoudens tweede zinsdeel	Behoeft geen implementatie	Behoeft geen implementatie		
Artikel 38, tweede lid, eerste en tweede alinea	Artikel 2.80	Artikel 2.90		
Artikel 38, tweede lid, derde alinea	Artikel 2.47	Artikel 2.62		
Artikel 38, derde lid, eerste alinea,	Artikel 2.90	Artikel 2.99, eerste lid		
Artikel 38, derde lid, tweede alinea	Artikel 2.91, eerste, derde en vierde lid	Artikel 2.99, tweede en derde lid		
Artikel 38, derde lid, derde alinea	Artikel 2.91, vijfde lid	–		
Artikel 38, derde lid, vierde alinea, eerste volzin	Artikel 2.92, eerste en tweede lid	–		
Artikel 38, derde lid, vierde alinea, tweede volzin	Artikel 2.92, derde lid	–		
Artikel 38, derde lid, vierde alinea, derde volzin	Artikel 2.92, vierde lid	–		
Artikel 38, vierde lid Artikel 38, vijfde lid, eerste volzin	Artikel 2.92, vijfde lid Artikel 2.102, eerste en derde lid	Artikel 2.99, zesde lid Artikelen 2.110, eerste en derde lid en 2.125, derde en vierde lid		
Artikel 38, vijfde lid, tweede volzin Artikel 39, eerste lid, eerste alinea, onderdelen a tot en met e	Artikelen 2.102, tweede lid en 2.117, vijfde lid Artikel 2.76	Artikel 2.110, tweede lid en 2.125, vijfde lid Artikel 2.86		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 39, eerste lid, tweede alinea	Artikel 2.78, onderdelen b en c	Artikel 2.88, onderdelen b en c	De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbieding van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden van artikel 39, eerste lid	Het wetsvoorstel geeft in artikel 2.77, onderdelen b en c de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf de ruimte tot een individuele afweging in de daar genoemde gevallen.
Artikel 39, eerste lid, derde alinea, eerste volzin	Artikel 2.78, onderdeel a	Artikel 2.88, onderdeel a	De lidstaten kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgezien van de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden	Het is wenselijk dat aanbestedende diensten in noodsituaties een opdracht zo snel mogelijk kunnen gunnen, ongeacht of al dan niet sprake is van een onherroepelijk veroordeelde onderneming.
Artikel 39, eerste lid, derde alinea, tweede volzin en vierde alinea, eerste en tweede volzin	Artikel 2.79	Artikel 2.89		
Artikel 39, tweede lid	Artikel 2.77	Artikel 2.87	Nb. Beleidskeuze om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om een ondernemer wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling aanhangig is gemaakt uit te sluiten van een opdracht	
Artikel 39, derde lid	Artikel 2.79	Artikel 2.89		
Artikel 39, vierde lid	Artikel 2.79 en artikelen 3.15, onderdeel E en 3.17, onderdeel C	Artikel 2.89 en artikel 4.1		
Artikel 40, eerste alinea	Artikel 2.89, eerste lid	Artikel 2.98, eerste lid		
Artikel 40, tweede alinea	Artikel 2.89, tweede lid	Artikel 2.98, tweede lid		
Artikel 40, derde alinea	Behoeft geen implementatie; volgt rechtstreeks uit het VWEU			
Artikel 41, eerste lid	Artikel 2.81	Artikel 2.91		
Artikel 41, tweede lid	Artikel 2.82, eerste lid	Artikel 2.92, eerste lid		
Artikel 41, derde lid	Artikel 2.82, tweede lid	Artikel 2.92, tweede lid		
Artikel 41, vierde lid	Artikel 2.81, eerste lid	Artikel 2.91, eerste lid		
Artikel 41, vijfde lid	Artikel 2.81, tweede lid	Artikel 2.91, tweede lid		
Artikel 42, eerste lid	Artikel 2.83	Artikel 2.93		
Artikel 42, tweede lid	Artikel 2.84, eerste lid	Artikel 2.94, eerste lid		
Artikel 42, derde lid	Artikel 2.84, tweede lid	Artikel 2.94, tweede lid		
Artikel 42, vierde lid	Artikel 2.85	Artikel 2.95		
Artikel 42, vijfde lid	Artikel 2.47	Artikel 2.63		
Artikel 42, zesde lid	Artikel 2.86	–		
Artikel 43, eerste volzin	Artikel 2.87, eerste lid	Artikel 2.96, eerste lid		
Artikel 43, tweede en derde volzin	Artikel 2.87, tweede lid	Artikel 2.96, tweede lid		
Artikel 44	Artikel 2.88	Artikel 2.97		
Artikel 45	Artikel 2.38	Artikel 2.55		
Artikel 46, eerste tot en met achtste lid	Artikel 3.1, tweede lid	Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid	Lidstaat kan lijsten van erkende ondernemers of certificerings-instellingen instellen	
Artikel 47, eerste lid	Artikelen 2.105 en 2.106, eerste en tweede lid	Artikelen 2.113 en 2.114, eerste en tweede lid		
Artikel 47, tweede lid	Artikel 2.106, derde en vierde lid	Artikel 2.114, derde en vierde lid		



Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 48, eerste lid	Artikel 2.108, aanhef en eerste lid, onder c	Artikel 2.116, aanhef en eerste lid, onder c	Lidstaat kan voorzien in mogelijkheid van elektronische veiling	De mogelijkheid van een elektronische veiling draagt bij aan de mogelijkheden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om efficiënt aan te kunnen besteden.
Artikel 48, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.108, aanhef en eerste lid, onder c	Artikel 2.116, aanhef en eerste lid, onder c		
Artikel 48, tweede lid, tweede alinea	Artikel 2.109	Artikel 2.117, tweede lid		
Artikel 48, tweede lid, derde alinea	Artikel 2.116, derde lid, juncto artikel 2.104	Artikel 2.124, derde lid, jo. artikel 2.113		
Artikel 48, derde lid, eerste alinea	Artikel 2.108, eerste lid, aanhef en onder a en b	Artikel 2.116, eerste lid, aanhef en onder a en b		
Artikel 48, derde lid, tweede alinea	Artikel 2.110	Artikel 2.118		
Artikel 48, vierde lid, eerste alinea	Artikel 2.111	Artikel 2.119		
Artikel 48, vierde lid, tweede alinea, eerste volzin	Artikel 2.112	Artikel 2.120		
Artikel 48, vierde lid, tweede alinea, tweede volzin	Artikel 2.113	Artikel 2.121		
Artikel 48, vierde lid, tweede alinea, derde volzin	Artikel 2.114, eerste lid	Artikel 2.122, eerste lid		
Artikel 48, vijfde lid	Artikel 2.114, tweede tot en met vierde lid	Artikel 2.122, tweede tot en met vierde lid		
Artikel 48, zesde lid	Artikel 2.115	Artikel 2.123		
Artikel 48, zevende lid	Artikel 2.116, eerste en tweede lid	Artikel 2.124, eerste en tweede lid		
Artikel 48, achtste lid, eerste alinea	Artikel 2.116, derde lid	Artikel 2.124, derde lid		
Artikel 48, achtste lid, tweede alinea	Artikel 2.108, derde lid	Artikel 2.116, derde lid		
Artikel 49, eerste lid	Artikel 2.107, eerste en tweede lid	Artikel 2.115, eerste en tweede lid		
Artikel 49, tweede lid	Artikel 2.107, derde lid	Artikel 2.115, derde lid		
Artikel 49, derde lid	Artikel 2.107, vierde en vijfde lid	Artikel 2.115, vierde en vijfde lid		
<b>TITEL III REGELS BETREFFENDE ONDERAANNEMING</b>				
Artikel 50, eerste lid	Artikelen 2.134, vijfde lid	Artikel 2.152, uitsluitend voor concessie voor openbare werken	De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dient in de gevallen dat dit van toepassing is, te waarborgen dat de geselecteerde inschrijvers de paragrafen 2.4.2.2 tot en met 2.4.2.4 in acht nemen.	
Artikel 50, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.65			
Artikel 50, tweede lid, tweede alinea	Implementatie door omzetting van titel III van de richtlijn in het wetsvoorstel			
Artikel 51	Artikelen 1.3, tweede lid juncto artikelen 1.4 en 1.5	–		
Artikel 52, eerste lid	Artikel 2.136, eerste lid	–		
Artikel 52, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.137, eerste lid	–		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 52, tweede lid, tweede alinea	Artikel 2.137, tweede lid en artikel 3.16	–	Het formulier voor de aankondiging voor een opdracht in onderaanneming dient verplicht gebruikt te worden. Dat kan ook via het elektronisch systeem voor aanbesteden.	
Artikel 52, derde lid	Artikelen 2.138 en 2.139	–		
Artikel 52, vierde lid	Artikel 2.136, derde lid	–		
Artikel 52, vijfde lid	Artikel 2.140	–		
Artikel 52, zesde lid, eerste alinea	Artikel 2.144, eerste lid	–		
Artikel 52, zesde lid, tweede alinea	Artikel 2.144, tweede en derde lid	–		
Artikel 52, zesde lid, derde alinea	Artikel 2.144, vierde lid	–		
Artikel 52, zesde lid, vierde alinea	Artikel 2.144, vijfde lid	–		
Artikel 52, zevende lid	Artikel 1.3, tweede lid	–		
Artikel 52, achtste lid	Artikel 2.136, tweede lid	–		
Artikel 53, eerste alinea	Artikel 2.142	–		
Artikel 53, tweede alinea	Artikel 2.143	–		
Artikel 54	Artikel 2.135, tweede lid	–	Het betreft inschrijvers die tevens aanbestedende diensten en speciale-sectoren zijn, en waarop dit wetsvoorstel al van toepassing is.	
<b>TITEL IV REGELS DIE VAN TOEPASSING ZIJN OP BEROEPSPROCEDURES</b>				
Artikel 55, eerste lid	Omzetting volgt uit artikelen over reikwijdte, toepassingsbereik en uitzonderingen in hoofdstuk 2			
Artikel 55, tweede lid	Inspanningsverplichting voor de lidstaat die geen implementatie behoeft	Inspanningsverplichting voor de lidstaat die geen implementatie behoeft		
Artikel 55, derde lid	Reeds geïmplementeerd	Reeds geïmplementeerd		
Artikel 55, vierde lid	Reeds geïmplementeerd	Reeds geïmplementeerd		
Artikel 55, vijfde lid	Van optie wordt geen gebruik gemaakt	Van optie wordt geen gebruik gemaakt	Mogelijkheid om ondernemer te verplichten bij de aanbestedende dienst te melden dat hij voornemens is beroep in te stellen.	Deze optie voegt in het Nederlandse systeem niets toe.
Artikel 55, zesde lid, eerste alinea	Van optie wordt geen gebruik gemaakt	Van optie wordt geen gebruik gemaakt	Mogelijkheid om ondernemer te verplichten beroep in te stellen bij aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf	Deze optie past bij een administratief-rechtelijk systeem. In het civiele systeem is dit niet goed denkbaar.
Artikel 55, zesde lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea	Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea	Met welke middelen wordt beroep ingesteld.	
Artikel 55, zesde lid, derde alinea	Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea	Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea		
Artikel 56, eerste lid	Reeds geïmplementeerd in o.m. art. 254 Rv en in systeem BW en Rv	Idem		
Artikel 56, tweede lid	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Behoeft naar zijn aard geen implementatie		
Artikel 56, derde lid	Artikel 2.122	Artikel 2.130	(opschorting alleen bij KG)	

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 56, vierde lid	behoeft naar zijn aard geen implementatie	Behoeft opschortende werking is beperkt tot bepaalde gevallen	Artikelsgewijze toelichting bij art 7 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3	
Artikel 56, vijfde lid	Is reeds geïmplementeerd in systeem van voorlopige voorziening	Is reeds geïmplementeerd in systeem van voorlopige voorziening		
Artikel 56, zesde lid	Van deze optie is geen gebruik gemaakt	Is reeds geïmplementeerd in systeem van voorlopige voorziening	Optie om civiele rechter zich enkel over schadevergoeding uit te laten	De rechter kan zich ook over de overeenkomst uitspreken
Artikel 56, zevende lid, eerste alinea	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Laat effecten van overeenkomst aan nationaal recht	
Artikel 56, zevende lid, tweede alinea	Van optie wordt geen gebruik gemaakt.	Van optie wordt geen gebruik gemaakt	Optie om civiele rechter zich enkel over schadevergoeding uit te laten	De rechter kan zich ook over de overeenkomst uitspreken
Artikel 56, achtste lid	Reeds geïmplementeerd in systeem BW en Rv doordat uitvoerbaarheid bij voorraad gevraagd kan worden			
Artikel 56, negende lid, eerste alinea	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Behoeft naar zijn aard geen implementatie		
Artikel 56, tiende lid, eerste alinea	Is reeds geïmplementeerd	–	Zie onder meer Wet Rechterlijke Organisatie en Archiefwet	
Artikel 56, tiende lid, tweede en derde alinea	Van deze optie is geen gebruik gemaakt	–	Ook zonder specifieke rechterlijke instantie, zijn voldoende waarborgen aanwezig.	
Artikel 56, tiende lid, vierde alinea	Is reeds geïmplementeerd	–	De hier bedoelde belangen worden op dezelfde wijze in het procesrecht gewaarborgd als andere vertrouwelijke gegevens (zie voorts onder: HvJEG 14 februari 2008, Varec/Belgische Staat, C-450/06, Jur. 2008, I-581	
Artikel 57, eerste lid	Artikel 2.117, eerste lid	Artikel 2.125, eerste lid		
Artikel 57, tweede lid, eerste alinea	Artikel 2.118, eerste tot en met derde lid; artikel 2.120 om verenigbaarheid met deze bepaling te waarborgen	Artikel 2.126, eerste tot en met derde lid; artikel 2.128 om verenigbaarheid met deze bepaling te waarborgen	Keuze voor de duur van de opschortende termijn	Toegelicht in o.m. paragraaf 4.1 van de memorie van toelichting bij de Wira (kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 3)
Artikel 57, tweede lid, tweede alinea	Artikel 2.119, eerste lid	Artikel 2.127, eerste lid		
Artikel 57, tweede lid, derde alinea	Artikel 2.119, tweede lid	Artikel 2.127, tweede lid		
Artikel 57, tweede lid, vierde alinea	Artikel 2.121, eerste lid	Artikel 2.129, eerste lid		
Artikel 58, eerste alinea, onder a, b en c,	Artikel 2.118, vierde lid	Artikel 2.126, vierde lid		
Artikel 58, tweede alinea	Artikel 3.2, eerste lid, aanhef en onder c	Artikel 4.15, eerste lid, aanhef en onder c		
Artikel 59, eerste zin	Van optie is geen gebruik gemaakt	Van optie is geen gebruik gemaakt	Mogelijkheid om vervaltermijn voor een kort geding in te stellen	Deze optie beperkt de mogelijkheden van ondernemers om op te komen tegen een onwettelijke beslissing.
Artikel 59, tweede zin	Van optie is geen gebruik gemaakt	Van optie is geen gebruik gemaakt		
Artikel 60, eerste lid	Artikel 3.2, eerste lid jo. Artikel 3.51 BW	Artikel 4.15, eerste lid jo. Artikel 3:51 BW		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 60, tweede lid	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Laat gevolgen vernietiging aan nationale recht, vernietiging kent in Nederland terugwerkende kracht.	
Artikel 60, derde lid, eerste alinea	Artikel 3.5, eerste en tweede lid	Artikel 4.18, eerste lid	Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op algemeen belang	Toegelicht in paragraaf 4.2.4 van de memorie van toelichting bij de Wira (Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 3).
Artikel 60, derde lid, tweede en derde alinea	Artikel 3.5, derde lid	Artikel 4.18, tweede lid		
Artikel 60, derde lid, vierde alinea	Artikel 3.5, tweede lid	–		
Artikel 60, derde lid, vijfde alinea	Artikel 3.8	–		
Artikel 60, vierde lid	Artikel 3.3, eerste lid	Artikel 4.16, eerste lid		
Artikel 60, vijfde lid	Artikel 3.3, tweede lid	Artikel 4.16, tweede lid		
Artikel 61, eerste lid	Artikel 3.2, eerste lid, aanhef en onder b, jo artikelen 3.5 tot en met 3.7	Artikel 4.15, eerste lid, aanhef en onder b, jo. Artikelen 4.18 tot en met 4.20	Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op relevante aspecten.	Toegelicht in paragraaf 4.2.4 van de memorie van toelichting van de Wira (Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 3).
Artikel 61, tweede lid, eerste zin	Artikel 3.8, derde lid	Artikel 4.21, derde lid		
Artikel 61, tweede lid, tweede en derde zin	Artikel 3.5, en 3.6, eerste leden	Artikel 4.18 en 4.19, eerste leden		
Artikel 62, eerste lid, aanhef en onder a	Artikel 3.2, tweede lid, aanhef en onder a	Artikel 4.15, tweede lid, aanhef en onder a	Keuze om termijn van 30 dagen toe te passen	Toegelicht in paragraaf 4.2.4 van de memorie van toelichting van de Wira (Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 3).
Artikel 62, eerste lid, aanhef en onder b	Artikel 3.2, tweede lid, aanhef en onder b	Artikel 4.15, tweede lid, aanhef en onder b		
Artikel 62, tweede lid	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Termijnen voor het instellen van beroep wordt aan nationaal recht gelaten.	
Artikel 63	Deels gericht tot de Europese Commissie en deels feitelijk handelen	Deels gericht tot de Europese Commissie en deels feitelijk handelen		
Artikel 64	Artikel 3.4	Artikel 4.17		
<b>TITEL V STATISTISCHE VERPLICHTINGEN UITVOERINGS-BEVOEGDHEDEN EN SLOTBEPALINGEN</b>				
Artikel 65 en 66	Artikel 3.16, onderdeel C (artikel 3.1a) en feitelijke uitvoering door de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie	Artikel 4.13, aanhef en onder c, en feitelijke uitvoering door de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie		
Artikel 67	Behoeft geen implementatie	Behoeft geen implementatie		
Artikel 68, eerste lid	Artikel 2.4	Behoeft geen implementatie		
Artikel 68, tweede lid	Artikel 2.4	Behoeft geen implementatie		
Artikel 68, derde lid	Artikel 2.4	Behoeft geen implementatie		
Artikel 69, eerste lid	Behoeft geen implementatie			
Artikel 69, tweede lid, aanhef en onder a	Artikel 1.2			
Artikel 69, tweede lid, aanhef en onder b	Behoeft geen implementatie	–		
Artikel 70	Artikel 3.17, onderdeel B	Afdeling 3.1.4		
Artikel 71	Artikel 3.17, onderdeel A	Artikel 2.23		

Richtlijn 2009/81/EG	Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, tenzij anders aangegeven	Verhouding tot artikelen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. (Kamerstukken II, 32 440) <sup>1</sup>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte
Artikel 72	Behoeft geen implementatie	–		
Artikel 73,	Behoeft geen implementatie	–		
Artikel 74	Behoeft geen implementatie	–		
Artikel 75	Behoeft geen implementatie	–		
Bijlagen I tot en met VIII	Implementatie voor zover nodig door middel dynamische verwijzing in de desbetreffende artikelen en door beschikbaarstelling van formulieren door middel van elektronisch systeem voor aanbesteden	idem		

<sup>1</sup> De verwijzing naar een artikel uit het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. houdt niet in dat dit artikel gelijklopend is aan een daarmee corresponderend artikel in dit wetsvoorstel.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen