

Vergaderjaar 2009–2010

32 440

Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----------|---|-----------|
| I | ALGEMEEN | 3 |
| 1. | Inleiding | 3 |
| 2. | Huidig aanbestedingskader | 3 |
| 2.1 | Voorgeschiedenis | 3 |
| 2.2 | Regelgeving | 3 |
| 2.3 | Aanvullende initiatieven door aanbestedende diensten | 4 |
| 2.4 | Rechtsbescherming | 5 |
| 2.5 | Opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid | 5 |
| 3. | Ambities wetsvoorstel en aanvullende maatregelen | 6 |
| 3.1 | Inleiding | 6 |
| 3.2 | Verbeteren toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten | 6 |
| 3.3 | Uniformering van de aanbestedingspraktijk | 7 |
| 3.4 | Verlaging administratieve lasten | 8 |
| 3.5 | Ruimte bieden aan innovatie en duurzaamheid | 9 |
| 3.6 | Laagdrempelige klachtenafhandeling | 10 |
| 3.7 | Verbetering naleving aanbestedingsregels | 11 |
| 3.8 | Ondersteuning en stimulering verdere professionalisering | 13 |
| 4. | Maatregelen in het wetsvoorstel | 13 |
| 4.1 | Europese beginselen en nationale uitgangspunten bij aanbesteden | 13 |
| 4.2 | Uitschrijven procedures | 16 |
| 4.3 | Uniforme eigen verklaring | 17 |
| 4.4 | Kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken | 17 |
| 4.5 | Verplicht gebruik TenderNed bij aankondiging | 18 |
| 4.6 | Verbeterde toetsing integriteit | 18 |
| 5. | Aanvullende maatregelen | 19 |
| 5.1 | Handreiking proportionaliteit | 19 |
| 5.2 | Voorstel klachtenafhandeling | 20 |
| 5.3 | TenderNed | 21 |

| | | |
|------------|---|------------|
| 5.4 | Professionalisering met behulp van PIANOo | 21 |
| 5.5 | Overzicht maatregelen | 22 |
| 6. | Structuur wetsvoorstel | 24 |
| 6.1 | Opbouw wetsvoorstel | 24 |
| 6.2 | Terminologie wetsvoorstel | 24 |
| 6.3 | Implementatiemethode Europese aanbestedingsrichtlijnen | 24 |
| 7. | Gevolgen voor de lasten | 25 |
| 7.1 | Lasten bij aanbesteden | 25 |
| 7.2 | Lastenverlaging door verbeterde uitvoeringspraktijk | 26 |
| 7.3 | Meting lasteneffecten maatregelen | 26 |
| 7.4 | Overzicht totale lastenontwikkeling | 27 |
| 7.5 | Lastenontwikkeling per maatregel | 27 |
| 7.6 | Effecten digitalisering door TenderNed | 29 |
| 7.7 | Kwalitatieve effecten | 30 |
| 7.8 | Alternatieven | 31 |
| 7.9 | Overige bedrijfseffecten | 31 |
| 8. | Consultatie | 32 |
| 8.1 | Consultatie belanghebbenden | 32 |
| 8.2 | Aanbevelingen Raad van Advies voor de nieuwe Aanbestedingswet | 38 |
| 8.3 | Consultatie Raad voor de rechtspraak | 40 |
| 9. | Ervaringen in het buitenland | 40 |
| 10. | Notificatie | 41 |
| II | ARTIKELEN | 42 |
| III | TRANSPONERINGSTABELLEN | 118 |

I ALGEMEEN

1. Inleiding

Het wetsvoorstel beoogt een duidelijk en eenvormig kader te bieden voor aanbesteden. Het is erop gericht dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht.

Het wetsvoorstel bevat daartoe een hernieuwde, toegankelijker implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen¹ en rechtsbeschermingsrichtlijnen² ter bevordering van de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving van het aanbestedingsrecht. Voorts strekt het wetsvoorstel ertoe de totstandkoming van concurrentie te bevorderen zonder de mogelijkheid om te kiezen voor een enkelvoudig onderhandse procedure aan te tasten. Het wetsvoorstel biedt ruimte aan maatwerk zodat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven (bedrijven in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten) kunnen inspelen op de diversiteit in de aanbestedingswereld en het innovatievermogen van het bedrijfsleven optimaal kunnen benutten.

2. Huidig aanbestedingskader

2.1 Voorgeschiedenis

Tot 2004 werd de Europese aanbestedingsregelgeving in Nederland geïmplementeerd door verwijzing naar de (destijds geldende) Europese aanbestedingsrichtlijnen in de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen. Begin 2004 werden twee nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld: richtlijn nr. 2004/17/EG en richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU L 134) (verder: richtlijn nr. 2004/18/EG). Deze richtlijnen zijn in 2005 vanwege de korte implementatietermijnen tekstueel vrijwel één op één geïmplementeerd in twee algemene maatregelen van bestuur, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass), gebaseerd op de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.

In 2003 presenteerde de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, (hierna: PEC) haar rapport (Kamerstukken II 2002/2003 28 244). In de kabinetsreactie op dit rapport kondigde het toenmalige kabinet aan te komen met een strakker en eenvormiger juridisch aanbestedingskader voor overheidsopdrachten, dat tegelijkertijd ruimte zou bieden aan de verschillende soorten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om via maatwerk de beste prijs-kwaliteitverhouding te realiseren. Mede om invulling te geven aan dit voornemen is in 2006 een nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend (Aanbestedingswet, Kamerstukken II 2006/2007, 30 501). Dit wetsvoorstel is in juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen.

2.2 Regelgeving

De regels en voorschriften die in de huidige situatie van toepassing zijn op aanbestedingen verschillen naar gelang sector en omvang van de opdracht.

¹ Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie 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) en richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU L 134). De reeds voltooide implementatie van deze richtlijnen vond plaats in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. In paragraaf III van deze memorie van toelichting zijn transponeringstabellen opgenomen.

² Richtlijn nr. 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU L 335). Deze richtlijn is geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden. De transponeringstabel is opgenomen in deel III van deze memorie van toelichting.

2.2.1 Regelgeving boven de Europese drempelwaarden

De Europese aanbestedingsrichtlijnen nr. 2004/17/EG en nr. 2004/18/EG zijn van toepassing op opdrachten voor werken, leveringen en diensten door aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven, waarvan de waarde een bepaalde drempelwaarde overstijgt. De hoogte van de toepasselijke drempelwaarde is weer afhankelijk van het soort opdracht (voor werken of voor leveringen en diensten). De hoogte van de drempelbedragen wijzigt iedere twee jaar. Per 1 januari 2010 gelden de volgende bedragen:

| Aanbestedende dienst | Leveringen en diensten | Werken |
|--|------------------------|-------------|
| Centrale overheid | € 125.000 | € 4.845.000 |
| Decentrale overheid en publiekrechtelijke instellingen | € 193.000 | € 4.845.000 |
| Speciale sectorbedrijven | € 387.000 | € 4.845.000 |

Boven de Europese drempelwaarden geldt een aantal beginselen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen; de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie. Ook geldt het beginsel van proportionaliteit dat in de overwegingen bij deze richtlijnen is opgenomen. Voorts bepalen de Europese aanbestedingsrichtlijnen dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf boven de Europese drempelwaarden mag kiezen uit een beperkt aantal procedures. Bij iedere procedure is aangegeven hoe deze moet worden aangekondigd, welke uitsluitinggronden gelden, en welke geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningcriteria een opdrachtgever mag hanteren.

In het Bao en het Bass is ter implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen een regeling opgenomen voor de toetsing van de integriteit van ondernemers. Op grond hiervan dienen ondernemers op verzoek van de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf een «Verklaring omtrent het gedrag» (verder: VOG) te overleggen om aan te tonen dat hun bedrijf niet is veroordeeld voor het begaan van (bepaalde) strafbare feiten.

2.2.2. Regelgeving onder de Europese drempelwaarden

Voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden gelden in de huidige situatie geen regels. Wel heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (voorheen: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) bepaald dat de beginselen ook gelden voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

2.3 Aanvullende initiatieven door aanbestedende diensten

2.3.1. Aanbestedingsreglement Werken 2005

In het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (hierna: ARW) staan de procedures voor aanbestedingen voor werken stapsgewijs uitgeschreven, zowel voor boven als onder de Europese drempelwaarden. Het ARW maakt de procedures inzichtelijk zonder voor te schrijven wanneer welke procedure moet worden toegepast. Daardoor is maatwerk mogelijk en blijft de inhoudelijke invulling van de aanbesteding de primaire verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst zelf.

Toepassing van het ARW wordt niet wettelijk voorgeschreven. Desondanks hebben de vier bouwdepartementen (Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Verkeer en Waterstaat, Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, en Defensie) zich door middel van de door de betrokken ministers vastgestelde Beleidsregels Aanbesteding Werken 2005 (BAW) aan de toepassing van het ARW verbonden. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal overleg (IPO) en de Unie

van Waterschappen hebben het ARW aan hun achterban aanbevolen. Dit zorgt ervoor dat het niet-bindende reglement breed wordt toegepast. Uit een analyse van ruim 2000 aankondigingen in de bouwsector door de Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra in 2008 blijkt dat het ARW in 92% van de aanbestedingen voor werken wordt toegepast.

2.3.2. Beleidsregels aanbestedende diensten

Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven hebben vaak eigen beleidsregels vastgesteld voor aanbesteden onder de Europese drempelwaarden aanvullend op het Bao, het Bass en het ARW. Gemeenten hebben in 79% van de gevallen een nota aanbestedingsbeleid vastgesteld en in 89% is het handelen met betrekking tot het inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente duidelijk voorgeschreven («Inkopen en aanbesteden», SGBO 2006). In de beleidsnota en de voorgeschreven handelingen wordt veelal de interne besluitvorming met betrekking tot inkoop en aanbesteden geschetst en wordt voorgeschreven vanaf welke opdrachtwaarde een bepaalde procedure moet worden toegepast. Met de beleidsregels proberen de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de interne processen te sturen en transparant te zijn naar ondernemers.

De huidige situatie kan als volgt in een schema worden samengevat:

| | | Leveringen en Diensten | Werken |
|--------------------------------------|--------------------------|---|---|
| Boven Europese drempelwaarden | Regelgeving | Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd in Raamwet, Bao en Bass | Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd in Raamwet, Bao en Bass |
| | Aanvullend beleid | PIANOo | BAW ARW PIANOo |
| Onder Europese drempelwaarden | Regelgeving | Beginnelsen, alleen voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang | Beginnelsen, alleen voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang |
| | Aanvullend beleid | Beleidsregels aanbesteden gemeenten PIANOo | BAW ARW Beleidsregels aanbesteden gemeenten PIANOo |

2.4 Rechtsbescherming

In aanvulling op het aanbestedingsrechtelijk kader van de Europese aanbestedingsrichtlijnen bepalen de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen¹ dat elke ondernemer moet kunnen beschikken over snelle en doeltreffende rechtsmiddelen wanneer hij zich benadeeld acht in een aanbestedingsprocedure. Wanneer een ondernemer een geschil heeft met een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf over een aanbesteding, kan hij dit voorleggen aan de burgerlijke rechter, in de praktijk veelal de rechter in kort geding.

Recent zijn de rechtsbeschermingsrichtlijnen gewijzigd om op een aantal punten de doeltreffendheid van rechtsbescherming verder te verhogen. De implementatie heeft plaatsgevonden in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira).

2.5 Opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid

Op 13 juli 2009 is een nieuwe richtlijn op aanbestedingsgebied vastgesteld over het plaatsen van opdrachten op het gebied van defensie- en veiligheid.² De structuur, opbouw en inhoud van deze richtlijn heeft veel overeenkomsten met de richtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG. Wel bevat de genoemde richtlijn van 13 juli 2009 een aantal specifieke

¹ 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.

² Richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Pb EU L 216).

bepalingen op bijvoorbeeld het terrein van informatiebeveiliging, onderaanneming en bevoorradingszekerheid. Deze richtlijn, waarvan de implementatiedatum op 21 augustus 2011 verstrijkt, wordt door middel van een apart wetsvoorstel geïmplementeerd. Hierdoor wordt een tijdige implementatie bevorderd. De structuur en inhoud van dat wetsvoorstel sluit zoveel mogelijk aan op dit wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. .

3. Ambities wetsvoorstel en aanvullende maatregelen

3.1 Inleiding

Jaarlijks koopt de overheid voor ongeveer € 57,5 miljard in («Het totale inkoopvolume van Nederlandse overheden», Instituut voor Onderzoek Overheidsuitgaven, 2009). In onderstaande tabel wordt aangegeven hoe dit volume is verdeeld over de verschillende procedures.

| | Aantallen | Volume in miljard € |
|----------------------------------|-------------|---------------------|
| Boven de Europese drempelwaarden | 4.260* | 18** |
| Onder de Europese drempelwaarden | | |
| Nationaal aanbesteed | 7.783* | Niet bekend*** |
| Nationaal meervoudig onderhands | 66.791* | Niet bekend*** |
| Overig | Niet bekend | |
| Totaal | Niet bekend | 39,5** |
| Totaal | Niet bekend | 57,5** |

* Cijfers uit «Lastenontwikkeling aanbestedingsbeleid», SIRA/Significant, 2009.

** Cijfers uit «Het totale inkoopvolume van Nederlandse overheden», Instituut voor Onderzoek Overheidsuitgaven, 2009.

*** Cijfers niet bekend. Wel kan op basis van interpolatie met gebruik van de geldende verhoudingen voor decentrale overheden uit «Het totale inkoopvolume van Nederlandse overheden», Instituut voor Onderzoek Overheidsuitgaven, 2009 geschat worden dat circa € 11 miljard nationaal wordt aanbesteed en de overige € 19,5 miljard op andere wijze wordt gegund.

Deze inkoop vindt plaats met gemeenschapsgeld en maakt de overheid een belangrijke opdrachtgever voor het bedrijfsleven. Het is in het belang van de belastingbetaler en de ondernemer dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht. De Nederlandse aanbestedingspraktijk heeft hierin de afgelopen jaren veel vooruitgang laten zien. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven hebben steeds meer aandacht voor professionalisering en modernisering van hun aanbestedingsprocedures. Ook ondernemers worden ervarener in het deelnemen aan aanbestedingsprocedures. Niettemin zijn nog steeds verbeteringen nodig en mogelijk in het huidige kader van regelgeving en aanvullend beleid om aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven en ondernemers te ondersteunen in het aanbestedingsproces. Hieronder wordt ingegaan op de ambities die het wetsvoorstel en het aanvullend beleid hebben om hieraan bij te dragen.

3.2 Verbeteren toegang van ondernemers tot opdrachten

Ondernemers maken alleen een goede en eerlijke kans op een opdracht als de eisen die aan een opdracht worden gesteld in verhouding staan tot de opdracht. Wanneer zware eisen worden gesteld kan het voorkomen dat ondernemers, met name het MKB en zelfstandigen zonder personeel, worden uitgesloten die wel in staat zouden zijn de opdracht uit te voeren.

Ook hoge lasten kunnen de toegang bemoeilijken. Uit het «Feitenonderzoek voorwaarden in de aanbestedingspraktijk», Berenschot, 2009 (hierna: Feitenonderzoek), waarin de geldende aanbestedingspraktijk in kaart is gebracht, blijkt dat het huidige aanbestedingskader nog onvoldoende richting geeft op dit terrein.

Uit het Feitenonderzoek komt naar voren dat in 30% van de aanbestedingen een omzetverklaring wordt gevraagd, die vergezeld moet gaan van een accountantsverklaring. Dit is een zware eis met name voor kleine ondernemers. Kleine ondernemingen zijn – in tegenstelling tot grotere ondernemingen – wettelijk niet verplicht hun jaarrekening te laten goedkeuren. Zij moeten dat dan alsnog laten doen om mee te kunnen dingen naar een opdracht.

De «Leidraad Aanbesteden voor de Bouw» (Regieraad Bouw, januari 2009) stelt dat kan worden aangenomen dat in de sector werken een omzeteis in ieder geval te zwaar is wanneer de gevraagde omzet meer dan vijf maal de gevraagde referentiewaarde is. De Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra heeft over 2008 ruim 2000 aanbestedingsaankondigingen in de bouw geanalyseerd, en kwam tot de conclusie dat in ruim 20% van de aanbestedingen sprake was van een te zware omzeteis volgens bovengenoemd uitgangspunt. De Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra rapporteert dat het stellen van te hoge omzeteisen relatief vaker voorkomt bij gemeenten en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties dan bij de rijksoverheid en de provincies. Uit het Feitenonderzoek blijkt daarnaast dat in 16,7% van de aanbestedingen, waarin zowel een omzeteis als referentiewaarde gesteld werd, de omzeteis minstens tien keer zo groot is als de eis voor de referentiewaarde.

In 46% van alle aanbestedingen waarin om referenties wordt verzocht, wordt gevraagd om referentieprojecten met een waarde vergelijkbaar met de lopende aanbesteding. Wanneer de eis voor referentieprojecten wordt gebruikt om ondernemers bij voorbaat af te wijzen, dan belemmert dit de mogelijkheden voor ondernemers om te kunnen groeien. Ondernemers die voldoende gekwalificeerd zijn om de opdracht te kunnen uitvoeren, maar nog niet eerder een opdracht van een dergelijke omvang hebben uitgevoerd, worden hierdoor uitgesloten van toegang tot de markt.

VNO-NCW stelt in «Overheidsopdrachten? Vergeet het maar!», VNO-NCW, 2005 dat veel overheidsinstanties geneigd zijn opdrachten samen te voegen. Uit het Feitenonderzoek blijkt dat bij geclusterde opdrachten met meerdere opdrachtgevers gemiddeld 4,5 eisen met betrekking tot technische en beroepsbekwaamheid worden gesteld, tegenover gemiddeld 3,4 voor alle opdrachten. Dit kan een extra drempel opwerpen voor ondernemers die in staat zouden zijn de afzonderlijke opdrachten uit te voeren.

De belangrijkste maatregelen in het wetsvoorstel en het aanvullend beleid die – in aanvulling op het proportionaliteitsbeginsel dat boven de Europese drempels geldt – een bijdrage leveren aan verbetering van de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten zijn:

- (i) het expliciet opnemen van het proportionaliteitsbeginsel, met werkingskracht onder de Europese drempelwaarden (paragraaf 4.1);
- (ii) het ontwikkelen van een handreiking proportionaliteit (paragraaf 5.1).

3.3 Uniformering van de aanbestedingspraktijk

De regering is van mening dat het huidige aanbestedingskader nog in onvoldoende mate leidt tot uniformering van de aanbestedingspraktijk. Uit het onderzoek «Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels»,

PricewaterhouseCoopers, 2007 (hierna: PwC, 2007) blijkt dat de procedurele regels voor aanbestedingsprocedures onder de Europese drempelwaarden verschillen per aanbestedende dienst. Ook verschillen de formulering en vorm van bestekken, geschiktheidsen en selectiecriteria per aanbestedende dienst. Hoewel te prijzen valt dat aanbestedende diensten duidelijkheid geven over hoe zij hun aanbestedingsbeleid nader invullen, worden ondernemers vaak geconfronteerd met steeds weer andere procedures en eisen, afhankelijk van de opdracht en de aanbestedende dienst bij wie zij inschrijven. Dit levert onnodige lasten op.

Zo kunnen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven voor de toetsing van integriteit verschillende methoden gebruiken. De VOG wordt steeds meer gebruikt (3653 VOG's in 2008 tegen 1024 in 2005 en dit aantal stijgt nog ieder jaar). Maar sinds 2002 kunnen aanbestedende diensten ook een advies vragen op basis van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet BIBOB). Tevens hebben diverse aanbestedende diensten eigen instrumenten. Zo maakt de gemeente Amsterdam gebruik van het Bureau Screenings- en Bewakingsaanpak, dat ondernemingen die in aanmerking willen komen voor de gunning van een aanbesteding screent.

In aanvulling op de uniformerende werking die reeds uitgaat van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en het gebruik van het ARW, worden in dit wetsvoorstel en aanvullend beleid de volgende maatregelen genomen:

- (i) het expliciet opnemen van beginselen en uitgangspunten (paragraaf 4.1)
- (ii) het uitschrijven van procedures (paragraaf 4.2)
- (iii) de uniforme eigen verklaring (paragraaf 4.3)
- (iv) gebruik van de uniforme eigen verklaring voor de toetsing van integriteit (paragraaf 4.6)
- (v) de introductie van de gedragsverklaring aanbesteden (gva) (inclusief toetsing mededingingsrechtelijke overtredingen) (paragraaf 4.6).

3.4 Verlaging administratieve lasten

Ondernemers en aanbestedende diensten geven aan dat de lasten van het voeren van aanbestedingsprocedures vaak hoog zijn. Het aanbestedingskader geeft nog onvoldoende prikkels voor het verlagen van deze lasten, terwijl deze hoge lasten een belemmering kunnen vormen voor de toegang voor ondernemers.

Uit het Feitenonderzoek blijkt dat in 7% van alle aanbestedingen wordt volstaan met het vragen van een eigen verklaring. Een eigen verklaring is een document waarin een inschrijver verklaart te voldoen aan de gestelde uitsluitingsgronden, selectiecriteria en geschiktheidseisen.

In het Feitenonderzoek zijn meer dan twintig verschillende bewijsstukken met betrekking tot technische en beroepsbekwaamheid gevonden en circa twintig verschillende bewijsstukken met betrekking tot financiële en economische draagkracht. Het beleid bij het vragen van bewijsstukken verschilt bovendien per aanbestedende dienst. Accountantsverklaringen en bankverklaringen worden het minst vaak gevraagd door de rijksoverheid en de provincie. Kleine gemeenten en de rijksoverheid vragen relatief veel bewijsstukken met betrekking tot financiële en economische draagkracht. Zij vragen in respectievelijk 15,1% en 19,1% van de openbare en niet-openbare aanbestedingen vier of meer bewijsstukken, tegenover circa 6% bij de andere categorieën aanbestedende diensten. De provincies vragen gemiddeld het laagste aantal bewijsstukken op. Door de grote verscheidenheid aan eisen moeten ondernemers steeds andere informatie overleggen, wat hoge lasten veroorzaakt.

Uit het Feitenonderzoek komt eveneens naar voren dat de openbare procedure verhoudingsgewijs veel gebruikt wordt. De openbare procedure gaat gepaard met relatief hoge lasten wanneer er veel inschrijvers zijn.

Uit het Feitenonderzoek blijkt dat slechts in 1% van de opdrachten een vergoeding werd gegeven voor de gemaakte offertekosten. Wanneer hoge kosten gemaakt moeten worden voor het indienen van een offerte leidt dit tot minder deelname van ondernemers aan een aanbestedingsprocedure. Tevens moeten ondernemers dan al hoge kosten maken voordat zij weten of ze kans maken op de opdracht.

De geldigheidstermijn van een VOG voor aanbesteden wordt door de aanbestedende dienst bepaald. In 66% van de gevallen hanteert de aanbestedende dienst een termijn die korter is dan 12 maanden. Dit betekent dat ondernemingen vaak meerdere VOG's per jaar moeten aanvragen, waardoor de lasten van de verklaring relatief hoog zijn. Daarnaast wordt de ondernemer in slechts 14% van de aanbestedingen gevraagd te verklaren dat hij in het bezit is van een VOG.

De maatregelen ter vermindering van de lasten in dit wetsvoorstel en in aanvullend beleid vormen een eenvoudige en praktische invulling van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De belangrijkste maatregelen zijn:

- (i) de uniforme eigen verklaring (paragraaf 4.3)
- (ii) het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken (paragraaf 4.4)
- (iii) het verplicht gebruik van TenderNed bij aankondiging (paragraaf 4.5)
- (iv) geldigheidsduur gedragsverklaring aanbesteding van één jaar (paragraaf 4.6).

3.5 Ruimte bieden aan innovatie en duurzaamheid

De overheid is gezien haar inkoopvolume van meer dan € 60 miljard een belangrijke opdrachtgever voor het bedrijfsleven. Door innovatieve en duurzame inkoop kan de overheid niet alleen de effectiviteit en efficiëntie van haar bestedingen verhogen, maar ook de innovatiekracht en duurzaamheid van het (Nederlandse) bedrijfsleven. Daarbij kan het gaan om de eerste aanschaf van een nieuw ontwikkeld product. Dan spreekt men vaak van de overheid als «launching customer».

In de praktijk wordt bij aanbestedingen nog niet optimaal gebruik gemaakt van het innovatief vermogen van de markt. Door zware eisen krijgen kleine, maar innovatieve bedrijven onvoldoende toegang tot opdrachten. Daarnaast kan de kennis over innovatieve mogelijkheden bij een aanbesteding bij aanbestedende diensten verder worden ontwikkeld. Zo wordt er bijvoorbeeld nog onvoldoende gebruik gemaakt van de mogelijkheden om in overleg met de markt te treden om opdrachten innovatiegericht aan te besteden. Opdrachten worden soms technisch gespecificeerd, waar een functionele specificatie meer mogelijkheden biedt aan innovatieve oplossingen. Ook wordt nog onvoldoende gebruik gemaakt van het gunnen op economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) in plaats van alleen op prijs.

Innovatiegericht inkopen vormt een belangrijke pijler van het kabinetsproject Nederland Ondernemend Innovatieland (NOI). Ook op het gebied van verduurzaming van de inkoop zijn veel initiatieven in gang gezet, mede naar aanleiding van de ambitie van het Rijk om uiterlijk in 2010 voor 100% duurzaam te gaan inkopen. Provincies, gemeenten en waterschappen, universiteiten en hogescholen hebben eveneens hoge ambities wat betreft duurzaam inkopen. Op het gebied van duurzaamheid heeft het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer de

regierol op zich genomen. Voor veel typen producten en diensten die de overheid inkoop zijn inmiddels inkoopcriteria opgesteld voor het verduurzamen van de inkoop. Deze zijn te vinden op de website van AgentschapNL. De inkoopcriteria op milieugebied omvatten enerzijds duurzaamheidseisen (geschiktheidseisen ten aanzien van de leverancier, minimumeisen ten aanzien van producten, diensten en werken en contractvoorwaarden) en anderzijds duurzaamheidswensen (selectiecriteria ten aanzien van de leverancier en gunningscriteria ten aanzien van producten, diensten en werken). Afgesproken is dat overheden de opgestelde duurzaamheidseisen in principe zullen toepassen. Om een nog beter duurzaamheidsresultaat te kunnen behalen is het wenselijk bij de gunning van opdrachten ook een zwaar gewicht te geven aan de duurzaamheidswensen. Overheden kunnen ook kiezen voor het toepassen van verdergaande duurzaamheidscriteria en daarmee voor het bevorderen van duurzame innovaties.

In de praktijk komt het voor dat ondernemers, zonder dat sprake is van een aanbesteding, bij een aanbestedende dienst een ongevraagde aanbieding (*unsolicited proposal*) doen. Met de ongevraagde aanbieding van een product of dienst tracht een ondernemer een oplossing te bieden voor een bestaand probleem, waar de aanbestedende dienst zelf niet om gevraagd heeft. Soms wordt zelfs een oplossing geboden voor een probleem dat de aanbestedende dienst zelf nog niet als zodanig had herkend.

Door een ongevraagde aanbieding kan innovatie de ruimte krijgen. Op de markt gaan ontwikkelingen snel en is het bijhouden van die ontwikkelingen door de aanbestedende diensten niet altijd mogelijk. Leveranciers kunnen innovatieve oplossingen hebben waar de aanbestedende dienst nog geen weet van heeft, maar die een grote verbetering kunnen betekenen. Het voorstel kan een eerste aanzet zijn maar ook een volledig uitontwikkeld idee. Aanbestedende diensten die voorbereid zijn op «ongevraagde aanbiedingen», kunnen inspelen op de kansen die dit voor hun organisatie, en in breder verband, voor de samenleving kan bieden. Voor innovatieve bedrijven is het kunnen doen van ongevraagde aanbiedingen een belangrijke toegangspoort voor hun innovatieve ideeën. Van belang is dat aanbestedende diensten hun proces van het ontvangen en beoordelen van voorstellen transparant inrichten zodat daarmee ondernemers gemakkelijk een ongevraagde aanbieding kunnen doen. Daarnaast is het belangrijk dat aanbestedende diensten de verwachtingen van ondernemers in het verdere traject goed managen.

Door verschillende aanbestedende diensten zijn initiatieven genomen om ondernemers de mogelijkheid te bieden een ongevraagde aanbieding te doen. Het rijk heeft een aantal loketten ingericht, te weten Idee VROM, Idee VenW, Koplopersloket Energie (Ministerie van Economische Zaken). Ook de provincie Gelderland heeft inmiddels initiatieven genomen.

Bezien vanuit het aanbestedingsrechtelijk kader is bevordering van innovatie en duurzaamheid vooral een zaak van professionalisering. Het gaat om een betere benutting van mogelijkheden die de regelgeving biedt. Vandaar dat als belangrijkste maatregel wordt ingezet op het stimuleren van professionalisering met behulp van PIANOo (paragraaf 5.4).

3.6 Laagdrempelige klachtenafhandeling

Ondernemers die een geschil hebben met een aanbestedende dienst, beschikken met de kortgeding procedure in het burgerlijk recht over een effectief en doelwaardig instrument dat hen rechtsbescherming garan-

deert. Toch blijkt in de praktijk de drempel om een dergelijke procedure aan te spannen relatief hoog te zijn. Dit heeft niet alleen te maken met de kosten die met het instellen van een dergelijke procedure zijn gemoeid. Ondernemers willen ook niet graag als klager bekend staan bij de desbetreffende aanbestedende dienst. Deze terughoudendheid leidt ertoe dat aanbestedende diensten relatief laat of niet op de hoogte raken van deze klachten, waardoor ze ook geen mogelijkheid hebben om deze klachten te gebruiken om hun aanbestedingsprocedures te verbeteren.

In de praktijk bestaan op dit moment twee mogelijkheden om de aanbestedende dienst al tijdens het verloop van een aanbestedingsprocedure met een klacht te confronteren. Ten eerste kan de ondernemer rechtstreeks een klacht indienen bij de aanbestedende dienst. Daarnaast kan de ondernemer in sommige gevallen via zijn brancheorganisatie een klacht indienen bij de aanbestedende dienst. Uitgangspunt in beide gevallen is dat indien een ondernemer een klacht indient bij een aanbestedende dienst, de aanbestedende dienst deze klacht in behandeling neemt en serieus naar deze klacht kijkt. Indien de aanbestedende dienst van mening is dat de klacht ongegrond is, kan hij de klacht alleen gemotiveerd naast zich neerleggen.

Het indienen van een klacht via de brancheorganisatie wordt door ondernemers als positief ervaren. Zij vinden dat op laagdrempelige wijze met hun klacht wordt omgegaan en zien het als groot voordeel wanneer hun klacht anoniem kan worden behandeld. Zeker wanneer hun klacht anoniem kan worden behandeld. Het succes van (anonieme) klachtafhandeling blijft echter afhankelijk van de welwillendheid van de aanbestedende dienst. Als bijdrage aan de huidige praktijk van klachtenafhandeling worden in het aanvullend beleid de volgende maatregelen genomen:

- (i) ondersteuning aan ondernemers bij het opzetten van een aanbestedingsloket, dat de functie heeft van een algemeen adviescentrum (paragraaf 5.2)
- (ii) bemiddeling door aanbestedingsexperts ten behoeve van de verbetering van de aanbestedingspraktijk (paragraaf 5.2).

3.7 Verbeteren naleving aanbestedingsregels

De aanbestedingsregels worden niet altijd nageleefd (rapport Nalevingsmeting Europees aanbesteden 2008). Het onderstaande schema geeft een overzicht van de naleving over de jaren 2002–2008.

Tabel: naleving inkoopvolume over vier metingen

| Naleving per sector (in Euro's gemeten) | Volume 2002 | Volume 2004 | Volume 2006 | Volume 2008 |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|
| 1. Kerndepartement | 81% | 84% | 78% | 86% |
| 2. Gemeente > 100.000 | | 67% | 73% | 81% |
| 3. Gemeente > 50.000 < 100.000 | | 33% | 56% | 61% |
| 4. Gemeente > 20.000 < 50.000 | 31% | 24% | 33% | 45% |
| 5. Gemeente > 10.000 < 20.000 | | 6% | 27% | 36% |
| 6. Gemeente < 10.000 | | 0% | 24% | 26% |
| 7. Provincies | 44% | 76% | 90% | 90% |
| 8. Waterschappen | 42% | 51% | 66% | 68% |
| 9. Academische Ziekenhuizen | 24% | 59% | 57% | 65% |
| 10. Politieregio's (incl. KLPD) | 31% | 48% | 64% | 65% |
| 11. Universiteiten | 40% | 52% | 50% | 66% |
| 12. Hogescholen | 19% | 34% | 33% | 66% |

De naleving wordt sinds 2002 gemeten. Uit de nalevingonderzoeken 2002 en 2004 blijkt dat een gebrek aan naleving van de aanbestedingsregelgeving bij zowel de rijksoverheid als de decentrale overheid. In 2004 is de naleving van de aanbestedingsregels bij decentrale overheden onderdeel

van de accountantsverklaring geworden. Deze controle heeft de naleving verbeterd. Dit blijkt uit de nalevingscijfers over 2006 en 2008. Hoewel de naleving verbeterd is, kan het niveau van de naleving nog verder verbeterd worden. Er zijn verschillende oorzaken aan te wijzen voor het gebrek aan naleving van de aanbestedingsregels. Een belangrijke oorzaak is dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet geïmplementeerd zijn op een wijze die voor de aanbestedingspraktijk goed werkbaar is. Met het oog op de korte implementatietermijn zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen indertijd geïmplementeerd op basis van de Raamwet EEG-voorschriften in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (hierna: Bass). Het Bao en het Bass volgen strikt de structuur en tekst van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Hierdoor zijn de richtlijnen correct geïmplementeerd, maar is een vertaalslag naar de praktische bruikbaarheid uitgebleven. Ook bestaat er bij aanbestedende diensten en bij ondernemers onduidelijkheid over de precieze werking van de richtlijnen, mede door onduidelijkheid over een aantal begrippen. Omdat bij de implementatie de structuur van de richtlijnen is gevolgd zijn de aanbestedingsprocedures voorts weinig inzichtelijk. Een vernieuwde implementatie is daarom nodig. Ook uit de reacties van belanghebbenden in het kader van de openbare consultatie van het wetsvoorstel bleek dat het merendeel van de belanghebbenden pleit voor een overzichtelijke en goed leesbare wet, die bijdraagt aan een uniforme toepassing van de aanbestedingsregels in de praktijk. Met het wetsvoorstel wordt beoogd dat duidelijke en eenvormige kader te bieden, bijvoorbeeld door eenduidige terminologie te gebruiken en de regels eenvoudiger op te schrijven met inachtneming van de wijze waarop de aanbestedingsprocedure in de regel verloopt. Tenslotte zijn de aanbestedingsrichtlijnen volledig op wetsniveau geïmplementeerd.

Naast de niet optimale implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen zijn er nog andere oorzaken aan te wijzen van het gebrek aan naleving van de aanbestedingsverplichtingen.

- a. Verschillende aanbestedende diensten hebben naast het Bao en het Bass eigen beleidsregels vastgesteld voor hun opdrachten. Dit zorgt ervoor dat de aanbestedingsregels vaak moeilijk te vinden zijn en onderling van elkaar verschillen.
- b. Ondernemers spannen niet vaak een procedure aan bij de rechter ingeval een aanbestedende dienst naar hun mening de aanbestedingsregels niet heeft nageleefd. Hierdoor wordt een aanbestedende dienst niet altijd met de gevolgen van het niet-naleven van de aanbestedingsverplichtingen geconfronteerd.
- c. Een aanbestedingsprocedure wordt vaak als te lastig en tijdrovend ervaren ten opzichte van de winst die ermee kan worden behaald.
- d. Er is op bestuurlijk niveau weinig aandacht voor aanbestedingen.

De oplossing om het niveau van de naleving te verhogen ligt niet zozeer in extra controle. Preventieve maatregelen kunnen hier juist een bijdrage aan leveren. Er worden daarom zowel door middel van de opzet en inhoud van het wetsvoorstel als door middel van aanvullende beleidsinstrumenten maatregelen genomen ter verbetering van de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De belangrijkste maatregelen zijn:

- (i) de structuur van het wetsvoorstel (paragraaf 6.1)
- (ii) de uniformering van de aanbestedingspraktijk (paragraaf 4.2)
- (iii) het gebruik van TenderNed (paragraaf 5.3)
- (iv) bemiddeling door aanbestedingsexperts ten behoeve van de verbetering van de aanbestedingspraktijk (paragraaf 5.2)
- (v) het stimuleren van professionalisering met behulp van PIANOo (paragraaf 5.4).

3.8 Ondersteuning en stimulering verdere professionalisering

In de praktijk blijkt dat verdere professionalisering een belangrijke bijdrage kan leveren aan de hiervoor gestelde ambities, met name de ambities op het gebied van innovatieve en duurzame inkoop. Doordat aanbestedende diensten niet altijd over voldoende praktijkervaring beschikken met aanbestedingen, is het voor hen moeilijk expertise te ontwikkelen. Zo komt het voor dat een aanbestedende dienst eisen stelt die hij niet kan controleren, omdat hij daartoe de kennis ontbeert. Ook blijkt uit het Feitenonderzoek dat in 85% van de aanbestedingen bij technische en beroepsbekwaamheid, met uitzondering van referenties, bewijsstukken worden gevraagd waaraan geen eis is verbonden en dat deze bewijzen daarom inhoudelijk niet meegenomen worden in de toetsing. Daarnaast worden geschiktheideisen, selectiecriteria en gunningcriteria regelmatig door elkaar gebruikt.

De aanbestedingspraktijk kan nog winnen aan transparantie door een professionelere omgang met aankondigingen en gunningen. Zo wordt niet altijd duidelijk gemotiveerd waarom een bedrijf wel of niet de opdracht gekregen heeft. Het is voor dat bedrijf daardoor niet duidelijk op welk vlak verbetering nodig is. Dit is nadelig voor het bedrijfsleven, maar ook voor aanbestedende diensten die geen verbetering zien in de ingediende offerte.

PIANOo stimuleert en ondersteunt reeds de professionalisering bij aanbestedende diensten. De WIRA levert een belangrijke bijdrage aan betere motivering van gunningsbeslissingen. In dit wetsvoorstel en aanvullend beleid zijn de belangrijkste aanvullende maatregelen op dit gebied:

- (i) het opnemen van een uitgangspunt van transparantie (paragraaf 4.1)
- (ii) het ontwikkelen van additionele functionaliteiten van TenderNed (paragraaf 5.3)
- (iii) het stimuleren van professionalisering met behulp van PIANOo (paragraaf 5.4).

4. Maatregelen in het wetsvoorstel

4.1 Europese beginselen en nationale uitgangspunten bij aanbesteden

4.1.1 Doelstelling en afbakening

Naar de mening van de regering is het essentieel dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure gelijk behandelen en transparant handelen. Daarnaast is evenzeer van belang dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in dergelijke procedures proportioneel handelen. Dit vormt de hoeksteen van goed aanbestedingsbeleid waardoor de overheid op een transparante en effectieve manier kan inkopen tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht. Dit geldt zowel voor opdrachten die binnen als buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen.

Het belang van gelijk behandelen en transparant handelen is in Europa vastgelegd in de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie die voortvloeien uit het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie. Deze beginselen zijn als zodanig vertaald en verankerd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en dus van toepassing op alle opdrachten boven de Europese drempelwaarden. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in de afgelopen jaren bepaald dat deze beginselen doorwerken in en van toepassing zijn op opdrachten buiten het toepas-

singsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Oprachten die buiten het toepassingsbereik vallen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, en waarbij ook geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, beslaan het grootste aantal van het totaal aan jaarlijkse inkoop door de overheid. Voor deze opdrachten gelden de Europese beginselen en procedurevoorschriften op grond van de huidige wet- en regelgeving niet. Ook bij deze opdrachten bestaat evenwel bij marktpartijen behoefte aan een duidelijk en eenvormig kader, waarbinnen een gelijk speelveld wordt gecreëerd en waarbij ondernemers door middel van een open en transparant proces een eerlijke kans op een opdracht maken en willekeur wordt voorkomen. Om de nodige flexibiliteit te behouden voor deze opdrachten, maar wel een duidelijk kader te bieden wordt in het wetsvoorstel bepaald dat transparantie en gelijke behandeling ook op deze opdrachten van toepassing zijn. De toepassing van de uitgangspunten van transparantie en gelijke behandeling mag echter niet leiden tot een onevenredige toename aan lasten of een beperking van de ruimte voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om maatwerk toe te passen. In vergelijking met de Europese beginselen is de reikwijdte van transparantie en gelijkheid bij toepassing op deze opdrachten daarom beperkter. Ook wordt een onderscheid gemaakt tussen de toepassing naar gelang het gaat om een vrijwillige nationale aanbesteding of een meervoudig onderhandse procedure. Bij de meervoudig onderhandse procedure is gelijkheid alleen van toepassing op ondernemers die door de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn uitgenodigd in te schrijven op een opdracht. Hierdoor verzekert de regering dat de meervoudig onderhandse procedure in stand blijft, en de uitgangspunten expliciet niet een verplichte openbaarmaking van opdrachten tot gevolg hebben.

Naast de hierboven genoemde beginselen en uitgangspunten, is het beginsel van proportionaliteit, dat in de overwegingen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is opgenomen, in het wetsvoorstel van toepassing verklaard op alle nationale en Europese aanbestedingsprocedures. 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.

4.1.2 Beginselen bij Europese aanbestedingsprocedures

Voor aanbestedingen waarop de Europese richtlijnen van toepassing zijn en voor aanbestedingen waarvoor dat niet geldt maar die wel een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben gelden de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

Het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel zijn nauw aan elkaar verwant. Het non-discriminatiebeginsel betreft een negatieve (passieve) verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zich te onthouden van het maken van onderscheid op grond van nationaliteit. Het gelijkheidsbeginsel is breder dan het non-discriminatiebeginsel en betreft een positieve (actieve) verplichting te zorgen dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden.

Het transparantiebeginsel, dat een uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel, bestaat uit twee componenten. Ten eerste vloeit uit dit beginsel voort dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf bij het begin van een aanbestedingsprocedure een passende mate van openbaarheid

moet betrachten. Ten tweede betekent dit dat de gunning van een opdracht moet worden gemotiveerd.

4.1.3 Uitgangspunten bij niet-Europese aanbestedingsprocedures

In het wetsvoorstel zijn uitgangspunten van gelijkheid en transparantie opgenomen voor opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen die geen duidelijk grensoverschrijdend belang hebben. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven staat het vrij een keuze te maken bij deze niet-Europese opdrachten tussen de verschillende procedures. Indien een aanbestedende dienst kiest voor de vrijwillige nationale aanbesteding of de meervoudig onderhandse procedure dan zijn de uitgangspunten gelijkheid en transparantie van toepassing. Indien een aanbestedende dienst kiest voor de enkelvoudig onderhandse procedure is het wetsvoorstel in zijn geheel niet van toepassing.

Bij de toepassing van de uitgangspunten gelijkheid en transparantie wordt in het wetsvoorstel onderscheid gemaakt tussen de vrijwillige nationale aanbesteding en de meervoudig onderhandse procedure. Het uitgangspunt van gelijkheid stelt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven ondernemers gelijk moeten behandelen. Bij de vrijwillige nationale aanbestedingsprocedure ziet het gelijkheidsbegrip niet alleen toe op de (uitgenodigde) inschrijvers, maar ook op andere potentiële aanbieders. Bij meervoudig onderhandse procedures ziet het alleen op ondernemers die zijn uitgenodigd een inschrijving te doen. Op deze manier wordt voorkomen dat een ondernemer die niet door de aanbestedende dienst en speciale-sectorbedrijf is uitgenodigd een inschrijving te doen in het kader van een meervoudig onderhandse procedure, dit recht met een beroep op gelijke behandeling alsnog kan verwerven.

Het uitgangspunt van transparantie stelt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven transparant dienen te handelen, onder andere door hun keuzes te verantwoorden. Net als bij gelijkheid geldt dat bij vrijwillig nationale aanbestedingsprocedures een verdergaande transparantieplicht geldt dan bij de meervoudig onderhandse procedures. De transparantie bij meervoudig onderhandse procedures is beperkt tot het geven van de redenen waarom de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf tot een bepaalde keuze is gekomen.

4.1.4 Proportionaliteitsbeginsel

Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving kan 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.

Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor Europese en nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures. Dit beginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. Hieronder vallen in ieder geval de keuze voor een bepaalde procedure, de inhoud van de geschiktheidseisen, het aantal geschiktheidseisen, termijnen, uitsluitingsgronden en de vergoeding van extra inspanningen tijdens de offertefase. Daarnaast is een artikel opgenomen, dat bepaalt dat de aanbestedende dienst bij het samenvoegen van opdrachten acht slaat op de structuur en de concurrentie in de markt. Een meer concrete uitwerking van de verschillende onderdelen van het proportionaliteitsbeginsel is te vinden in de artikelsgewijze toelichting. Hier is onder andere aangegeven dat bij een

meervoudig onderhandse procedure het stellen van bepaalde eisen, zoals geschiktheidseisen, op zichzelf al disproportioneel is.

In onderstaand schema wordt weergegeven welke beginselen/uitgangspunten gaan gelden voor opdrachten zowel boven als onder de Europese drempelwaarden:

| | Leveringen en Diensten | Werken |
|--|---|---|
| Boven Europese drempelwaarden en onder Europese drempelwaarden met duidelijk grensoverschrijdend belang | Beginselen van transparantie, gelijkheid en non-discriminatie Proportionaliteitsbeginsel Bepaling over samenvoegen | Beginselen van transparantie, gelijkheid en non-discriminatie Proportionaliteitsbeginsel Bepaling over samenvoegen |
| Onder Europese drempelwaarden | Proportionaliteitsbeginsel Uitgangspunten van gelijkheid en transparantie Bepaling over samenvoegen | Proportionaliteitsbeginsel Uitgangspunten van gelijkheid en transparantie Bepaling over samenvoegen |

4.2 Uitschrijven procedures

De procedures voor aanbestedingen voor werken boven en onder de drempel zijn stapsgewijs uitgeschreven in het ARW. Hiermee is reeds een goede stap gezet op weg naar uniformering in de werkensector voor opdrachten beneden de drempels. Het grootste deel van de opdrachten vindt echter plaats op het terrein van leveringen en diensten. Het gaat daarbij om zo'n 70 % van het aantal opdrachten en 46 % van het totale volume onder de drempel (pag. 21 in Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels, PricewaterhouseCoopers, 2007). Voor dit terrein is tot dusverre nog geen instrument ter uniformering van de procedures vastgesteld. Met name onder de drempel is er sprake van verschillen in de aanbestedingsprocedures tussen aanbestedende diensten (PwC, 2007). Harmonisatie zou een vermindering van de lasten tot gevolg hebben («Waarom vraagt u dat?», Significant, 2005). Door het uitschrijven van procedures voor leveringen en diensten wordt ook op deze terreinen uniformering en een overzichtelijke aanbestedingspraktijk nagestreefd. Bovendien bevordert het uitschrijven van procedures dat aanbestedende diensten bij opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang die niet onder de reikwijdte van de richtlijnen vallen, de beginselen op een correcte wijze naleven.

Doordat de sectoren leveringen en diensten verschillen van de sector werken en de Europese drempelwaarde voor werken aanzienlijk hoger is dan voor leveringen en diensten zal de aanpak voor leveringen en diensten niet volledig dezelfde zijn als die bij werken. Voor leveringen en diensten zullen voor boven en onder de drempels Richtsnoeren worden opgesteld, die als doel hebben om uniformering en verbeterde naleving te bereiken. Bij werken is er sprake van één reglement voor opdrachten zowel boven als beneden de Europese drempels. Dit heeft ertoe geleid dat de naleving bij werken nog verder is verbeterd. Het Ministerie van Economische Zaken zal in samenwerking met PIANOo, aanbestedende diensten en ondernemers een dergelijk instrument uitwerken. Hierbij zullen tevens de VNG, het IPO, de Unie van Waterschappen en de Nederlandse Vereniging voor Inkoopmanagement (hierna: NEVI) worden betrokken. Het is wenselijk dat deze richtsnoeren een zo breed mogelijk draagvlak krijgt, zowel van de kant van de aanbestedende diensten als van de kant van de ondernemers.

Het is van belang de brede toepassing van het ARW te behouden en te versterken en te bewerkstelligen dat ook de nieuwe richtsnoeren voor leveringen en diensten zo breed mogelijk wordt gebruikt. Het bereiken van uniformering is in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de

aanbestedende diensten zelf. Het Rijk heeft hierin reeds enkele stappen gemaakt, nu de vier bouwdepartementen gebruikmaken van het ARW. Voorts wordt binnen het Rijk door de directie Faciliteiten-, Huisvesting- en Inkoopbeleid Rijk van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties professionalisering en uniformering van de inkoop bevorderd. De grootste winst op het terrein van uniformering kan derhalve behaald worden bij de andere overheden. Met de VNG wordt een convenant gesloten om te zorgen voor bredere toepassing van het ARW en het nieuwe instrument voor de sectoren leveringen en diensten onder gemeenten. Op grond van dat convenant zal de VNG bevorderen dat gemeenten gaan kiezen voor het gebruik van de richtsnoeren voor leveringen en diensten en het gebruik van het ARW voor werken. De regering gaat ervan uit dat hierdoor een belangrijke verbetering in een meer uniforme aanbestedingspraktijk kan worden bereikt.

Indien een en ander onvoldoende wordt gerealiseerd, biedt artikel 4.27 van dit wetsvoorstel een voorziening. In dat artikel is bepaald dat, indien uit een evaluatie met betrekking tot de praktijk van aanbesteden na vier jaar mocht blijken dat de afspraken in het convenant over toepassing van het ARW en de richtsnoeren voor leveringen en diensten onvoldoende tot uniformering hebben geleid, bij algemene maatregel van bestuur procedurele regels kunnen worden gesteld om een meer uniforme wijze van aanbesteden te bevorderen. Deze regels kunnen inhouden dat aan te wijzen richtsnoeren moet worden nageleefd. De algemene maatregel van bestuur kan desgewenst beperkt worden tot een bepaalde groep van aanbestedende diensten, zoals die groep waar de gewenste uniformering nog niet voldoende bereikt is. Voor de andere aanbestedende diensten is het immers dan niet nodig om deze algemene maatregel van bestuur van toepassing te doen zijn, omdat zij de richtsnoeren reeds gebruiken.

4.3 Uniforme eigen verklaring

In het wetsvoorstel is bepaald dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in eerste instantie aan ondernemers alleen een uniforme eigen verklaring mogen vragen in plaats van alle 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. Ook onder de Europese drempelwaarden moet gebruik gemaakt worden van de eigen verklaring ter vervanging van het aanleveren van bewijsstukken. Het is uitdrukkelijk niet het doel van deze maatregel dat in procedures waar geen bewijsstukken werden gevraagd, nu gebruik gemaakt zal worden van de eigen verklaring.

Een uniforme eigen verklaring zorgt ervoor dat lasten voor ondernemers worden teruggebracht doordat zij minder vaak bewijsstukken hoeven aan te leveren. Daarnaast draagt het bij aan uniformering doordat er een standaard eigen verklaring zal gaan gelden. Voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven leidt de uniforme eigen verklaring tot een vermindering aan uitvoeringslasten, omdat zij niet langer van alle ondernemers de verschillende gegevens en documenten hoeven te verifiëren.

4.4 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 moeten reproduceren, kan zij hiervoor de kostprijs doorberekenen aan geïnteresseerde partijen, mits deze stukken ook op enigerlei andere wijze kosteloos beschikbaar zijn. Hierbij kan met name worden gedacht aan grote bouwtekeningen op A0 formaat die geïnteresseerde partijen vaak niet zelf kunnen reproduceren.

Het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken zorgt voor een vermindering van lasten voor ondernemers en verbeterde toegang tot opdrachten, omdat dit de drempel verlaagt om te beoordelen of ze geïnteresseerd zijn in deelname aan een aanbestedingsprocedure.

4.5 Verplicht gebruik 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) moeten publiceren via een elektronisch systeem voor aanbestedingen. Voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden zonder grensoverschrijdend belang geldt geen (Europese) verplichting tot aankondiging. Indien een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf er toch voor kiest de opdracht openbaar aan te kondigen, is in het wetsvoorstel bepaald dat hij dit via dit elektronische systeem dient te doen. De publicatie van de aankondigingen is gratis.

TenderNed is een elektronisch systeem waarmee aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aanbestedingen nationaal en Europees kunnen aankondigen. Het aankondigingsplatform van TenderNed zal volledig openbaar en toegankelijk zijn, zolang is voldaan aan eisen van betrouwbaarheid. Dit betekent dat ook anderen die hiertoe door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn geautoriseerd, gegevens op TenderNed in kunnen vullen. Voorts wordt bezien of het mogelijk is andere geautomatiseerde systemen aan TenderNed te koppelen.

Door de verplichting alle aankondigingen op een centrale plaats te publiceren, hoeven ondernemers niet langer op verschillende plaatsen te zoeken. Hierdoor besparen zij tijd en dus lasten. Daarnaast hoeven aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven geen statistische gegevens met betrekking tot aanbestedingen meer aan te leveren aan het Ministerie van Economische Zaken, 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.

4.6 Verbeterde toetsing integriteit

Het wetsvoorstel bevat een verbeterde regeling voor de toetsing van integriteit ten opzichte van de huidige aanbestedingsregelgeving. De beslissing of en hoe te toetsen ligt bij de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf. Indien de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf besluit te toetsen op integriteit, doet deze dat in eerste

instantie via de eigen verklaring. 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 de «gedragsverklaring aanbesteden». De aanbestedende dienst of 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.

De nieuwe regeling voor toetsing van integriteit schept uniformiteit doordat de integriteit van de ondernemer altijd in eerste instantie door middel van de uniforme eigen verklaring wordt gevraagd. Verder is de gedragsverklaring aanbesteden breder dan de bestaande VOG, omdat ook mededingingsrechtelijke overtredingen worden meegenomen. Hierdoor hoeven aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven niet langer op eigen en dus verschillende wijze te toetsen op mededingingsovertredingen.

De geldigheidstermijn van de gedragsverklaring aanbesteden is twaalf maanden. Dit maakt een einde aan de uiteenlopende termijnen die nu in de praktijk worden gehanteerd. Twaalf maanden is langer dan de thans gebruikelijke termijnen. Ondernemers hoeven daarom voortaan minder vaak een nieuwe verklaring aan te vragen, wat zorgt voor een vermindering van de aanbestedingslasten.

5. Aanvullende maatregelen

Naast dit wetsvoorstel worden beleidsmaatregelen voorgesteld die ondersteuning en richting geven aan de aanbestedingspraktijk en, waar nodig, verdere professionalisering ondersteunen en stimuleren. Met deze aanvullende maatregelen levert de regering maatwerk dat aansluit bij de verschillende doelgroepen en wat ze nodig hebben om (verder) te professionaliseren. Binnen de aanbestedende diensten kunnen als doelgroepen onderscheiden worden inkopers en bestuurders. Daarnaast moet rekening gehouden worden met de verschillende behoeftes van grote aanbestedende diensten die vaak aanbesteden en kleinere aanbestedende diensten die af en toe een aanbesteding doorlopen. Kleine aanbestedende diensten die in de praktijk minder vaak aanbesteden, zullen bijvoorbeeld minder mogelijkheden hebben om de benodigde expertise op te bouwen. Hierdoor zullen zij een grotere behoefte hebben aan gestandaardiseerde hulpmiddelen.

Onder ondernemers lijkt vooral een behoefte aan ondersteuning te bestaan bij kleine ondernemers die relatief weinig inschrijven en bij nieuwkomers in de aanbestedingsmarkt.

5.1 Handreiking proportionaliteit

Door de grote diversiteit van aanbestedingen verschilt de invulling van het proportionaliteitsbeginsel per opdracht, waardoor maatwerk noodzakelijk is. Om aanbestedende diensten bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel te ondersteunen en richting te geven, zal een handreiking proportionaliteit worden opgesteld. Door middel van het opnemen van best practices wordt inzichtelijk gemaakt wat in een bepaalde situatie doorgaans wel en niet proportioneel is. De handreiking zal in ieder geval ingaan op die onderdelen van het aanbestedingsproces die worden genoemd in de artikelen 1.7, 1.11 en 1.15. Daarmee wordt aanbestedende

diensten en ondernemers een concreet instrument aangereikt aan de hand waarvan zij het proportionaliteitsbeginsel kunnen toepassen.

Het Ministerie van Economische Zaken neemt het initiatief om in samenwerking met PIANOo, aanbestedende diensten en ondernemers een dergelijke handreiking op te stellen. Ook de VNG, het IPO, de Unie van Waterschappen en de NEVI zullen hierbij worden betrokken. Inzichten uit de praktijk zullen leidend zijn bij het opstellen van een handreiking. Hiertoe zal gebruik worden gemaakt van het in opdracht van Economische Zaken verrichte Feitenonderzoek naar de voorwaarden in de aanbestedingspraktijk. Ook jurisprudentie zal als basis kunnen fungeren. Reeds bestaande initiatieven, die onder andere gericht zijn op het invullen van het proportionaliteitsbeginsel, zoals bijvoorbeeld de «Leidraad Aanbesteden voor bouwopdrachten» die is ontwikkeld door de Regieraad Bouw, zullen in ogenschouw worden genomen bij het opstellen van de handreiking. Tevens zal gebruik worden gemaakt van de ervaringen die zijn opgedaan bij de bestaande klachtenloketten.

5.2 Voorstel klachtenafhandeling

Voorwaarde voor het succesvol afhandelen van klachten is een snelle en zorgvuldige afhandeling. Een snelle en zorgvuldige afhandeling heeft als voordeel dat enerzijds ondernemers snel duidelijkheid hebben over de ingediende klacht en dat anderzijds de aanbestedingsprocedure niet onnodig wordt vertraagd.

Dit proces is erbij gebaat dat alleen gefundeerde klachten bij een aanbestedende dienst terecht komen. Adviescentra van brancheorganisaties dragen hier nu al toe bij. Deze adviescentra bestaan niet in alle branches, waardoor niet iedere ondernemer ergens terecht kan. Om te zorgen dat alle ondernemers ergens terecht kunnen met vragen en (mogelijke) klachten over aanbestedingsprocedures zal in overleg met ondernemers bekeken worden of ondernemers kunnen worden ondersteund bij het opzetten van een aanbestedingsloket dat de functie heeft van een algemeen adviescentrum. Dit adviescentrum kan (desgewenst gebundeld) klachten indienen bij de betreffende aanbestedende dienst, indien het adviescentrum de klacht of klachten, al dan niet gebundeld, gefundeerd vindt mede bezien vanuit een breder belang. Het adviescentrum zal nauw samenwerken met de reeds bestaande adviescentra van brancheorganisaties.

In een convenant zal met de vertegenwoordigende organisaties van de aanbestedende diensten, zoals het VNG, worden afgesproken dat elke aanbestedende dienst gefundeerde klachten in behandeling neemt. Het maakt hierbij geen verschil of deze klachten rechtstreeks door de ondernemer worden ingediend ofwel indirect via het adviescentrum binnenkomen bij de aanbestedende dienst. Het Ministerie van Economische Zaken neemt het initiatief om in samenwerking met PIANOo, aanbestedende diensten en ondernemers te komen tot een uniforme klachtenregeling die kan bijdragen aan een snelle en zorgvuldige afhandeling van klachten.

Ingeval de aanbestedende dienst en de ondernemer over gegrondheid van de klacht van mening blijven verschillen, wordt de mogelijkheid gecreëerd deze klacht voor te leggen aan een groep van experts. Deze zal tussen de aanbestedende dienst en de ondernemer proberen te bemiddelen. Het gaat hier niet om een extra rechtsgang, maar om een vrijblijvende en laagdrempelige mogelijkheid, die een aanbestedende dienst en ondernemer naast reeds bestaande mogelijkheden kunnen gebruiken. De uitkomst van de bemiddeling is voor partijen niet bindend; partijen kunnen op ieder gewenst moment nog naar de rechter.

De bemiddeling door experts is erop gericht om samen met aanbestedende diensten en ondernemers de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij beide partijen. Bij de beoordeling van geschillen door de experts zullen reflectanten van aanbestedende diensten en vertegenwoordigers uit de sector betrokken zijn. PIANOo zal een ondersteunende rol vervullen bij de bemiddeling door experts.

5.3 TenderNed

Apart van het aankondigingsplatform worden binnen TenderNed ook andere functionaliteiten ontwikkeld. Deze functionaliteiten, die op vrijwillige basis door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gebruikt kunnen worden, zullen er voor zorgen dat TenderNed gedurende het gehele aanbestedingsproces ondersteuning kan bieden: van het opstellen van de vooraankondiging tot en met het versturen van de gunningsbrieven. TenderNed leidt aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven stapsgewijs door de verplichte aankondigingsformulieren aan de hand van de aanbestedingsregels. Toepassing van deze functionaliteiten zorgt voor digitalisering en uniformering van het aanbestedingsproces. Hierdoor wordt de toegankelijkheid van het aanbestedingsproces vergroot, met name voor minder ervaren aanbestedende diensten. Tevens zorgt TenderNed voor betere kenbaarheid van de aanbestedingsregels, hetgeen de kans op fouten vermindert en zorgt voor aanzienlijk lagere lasten voor aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven en ondernemers. Hierdoor zal TenderNed een bijdrage kunnen leveren aan een nog betere naleving bij aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

In de afgelopen jaren zijn verschillende andere (digitale) initiatieven ontwikkeld op het gebied van het aankondigen van en inschrijven op aanbestedingen. Deze initiatieven dragen ook bij aan de beoogde verdere professionalisering van aanbestedende diensten en ondernemers. Het is belangrijk dat deze marktinitiatieven zich verder kunnen ontwikkelen in de kwaliteit en ondersteuning die zij bieden, nu en in de toekomst. TenderNed vormt vanuit de overheid een belangrijke bijdrage aan deze verdere ontwikkeling, en is noodzakelijk om op korte termijn een professioneel, gedegen en betrouwbaar systeem voorhanden te hebben.

5.4 Professionalisering met behulp van PIANOo

PIANOo, ressorterend onder het Ministerie van Economische Zaken, heeft de afgelopen jaren de professionalisering van aanbestedende diensten ondersteund door te fungeren als netwerkcentrum. Door aanbestedende diensten op verschillende manieren bij elkaar te brengen faciliteerde PIANOo een proces van kennisuitwisseling tussen deze diensten.

De regering is echter van mening dat de ondersteuning van professionalisering nog verder kan worden geïntensiveerd. Uitdagingen bijvoorbeeld op het gebied van innovatief inkopen vragen om een stevig expertisecentrum dat aanbestedende diensten verregaand kan ondersteunen bij vraagstukken die zij tegenkomen in hun dagelijkse praktijk. Vandaar dat PIANOo wordt omgevormd van netwerkorganisatie tot expertisecentrum.

Om deze nieuwe rol gestalte te geven is PIANOo gestart met de ontwikkeling van een aantal initiatieven. PIANOo heeft haar adviesfunctie versterkt door het aantrekken van een aantal aanbestedingsexperts. De website www.pianoo.nl is geprofessionaliseerd en bevat actuele informatie over inkopen en aanbesteden, over de regelgeving en de praktische toepassing daarvan en *best practices*. Ook alle recente jurispru-

dentie over aanbesteden wordt aangeboden inclusief adviezen over de toepassing ervan in de praktijk. Alhoewel de informatie op de site ontwikkeld is ten behoeve van aanbestedende diensten, blijken ook ondernemers er regelmatig gebruik van te maken. Verder helpt de bestekbibliotheek aanbestedende diensten bij het vinden van een goed voorbeeldbestek.

Een belangrijke rol is weggelegd voor partijen in het veld. Aanbestedende diensten hebben de afgelopen jaren al een professionaliseringsslag gemaakt, wat terug te zien is in de verbetering in nalevingcijfers uit «Nalevingsmeting Europees aanbesteden 2008», Significant, 2010. Er zijn al veel initiatieven ontwikkeld in de praktijk, al dan niet in samenwerking met PIANOo. Zo heeft de Regieraad Bouw een «Leidraad Aanbesteden» met bijgaand elektronisch ondersteuningssysteem ontwikkeld dat aanbestedende diensten stapsgewijs door een proces leidt. De VNG en MKB Nederland ondersteunen hun achterban met handleidingen en andere informatie. Een ander voorbeeld is de samenwerking tussen provincies die met een zogenaamd stoplichtmodel de voortgang in professionalisering met elkaar vergelijken en van elkaar leren. Ook de waterschappen hebben deze methode onderling met succes toegepast. Binnen de NEVI vindt veel kennisuitwisseling plaats en kunnen inkopers op verschillende niveaus opleidingen volgen.

Samen met aanbestedende diensten en ondernemers wordt door PIANOo en het Ministerie van Economische Zaken bekeken waar nog extra inspanningen kunnen worden geleverd. Om versnippering tegen te gaan, is het belangrijk dat eventuele nieuwe initiatieven aansluiting zoeken bij de bestaande initiatieven. In ieder geval zal worden ingezet op: het doorontwikkelen van bestaande benchmarks van de mate van professionaliteit van aanbestedende diensten (zoals het stoplichtmodel), zodat bestuurders en inkopers snel inzicht kunnen krijgen in de eigen organisatie en kunnen bijsturen waar nodig; het in kaart brengen en opvullen van eventuele omissies in het bestaande opleidingsaanbod; het opstellen van handreikingen gericht op specifieke onderwerpen, zoals duurzaamheid (samen met het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu), innovatie of de toegang van het MKB. Een voorbeeld hiervan is de reeds genoemde handreiking proportionaliteit.

5.5 Overzicht maatregelen

In onderstaand schema's wordt een overzicht gegeven van de huidige situatie voor leveringen en diensten enerzijds en werken anderzijds, en de maatregelen die worden genomen in het wetsvoorstel en in aanvullend beleid voor leveringen en diensten en voor werken.

Leveringen en diensten

| | | Huidige situatie | Nieuwe wetsvoorstel en aanvullende maatregelen |
|-------------------------------|-------------------|---|---|
| Boven Europese drempelwaarden | Regelgeving | Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd in Raamwet, Bao en Bass | Implementatie Europese richtlijnen in Aanbestedingswet Lastenmaatregelen Beginselen van transparantie, gelijkheid en non-discriminatie Proportionaliteitsbeginsel Evaluatiebepaling uniformering |
| | Aanvullend beleid | PIANOo | Handreiking proportionaliteit Richtsnoeren leveringen en diensten Klachtenafhandeling TenderNed PIANOo |
| Onder Europese drempelwaarden | Regelgeving | Beginselen, alleen voor opdrachten met een grensoverschrijdend belang | Proportionaliteitsbeginsel Uitgangspunten van gelijkheid en transparantie Lastenmaatregelen Evaluatiebepaling uniformering |
| | Aanvullend beleid | Beleidsregels aanbesteden gemeenten PIANOo | Handreiking proportionaliteit Richtsnoeren leveringen en diensten Klachtenafhandeling TenderNed PIANOo |

Werken

| | | Huidige situatie | Nieuwe wetsvoorstel en aanvullende maatregelen |
|-------------------------------|-------------------|---|--|
| Boven Europese drempelwaarden | Regelgeving | Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd in Raamwet, Bao en Bass | Implementatie Europese richtlijnen in Aanbestedingswet Lastenmaatregelen Beginselen van transparantie, gelijkheid en non-discriminatie Proportionaliteitsbeginsel BAW Evaluatiebepaling uniformering |
| | Aanvullend beleid | BAW ARW | Handreiking proportionaliteit ARW Klachtenafhandeling TenderNed PIANOo |
| Onder Europese drempelwaarden | Regelgeving | Beginselen, alleen voor opdrachten met een grensoverschrijdend belang | Proportionaliteitsbeginsel Uitgangspunten van gelijkheid en transparantie Lastenmaatregelen BAW Evaluatiebepaling uniformering |
| | Aanvullend beleid | BAW ARW Beleidsregels aanbesteden gemeenten | Handreiking proportionaliteit ARW Klachtenafhandeling TenderNed PIANOo |

6. Structuur wetsvoorstel

6.1 Opbouw wetsvoorstel

Het wetsvoorstel bestaat uit vier delen, die weer zijn onderverdeeld in hoofdstukken en paragrafen. Het eerste deel bestaat uit begripsbepalingen en bepalingen die voor alle opdrachten binnen en buiten het regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen gelden, waaronder de beginselen en uitgangspunten. Ook zijn in deel 1 lastenverlichtende maatregelen opgenomen die in acht moeten worden genomen bij opdrachten onder de Europese drempelwaarden. Het tweede en derde deel van het wetsvoorstel bestaan uit de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, namelijk in deel twee richtlijn nr. 2004/18/EG voor aanbestedende diensten en in deel drie richtlijn nr. 2004/17/EG voor speciale-sectorbedrijven. Het vierde deel bevat overige bepalingen. Het gaat hier om regels die voor de werking van de delen 2 en 3 van belang zijn, maar niet, zoals de andere drie delen, rechtstreeks gericht zijn aan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Tenslotte staan hier de overgangs- en slotbepalingen in opgenomen.

Het wetsvoorstel beoogt een duidelijk en eenvormig kader te bieden voor aanbesteden, bijvoorbeeld door een eenduidige terminologie te gebruiken in het gehele wetsvoorstel en te kiezen voor een zo helder mogelijk taalgebruik. Verschillend taalgebruik in beide richtlijnen is in de delen 2 en 3 vermeden. Daarnaast is iedere procedure stapsgewijs beschreven. Verwacht wordt dat ook hierdoor het wetsvoorstel bijdraagt aan verbetering van de naleving van de aanbestedingsregels.

6.2 Terminologie wetsvoorstel

In het wetsvoorstel is ervoor gekozen de bepalingen zo helder en scherp mogelijk neer te zetten. Dit betekent dat de formuleringen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn «vertaald» in toegankelijk Nederlands. Daarnaast worden verbeteringen aangebracht in de begrippen die de richtlijnen hanteren. In de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt op sommige plaatsen eenzelfde begrip in verschillende betekenissen gebruikt. Zo worden meerdere begrippen gebruikt voor de aanduiding van de eisen in de selectiefase. In sommige gevallen worden alle gestelde eisen in deze fase aangeduid als selectiecriteria. In andere gevallen wordt er een onderscheid gemaakt tussen uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Dit leidt tot verwarring in de praktijk. Daarom wordt in dit wetsvoorstel gekozen voor een eenduidige terminologie. Daarnaast wordt in dit wetsvoorstel het begrip speciale-sectorbedrijf geïntroduceerd om aanbestedende diensten te beschrijven die vallen onder richtlijn nr. 2004/17/EG, zodat deze duidelijk te onderscheiden zijn van aanbestedende diensten die vallen onder richtlijn nr. 2004/18/EG.

6.3 Implementatiemethode Europese aanbestedingsrichtlijnen

De opbouw van deel twee voor aanbestedende diensten en deel drie voor speciale-sectorbedrijven is gelijk. De Europese aanbestedingsrichtlijnen worden vrijwel geheel op wetsniveau geïmplementeerd. Op enkele punten zou regeling op wetsniveau niet praktisch zijn. Het gaat dan bijvoorbeeld om gedetailleerde bepalingen, zoals het model voor de eigen verklaring. Daarvoor wordt dan ook voorzien in delegatiebepalingen.

De delen twee en drie bepalen in hoofdstuk 1 voor welke gevallen de procedurevoorschriften gelden. Dit hoofdstuk begint daarom met de drempelwaarden, waarboven de voorschriften in deze delen gelden. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk ook duidelijk voor welke opdrachten de

procedurele voorschriften niet gelden. Het gaan hier bijvoorbeeld om geheime opdrachten, die van de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn uitgezonderd.

De verschillende aanbestedingsprocedures die aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen toepassen, worden weergegeven in hoofdstuk 2 van beide delen. Bij iedere procedure wordt eerst aangegeven in welke gevallen een bepaalde procedure kan worden toegepast en welke stappen de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bij het toepassen van de procedure kan doorlopen. De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf hebben daarmee onmiddellijk overzicht van de wijze waarop een aanbesteding verloopt. Bovendien is daarmee ook duidelijk wat de verschillen zijn tussen de aanbestedingsprocedures.

In hoofdstuk 3 van beide delen van het wetsvoorstel worden de stappen in de procedures (aankondiging, uitsluiting, geschiktheid, selectie en gunning) verder uitgewerkt. In hoofdstuk 4 van beide delen staan de voorschriften voor bijzondere procedures.

Waar nodig wordt in beide delen gekozen voor een dynamische verwijzing naar de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Dit geldt voornamelijk voor bepalingen waarvan de Europese Commissie de bevoegdheid heeft om deze aan te passen. Indien dit soort bepalingen in het wetsvoorstel zouden worden opgenomen, zou het wetsvoorstel na ieder besluit van de Europese Commissie hierover moeten worden aangepast. Een voorbeeld hiervan zijn de drempelwaarden voor de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De Commissie stelt die tweejaarlijks vast met een korte inwerkingtredingsperiode. De Europese aanbestedingsrichtlijnen delegeren voorts bepaalde uitvoeringstaken aan de Commissie, in het bijzonder met betrekking tot het vaststellen van door deze richtlijnen vastgestelde formulieren. In het wetsvoorstel wordt ook daarnaar rechtstreeks verwezen.

7. Gevolgen voor de lasten

7.1 Lasten bij aanbesteden

Ondernemers die deelnemen aan inkoopprocedures van aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven worden geconfronteerd met administratieve lasten (AL) en overige lasten (OL). AL zijn lasten die het Nederlandse bedrijfsleven ondervindt om te voldoen aan informatieverplichtingen, die voortvloeien uit wet- en regelgeving van de overheid. Het betreft onder meer het bestuderen van de EU-website op aankondigingen, het bestuderen van de aanbestedingsdocumenten en het aanleveren van informatie die geen directe relatie heeft met de inhoud van de opdracht, zoals een inschrijvingsbewijs van de Kamer van Koophandel of een accountantsverklaring. OL zijn lasten die voortvloeien uit werkzaamheden die een directe relatie hebben met de inhoud van de opdracht. Bijvoorbeeld het opstellen van een offerte of het bestuderen van een contract.

Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven worden geconfronteerd met uitvoeringslasten (UL). 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 of speciale-sectorbedrijven. De lasten die gepaard gaan met het vergelijken en beoordelen van offertes hangen bijvoorbeeld samen met de eisen die een aanbestedende dienst stelt aan de inhoud van de offertes.

Voor overheidsinkopen groter dan € 5.000,- bedroegen de lasten in het jaar 2006 in totaal ongeveer € 1.14 miljard, waarvan € 367 miljoen aan UL voor aanbestedende diensten en € 775 miljoen aan totale lasten (€ 170 miljoen aan AL en € 605 miljoen aan OL) voor het bedrijfsleven. Per procedure zijn de totale lasten het hoogst voor nationale en Europese niet-openbare en openbare procedures, namelijk ongeveer € 85.000,- tot € 95.000,- per opdracht. Meervoudig onderhandse procedures kosten ongeveer € 5.000,- (Bedragen op basis van het onderzoek «Lastenontwikkeling aanbestedingsbeleid», SIRA/Significant, 2009: hierna SIRA/Significant, 2009).

7.2 Lastenverlaging door verbeterde uitvoeringspraktijk

Het grootste deel van de lasten van aanbesteden vloeit voort uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen of is een gevolg van een standaard inkoopproces (bijvoorbeeld het vergelijken van offertes). Lastenvermindering is dan ook voor het belangrijkste deel te bereiken door een betere uitvoeringspraktijk. Door gebruik te maken van eenvoudige lastenverlagende instrumenten die zich in de praktijk hebben bewezen, en door uniformering van processen en formulieren is veel winst te behalen. In dit wetsvoorstel is een aantal gerichte maatregelen opgenomen, waarmee verbeteringen in de uitvoeringspraktijk worden voorzien. Het gaat om de verplichte uniforme eigen verklaring, de verplichte aankondiging op TenderNed en het verplicht kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken.

7.3 Meting lasteneffecten maatregelen

De lasteneffecten zijn berekend voor de aanbestedende diensten, niet voor de speciale sectorbedrijven. Dezelfde effecten zullen daar ook echter (deels) optreden en daarmee zullen de lasteneffecten groter zijn dan in deze paragraaf benoemd.

De maatregelen in dit wetsvoorstel en aanvullend beleid hebben een lastenverlagend effect, daar waar de uitvoeringspraktijk zich deze maatregelen nog niet eigen heeft gemaakt. Bij de berekening van de lasteneffecten wordt daarom expliciet aandacht besteed aan de lastenontwikkeling ten opzichte van de geldende praktijk. De lastenverlichting is in twee stappen in kaart gebracht: stap één betreft de lastenverlichting die in de praktijk reeds is gerealiseerd ten opzichte van de nulsituatie in 2006, en stap twee de lastenverlichting die de betreffende maatregel additioneel realiseert. Omdat de praktijk zeer divers is, wordt de lastenreductie die reeds in de praktijk is gerealiseerd in de tabellen weergegeven binnen een bepaalde bandbreedte. De meting van deze effecten is gedaan in SIRA/Significant, 2009 onder begeleiding van een begeleidingscommissie bestaande uit ondernemers, aanbestedende diensten en lastenexperts.

Niet alle effecten van de (lastenreducerende) maatregelen zijn te kwantificeren. Het gaat hier met name om het opnemen van het proportionaliteitsbeginsel en de effecten van het uitschrijven van procedures. Paragraaf 4 gaat in op de verwachte effecten van deze maatregelen. Doordat niet alle (lastenreducerende) effecten kunnen worden gekwantificeerd, zijn de lastenreducties die in deze paragraaf worden gerapporteerd waarschijnlijk een onderschatting van de reductie die daadwerkelijk wordt behaald (SIRA/Significant, 2009).

De daadwerkelijke lastenontwikkeling na inwerkingtreding van de wettelijke maatregelen en de maatregelen uit het aanvullend beleid wordt ook beïnvloed door ontwikkelingen buiten de wet om. Zo zou het kunnen zijn dat de naleving van de regelgeving toeneemt, waardoor meer

opdrachten worden aanbesteed. Ook kan het aantal bedrijven dat deelneemt aan een procedure fluctueren met gevolg voor de lasten van die procedure. Omdat deze ontwikkelingen buiten wet en aanvullend beleid om optreden en daarmee ook geen effect zijn van wet en aanvullend beleid, is in de lastenberekeningen uitgegaan van een gelijkblijvend aantal procedures en een gelijkblijvend aantal deelnemende bedrijven.

7.4 Overzicht totale lastenontwikkeling

Sinds 2006 zijn de lasten door ontwikkelingen in de praktijk reeds gedaald van een totaal van € 1.142 miljoen naar een totaal van tussen de € 1.108 en 1.115 miljoen. De in dit wetsvoorstel voorgestelde wettelijke maatregelen en de additionele functionaliteiten van TenderNed leiden gezamenlijk tot een potentiële additionele lastenverlichting van € 132 tot 139 miljoen. Hiervan komt ongeveer € 108 tot 113 miljoen terecht bij ondernemers (waarvan € 19 tot 25 miljoen AL) en ongeveer € 25 miljoen bij aanbestedende diensten. Hiermee dalen de totale lasten tot tussen de 11,8 en 12,5 procent.

Tabel 1 geeft het totale effect op de lastenontwikkeling weer van de wettelijke maatregelen. Hierbij is zoals gezegd expliciet aandacht besteed aan de additionele reductie ten opzichte van de geldende praktijk. De totale lasten ten opzichte van de nulsituatie in 2006 verminderen met € 103,3 miljoen. € 26,3 tot € 33,1 miljoen hiervan is al gerealiseerd door een slimmere uitvoeringspraktijk. De wettelijke maatregelen realiseren een additionele reductie van € 70,2 tot € 77 miljoen. Het grootste deel daarvan komt terecht bij het bedrijfsleven: de AL dalen met € 46,2 miljoen, waarvan € 14,9 tot € 20,5 miljoen door de wet. Dit betekent dat de wet een additionele AL-reductie van 10,7 tot 14,2 procent realiseert ten opzichte van de huidige praktijk.

| | Nulsituatie (2006) | Huidige praktijk (2009) | | | Wet | | |
|----------------------|--------------------|-------------------------|------------------|--------------------------------------|----------------|----------------------|------------------------------|
| | Niveau | Niveau (mln €) | Reductie (mln €) | Reductie t.o.v. nulsituatie 2006 (%) | Niveau (mln €) | Reductie (miljoen €) | Reductie t.o.v. praktijk (%) |
| AL | 170,2 | 138,9–144,5 | 25,7–31,3 | 15,1–18,4 | 124,0 | 14,9–20,5 | 10,7–14,2 |
| OL | 604,9 | 604,9 | 0 | 0 | 550,8 | 54,1 | 8,9 |
| Totaal bedrijfsleven | 775,0 | 744,0–749,4 | 25,6–31,0 | 3,3–4,0 | 674,8 | 69,2–74,6 | 9,3–10,0 |
| UL | 366,5 | 365,0–365,8 | 0,7–1,5 | 0,2–0,4 | 363,5 | 1,5–2,3 | 0,4–0,6 |
| Totale lasten | 1141,5 | 1108,4–1115,2 | 26,3–33,1 | 2,3–2,9 | 1038,2 | 70,2–77,0 | 6,3–6,9 |

7.5 Lastenontwikkeling per maatregel

In tabel 2 staan de hierboven beschreven lastenreducerende effecten per maatregel uitgesplitst naar de effecten voor het deel boven en onder de Europese drempelwaarden. Deze effecten zijn berekend ten opzichte van de huidige praktijk in 2009.

| | Boven de drempel/ onder de drempel | Reductie AL | | Reductie OL | | Reductie totale lasten ondernemers | | Reductie UL | | Reductie totale lasten | |
|------------------|---------------------------------------|-------------|-----------|-------------|-----|------------------------------------|---------|-------------|---------|------------------------|---------|
| | | Mln € | % | Mln € | % | Mln € | % | Mln € | % | Mln € | % |
| Eigen verklaring | Boven | 16,6–22,1 | 11,5–15,9 | 0,1–0,2 | 0,0 | 16,7–22,3 | 2,2–3,0 | 1,6–2,1 | 0,4–0,6 | 18,2–24,3 | 1,6–2,2 |
| | Onder | 0,0 | 0,0 | 31,0 | 5,1 | 31,0 | 4,1–4,2 | 0,1 | 0,0 | 31,0 | 2,8 |

| | Boven de drempel/ onder de drempel | Reductie AL | | Reductie OL | | Reductie totale lasten ondernemers | | Reductie UL | | Reductie totale lasten | |
|--|---------------------------------------|-------------|-----|-------------|-----|------------------------------------|-----|-------------|-----|------------------------|-----|
| | | Mln € | % | Mln € | % | Mln € | % | Mln € | % | Mln € | % |
| Gratis stukken | Boven | 0,0 | 0,0 | 0,5 | 0,1 | 0,5 | 0,1 | 0,0 | 0,0 | 0,5 | 0,0 |
| | Onder | 0,0 | 0,0 | 0,6 | 0,1 | 0,6 | 0,1 | 0,0 | 0,0 | 0,7 | 0,1 |
| TenderNed: aankondiging opdrachten | Boven | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 |
| | Onder | 0,0 | 0,0 | 22,3 | 3,7 | 22,3 | 3,0 | 0,4 | 0,1 | 22,7 | 2,0 |
| Integriteits- toetsing | Boven | 0,0 | 0,0 | 0,3 | 0,0 | 0,3 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,3 | 0,0 |
| | Onder | nb | nb | nb | nb | nb | nb | nb | nb | nb | nb |

Verplichte uniforme eigen verklaring (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3): de eigen verklaring heeft een grote invloed op de lasten. Voor ondernemers leidt de maatregel boven de Europese drempelwaarden tot een lastenverlichting van € 16,7 tot 22,3 miljoen en onder deze drempelwaarden tot een lastenverlichting van € 31 miljoen. Deze lastenverlichting vloeit voort uit twee effecten. Ten eerste hoeven per procedure niet langer alle inschrijvers stukken aan te leveren, maar alleen de winnaar of de geselecteerden. Ten tweede zorgt de uniformering van eigen verklaringen ervoor dat ondernemers niet langer per aanbesteding specifieke informatie hoeven aan te leveren, maar kunnen volstaan met standaardinformatie. De lastenverlichting bij aanbestedende diensten van € 1,6 tot 2,1 miljoen komt doordat zij minder stukken hoeven te controleren en gegevens meer uniform krijgen aangeleverd.

Kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4): het lastenreducerend effect is klein, doordat het aantal aanbestedingen waarbij in de huidige praktijk kosten in rekening worden gebracht, beperkt is. Daarnaast gaat de berekening ervan uit dat voor de sector werken kosten in rekening gebracht zullen blijven worden, omdat ondernemers waarschijnlijk voor bepaalde stukken (zoals bouwtekeningen op groot formaat) zullen kiezen voor een papieren versie van de aanbestedende dienst, waarvoor gemaakte kosten mogen worden doorberekend. De maatregel levert ook een kleine besparing (€ 30.000 onder de Europese drempelwaarden en € 20.000 boven deze drempelwaarden, vanwege afronding niet zichtbaar in tabel) op aan UL doordat aanbestedende diensten de kosten niet langer hoeven te administreren en innen.

TenderNed: aankondiging van opdrachten (zie hoofdstuk 4, paragraaf 5): in het wetsvoorstel is opgenomen dat alle aanbestedende diensten hun opdrachten verplicht op TenderNed moeten aankondigen. Wanneer ondernemers op één plek en met een goede zoekfunctie alle opdrachten van aanbestedende diensten kunnen vinden, besparen ze sterk op zoekkosten. Op dit moment moeten alle Europese opdrachten al worden gepubliceerd op TED en is op TED ook een zoekfunctie voor handen. Daarnaast worden alle Europese opdrachten boven de Europese drempelwaarden ook op de website Aanbestedingskalender.nl geplaatst of ingelezen, waar ondernemers op basis van een zoekprofiel dagelijks op de hoogte worden gehouden van nieuwe opdrachten. Daarmee is sinds 2006 in de praktijk reeds een lastenreductie van in totaal € 20,2 miljoen gerealiseerd.

Voor nationale opdrachten onder de Europese drempelwaarden bestaat de verplichting voor publicatie op TED echter niet. De aankondigingen van nationale (openbare en niet-openbare) procedures worden momenteel op verschillende manieren vormgegeven. Een deel van de publicaties vindt plaats op een digitale locatie, een ander deel wordt gepubliceerd in een (nationaal) (dag of vak)blad. Van de digitale aankondigingen wordt een deel gepubliceerd op Aanbestedingskalender. Een vergelijking tussen de

aantallen aanbestedingen nationaal versus Europees en de aankondigingen op Aanbestedingskalender leidt tot de conclusie dat bij benadering 50% van de nationale aanbestedingen nog elders wordt aangekondigd (SIRA/Significant, 2009). De maatregel leidt onder de Europese drempelwaarden dan ook tot een lastenverlaging van € 22,3 miljoen voor ondernemers. Doordat aanbestedende diensten met een vaste publicatieplek kunnen gaan werken, waarmee zij alle ondernemers bereiken, verminderen ook de lasten voor aanbestedende diensten met € 0,4 miljoen.

Integriteitstoetsing (zie hoofdstuk 4, paragraaf 6): met de gedragsverklaring aanbesteden kunnen aanbestedende diensten de integriteit toetsen. In de gedragsverklaring worden ook mededingingsrechtelijke overtredingen meegenomen. Omdat onduidelijk is of en hoe aanbestedende diensten op mededingingsovertredingen toetsen, is het ook onduidelijk wat het effect op de lastenontwikkeling hiervan is. Wel kan gezegd worden dat aanbestedende diensten die momenteel zelf onderzoek doen naar mededingingsovertredingen, niet langer op zoek hoeven naar de relevante informatie. Dit zou een lastenverlichting voor aanbestedende diensten inhouden. Het tweede lasteneffect vloeit voort uit de geldigheidsduur van een jaar van de gedragsverklaring aanbesteden. Op dit moment vragen aanbestedende diensten regelmatig naar VOG's van maximaal drie of zes maanden oud. Dit betekent dat waar een ondernemer nu nog twee of meer keer per jaar een VOG á € 147,50 moet aanvragen, hij na de inwerkingtreding van de wet nog maximaal één keer per jaar een gedragsverklaring aanbesteden hoeft aan te vragen en te betalen. Dit leidt tot een kleine lastenreductie van € 0,3 miljoen. Daarnaast scheelt dit de ondernemer natuurlijk ook de tijd en moeite van het aanvragen. Dit effect is niet gekwantificeerd.

7.6 Effecten digitalisering door TenderNed

Naast de wet, waaronder de verplichte aankondiging op TenderNed, worden binnen TenderNed ook verschillende additionele functionaliteiten ontwikkeld (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3). Mits aanbestedende diensten optimaal van deze functionaliteiten gebruik gaan maken, bereikt TenderNed een lastenreductie van € 38,5 miljoen voor ondernemers en € 23,2 miljoen voor aanbestedende diensten. Bij deze berekening is geen rekening gehouden met gebruik van digitale systemen in de huidige praktijk, die mogelijke reducties al hebben gerealiseerd. De bestaande praktijk is te zeer versnipperd om hierop goed oog te krijgen.

Tegenover de structurele lastenverlichting staan de eenmalige lasten voor het leren omgaan met het systeem. Deze lasten zijn afhankelijk van de leercapaciteit bij individuele aanbestedende diensten en ondernemers. Door een uitgebreide hulpfunctie, en actieve promotie en educatie door TenderNed, zullen de eenmalige lasten waarschijnlijk beperkt blijven.

| | Lasten na invoering wet (mln €) | Lasten na volledige benutting TenderNed | Potentiële reductie TenderNed (mln €) | Potentiële reductie TenderNed (% t.o.v. huidige praktijk) |
|----------------------|------------------------------------|--|--|---|
| AL | 124,0 | 119,7 | 4,3 | 3,0-3,1 |
| OL | 550,8 | 516,6 | 34,2 | 5,7 |
| Totaal bedrijfsleven | 674,8 | 636,3 | 38,5 | 5,1-5,2 |
| UL | 363,5 | 340,3 | 23,2 | 6,3-6,4 |
| Totale lasten | 1038,2 | 976,6 | 61,6 | 5,5-5,6 |

Niet meegerekend bij deze cijfers is het effect van TenderNed op de professionalisering van de aanbestedingspraktijk. TenderNed richt zich onder andere op het verminderen van (juridische) fouten, verbetering van

het kennismanagement en verhoging van de naleving van regelgeving. Het precieze effect van die professionalisering op de lasten is niet eenduidig. Zo kan een verhoogde naleving leiden tot meer aanbestedingen en dus hogere lasten. Aan de andere kant zal de vermindering in fouten waarschijnlijk leiden tot minder gerechtelijke procedures, minder herstelwerkzaamheden aan bestekken en snellere aanbestedingsprocedures.

7.7 Kwalitatieve effecten

De vorige paragraaf gaf aan dat op enkele punten de effecten van maatregelen moeilijk of niet te kwantificeren zijn. Twee maatregelen zijn in hun geheel niet te kwantificeren. Ten eerste het expliciet opnemen van het proportionaliteitsbeginsel. Ten tweede het uitschrijven van procedures voor leveringen en diensten. Daarover kunnen slechts kwalitatieve uitspraken worden gedaan.

Het expliciet opnemen van het proportionaliteitsbeginsel, zoals beschreven in hoofdstuk 4, paragraaf 1, kan op verschillende manieren doorwerken op de lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten. Het proportionaliteitsbeginsel heeft een lastenreducerend effect, omdat het zal leiden tot minder hoge eisen. Hierbij kan worden gedacht aan bankgaranties voor lagere bedragen dan voorheen gebruikelijk was. Vanuit lastenperspectief is een belangrijker effect dat bedrijven aan minder eisen hoeven te voldoen en minder bewijsstukken hoeven te overleggen, omdat het proportionaliteitsbeginsel ervoor zorgt dat aanbestedende diensten geen onnodige eisen stellen of om onnodige bewijsstukken vragen. Aanbestedende diensten zijn minder tijd kwijt aan het controleren van de bewijsstukken. De invoering van de uniforme eigen verklaring heeft dit effect al voor een belangrijk deel bereikt. Binnen openbare procedures realiseert het proportionaliteitsbeginsel aanvullend daarop nog een vermindering van te overleggen bewijsstukken door de winnaar. Voor niet-openbare procedures is het effect groter. Ten eerste heeft het effect door een vermindering van de bewijsstukken voor de geselecteerden. Ten tweede leidt het proportionaliteitsbeginsel ook tot een vermindering van het aantal bewijsstukken voor het short listen: de fase waarin het aantal ondernemingen die worden uitgenodigd tot inschrijving wordt beperkt.

Het uitschrijven van procedures voor leveringen en diensten, zoals beschreven in hoofdstuk 4, paragraaf 2, zorgt ervoor dat aanbestedingsprocedures beter worden gestructureerd en minder van elkaar verschillen. Hierdoor kost het zowel aanbestedende diensten als ondernemers minder tijd en moeite om een specifieke aanbestedingsprocedure te doorgronden en te volgen. Een kwantitatieve berekening van de effecten is echter niet mogelijk, vanwege drie redenen. Ten eerste is de grootte van het effect moeilijk in te schatten. Een vergelijking met de effecten van het ARW is bijvoorbeeld niet mogelijk, omdat er al lang met het ARW wordt gewerkt en er geen nulmeting beschikbaar is van voor die tijd. Ten tweede zullen de effecten per aanbestedende dienst sterk verschillen, onder andere omdat aanbestedende diensten verschillen in ervaring en de mate waarin aanbestedende diensten reeds gebruikmaken van standaardprocedures. Ten derde kunnen er wellicht tegengestelde effecten optreden. Het uitschrijven van de procedures kan er enerzijds voor zorgen dat tijd wordt bespaard bij het doorgronden van de procedures, anderzijds kan het ertoe leiden dat aanbestedende diensten minder flexibel optreden en de procedures formaliseren. Doelstelling is dan ook de procedures op een dusdanige wijze uit te schrijven dat uniformiteit wordt bewerkstelligd, maar de flexibiliteit van de procedures niet onnodig wordt belemmerd.

7.8 Alternatieven

Bij het opstellen van wetsvoorstel en aanvullend beleid zijn verschillende alternatieven overwogen. Een verbod op het vragen naar informatie die reeds (elders) binnen de overheid aanwezig is, een prekwalificatiesysteem een verplichting om bij de aankondiging van een opdracht op TenderNed ook de aanbestedingsdocumenten te plaatsen.

Bij het vragen om informatie die reeds (elders) bij de overheid aanwezig is gaat het vooral om informatie uit twee registers: het Handelsregister en het mogelijk op te richten COVOG register (strafrechtelijke gegevens). Wat betreft een verbod op het opvragen van informatie uit het handelsregister loopt een apart traject, in het kader van de Handelsregisterwet. Het is daarom niet opportuun om deze verplichting apart in het wetsvoorstel op te nemen. Het openbaar maken van een eventueel op te richten COVOG register met strafrechtelijke veroordelingen stuit op bezwaren vanwege privacywetgeving. Er is dus geen aanleiding om in het wetsvoorstel een verbod op het vragen naar informatie die (elders) binnen de overheid beschikbaar is, op te nemen.

Een prekwalificatiesysteem richt zich op het verifiëren en up-to-date houden van gegevens uit de Eigen Verklaring. Een bedrijf dient de bewijsstukken in bij een onafhankelijke toetsende partij, die de stukken verifieert. Bij goedkeuring wordt het bedrijf «geprekwalificeerd». Hierdoor hoeft het bedrijf deze bewijsstukken, wanneer deze tijdens een aanbestedingsprocedure worden gevraagd, niet meer te overleggen. Het bedrijf betaalt hier een bedrag voor aan de onafhankelijke toetsende partij. In Duitsland is een dergelijk systeem reeds actief voor de sector Werken. De lastenreductie komt vooral terecht bij bedrijven die veel aanbesteden, aangezien vooral dit type bedrijven gebruik zou maken van een dergelijk systeem. Er is nog onduidelijkheid over de behoefte aan een dergelijk systeem in de praktijk en over de kosten die gemoeid gaan met het creëren van het systeem. Daarom wordt nog gekeken naar de verdere uitwerking en wordt een prekwalificatiesysteem (nog) niet opgenomen in het beleid.

Tenslotte is nog gekeken naar een verplichting om bij de aankondiging van een opdracht op TenderNed ook de aanbestedingsdocumenten te plaatsen. Het plaatsen van deze stukken zou gratis zijn. In de huidige praktijk worden deze stukken nog regelmatig niet toegevoegd. Het bijplaatsen van de stukken zou de zoekkosten voor ondernemers verminderen, waardoor ondernemers en met name MKB-ers gemakkelijker kunnen zien of de opdracht voor hen interessant is. Het bleek nog niet mogelijk de effecten op de lastenontwikkeling te kwantificeren, maar het onderzoek SIRA/Significant, 2009 concludeert dat een substantiële hoeveelheid bedrijven deze documenten nog moet opzoeken en er daardoor een lastenreducerend effect op de lasten voor bedrijven zal optreden. De lasten voor aanbestedende diensten zullen licht afnemen. Zij hoeven geen handelingen meer uit te voeren om documenten «handmatig» op te sturen en hebben niet langer kosten voor het plaatsen van de stukken op andere digitale publicatieplatforms. Door het gratis maken van plaatsen op TenderNed en actieve stimulering in het aanvullend beleid zullen deze effecten echter ook kunnen worden bereikt. De regering ziet een verplichting als te zwaar en onnodig.

7.9 Overige bedrijfseffecten

Dit wetsvoorstel beoogt een verlaging van de toetredingsdrempels voor bedrijven. De verlaging van de lasten, de opname van het proportionaliteitsbeginsel en het bijbehorende aanvullend beleid (handreiking

proportionaliteit) maken het eenvoudiger voor met name kleine, innovatieve bedrijven om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dit leidt ook tot intensivering van de concurrentie bij aanbestedingen. Bedrijven zullen optimaler moeten concurreren op zowel prijs als kwaliteit.

De focus komt te liggen op de optimale prijs-kwaliteitverhouding en een professionele aanbesteding. Dit zal overheden ertoe aanzetten bewuster hun vraag te formuleren. Wanneer regels en de bewegingsruimte daarbinnen beter bekend zijn zullen aanbestedende diensten beter in staat zijn doelmatigheid te bereiken. Hierbij zal, mede gestimuleerd door aanvullend beleid, meer aandacht komen voor duurzaamheid en innovatie. Bedrijven kunnen er op rekenen dat duurzaamheidscriteria en innovatieprikkelers de komende jaren een belangrijke plek zullen verwerven in aanbestedingen.

8. Consultatie

8.1 Consultatie belanghebbenden

Tijdens de consultatie hebben belanghebbenden de mogelijkheid gekregen om te reageren op het concept wetsvoorstel. In het consultatiedocument werd specifiek een reactie gevraagd op zes punten: 1) de uitgangspunten van het wetsvoorstel, 2) algemene beginselen onder de Europese drempelwaarden, 3) proportionaliteit, 4) uniformiteit, 5) integriteit, en 6) klachtenloket. Er zijn in totaal 46 reacties ontvangen. De reacties zijn afkomstig van (vertegenwoordigers van) ondernemers, (vertegenwoordigers van) aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, advocatenkantoren en de wetenschap. De reacties hebben geleid tot aanvulling, verbetering en verduidelijking van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Alleen al vanwege het grote aantal reacties is het niet mogelijk op alle opmerkingen in te gaan. Hieronder worden de reacties op de voorgelegde vraagpunten besproken alsmede enkele onderwerpen die van een aantal kanten naar voren zijn gebracht.

8.1.1 Uitgangspunten van het wetsvoorstel

Ondernemersorganisaties vinden het wetsvoorstel een verbetering van de huidige situatie en onderschrijven de doelstellingen van het wetsvoorstel. Ten aanzien van de verhouding tussen wet en aanvullend beleid geven vertegenwoordigers van ondernemersorganisaties (MKB-Nederland, VNO/NCW, Bouwend Nederland en MKB-Infra) aan dat zij vinden dat er nog te weinig in de regelgeving wordt geregeld voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden. Zij denken dat de huidige praktijk niet wijzigt met aanvullend beleid, dat niet verplicht is.

Vertegenwoordigers van aanbestedende diensten (VNG en IPO) en inkopers (NEVI) geven juist aan tevreden te zijn dat er geen overregulering plaats vindt. Zij ondersteunen de voorgestelde verhouding tussen aanvullend beleid en regelgeving.

Het wetsvoorstel is erop gericht dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoopt tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht. De grote diversiteit aan opdrachten vraagt om maatwerk en professionaliteit. De regering is dan ook van mening dat niet alles in regelgeving kan worden gevangen. Daarom wordt in aanvulling op het wetsvoorstel ingezet op beleidsmaatregelen die ondersteuning en richting geven aan de aanbestedingspraktijk en waar nodig verder professionalisering ondersteunen en stimuleren.

Naar aanleiding van de consultatie is de verhouding tussen wetgeving en flankerend beleid op een drietal punten gewijzigd. De algemene beginselen zijn nu zodanig geformuleerd dat het wetsvoorstel en de toelichting daarop reeds houvast bieden voor de toepassing van de beginselen in de praktijk. De lastenverlichtingmaatregelen zijn ook onder de Europese drempelwaarden van toepassing verklaard (integriteitstoets, eigen verklaring, gratis aanbestedingsstukken, TenderNed). Ten aanzien van uniformering is een evaluatiebepaling opgenomen. Indien uit de evaluatie blijkt dat er onvoldoende uniformering is bereikt, kunnen bij AMvB nadere regels worden gesteld.

8.1.2 Algemene beginselen onder de Europese drempelwaarden

Ondernemersorganisaties ondersteunen de opname van de beginselen in het wetsvoorstel.

NEVI stelt in haar reactie zeer tevreden te zijn over de opname van de algemene beginselen onder de Europese drempelwaarden. De NEVI is van mening dat een richtinggevende uitwerking in de Memorie van Toelichting de meest effectieve manier is om de beginselen nader uit te werken. Hierdoor wordt uniformiteit gecreëerd wat de kwaliteit van inkopen en aanbesteden ten goede zal komen.

Vertegenwoordigers van gemeenten en provincies zijn een voorstander van nadere uitwerking van de algemene beginselen in aanvullend beleid. Zij denken dat de opname van de beginselen zal leiden tot juridisering.

Ten aanzien van de gelding van de algemene beginselen onder de Europese drempelwaarden is de regering van mening dat nadere concretisering in de Memorie van Toelichting de geëigende weg is. Hierbij is gekozen voor zodanige vormgeving dat de meervoudige onderhandse procedure in stand blijft. Daarnaast wordt de klachtenafhandeling verbeterd om juridisering te voorkomen.

8.1.3 Proportionaliteitsbeginsel

Ondernemersorganisaties ondersteunen de opname van een algemeen proportionaliteitsbeginsel, maar geven aan dat het beginsel nog te weinig concreet is. Ondernemersorganisaties wijzen erop dat het beginsel in deze vorm slechts in theorie bescherming zal geven. Zo is volgens Bouwend Nederland niet aangegeven wanneer een bepaalde werkwijze disproportioneel is.

VNO-NCW en MKB Nederland en MKB INFRA geven aan dat het proportionaliteitsbeginsel een brede werking heeft en bepleiten dat het beginsel geldt voor alle aspecten van een aanbesteding, inclusief gunningsfase en contractvoorwaarden. Bouwend Nederland bepleit opname van duidelijkere regels in de wet, om juridisering te voorkomen. VNO-NCW en MKB Nederland geven aan dat aanbestedende diensten een verantwoordingsplicht hebben, en gemotiveerd zouden moeten aangeven waarom de desbetreffende aanbesteding en de daarbij gehanteerde selectie- en gunningseisen proportioneel zijn. Naar de mening van VNO-NCW en MKB Nederland is het onbegrijpelijk dat de toepassing van de handreiking proportionaliteit vrijwillig zal blijven.

MKB INFRA bepleit een nadere uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel door opname van aanknopingspunten in de memorie van toelichting. Deze kunnen volgens MKB INFRA nader uitgewerkt worden in leidraden, die in gezamenlijk overleg tot stand dienen te komen en een verplichtend karakter behoren te hebben.

Vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en inkopers ondersteunen de opname van een algemeen proportionaliteitsbeginsel, maar vertegenwoordigers van gemeenten en provincies plaatsen wel enkele kanttekeningen. IPO geeft aan dat een nadere uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel in aanvullend beleid vereist is. Handreikingen met concrete voorbeelden zijn naar de mening van IPO de beste instrumenten die kunnen bijdragen aan diversiteit en maatwerk. IPO geeft aan dat PIANOo hierin ook een rol zou kunnen spelen. De G4 (de Vereniging van 4 grote gemeenten) vrezen dat de memorie van toelichting en een handreiking het beginsel zullen oprekken op een manier waar zij geen voorstander van zijn.

NEVI, daarentegen, geeft aan een grote bijdrage te verwachten van het opnemen van een algemeen proportionaliteitsbeginsel in de wet aan het voorkomen van kosten en uitsluiting. Ten aanzien van het aanvullend beleid bij het proportionaliteitsbeginsel geeft NEVI aan dat aanvullend beleid tegelijk ruimte (pluriformiteit) en kaders (uniformiteit) moet geven. NEVI geeft aan dat handleidingen en uitwisselen van bestekken mogelijkheden zijn voor het verbeteren van kwaliteit. De speciale-sectorbedrijven geven in hun reactie aan dat het uitschrijven van procedures tot verstarring kan leiden. Zij raden aan het uniformeringsinstrument een vrijblijvende status te geven.

Naar aanleiding van deze opmerkingen is het proportionaliteitsbeginsel nader uitgewerkt in de wettekst en memorie van toelichting. Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. In een handreiking proportionaliteit wordt aangegeven welke eisen bij specifieke opdrachten het beste in verhouding staan tot die opdrachten. Een handreiking kan minder professionele aanbestedende diensten ondersteuning en richting geven bij het formuleren van de meest gepaste eisen.

8.1.4 Uniformering door het uitschrijven van de procedures voor leveringen en diensten

In hun reacties geven ondernemersorganisaties aan positief tegenover het uitschrijven van procedures te staan. Naar de mening van VNO-NCW en MKB Nederland zal dit zorgen voor een toegankelijker regelgeving en de kans op fouten verminderen.

Bouwend Nederland en MKB INFRA zijn van mening dat het reglement een bindende status moet krijgen. Bouwend Nederland geeft aan dat daarmee procedures beter voorspelbaar worden en de kans op jurisdisering wordt verkleind. VNO-NCW en MKB Nederland geven aan te betreuren dat voor de sector werken geen verplichting wordt ingevoerd tot het toepassen van een van de (gestandaardiseerde) procedures voor nationale aanbestedingen. Hierdoor blijft het hanteren van eigen beleid door de aanbestedende dienst mogelijk. Daarbij geven VNO-NCW en MKB Nederland aan dat er geen sprake is van het volledig dichtregelen van de ruimte onder de Europese drempelbedragen. Ook moet gunning uit de hand mogelijk blijven.

Vertegenwoordigers van gemeenten en provincies geven aan voorstander te zijn van het ontwikkelen van een reglement voor leveringen en diensten. De G4 en IPO plaatsen beide daarbij de kanttekening dat de toepassing op vrijwillige basis dient te geschieden. Een aanbestedende dienst dient zelf te kunnen beslissen op welke manier er met het reglement omgegaan wordt.

NEVI, daarentegen, geeft aan grote bezwaren te zien in het volledig uitschrijven van procedures. Volgens de NEVI vereist professioneel inkopen pluriformiteit. Zij is van mening dat het uitschrijven van uniforme regels op het gebied van leveringen en diensten het gevaar meebrengt dat dit snel verzandt in niet heldere en voor verschillende interpretaties vatbare regels. NEVI geeft aan dat een reglement voor leveringen en diensten ongewenst is en alleen maar tot verstarring van de inkoopprocedure leidt. Tevens is zij uitgesproken tegenstander van instrumenten met een bindende status.

De regering is van mening dat het bereiken van uniformering in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van aanbestedende diensten zelf is. Voor werken wordt inmiddels het Algemeen Reglement Werken (ARW) breed toegepast. Doordat de sectoren leveringen en diensten verschillen van de sector werken en de Europese drempelwaarde voor werken aanzienlijk hoger is dan voor leveringen en diensten zal de aanpak voor leveringen en diensten niet volledig dezelfde zijn als bij werken. Boven de drempel kan het stapsgewijs uitschrijven van de procedures dezelfde voordelen bieden, maar voor de procedures onder de drempel ligt een lichtere variant van een reglement voor de hand in de vorm van richtsnoeren. Deze richtsnoeren leveringen en diensten wordt opgesteld in samenwerking met PIANOo, aanbestedende diensten en ondernemers een dergelijk instrument uitwerken. Hierbij zullen tevens de VNG, het IPO, de Unie van Waterschappen en de Nederlandse Vereniging voor Inkoopmanagement (hierna: NEVI) worden betrokken.

Het is van belang de brede toepassing van het ARW te behouden en te versterken en te zorgen dat ook de nieuwe richtsnoeren voor leveringen en diensten zo breed mogelijk wordt gebruikt. Met de VNG wordt een convenant gesloten om te zorgen voor bredere toepassing van het ARW en het nieuwe instrument voor de sectoren leveringen en diensten onder gemeenten. Voorts is een evaluatiebepaling opgenomen. Indien uit de evaluatie blijkt dat onvoldoende uniformering is bereikt, kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld.

8.1.5 Integriteit

Vertegenwoordigers van ondernemers ondersteunen de introductie van een uniforme integriteitstoets. Bouwend Nederland geeft daarbij aan dat de uniforme wijze van toetsing van integriteit ten onrechte is beperkt tot opdrachten boven de Europese drempelwaarden. Ook MKB INFRA, VNO-NCW en MKB Nederland bepleiten dat indien een aanbestedende dienst meerdere ondernemers uitnodigt voor een opdracht onder de Europese drempelwaarden, ook de integriteitstoets zou moeten gelden.

Ten aanzien van de eigen verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst voor de afweging tot uitsluiting zijn Bouwend Nederland en MKB INFRA kritisch. Volgens Bouwend Nederland valt deze vrijheid moeilijk te rijmen met de beginselen van transparantie en non-discriminatie. MKB INFRA geeft aan dat in ieder geval willekeur dient te worden voorkomen. Teneinde de administratieve lasten van ondernemers nog verder te beperken bepleiten MKB INFRA en VNO-NCW en MKB Nederland de geldigheidsduur van de VOG te verlengen.

In haar reactie uit NEVI twijfels bij de gedragsverklaring aanbesteden, aangezien de praktijk zeer divers is. NEVI spreekt haar vrees uit voor rechtsongelijkheid tussen aanbieders uit Nederland en die uit andere lidstaten. NEVI kan zich vinden in de geldigheid van één jaar van de gedragsverklaring aanbesteden. Vertegenwoordigers van gemeenten en provincies zijn positief over het verplicht opnemen van vragen over de integriteit van ondernemers in een eigen verklaring. IPO geeft in haar

reactie aan positief te zijn over de eigen verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst voor de afweging tot uitsluiting. NEVI geeft aan dat de aanbestedende dienst de rol als opdrachtgever vervult en in die hoedanigheid zelf verantwoordelijkheid draagt om na te gaan of de inschrijver de integriteitstoets kan doorstaan. Hierbij moet volgens NEVI echter wel voor willekeur gewaakt worden.

Ten aanzien van de uniforme toetsing van integriteit is in het wetsvoorstel opgenomen dat deze toets ook voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden toegepast kan worden. De integriteitstoetsing maakt onderdeel uit van de Eigen Verklaring. De geldigheidsduur van de gedragsverklaring aanbesteden is één jaar. De keuze voor de geldigheids termijn van een jaar ligt in de afweging tussen de lasten van het verkrijgen van een gedragsverklaring voor ondernemers en de betrouwbaarheid van de gedragsverklaring aanbesteden voor aanbestedende diensten. Hoe langer de geldigheidsduur is, hoe groter de kans is dat er intussen ontwikkelingen hebben plaatsgevonden die van invloed zijn op de integriteit van de ondernemer. Indien de ondernemer geen gedragsverklaring aanbesteden kan overleggen, zal de aanbestedende dienst een proportionele afweging moeten maken alvorens hij besluit de ondernemer uit te sluiten

8.1.6 Klachtenloket

Ondernemersorganisaties ondersteunen het idee van een klachtenloket. In hun reacties geven de ondernemersorganisaties aan dat er in de verschillende branches al initiatieven bestaan en VNO-NCW en MKB Nederland merken daarbij op dat een centraal advies- of klachtenloket niet ten koste van de al bestaande brancheloketten mag gaan. Naar de mening van VNO-NCW en MKB Nederland kan een centraal advies- of klachtenloket hooguit een aanvullende rol spelen daar waar het brancheloket er niet in slaagt om de klacht te verhelpen. MKB INFRA geeft in haar reactie aan de voorkeur te hebben voor een adviesorgaan. MKB INFRA, VNO-NCW en MKB Nederland bepleiten dat klachten in een zo vroegtijdig mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure moeten worden verholpen. Als alternatief voor een klachtenloket geeft Bouwend Nederland aan dat controle aan de bron door middel van TenderNed een concrete en effectieve manier is om aan de doelstelling van professionalisering te voldoen. Tevens geeft Bouwend Nederland aan dat het optreden van een klachtenloket effectiever is als kan worden geschakeld met een organisatie die namens de opdrachtgevers de krachten heeft gebundeld. Bouwend Nederland ziet hier een mogelijke rol voor PIANOo weggelegd. MKB INFRA geeft aan dat de afdwingbaarheid van uitspraken/adviezen aandacht verdient.

Vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en inkopers geven aan dat inschrijvers met hun klachten terecht kunnen bij de aanbestedende dienst. NEVI geeft daarbij aan dat klachten zoveel mogelijk dienen te worden voorkomen door de aanbestedende diensten door professioneel gedrag. Het is vervolgens de verantwoordelijkheid van de inschrijver om klachten gedurende de procedure kenbaar te maken bij een aanbestedende dienst.

Uitspraak van een laagdrempelig advies- of klachtenloket zou volgens IPO alleen uitkomst kunnen bieden indien partijen er niet uitkomen, en de gegadigde toch niet naar een rechter wil gaan. IPO stelt dat de bevoegdheden van het loket wel duidelijk moeten worden afgebakend.

Ten aanzien van de mogelijke alternatieven pleit NEVI in haar reactie voor een onafhankelijk en laagdrempelig «College van Wijzen» dat tijdens de procedure, als inschrijver en aanbestedende dienst niet tot een vergelijk komen, gevraagd kan worden een oordeel te geven. NEVI geeft aan dat zij zich kan voorstellen dat er hiernaast in de branche een adviesloket actief

is ten behoeve van professionalisering. De G4 geeft aan meer te zien in een «goede ideeën» loket. Daarbij is de G4 van mening dat het de voorkeur verdient een eventueel loket onder te brengen bij een bestaande instantie, zoals PIANOo.

De regering stelt vast dat er draagvlak is voor het verder structureren van de wijze waarop informele klachtenbehandeling plaatsvindt. Daarbij is het voor ondernemers van belang dat er inhoudelijk naar klachten wordt gekeken. Daarnaast is het wenselijk dat alle ondernemers bij een adviescentrum informatie over overheidsopdrachten kunnen inwinnen.

Voorwaarden voor het succes van klachtenbehandeling is dat snel en zorgvuldig gehandeld wordt door alle betrokkenen. Dit proces is erbij gebaat als er alleen gefundeerde klachten bij een aanbestedende dienst terecht komen. Om hiervoor te zorgen, wordt ingezet op een door ondernemers opgezet aanbestedingsloket dat de functie krijgt van een algemeen adviescentrum voor aanbestedingen. Dit adviescentrum verstrekt tevens (algemene) informatie over aanbestedingen en beantwoordt vragen van ondernemers over aanbestedingen. Met aanbestedende diensten wordt afgesproken dat zij klachten van ondernemers serieus in behandeling nemen en waar de aanbestedende dienst van mening is dat de klacht ongefundeerd is, kan hij deze alleen gemotiveerd naast zich neer leggen. Ten slotte wordt een onafhankelijke stichting opgericht die ervoor moet zorgen dat de aanbestedingspraktijk verder verbetert. De stichting kan bij een verschil van inzicht tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer een niet bindend oordeel geven. Het oordeel van de stichting moet bijdragen aan een leereffect bij beide partijen.

8.1.7 Lastenmaatregelen

Zowel ondernemers als aanbestedende diensten ondersteunen het belang dat in dit wetsvoorstel wordt gehecht aan verlaging van de lasten. Daarbij stellen NEVI en de speciale sectorbedrijven (SSB) wel dat ook gekeken moet worden naar de baten van regels. Doordat de berekening gebruik maakt van verschillende aannames en schattingen, vinden NEVI en Bouwend Nederland het moeilijk om de hoogte van de lasteneffecten te beoordelen. G4, SSB, UWV, en ROA/Ooa geven aan veel van de maatregelen al in de praktijk toe te passen. De Regieraad Bouw en Bouwend Nederland geven aan dat om zekerheid te hebben dat de lastenreducerende effecten onder de Europese drempelwaarden zullen worden bereikt, de maatregelen in de wet zouden moeten worden opgenomen.

De regering is verheugd dat uit de consultatiereacties blijkt dat veel van de maatregelen door de professionelere partijen al worden gebruikt en hun vruchten afwerpen. Uit het Feitenonderzoek blijkt dat deze mogelijkheden helaas nog lang niet overal worden benut, en er dus nog veel te winnen is. De regering volgt dan ook de suggestie om de lastenverlichtende maatregelen ook onder de Europese drempelwaarden in de wet op te nemen.

8.1.8 TenderNed

Ten aanzien van TenderNed heeft een aantal partijen (UvW, ROA) aangegeven voorstander te zijn van dit systeem. Er zijn echter ook partijen die hun zorgen uitspreken over TenderNed. Enerzijds betreft het hier zorgen (VNO-NCW, MKB-NL, ICT-Office) over de voortgang van de bouw van dit digitale aanbestedingssysteem. Anderzijds wordt naar voren gebracht dat het voorschrijven van TenderNed als exclusief systeem mogelijk in strijd is met het mededingingsrecht (CROW, Negometrix). Commerce-Hub is positief over de inzet van een elektronisch kader bij aanbestedingen maar negatief over de verplichting om aankondigingen

verplicht via TenderNed te laten lopen. DHV Juristen vraagt zich af of het opnemen van TenderNed in de wet verstandig is gezien de snelle ontwikkelingen op ICT-gebied. De NEVI geeft aan dat de praktijk al digitale initiatieven kent en dat een volledige digitalisering niet zal lukken.

Uit de reacties van de geconsulteerde partijen kan worden opgemaakt dat er zeker draagvlak bestaat voor digitalisering van het aanbestedingsproces en om hiertoe TenderNed in te zetten. Er wordt op dit moment hard gewerkt aan de bouw van TenderNed. De uitwerking van de vele technische aspecten blijkt echter niet eenvoudig. Hierdoor heeft de bouw van TenderNed vertraging opgelopen en zal de aankondigingsmodule van TenderNed pas in de loop van 2010 worden opgeleverd. Deze vertraging is te overzien, aangezien de verwachting is dat mede door de vaste verandermomenten die het kabinet voor het in werking treden van nieuwe wetgeving hanteert, een nieuwe Aanbestedingswet niet voor 1 januari 2011 in werking zal treden.

Voor een goed begrip van het systeem TenderNed is het van belang om een duidelijk onderscheid te maken tussen het aankondigingsplatform en de overige functionaliteiten. Eén centraal aankondigingsplatform, dat voldoet aan hoge kwaliteitseisen als het gaat om authenticiteit van gegevens is noodzakelijk voor het behalen van de doelstellingen van lastenvermindering aan de kant van ondernemers en het ondervangen van de statistiekverplichting aan de kant van de overheid. Dit kan worden opgevat als een publieke taak, waarvan invulling door de overheid gewenst is. Dit aankondigingsplatform zal volledig openbaar en toegankelijk zijn, zolang is voldaan aan eisen van betrouwbaarheid. Dit betekent dat bijvoorbeeld adviesbureaus namens een aanbestedende dienst gegevens op TenderNed in kunnen vullen. Voorts wordt bezien of het mogelijk is andere geautomatiseerde systemen aan TenderNed te koppelen.

De overige functionaliteiten van TenderNed zoals het digitaal inschrijven en de gebruikersondersteuning worden ingezet om professionalisering en uniformering te bevorderen. Het gebruik van deze functionaliteiten is facultatief en laat voldoende ruimte aan zowel bestaande als toekomstige initiatieven om een bijdrage te kunnen blijven leveren.

8.2 Aanbevelingen Raad van Advies voor de nieuwe Aanbestedingswet

In december 2008 heeft de Minister van Economische Zaken de «*Raad voor Advies voor de nieuwe Aanbestedingswet*» ingesteld met de opdracht om te komen tot aanbevelingen gericht op een praktische en resultaatgerichte opzet van de nieuwe Aanbestedingswet die op voldoende draagvlak kon rekenen. Deze Raad bestond uit personen uit de wereld van de overheidsopdrachtgevers en ondernemers, en onafhankelijke deskundigen op het gebied van aanbesteden, onder voorzitterschap van een onafhankelijk voorzitter.

In zijn advies stelt de Raad voorop dat het proces van aanbesteden erop gericht is dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoopt tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht. Aanbesteden is maatwerk, waarbij er ruimte voor specifieke invulling en innovatie moet zijn. Innovatie die door middel van vernieuwende contractsvormen verder kan worden gestimuleerd.

Zowel overheden als ondernemers dragen verantwoordelijkheid voor een succesvol verloop van het inkoopproces. De overheid heeft de verantwoordelijkheid zorgvuldig aan te besteden door het aanbestedingsproces zo goed en transparant en zo toegankelijk mogelijk te organiseren. Professioneel opdrachtgeverschap is het uiteindelijk te realiseren doel.

Het bedrijfsleven heeft bij het meedingen naar een opdracht de verantwoordelijkheid de opdrachtgever tijdig op de hoogte te stellen bij onduidelijkheden of meningsverschillen gedurende het aanbestedingsproces. Communicatie tussen overheidsopdrachtgevers en ondernemers blijft gedurende het hele inkoopproces en de uitvoering van de opdracht van groot belang.

De Raad constateert dat de huidige aanbestedingspraktijk reeds vooruitgang laat zien: overheidsopdrachtgevers besteden steeds professioneler aan, ondernemers worden steeds ervarener bij het deelnemen aan aanbestedingen. Desondanks meent de Raad dat de aanbestedingspraktijk op onderdelen kan en moet verbeteren, waaronder: verbeteren van de toegang tot opdrachten voor ondernemers, met name het MKB en starters, vermindering van de lasten bij aanbesteden, professionalisering bij de overheidsopdrachtgevers en creëren van de mogelijkheid voor laagdrempelig klagen.

De Raad komt tot de volgende aanbevelingen:

De algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen (*transparantie, non-discriminatie, gelijke behandeling en proportionaliteit*) in de Aanbestedingswet op te nemen, en deze van toepassing te verklaren voor opdrachten boven én onder de Europese drempelwaarde zodat helderheid wordt gecreëerd over de uitgangspunten bij aanbesteden.

Te komen tot een uniform kader als het gaat om de beleidsregels voor aanbesteden van overheidsopdrachtgevers. Dat kan bereikt worden door brede toepassing van het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) 2005 voor de sector werken. Voor de sectoren *leveringen en diensten* adviseert de Raad om in de Memorie van Toelichting voorstellen te doen om in samenspraak met vertegenwoordigers van overheidsopdrachtgevers en ondernemers een leidraad («richtsnoer») op te stellen ter uniformering van het aanbesteden in de sectoren leveringen en diensten boven én onder de drempel. Voorts adviseerde de Raad om twee jaar na inwerking-treding van de Aanbestedingswet te evalueren of de beoogde uniforme toepassing in de uitvoeringspraktijk voldoende is bereikt. Indien dit niet het geval is, adviseert de Raad de Minister de vrijheid te reserveren zelf wettelijke maatregelen te nemen.

Om tegemoet te komen aan de behoefte bij ondernemers om een klacht over een aanbestedingsprocedure laagdrempelig te kunnen laten afhandelen zonder onmiddellijk naar de rechter te gaan, overweegt de Raad om een door ondernemers opgezet centraal loket te ondersteunen zonder bestaande initiatieven aan te tasten. In de fase na de aanbestedingsprocedure adviseert de Raad te komen tot een instituut van onafhankelijke en gezaghebbende geschillenbemiddeling vooralsnog zonder juridisch bindende status.

Ter vermindering van de lasten adviseert de Raad om zowel boven als onder de drempel het gebruik van de uniforme eigen verklaring, kosteloze aanbestedingsstukken en verplichte aankondiging op een centraal platform (bijvoorbeeld TenderNed) als lastenverlichtende maatregelen in de wet op te nemen. Daarnaast doet de Raad de aanbeveling om overheidsopdrachtgevers en ondernemers wederzijds te verplichten om de lasten bij aanbesteden waar mogelijk te verminderen.

Het wetsvoorstel en aangekondigde aanvullende beleid, geven in hoge mate gevolg aan de aanbevelingen van de Raad van Advies. Alleen de aanbeveling om een algemene verplichting voor overheidsopdrachtgevers en ondernemers om eikaars lasten te verminderen op te nemen, is niet als zodanig in het wetsvoorstel opgenomen. De concrete lastenverlichtende maatregelen staan daarentegen wel in het wetsvoorstel.

8.3 Consultatie Raad voor de rechtspraak

Over het wetsvoorstel is advies gevraagd aan de Raad voor de rechtspraak. De Raad geeft in zijn advies van 4 juni 2009¹ aan dat het wetsvoorstel Aanbestedingswet geen aanleiding geeft tot het maken van opmerkingen, aangezien het onderdeel rechtsbescherming wordt gevormd door een apart wetsvoorstel implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden, waarover de Raad reeds op 25 maart 2009 advies heeft uitgebracht.

9. Ervaringen in het buitenland

De EU-lidstaten hebben de Europese aanbestedingsrichtlijnen vanaf 2004 geïmplementeerd in de eigen rechtsorde. Binnen het kader van de aanbestedingsrichtlijnen hebben sommige lidstaten gebruik gemaakt van de mogelijkheid om hun wet- en regelgeving nader aan te vullen om zodoende de werkbaarheid van het aanbestedingsregime verder te verbeteren. Daar de regering met dit wetsvoorstel ook stappen zet in die richting, is het relevant om te bezien hoe in andere lidstaten wordt omgegaan met de gebieden waarop de ambities van dit wetsvoorstel betrekking hebben. Er is gekeken naar de aanbestedingspraktijk in een zestal EU-lidstaten, te weten België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Estland, de laatste als «nieuwe» lidstaat. Het blijkt dat deze lidstaten veelal maatregelen hebben getroffen die in lijn liggen met de ambities van dit wetsvoorstel.

De ambitie om te komen tot uniformering van de aanbestedingspraktijk is een punt van aandacht in verschillende lidstaten. Algemene beginselen als gelijke behandeling en de verplichting tot transparantie zijn in alle onderzochte lidstaten wettelijk vastgelegd. In België, Duitsland, Estland en Zweden is wettelijk bepaald dat deze beginselen ook van toepassing zijn bij het plaatsen van een aanzienlijk deel van de overheidsopdrachten onder de Europese drempelwaarden.

Met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel valt op dat dit ook door de wetgever in Duitsland, Estland en Zweden is ingevuld. Zo mag in Duitsland alleen informatie gevraagd worden voor zover dit gerechtvaardigd wordt door het voorwerp van de opdracht. Een vergelijkbare bepaling geldt in Zweden; ook daar moet de informatie die in het kader van de selectiecriteria moet worden aangeleverd proportioneel zijn en in relatie staan tot het voorwerp van de opdracht.

België, Estland en Zweden hebben een – in verhouding tot de Europese aanbestedingsregels – vereenvoudigd nationaal aanbestedingsregime vastgesteld voor opdrachten onder de Europese drempelwaarde. In Frankrijk geldt een optioneel verlicht regime; het staat een aanbestedende dienst vrij dit regime toe te passen, maar als een overheidsopdracht open gesteld wordt voor concurrentie, dan moet dit regime volledig worden gevolgd. In het Verenigd Koninkrijk en Duitsland is er geen vereenvoudigd nationaal aanbestedingsregime. Zo geldt in het Verenigd Koninkrijk enkel een algemene verplichting om «best value for money» bij overheidsinkopen te realiseren. In Duitsland geldt dat het economisch meest voordelige aanbod moet worden gekozen. De uitwerking van de aanbestedingsregels onder de Europese drempelwaarden wordt daar overgelaten aan de decentrale overheden, die veelal eigen wettelijke aanbestedingsregels hebben.

Om de toegang van ondernemers tot opdrachten te verbeteren, kennen de onderzochte landen beleidsinstrumenten. Zo wordt in een aantal lidstaten door middel van een handleiding aangegeven welke beleidsruimte de

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

wettelijke kaders op dit punt laten en hoe decentrale overheden hier gebruik van kunnen maken. Op dit gebied is er in het Verenigd Koninkrijk een uitgebreide instructie. In Duitsland en Frankrijk gaat men verder door in een wettelijke bepaling op te nemen dat een opdracht in percelen moeten worden opgedeeld wanneer deze zich daartoe leent.

De Nederlandse ambitie om aankondigingen van opdrachten op een plaats te publiceren, komt ook voor in andere lidstaten. Deze lidstaten maken veelal gebruik van eProcurement door het publiceren van aanbestedingen op een website. Wel verschilt de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de elektronische hulpmiddelen. Zo zijn in zowel België als Duitsland aankondigingen van overheidsopdrachten van de centrale overheden op één website te vinden. In Duitsland worden deze aanbestedingen volledig digitaal afgewikkeld, in België is dit deels het geval.

De ambitie om te komen tot een verlaging van administratieve lasten vindt navolging in verschillende lidstaten. Naast het gebruikmaken van eProcurement wordt er gewerkt met prekwalificatiesystemen en met eigen verklaringen. In zowel Duitsland als België is een prekwalificatie dan wel erkenningssysteem opgezet. De voorfase voor opdrachten voor werken wordt op dergelijke wijze vereenvoudigd. In Frankrijk wordt vaak met eigen verklaringen gewerkt.

Om te komen tot een laagdrempelige klachtenafhandeling is in aantal lidstaten naast toegang tot de rechter ook de mogelijkheid ingericht om op een meer informele manier klachten te behandelen. In het Verenigd Koninkrijk heeft het Office of Gouvernment Commerce voor ondernemers de mogelijkheid ingesteld om terugkoppeling te geven op het gedrag van aanbestedende diensten bij overheidsinkopen nadat een ondernemer bij de aanbestedende dienst heeft geklaagd. In België kunnen ondernemers een beroepsprocedure starten bij de aanbestedende dienst zelf. Daarnaast staat de gang naar de administratieve rechter open. In Zweden is de mededingingsautoriteit bevoegd in aanbestedingszaken wanneer dit van algemeen belang geacht wordt. Overigens laat dit ook hier de gang naar de rechter onverlet. Ook in Estland is sprake van een autoriteit waarbij ondernemers vermeende schendingen van de aanbestedingswet kunnen aanbrengen. Daarnaast staat er beroep tegen de gunningsbeslissing open bij een bezwaarcomité. Na een uitspraak van de beroepsinstantie kan een zaak aan de rechter voorgelegd worden. In Duitsland is er voor een gespecialiseerde rechter voor aanbestedingsgeschillen gekozen.

Professionalisering van de aanbestedingspraktijk is een ambitie die ook in andere lidstaten nagestreefd wordt. In de lidstaten wordt dan ook veelal gewerkt met handleidingen en *best practices* als informatievoorziening voor aanbestedende diensten, maar ook voor ondernemers. Vooral in het Verenigd Koninkrijk wordt een aanzienlijke hoeveelheid aan documenten geproduceerd. Ook is in het Verenigd Koninkrijk gekozen voor een evaluatiesysteem om aanbestedingen doeltreffender en efficiënter te laten zijn.

10. Notificatie

Het voorstel van wet is op 8 december 2009 ingevolge artikel 8 van de richtlijn nr. 98/34/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende diensten van een informatiemaatschappij (PbEG L 204) zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 98/48/EG van 20 juli 1998 (PbEG L 217) voorgelegd aan de Europese Commissie onder nummer 2009/00653/NL. De notificatie heeft

plaatsgevonden vanwege het voorgeschreven gebruik van TenderNed, toegelicht in onder meer paragraaf 4.2.2. Op het voorstel zijn geen reacties ontvangen.

II. ARTIKELEN

DEEL 1 ALGEMENE BEPALINGEN

HOOFDSTUK 1.1 BEGRIPSBEPALINGEN

Artikel 1.1

*Aanbestedende dienst
Speciale-sectorbedrijf*

Het begrip «aanbestedende dienst» wordt in de beide aanbestedingsrichtlijnen gebruikt, maar in een verschillende betekenis. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen het begrip aanbestedende dienst uitsluitend in het kader van de verplichtingen van richtlijn nr. 2004/18/EG te gebruiken. Voor de implementatie richtlijn nr. 2004/17/EG wordt het begrip speciale-sectorbedrijf gebruikt. Ook in de Engelse vertaling van de richtlijnen is er een onderscheid tussen de beiden termen. Aanbestedende dienst wordt «contracting authority» genoemd en speciale-sectorbedrijf «contracting entity». In het verleden werd ook wel de term nutsbedrijf gebruikt. In de huidige tijd van ontwikkelingen op het gebied van de activiteiten waarvoor richtlijn nr. 2004/17/EG geldt, past deze term niet goed meer. Daarom wordt gekozen voor de term speciale-sectorbedrijf.

Zowel een aanbestedende dienst als een overheidsbedrijf en een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, zijn speciale-sectorbedrijf, als zij bepaalde activiteiten verrichten. Deze worden in richtlijn nr. 2004/17/EG in de artikelen 3 tot en met 7 opgesomd en zijn in het wetsvoorstel opgenomen in de artikelen 3.1 tot en met 3.6. De begripsbepaling van speciale-sectorbedrijf verwijst daar dan ook naar. Op grond van artikel 30 van de richtlijn kunnen activiteiten die in de artikelen 3 tot en met 7 van de richtlijn worden opgesomd door een besluit van de Commissie in een bepaalde lidstaat van het toepassingsbereik van de richtlijn worden uitgezonderd. Deze uitzondering wordt geïmplementeerd in artikel 3.21 van dit wetsvoorstel en is in de definitie verwerkt.

Ook een publiekrechtelijke instelling valt onder het begrip aanbestedende dienst. Dat begrip wordt in dit artikel apart omschreven en hieronder toegelicht.

In bijlage III van richtlijn nr. 2004/18/EG zijn niet-limitatieve lijsten opgenomen van aanbestedende diensten die aan de criteria uit de definitie voldoen. Deze lijsten hebben slechts een indicatieve waarde. De indicatieve lijsten zijn te vinden op de aanbestedingswebsite van het Ministerie van Economische Zaken (via www.ez.nl).

Aanbestedingsstukken

Het begrip aanbestedingsstukken werd ook omschreven in het Bao en het Bass. Ten opzichte van de daar gegeven definitie is toegevoegd dat het moet gaan om documenten die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in de procedure zijn gebracht. Voorbeelden van ingebrachte documenten in een procedure zijn de aankondiging en het daarbij behorende bestek, of een beschrijving van de organisatie van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Voorts zullen een

selectieleidraad en een concept-overeenkomst veelal deel uitmaken van de aanbestedingsstukken. Correspondentie via e-mail, etc., waarin allerlei mededelingen worden gedaan valt niet onder het begrip aanbestedingsstukken.

Aankoopcentrale

Zowel artikel 1, tiende lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG als artikel 1, achtste lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG bepalen dat een aankoopcentrale voor aanbestedende diensten c.q. speciale-sectorbedrijven bestemde leveringen of diensten kan verwerven of overheidsopdrachten kan plaatsen of raamovereenkomsten sluiten met betrekking tot voor aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven bestemde werken, leveringen of diensten. Beide richtlijnen eisen hierbij dat de aankoopcentrale zelf een aanbestedende dienst is, zoals is omschreven in de begripsbepaling van aanbestedende dienst in dit artikel. Het gaat hierbij dus om de staat, een provincie, gemeente, waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband daarvan.

Een aankoopcentrale plaatst opdrachten en sluit overeenkomsten op eigen naam, en hanteert daarbij de verplichtingen die de Europese aanbestedingsrichtlijnen opleggen. Bij gebruikmaking van een aankoopcentrale kunnen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zonder toepassing van een procedure hun producten of diensten bestellen bij die aankoopcentrale. In Nederland wordt nog niet veel gebruik gemaakt van de mogelijkheid van een aankoopcentrale. Veel kleinere gemeenten werken wel samen bij het aanbesteden. Het gaat in dat geval echter om een samenwerking waarbij de aanbestedende dienst zelf de aanbesteding plaatst, het contract sluit, en het samenwerkingsverband de aanbesteding begeleidt.

Bijzonder recht Uitsluitend recht

Beide richtlijnen bevatten de begrippen bijzonder en uitsluitend recht. Artikel 2, derde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG bevat een omschrijving, artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG noemt deze begrippen. De in dit wetsvoorstel opgenomen omschrijving stemt overeen met die van artikel 25a, onderdelen b en c, van de Mededingingswet. Dit artikel geeft uitvoering aan richtlijn nr. 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PbEG L 195, ook wel de transparantierichtlijn genaamd). De begripsomschrijving in beide richtlijnen komt in grote mate overeen. Aannemelijk is dat, mede gelet op het feit dat deze begrippen afkomstig zijn uit artikel 106, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, daarmee hetzelfde wordt beoogd. Uit een oogpunt van eenheid van terminologie in Nederlandse wetgeving is daarom in dit wetsvoorstel aangesloten bij de omschrijving in de Mededingingswet. Bijzondere of uitsluitende rechten kunnen op diverse wijzen van overheidswege worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan. Van een uitsluitend recht is sprake als een bepaalde dienst of activiteit in een bepaalde regio door één onderneming mag worden verricht. Bij bijzondere rechten is sprake van een op voorhand beperkt aantal ondernemingen waarbij dat beperkte recht wordt verleend overeenkomstig hetgeen in de begripsomschrijving van bijzonder recht wordt bepaald. Van een bijzonder recht is dus geen sprake bij rechten waarvoor alle ondernemingen die aan bepaalde kwalificaties voldoen, in aanmerking komen.

Concessieovereenkomst voor openbare werken

De definitie voor de concessieovereenkomst voor openbare werken is vrijwel identiek aan de definitie voor een overheidsopdracht voor werken. Het verschil met de gewone overheidsopdracht voor werken is dat de tegenprestatie voor de uitvoering van werk niet bestaat uit betaling aan de aannemer maar uit het verlenen van een uitsluitend recht aan de aannemer om het resultaat van de bouwwerkzaamheden te exploiteren of door het betalen van een bepaald bedrag gekoppeld aan een exploitatierecht. Indien de aanbestedende dienst de concessiehouder regelmatig vergoedingen geeft voor de uitvoering van het werk of de exploitatie ervan die voor een belangrijk deel het exploitatierisico wegnemen is er geen sprake meer van een concessieovereenkomst. Bij een dergelijke overeenkomst moet immers het exploitatierisico bij de concessiehouder liggen.

Niet-openbare procedure

De niet-openbare procedure is een procedure met voorselectie. Alle ondernemers mogen een verzoek doen deel uit te gaan maken van die voorselectie. Dat deel van de niet-openbare procedure is dus wel openbaar. In dit opzicht is de aanduiding van deze procedure dan ook voor niet-ingewijden wellicht wat verwarrend. Omdat het begrip niet-openbare procedure in de richtlijnen is opgenomen en al een aantal jaren in Nederland wordt gebruikt, wordt dit begrip toch gehandhaafd.

Overheidsbedrijf

Het begrip overheidsbedrijf is uitsluitend van belang in verband met het begrip speciale-sectorbedrijf. Deze definitie komt uitsluitend in richtlijn nr. 2004/17/EG voor. Artikel 1.2 geeft invulling aan het in de begripsomschrijving van overheidsbedrijf gebruikte begrip overheersende invloed.

Publiekrechtelijke instelling

Het begrip publiekrechtelijke instelling is onderdeel van het bredere begrip aanbestedende dienst. Leidend voor de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling is de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (voorheen: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in de aangehaalde jurisprudentie: HvJEG). Op die jurisprudentie wordt hieronder in hoofdlijnen ingegaan.

De begripsomschrijving in het wetsvoorstel komt niet letterlijk overeen met die van de richtlijnen. De richtlijnen spreken namelijk over een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Naar de letter zou dit betekenen dat het rechtsmoment van oprichting van de instelling bepalend is. Uit het *Universale-Bau* arrest blijkt evenwel dat niet relevant is op welk tijdstip de specifieke doelstelling is opgenomen (HvJEG van 12 december 2002, *Universale-Bau*, zaak C-470/99 2002, Jur. 2002, blz. I-11617). Dit arrest is gewezen onder de oude richtlijn (richtlijn nr. 93/87/EEG), maar de bewoordingen in die richtlijn en in richtlijn nr. 2004/18/EG zijn dezelfde, zodat dit arrest nog steeds als bepalend kan worden aangemerkt. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen deze jurisprudentie ook in de wettekst vast te leggen. Bepaald wordt derhalve dat het moet gaan om een instelling die «ten doel heeft».

Het HvJEG heeft in een aantal arresten het begrip «publiekrechtelijke instelling» nader uitgewerkt. Uitgangspunt in de jurisprudentie van het HvJEG is dat het begrip publiekrechtelijke instelling functioneel moet

worden uitgelegd (zie HvJEG van 17 december 1998, Commissie/Ierland, zaak C-353/96, 1999, Jur. 1998, blz. I-08565, en HvJEG van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, zaak C-237/99, Jur. 2001, blz. I-00939). Uit de jurisprudentie van het Hof kunnen een aantal concrete uitgangspunten worden herleid.

Uit het Mannesmann-arrest (HvJEG van 15 januari 1998, Mannesmann, zaak C-44/96, Jur. 1998, blz. I-00073) volgt dat aan de hand van de wettelijke bepalingen of de doelomschrijving van de statuten van een instelling moet worden nagegaan of, en in welke mate, de instelling voorziet in behoeften van algemeen belang, niet zijnde behoeften van industriële of commerciële aard. De instelling blijft een publiekrechtelijke instelling, zelfs als de instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke taken is gaan verrichten, maar de instelling volgens de statuten nog steeds een taak van algemeen belang heeft, niet zijnde van industriële of commerciële aard.

Van behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard is volgens de arresten Agora (HvJEG van 30 januari 2001, Agora, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, 2001, Jur. 2001, blz. I-03605) en Korhonen (HvJEG van 22 mei 2003, zaak C-18/01, Jur. 2003, blz. I-05321) sprake wanneer een instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang:

- opereert onder normale marktomstandigheden,
- bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en
- ofwel winstoogmerk als hoofddoel heeft ofwel zelf de verliezen draagt die voortvloeien uit zijn activiteiten.

Behoeften van algemeen belang van niet-industriële of niet-commerciële aard zijn in het algemeen behoeften waaraan op een andere manier aan wordt voldaan dan door de beschikbaarheid van goederen of diensten op een markt en waarin bijvoorbeeld de Staat zelf voorziet of waarbij de Staat controle uitoefent op die goederen of diensten. Het HvJEG heeft in het arrest SIEPSA (HvJEG van 16 oktober 2003, zaak C- 283/00, Jur. 2003, blz. I-11697) een viertal criteria geformuleerd. Alleen ingeval aan deze criteria wordt voldaan is er sprake van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is. De criteria zijn: 1) het ontbreken van daadwerkelijke mededinging op de markt, 2) het niet hoofdzakelijk hebben van een materieel winstoogmerk, 3) het niet zelfstandig dragen van een ondernemersrisico en 4) het bestaan van overheidsfinanciering. Ongeacht of er een officieel compensatiemechanisme voor eventuele verliezen bestaat, acht het HvJEG het in een dergelijk geval waarschijnlijk dat de Staat alle noodzakelijke acties onderneemt om te voorkomen dat die organisatie failliet gaat.

Overeenkomstig de richtlijnen wordt in de begripsomschrijving van publiekrechtelijke instelling bepaald dat sprake moet zijn van rechtspersoonlijkheid. Het is echter mogelijk dat een organisatie, die geen rechtspersoonlijkheid heeft toch een als publiekrechtelijke instelling moet worden gezien. Uit de arresten Beentjes (HvJEG van 20 september 1988, Beentjes, zaak C-31/87, Jur. 1988, blz. I-4635) en Connemara Machine Turf and Co Ltd. (HvJEG van 17 december 1998, Connemara Machine Turf and Co Ltd., zaak C-306/97, Jur. 1998, blz. I-08761) vloeit voort dat aan de organisaties die geen rechtspersoonlijkheid bezitten in de zin van het Burgerlijk Wetboek, zoals de vennootschap onder firma, de maatschap of de commanditaire vennootschap, rechtspersoonlijkheid in de zin van de richtlijn kan worden toegerekend. Zo was in de zaak Beentjes sprake van een organisatie die formeel geen deel uitmaakte van de rechtspersoon Staat, maar die volgens het HvJEG in functionele zin wel geacht moest worden daarvan deel uit te maken. Het HvJEG vond hierbij onder meer van belang dat de samenstelling en taak van de betrokken organisatie bij de wet was geregeld, de nakoming van de uit het handelen van de

organisatie voortvloeiende verplichtingen gegarandeerd werden door de Staat, en de Staat de door de organisatie in uitvoering gegeven openbare werken financierde.

De in de begripsbepaling genoemde onderdelen a, b en c zijn niet cumulatief. Het is voldoende wanneer wordt voldaan aan één van de drie genoemde afhankelijkheden. Wordt aan elk van de criteria voor een gedeelte voldaan, dan volgt uit jurisprudentie van het HvJEG dat vanuit een functionele interpretatie bezien toch sprake kan zijn van een publiekrechtelijke instelling.

In het Cambridge-arrest (HvJEG van 3 oktober 2000, Cambridge, zaak C-380/98, Jur. 2000, blz. I-08035) is door het HvJEG gesteld dat alleen die (indirecte of directe) financiering ter ondersteuning of financiering van de activiteiten van de betrokken instelling aangemerkt moet worden als «door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd» welke een afhankelijkheidsrelatie creëert of versterkt, anders dan de afhankelijkheid die in normale commerciële relaties bestaat. Onder «in hoofdzaak» verstaat het HvJEG dat het om financiering van meer dan de helft gaat. Van «toezicht op het beheer» is volgens het HvJEG sprake wanneer de toezichtbepalingen een afhankelijkheid jegens de overheid of aanbestedende dienst scheppen, zodat deze de beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden (zie onder andere HvJEG van 1 februari 2001, Woningcorporaties, zaak C-237/99, Jur. 2001, blz. I-00939 en HvJEG van 17 december 1998, Forrestry Board, zaak C-353/96, Jur. 1998, blz. I-08565).

In Nederland is discussie over de vraag of bepaalde instellingen zoals een ziekenhuis als een publiekrechtelijke instelling moeten worden aangemerkt en daarmee onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen. In een recente uitspraak heeft het Gerechtshof te Arnhem (18 november 2008, LJN: BG4586) bepaald dat het desbetreffende ziekenhuis (Amphia) niet als een publiekrechtelijke instelling kon worden aangemerkt. Het Hof oordeelde dat voor de beantwoording van de vraag in hoeverre het beheer dat Amphia voert onderworpen is aan overheidstoezicht, beoordeeld dient te worden of uit de van toepassing zijnde regelingen een afhankelijkheid voortvloeit die tot een reële beïnvloeding van haar beleid, in het bijzonder met betrekking tot het plaatsen van opdrachten als de onderhavige (te weten die tot levering van voedselverdeelwagens) zou kunnen leiden. Bepalend is dus niet het toezicht op de instelling als zodanig maar op de leveringen, diensten of werken als zodanig.

Schriftelijk

Het begrip «schriftelijk» wordt in beide aanbestedingsrichtlijnen omschreven. Hiermee wordt beoogd duidelijk te maken dat in het kader van een aanbestedingsprocedure «schriftelijk» ook kan betekenen langs elektronische weg. Binnen het bestuursrecht en het privaatrecht is de betekenis van «schriftelijk» ook uitgebreid geworden, zodat deze nu mede omvat in (elektronische) schrifttekens gesteld. Zie onder meer paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer (Kamerstukken 2001–2002, 28 483, nr. 3).

Standstill-termijn

In het arrest Alcatel Austria A.G. (HvJEG van 28 oktober 1999, Alcatel Austria A.G. zaak C-81/98, Jur. 1999, blz. I-07671) werd door het HvJEG uitleg gegeven aan artikel 2 van de Algemene rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG, die ertoe leidde dat de aanbestedende dienst de «verliezers» van een procedure de gelegenheid moest bieden dat een gunningsbeslissing te laten vernietigen. Deze opschortende termijn is gecodificeerd in

richtlijn nr. 2007/66/EG en in dit wetsvoorstel opgenomen in artikel 2.126 en verder.

Overheidsopdrachten
Speciale-sectoropdrachten

De overheidsopdracht en speciale-sectoropdracht hebben als kernelement het vereiste van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Het gebruik van het begrip overeenkomst betekent dat de begripsomschrijvingen niet zien op eenzijdige rechtshandelingen als bijvoorbeeld het instellen van een dienst of een zelfstandig bestuursorgaan. «Onder bezwarende titel» betekent dat de aanbestedende dienst een prijs betaalt of een andersoortige economische tegenprestatie verstrekt. Het begrip raamovereenkomst wordt zowel in beide begripsbepalingen onder het begrip (overheids- of speciale-sector)opdracht gebracht. Het begrip raamovereenkomst zelf wordt eveneens in dit artikel omschreven. In de richtlijnen wordt het begrip raamovereenkomst telkens naast het begrip opdracht gezet. De verplichtingen die gelden voor opdrachten zijn evenwel ook van toepassing op raamovereenkomsten. Daarom is het doelmatiger het begrip raamovereenkomst onder het begrip opdracht te brengen.

Overheidsopdracht voor diensten
Speciale-sectoropdracht voor diensten

In de praktijk blijkt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven ook bij samengestelde overheidsopdrachten de voorschriften voor diensten toepassen zonder de regels omtrent de afbakening van de onderdelen b of c van de begripsbepaling daarbij te betrekken. Om dit te voorkomen bepaalt onderdeel a dat het in dat onderdeel gaat om een overeenkomst die uitsluitend betrekking heeft op de daar bedoelde diensten.

Overheidsopdracht voor werken
Speciale-sectoropdracht voor werken

Over de vraag wat precies onder een overheidsopdracht voor werken moet worden verstaan, was tot nu toe bij gebiedsontwikkeling veel discussie. Dit mede naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 18 januari 2007, Jean Auroux (HvJEU van 28 januari 2007, Auroux e.a., zaak C-220/05, Jur. 2007 blz. I-385) en de vraag welk effect deze uitspraak zou hebben op de Nederlandse praktijk. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft onlangs in de uitspraak Helmut Müller (HvJEU van 25 maart 2010, Helmut Müller, zaak C-451/08, n.g.g) hierover meer duidelijkheid gegeven. In dit arrest preciseert het Hof het begrip «overheidsopdracht voor werken». Het Hof concludeert dat alleen een verkoop van grond door een aanbestedende dienst geen «overheidsopdracht voor werken» is. Er is slechts sprake van een «overheidsopdracht voor werken» indien er een rechtstreeks economisch belang bestaat tussen de aanbestedende dienst en de aannemer («bezwarende titel»). Hiervan is geen sprake indien een aanbestedende dienst regulerende bevoegdheden uitoefent inzake stedenbouw. Voorts moet sprake zijn van een in rechte afdwingbare verplichting waarbij de aannemer zich direct of indirect verplicht tot uitvoering van de opdracht.

Uit onderdeel c van de definitie van overheidsopdrachten voor werken vloeit voort dat het niet van belang is met welke middelen het werk wordt uitgevoerd. De zinsnede «met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf

vastgestelde eisen voldoet» beoogt ontduiking van de aanbestedingsplicht door bij voorbeeld een financiële constructie te voorkomen.

Artikel 1.2

Dit artikel geeft ten behoeve van de begripsomschrijving van het begrip overheidsbedrijf, een omschrijving van het begrip overheersende invloed. Het gaat hierbij, overeenkomstig hetgeen de richtlijnen bepalen, om een vermoeden van overheersende invloed indien aan een van de drie genoemde criteria wordt voldaan. Dit betekent enerzijds dat zich ook andere situaties kunnen voordoen waarin sprake is van overheersende invloed, en anderzijds dat niet is uitgesloten dat ook bij toepasselijkheid van een van de genoemde criteria, aannemelijk gemaakt kan worden dat niet sprake is van overheersende invloed. Het begrip overheersende invloed komt ook voor bij het begrip verbonden onderneming, welk begrip een rol speelt bij verplichtingen voor houders van een concessie voor openbare werken en bij speciale-sectorbedrijven. De in artikel 1.2 gegeven definitie kan daarop niet zonder meer worden toegepast. Daarom geldt die definitie alleen voor het begrip overheidsbedrijf.

Artikel 1.3

In dit wetsvoorstel is op onderdelen gekozen voor een dynamische verwijzing naar de richtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG. Artikel 1.3, eerste lid, bepaalt dat, indien de desbetreffende onderdelen (door middel van een besluit van de Europese Commissie) worden gewijzigd, die wijziging geldt vanaf het tijdstip waarop het besluit van de Commissie in werking treedt. Met het oog op de kenbaarheid doet de Minister van Economische Zaken daarover een mededeling in de Staatscourant (derde lid).

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

Algemeen

Zoals in het algemeen deel van deze memorie van toelichting al is uiteengezet, zijn in dit wetsvoorstel algemene beginselen opgenomen voor aanbestedingen waarop de Europese richtlijnen van toepassing zijn evenals voor aanbestedingen die niet onder de richtlijnen vallen maar wel een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben en uitgangspunten voor aanbestedingen die niet onder beide genoemde categorieën vallen.

De Europese beginselen gelden voor aanbestedingen waarop de richtlijnen van toepassing zijn en voor aanbestedingen die een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben. Deze zijn in afdeling 1.2.1 vervat. De uitgangspunten voor vrijwillig aangekondigde nationale aanbestedingen zijn vervat in afdeling 1.2.2. De uitgangspunten die gelden bij de meervoudig onderhandse procedure zijn opgenomen in afdeling 1.2.3.

De Europese beginselen en nationale uitgangspunten als zodanig worden hieronder nader besproken.

Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf de Europese beginselen en nationale uitgangspunten niet naleeft, worden de gevolgen hiervan bepaald door het burgerlijk recht. Het niet-naleven van een of meer voorschriften van dit wetsvoorstel kan met zich meebrengen dat de burgerlijke rechter in een kort geding beveelt om de aanbesteding te stoppen, opnieuw aan te besteden, of de opdracht aan een bepaalde partij te gunnen.

Indien door het niet naleven van de voorschriften door een of meer partijen schade wordt geleden, ontstaat mogelijk een grond voor schadevergoeding.

Daarnaast kunnen in geval van niet-naleving van dit wetsvoorstel gevolgen optreden voor de reeds gesloten overeenkomst. Relevant in dit kader is het arrest Uneto/De Vliert-arrest van de Hoge Raad (22 januari 1999, zaaknr. 16.747, RvdW 1999, 18 C, NJ 2000, 305), waarin werd bepaald dat een in strijd met de aanbestedingsregelgeving gesloten overeenkomst in beginsel geen nietigheid met zich meebrengt op grond van artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek. De gevolgen voor gesloten overeenkomsten worden met name bepaald door de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden. De Wira stelt als vernietigingsgronden in het bijzonder de onwettige onderhandse gunning, en het niet respecteren van de stand-stilltermijn. De artikelen van de Wira zijn in dit wetsvoorstel opgenomen in de artikelen 2.126 tot en met 2.130 en de artikelen 4.15 tot en met 4.26. In het overgangsrecht bij dit wetsvoorstel is erin voorzien dat de Wira zal worden ingetrokken, wanneer deze wet in werking treedt.

Afdeling 1.2.1 Gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit bij Europese aanbestedingen

Artikel 1.4

Artikel 1.4 bepaalt de reikwijdte van de in afdeling 1.2.1 opgenomen Europese beginselen voor Europese aanbestedingen. Deze beginselen hebben betrekking op non-discriminatie, gelijkheid en het daaruit voortvloeiende beginsel van transparantie en zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJEG. Het beginsel van non-discriminatie vindt zijn oorsprong in het primaire EG-recht, waar in artikel 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie dit beginsel is gecodificeerd. Daarnaast speelt dit beginsel een rol bij de uitleg van de werking van het vrij verkeer. Bij de toetsing of maatregelen die het vrij verkeer beperken wellicht kunnen worden gerechtvaardigd speelt het proportionaliteitsbeginsel een grote rol.

Het aanbestedingsrecht vormt een bijzondere toepassing van de vrij verkeersbepalingen van het recht van de Europese Unie. In haar rechtspraak naar aanleiding van de aanbestedingsrichtlijnen heeft het HvJEG een beginsel van gelijke behandeling en een daaruit voortvloeiend beginsel van transparantie vastgesteld (HvJEG van 25 april 1996, Waalse bussen, zaak C-87/94, Jur. 1996, blz. I-02043).

In de richtlijnen zijn de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en het daaruit voortvloeiende beginsel van non-discriminatie opgenomen. Het proportionaliteitsbeginsel vloeit uit de richtlijnen voort en wordt in de overwegingen van de richtlijn eveneens genoemd.

De laatste jaren heeft het HvJEG de werking van de aanvankelijk in de richtlijnen opgenomen beginselen uitgebreid tot alle overheidsopdrachten waarbij sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De ratio achter deze extensieve uitleg van deze beginselen was dat ingeval een overheidsopdracht de mogelijkheid had de interne markt te beïnvloeden zij werd geraakt door de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag (thans: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Volgens het HvJEG zijn deze fundamentele beginselen 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 richtlijnen zelf refereren daarnaast nog

aan de beginselen van wederzijdse erkenning en proportionaliteit. Bij een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang zijn die beginselen van toepassing, ook buiten het regime van de richtlijnen. Dit volgt uit jurisprudentie van het HvJEG.

Het HvJEG heeft deze lijn voor het eerst bevestigd inzake concessie-overeenkomsten voor diensten in het arrest *TelAustria* (HvJEG van 7 december 2000, *TelAustria*, zaak C-324/98, Jur. 2000, blz. I-10745). Het HvJEG oordeelde daar dat, ook al zijn dergelijke overeenkomsten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer van de richtlijnen uitgesloten, de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, wel de fundamentele regels van het EG-verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen. Dit houdt volgens het HvJEG met name een verplichting tot transparantie in. Deze transparantieverplichting houdt in dat een passende mate van openbaarheid wordt gehanteerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het HvJEG heeft deze lijn bij concessie-overeenkomsten voor diensten bevestigd in onder andere de arresten *Coname* (HvJEG van 21 juli 2006, *Coname*, zaak C-231/05, Jur. 2006, blz. I-07287) en *Parking Brixen* (HvJEG van 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, zaak C-458/03, Jur. 2005, blz. I-08585).

In het arrest *Vestergaard* (HvJEG van 3 december 2001, *Vestergaard*, zaak C-59/00, Jur. 2001, blz. I-09505) gaf het HvJEG aan dat aanbestedende diensten bij opdrachten ook onder de drempelwaarde gehouden zijn om de fundamentele beginselen van het EG-verdrag in acht te nemen. In *Commissie/Italië* (HvJEG van 21 februari 2008, *Commissie/Italië*, zaak C-412/04, Jur. 2008, blz. I-00619) werd aangegeven dat aan aanbestedende diensten alleen een passende mate van openbaarheid in acht hoeven te nemen bij opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het HvJEG heeft deze lijn ook bevestigd voor B-diensten in de arresten *An Post* (HvJEG van 18 december 2007, *An Post*, zaak C-507/03, Jur. 2007, blz. I-11353) en *Commissie/Italië Ambulancevervoer* (HvJEG van 29 november 2007, *Ambulancevervoer*, zaak C-119/06, Jur. 2007, blz. I-00168).

Vanzelfsprekend moet van geval tot geval worden bezien of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het HvJEG heeft aangegeven dat criteria die kunnen worden meegewogen om te kunnen vaststellen of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang in ieder geval kunnen zijn: de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard van de opdracht en de plaats van uitvoering (HvJEG van 15 mei 2008, *SECAP SpA en Santorso*, gevoegde zaken C-148/06 en C-147/06, Jur. 2008, blz. I-03565). De verwachting is dat het HvJEG hier in toekomstige arresten meer duidelijkheid over zal gaan geven. In dit wetsvoorstel wordt het begrip duidelijk grensoverschrijdend belang daarom niet verder uitgewerkt.

In aanvulling op het bovenstaande wordt ter toelichting van de opzet van artikel 1.4 het volgende opgemerkt.

Onderdeel a heeft betrekking op opdrachten en dergelijke die onder de reikwijdte van de delen 2 en 3 van de wet vallen. Dit betekent dat opdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen die beneden de drempels blijven, en opdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen die in de afdelingen 2.1.3 en 3.1.4 worden uitgezonderd, niet onder dit onderdeel a vallen.

Onderdeel b heeft betrekking op opdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen die materieel wel onder de reikwijdte van deel 2 of deel 3 van dit wetsvoorstel vallen, maar uitsluitend vanwege het feit dat de omvang van de opdracht, concessie-

overeenkomst of prijsvraag beneden de drempels blijft, niet aan de verplichtingen van het wetsvoorstel behoeven te voldoen. Indien in zo'n geval sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zijn de Europese aanbestedingsbeginselen toch van toepassing. Onderdeel c geeft uitvoering aan de hiervoor reeds genoemde jurisprudentie van het HvJEG.

Artikel 1.5

Dit artikel bevat zowel het non-discriminatiebeginsel als het gelijkheidsbeginsel. Het artikel implementeert artikel 2 van richtlijn nr. 2004/18/EG en artikel 10 van richtlijn nr. 2004/17/EG. 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 18 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 1.6

Eerste lid

Het in het eerste lid van dit artikel opgenomen transparantiebeginsel is implementatie van artikel 2 van richtlijn nr. 2004/18/EG en artikel 10 van richtlijn nr. 2004/17/EG. 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 het beginsel zijn door het HvJEG in het bij artikel 1.5 reeds genoemde arrest *Succhi di Frutta* nader ingevuld. In dit arrest werd aangegeven dat het transparantiebeginsel ertoe strekt elke risico van favoritisme en willekeur uit te sluiten. In deze zaak werd ook verduidelijkt dat om aan deze verplichting te voldoen alle voorwaarden en modaliteiten van de plaatsingsprocedure in de aankondiging of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Uit de jurisprudentie van het HvJEG blijkt dat aan de vereiste openbaarmaking van een voornemen is voldaan indien de aankondiging van de opdracht openbaar wordt gemaakt.

Zoals hiervoor is aangegeven houdt het transparantiebeginsel ook in de verplichting om te motiveren door vooraf de gunningscriteria en hun relatieve gewicht kenbaar te maken, en achteraf de individuele score van inschrijvers aan te geven en te onderbouwen. Daaruit volgt dat de gunningscriteria geobjectiveerd moeten zijn om het proces ook daadwerkelijk transparant te laten zijn. Dit volgt ook uit overweging 46 bij richtlijn nr. 2004/18/EG. In bijzondere gevallen kan afgezien worden van vermelding van het relatieve gewicht van de gunningscriteria. Aan transparantie in de motivering van de gunning is in ieder geval voldaan wanneer er een geanonimiseerde matrix met daarin de totaal scores per

inschrijver per subcriterium verstrekt wordt (aldus: Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht van 28 januari 2009, LJN: BH1082, 259971 KG ZA 08-1279).

Tweede lid

Op grond van artikel 1.4, onderdeel b, vallen opdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen die materieel wel onder de reikwijdte van deel 2 of deel 3 van dit wetsvoorstel vallen, maar qua omvang beneden de Europese drempels blijven, onder de beginselen van dit hoofdstuk als sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Hetzelfde geldt voor onderdeel c van artikel 1.4 met betrekking tot concessieovereenkomsten voor diensten. De richtlijnen bevatten bepalingen die ertoe kunnen leiden dat een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in bijzondere omstandigheden en bij objectieve rechtvaardigingsgronden geen verplichting heeft om de opdracht aan te kondigen. Hierbij kan bij voorbeeld worden gedacht aan de in het wetsvoorstel uitgezonderde opdrachten en aan gevallen waarin sprake is van aanvullende werken. Deze bijzondere omstandigheden en objectieve rechtvaardigingsgronden gelden ook bij opdrachten buiten het regime van de richtlijnen, waar wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Met andere woorden: de richtlijnbevestigingen moeten in deze situaties dienovereenkomstig worden toegepast. Wanneer een aanbestedende dienst of een speciale sectorbedrijf een gerechtvaardigd beroep kan doen (of zou kunnen doen) op een procedure die geen aankondiging kent, of indien hij de opdracht als geheel onder een uitzondering zou vallen, dan kan de aanbestedende dienst een aankondiging achterwege laten. Het tweede lid bepaalt dat ook aldus.

Artikel 1.7

Dit artikel bevat een algemeen proportionaliteitsbeginsel, 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 richtlijnen. 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.

Het proportionaliteitsbeginsel wordt in de aanbestedingsrichtlijnen op bepaalde onderwerpen verder ingevuld. Het gaat hierbij onder meer om artikel 44 van richtlijn nr. 2004/18/EG. Verder heeft het beginsel ten aanzien van de aanbestedingsrichtlijnen aanvullende werking omdat het eveneens betrekking heeft op onderwerpen die niet in de richtlijn zijn opgenomen.

Kern van het beginsel is dat bij het voorbereiden en tot stand brengen van een overeenkomst in het kader van een overheidsopdracht of speciale-sectoropdracht, een concessieovereenkomst voor openbare werken of diensten of het uitschrijven van een aanbestedingsprijsvraag 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.

Het tweede lid maakt duidelijk waar de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf met het oog op de naleving van het eerste lid in ieder geval acht moet slaan. Maar ook ten aanzien van andere aspecten dan genoemd in het tweede lid kan een ondernemer, uiteraard gemotiveerd, aanvoeren dat een eis, voorwaarde of criterium niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf het tegendeel moeten aantonen. Wel leidt de in het tweede lid opgenomen opsomming ertoe dat er geen discussie meer kan plaatsvinden over de vraag of het gaat om eisen, voorwaarden of criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht. De bepaling is van toepassing op alle verschillende fasen van een aanbestedingsprocedure, maar is het meest van belang voor de eerste fase daarvan.

Het beginsel van proportionaliteit heeft tot doel dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zich reeds bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure afvraagt of de voorgenomen eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijving en inschrijver worden gesteld in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Daarbij is het van belang dat de dienst of het bedrijf duidelijke en eenvormige omschrijvingen geeft zodat potentiële inschrijvers een goed idee kunnen vormen van de opdracht. Wanneer de eisen en voorwaarden die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in een aanbesteding aan de inschrijver en in de inschrijving stelt in een redelijke verhouding staan tot de opdracht, wordt voorkomen dat bepaalde ondernemers niet in aanmerking komen voor de opdracht vanwege te hoge eisen en voorwaarden. Daardoor kunnen meer ondernemers inschrijven en wordt concurrentie bevorderd. Hierbij moet worden opgemerkt dat bijvoorbeeld het enkele feit dat door een geschiktheidseis ondernemers worden uitgesloten die in staat zouden moeten worden geacht de opdracht uit te voeren, geen reden is om te concluderen dat de eis disproportioneel is. Proportionaliteit ziet slechts op de verhouding tussen de eis en het voorwerp de opdracht, deze moeten in een redelijke verhouding tot elkaar staan.

In artikel 1.7 wordt een aantal aspecten genoemd waarop het proportionaliteitsbeginsel in ieder betrekking heeft. De genoemde aspecten zijn: uitsluitingsgronden, de inhoud van de geschiktheidseisen, het aantal geschiktheidseisen dat wordt gesteld, termijnen, de gunningscriteria en de vergoeding van hoge kosten tijdens de offertefase. Anders dan bij artikel 1.10 wordt in de in het tweede lid opgenomen opsomming de keuze van de procedure niet genoemd, omdat de richtlijnen reeds bepalen welke procedures in welke gevallen kunnen worden toegepast.

Wat betreft de inhoud van geschiktheidseisen houdt het beginsel in dat een goede afweging gemaakt moet worden of de inhoud van de eisen aansluiten bij de relevante markt. Proportionaliteit van het aantal geschiktheidseisen houdt in dat de afweging gemaakt moet worden wat het doel van een eis is, of er niet meerdere eisen met hetzelfde doel gesteld worden, en of de te stellen eisen ook in een redelijke verhouding staan tot de betreffende opdracht.

Proportionele termijnen zijn reële termijnen, ook deze zijn afhankelijk van de soort opdracht en de relevante markt. Wanneer een innovatieve opdracht wordt aanbesteed kan het nodig zijn gebruik te maken van langere termijnen, omdat er meer tijd nodig zal zijn voor partijen om een innovatieve offerte op te stellen.

Het wetsvoorstel geeft een aantal verplichte uitsluitingsgronden, maar ook een aantal facultatieve. Bij toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden door de aanbestedende dienst zal per opdracht bekeken moeten

worden of de betreffende uitsluitingsgronden in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Het zal niet altijd noodzakelijk zijn om alle facultatieve uitsluitingsgronden te hanteren.

Bij opdrachten in bepaalde sectoren zijn relatief hoge kosten gemoeid met het opstellen van een offerte. Dit kan een onnodige drempel opwerpen voor geïnteresseerde partijen. Het kan immers een onevenredige en niet noodzakelijke last leggen op de inschrijvende partij wanneer de kosten voor de offerte volledig voor zijn rekening komen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer voor de inschrijving op een opdracht voor architecten een ver uitgewerkt voorstel verlangd wordt, of bijvoorbeeld een maquette. In dergelijke gevallen is het gebruikelijk dat voor die arbeid een vergoeding wordt geboden.

De gevolgen van het niet voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel worden bepaald door het burgerlijke recht. In het arrest Uneto/De Vliert (reeds eerder aangehaald) heeft de Hoge Raad bepaald dat een in strijd met de aanbestedingsregelgeving gesloten overeenkomst in beginsel niet nietig is ingevolge artikel 40 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Dit leidt alleen uitzondering wanneer sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Hieruit volgt dat de rechter een aanbestedingsprocedure waarin niet is voldaan aan de vereisten die volgen uit het proportionaliteitsbeginsel niet nietig kan verklaren.

Artikel 1.8

Het is wenselijk dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ook bij het samenstellen van een opdracht, concessieovereenkomst of prijsvraag afweegt welke elementen die opdracht, overeenkomst of prijsvraag dient te bevatten. Aanbestedende diensten krijgen zo de beste aanbiedingen uit de markt. Dit artikel bepaalt daarom dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het maken van een keuze omtrent het al dan niet samenvoegen van opdrachten acht slaan op de markt waarin de potentieel inschrijvende ondernemers opereren. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zal namelijk in een markt met veel MKB een andere strategie moeten bewandelen om uiteindelijk de beste aanbiedingen te krijgen. In dat geval is het verstandig om een dergelijke opdracht bijvoorbeeld in meerdere percelen te delen, zodat het MKB rechtstreeks in kan schrijven. Als de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit niet doet, loopt hij de kans dat er te weinig concurrentie bij de desbetreffende aanbesteding ontstaat en hij hierdoor geen optimale aanbidding krijgt.

Afdeling 1.2.2 Gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit bij nationale aanbestedingen

Artikel 1.9

Artikel 1.9 bepaalt de reikwijdte van de in afdeling 1.2.3 opgenomen algemene uitgangspunten voor nationale aanbestedingsprocedures. Deze afdeling is niet van toepassing op meervoudig of enkelvoudig onderhands gunnen.

Uit artikel 1.9 vloeit voort dat afdeling 1.2.2 van toepassing is op zogenaamde vrijwillige aanbestedingen. Dit zijn aanbestedingen waarvoor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf uit eigen beweging een aankondiging bekend heeft gemaakt. Het plaatsen van een aankondiging betekent dat de artikelen 1.10 en 1.11 van toepassing worden.

Artikel 1.10

In dit artikel zijn de verplichtingen uit de nationale rechtspraak (bij voorbeeld Hof Amsterdam, 3 oktober 2002, BR 2004, p. 551) van gelijke behandeling en transparantie opgenomen. Het eerste lid bepaalt dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf die uit eigen beweging een aankondiging bekend maakt, ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. Evenals het geval is bij artikel 1.5 vloeit uit dit artikel voort dat gelijke gevallen op gelijke wijze moeten worden behandeld. Onder het Nederlandse gelijkheidsbeginsel valt ook een verbod tot het maken van onderscheid naar nationaliteit. Ten einde mogelijke onduidelijkheid over een beperktere betekenis van artikel 1.10 ten opzichte van artikel 1.5 te voorkomen, wordt ook in artikel 1.10 uitdrukkelijk non-discriminatie genoemd.

Daarnaast bepaalt het tweede lid dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf transparant handelt. Evenals bij artikel 1.6 gaat het hierbij om twee elementen, namelijk openbaarmaking van het voornemen een opdracht te plaatsen of een overeenkomst te sluiten, en de motivering van de uiteindelijk gemaakte keuze. Dit houdt dus de verplichting in ondernemers vooraf duidelijk te informeren over de toepasselijke gunningscriteria en de van belang zijnde feitelijke gegevens. Daarnaast zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aan het einde van de procedure inzichtelijk moeten maken voor welke ondernemer hij voornemens is te kiezen en de redenen waarom hij tot deze beslissing is gekomen

Artikel 1.11

In dit artikel is het proportionaliteitsbeginsel opgenomen. De inhoud van dit beginsel is gelijk aan dat van artikel 1.7, met uitzondering van onderdeel a van het tweede lid. In gevallen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn is de keuze van een procedure vrij. In die gevallen dient ook de keuze van de procedure onder het proportionaliteitsbeginsel te vallen. Een openbare procedure is bijvoorbeeld veel duurder dan een meervoudig onderhandse procedure. Naast de lasten kan de keuze voor een procedure ook afhankelijk zijn van andere factoren. Het proportionaliteitsbeginsel noopt tot een gewogen afweging tussen verschillende procedures.

Artikel 1.12

Voor een toelichting op dit artikel wordt verwezen naar de toelichting op artikel 1.8.

Afdeling 1.2.3 Gelijkheid, transparantie en proportionaliteit bij de meervoudig onderhandse procedure

Artikel 1.13

De bepalingen die in deze afdeling zijn opgenomen zijn van toepassing op meervoudig onderhandse procedures. Meervoudig onderhandse procedures zijn procedures waarbij minimaal twee ondernemers worden uitgenodigd een inschrijving te doen. Anders dan bij artikel 1.9 wordt dus geen aankondiging gedaan. In de praktijk worden bij de meervoudig onderhandse procedures meestal drie offertes gevraagd.

In deze afdeling worden enkele normen ofwel uitgangspunten voor deze meervoudig onderhandse procedures opgenomen. Deze uitgangspunten gelden derhalve alleen indien een meervoudig onderhandse procedure is

gestart. De werking ervan is dus beperkt tot die partijen die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zijn uitgenodigd tot het doen van een inschrijving met betrekking tot een specifieke opdracht. Zij leiden niet tot een verplichting om niet-uitgenodigde ondernemers alsnog bij de procedure te betrekken.

Artikel 1.14

Dit artikel bepaalt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de partijen die zijn uitgenodigd tot het doen van een inschrijving en een inschrijving hebben ingediend op gelijke wijze moet behandelen.

Uit het tweede lid vloeit voort dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de inschrijvers informeert over de gunningsbeslissing en de daaraan ten grondslag liggende redenen.

Artikel 1.15

Dit artikel bepaalt dat ook bij de meervoudig onderhandse procedure proportioneel moet worden gehandeld. Net als bij alle andere genoemde procedures zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bij een meervoudig onderhandse procedure moeten nagaan of de eisen die het heeft gesteld in redelijke verhouding staan tot een goede uitvoering van de opdracht. Uit het toepassingsbereik van afdeling 1.2.3 vloeit evenwel voort dat proportionaliteit hier een beperktere betekenis heeft dan in de afdelingen 1.2.1 en 1.2.2. Onderwerpen als uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen spelen hierbij geen rol. Het gaat immers om een situatie waarin een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf reeds bepaalde ondernemers heeft uitgenodigd om een inschrijving te doen. Daarom is de opsomming in het tweede lid, die aangeeft waarop in ieder geval acht moet worden geslagen, ook beperkt van omvang. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zal in ieder geval acht moeten slaan op de redelijkheid van de te stellen termijnen en de eventueel aan de aanbesteding verbonden kosten.

Artikel 1.16

Voor een toelichting op dit artikel wordt verwezen naar de toelichting op artikel 1.8.

HOOFDSTUK 1.3 ADMINISTRatieve VOORSCHRIFTEN VOOR AANBESTEDINGEN BENEDEN DE EUROPESE DREMPELS

Artikelen 1.17, 1.18 en 1.19

In hoofdstuk 1.3 van dit wetsvoorstel is een drietal administratieve voorschriften opgenomen voor aanbestedingen die beneden de Europese drempels vallen. Het gaat hierbij zowel om gevallen waarin sprake is van opdrachten en dergelijke beneden de drempels maar wel met een grensoverschrijdend belang als om gevallen waarin dat laatste niet aan de orde is, maar het wel gaat om een situatie als omschreven in artikel 1.9 waarbij een overeenkomst wordt opengesteld voor concurrentie.

In beide gevallen gelden niet de administratieve voorschriften van het tweede en derde deel van dit wetsvoorstel ten aanzien van de bekendmaking van aankondigingen van opdrachten en het vragen van inlichtingen en bewijsstukken aan ondernemers. In paragraaf 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat het

wenselijk is op die punten ook beneden de Europese drempels voorschriften te geven.

Artikel 1.17 schrijft voor dat aankondigingen als in dit artikel bedoeld op het elektronische systeem voor aanbestedingen (TenderNed) bekend moeten worden gemaakt.

Het eerste lid heeft betrekking op opdrachten die vallen onder artikel 1.4, onderdelen b en c, die in beginsel moeten worden aangekondigd (zie artikel 1.6). Deze opdrachten moeten via TenderNed bekend worden gemaakt.

Wanneer een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf er voor kiest een openbare aankondiging te doen, terwijl daartoe geen verplichting bestaat, dan moet dat eveneens op TenderNed (tweede lid). Voor deze aankondigingen wordt gebruik gemaakt van het daartoe door TenderNed beschikbaar gestelde formulier. Dit formulier is gelijk aan het formulier dat gebruikt wordt voor aankondigingen van opdrachten binnen het regime van de richtlijnen.

Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zijn niet verplicht om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen te stellen bij aanbestedingen beneden de Europese drempels. Doen zij dat wel, dan moet op grond van artikel 1.18 gebruik worden gemaakt van de eigen verklaring.

Artikel 1.19 bepaalt dat een ondernemer door middel van een gedragsverklaring aanbesteden kan aantonen dat uitsluitingsgronden met betrekking tot onherroepelijke veroordelingen op hem niet van toepassing zijn. Het staat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vrij al dan niet om zo'n verklaring te vragen. De gedragsverklaring aanbesteden is wel het enige middel om door een justitieel antecedentenonderzoek dergelijke uitsluitingsgronden te toetsen (zie het derde lid). Wel blijft het daarnaast mogelijk een BIBOB-onderzoek te laten doen. In de in dit wetsvoorstel opgenomen regels met betrekking tot de gedragsverklaring aanbesteden wordt bepaald welke overtredingen bij de beoordeling worden betrokken. Die opsomming is afgestemd op de uitsluitingsgronden van de richtlijnen. Het staat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven vrij om beneden de Europese drempels zelf hun uitsluitingsgronden te kiezen en te bepalen of ze daarop willen toetsen.

Artikel 1.20

Voor opdrachten die vallen onder de werking van de richtlijnen is in artikel 2.66 voorgeschreven dat de aanbestedingsstukken daarvoor kosteloos ter beschikking moeten worden gesteld. Ook voor opdrachten beneden de drempel is dat wenselijk. Daarom is in dit artikel de verplichting opgenomen om ook voor de opdrachten beneden de drempel de stukken kosteloos ter beschikking te stellen op enigerlei wijze. Evenals bij artikel 2.66 is erin voorzien dat een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf wel een kostenvergoeding mag vragen indien de stukken op verzoek van de ondernemer ook op een andere wijze ter beschikking worden gesteld aan de ondernemer.

HOOFDSTUK 1.4 VOORWAARDEN IN VERBAND MET IN HET KADER VAN DE WERELDHANDELSORGANISATIE GESLOTEN OVEREENKOMSTEN

Artikel 1.21

Dit artikel komt overeen met artikel 5 van richtlijn nr. 2004/18/EG en artikel 12 van richtlijn nr. 2004/17/EG. De in dit artikel genoemde Overeenkomst inzake overheidsopdrachten is gesloten in het kader van de multilaterale

handelsbesprekingen van de Uruguayronde. Voorwaarden die op ondernemers uit derde landen worden toegepast in het kader van de genoemde Overeenkomst mogen niet gunstiger zijn dan de voorwaarden die aan ondernemers uit de Unie worden opgelegd.

DEEL 2 OVERHEIDSOPDRACHTEN, CONCESSIEOVEREENKOMSTEN VOOR OPENBARE WERKEN EN PRIJSVRAGEN VOOR DIENSTEN

HOOFDSTUK 2.1 REIKWIJDTE

Afdeling 2.1.1 Toepassingsbereik

Artikelen 2.1 tot en met 2.12

Deze paragraaf bevat de drempelbedragen voor overheidsopdrachten, waarboven deze wet moet worden toegepast. De drempelbedragen die gelden vanaf 1 januari 2010 worden in onderstaande tabel weergegeven.

| overheidsopdrachten | | |
|---|-------------------|------------------------|
| <i>Staat</i> | werken | € 4.845.000 |
| | leveringen | € 125.000 |
| | diensten | € 125.000 ⁶ |
| <i>provincie, gemeente, waterschap, publiekrechtelijke instelling</i> | werken | € 4.845.000 |
| | leveringen | € 193.000 |
| | diensten | € 193.000 |
| concessieovereenkomst voor openbare werken | | € 4.845.000. |
| prijsvragen | | |
| <i>centrale overheid</i> | | € 125.000 |
| <i>medeoverheden</i> | | € 193.000 |

⁶ Uitzonderingen waarbij de drempelwaarde voor de centrale overheid wel € 206.000 is:

1. Onderzoeks- en ontwikkelingswerk (categorie 8 van bijlage IIA)
2. Telecommunicatiediensten (categorie 5 van bijlage IIA met de CPC-codes 7524, 7525 en 7526)
3. Diensten vallend onder bijlage IIB.

Zoals uit deze tabel blijkt, geldt in bepaalde gevallen een verschillende drempel naar gelang de aanbestedende dienst onderdeel vormt van de staat uitmaakt (en uiteindelijk de rechtspersoon Staat der Nederlanden de overeenkomst sluit) dan wel van een provincie, gemeente, waterschap of publiekrechtelijke instelling.

Ingevolge artikel 78 van richtlijn nr. 2004/18/EG heeft de Europese Commissie de plicht iedere twee jaar de drempelwaarden in de richtlijn aan te passen. De Commissie stelt daartoe tweejaarlijks een verordening vast. Hierdoor worden de bepalingen in de richtlijn zelf gewijzigd. Deze nieuwe bedragen gelden dan als gevolg van de dynamische verwijzing in de artikelen 2.1 tot en met 2.6 ook voor het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel. Artikel 2.7 bepaalt dat die nieuwe bedragen gelden met ingang van de door de Commissie vastgestelde datum. Op grond van het genoemde artikel 78 stelt de Commissie die datum altijd op 1 januari van het desbetreffende kalenderjaar. De Minister van Economische Zaken doet met het oog op de kenbaarheid mededeling van de nieuwe bedragen in de Staatscourant. Voorts zijn de toepasselijke bedragen steeds eenvoudig te vinden via www.ez.nl.

Afdeling 2.1.2 Raming van de waarde

§ 2.1.2.1 Algemene bepalingen

Artikel 2.13

In afdeling 2.1.2 wordt voorgeschreven op welke wijze de waarde van een voorgenomen overheidsopdracht, raamovereenkomst, concessieovereenkomst voor openbare werken, dynamisch aankoopstelsel of prijsvraag, voor zover die niet op grond van afdeling 2.1.3 is uitgezonderd, moet worden berekend. Deze berekening is van belang om te kunnen vaststellen of de desbetreffende opdracht enz. op grond van hoofdstuk 2.1 onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel valt. Richtlijn nr. 2004/18/EG en diens gevolg ook dit wetsvoorstel (paragraaf 2.1.2.2) geeft nauwkeurige regels voor de wijze van berekening van de waarde.

In bepaalde gevallen mag een aanbestedende dienst voor het plaatsen van een overheidsopdracht de procedure van de concurrentiegerichte dialoog of de onderhandelingsprocedure met aankondiging toepassen. Inherent aan die procedures is dat tevoren niet duidelijk is hoe de opdracht precies komt te luiden. In die gevallen moet uiteraard wel een globale schatting van de waarde van de opdracht worden gemaakt. De aanbestedende dienst moet immers bepalen of de opdracht al dan niet onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel valt. Precieze rekenregels kunnen echter in die situatie niet worden voorgeschreven. De richtlijn bevat die dan ook niet.

Artikel 2.14

Voorop staat dat de aanbestedende dienst zich bij het omschrijven van de opdracht dient te laten leiden door de behoefte aan het werk, het product of de dienst waarop de opdracht betrekking heeft en niet door de behoefte de overheidsopdracht niet te behoeven aan te besteden. Deze bepaling bevat een tweetal algemene voorschriften die beogen te voorkomen dat aanbestedende diensten bepaalde constructies kiezen om zich aan de toepassing van dit wetsvoorstel te onttrekken. In de eerste plaats mogen overheidsopdrachten en dergelijke niet worden gesplitst om te bewerkstelligen dat de opdracht onder de desbetreffende drempelwaarde blijft. Daarnaast mag ook de keuze van de wijze van berekening van de geraamde waarde niet met dat oogmerk worden gemaakt.

Dit artikel verplicht aanbestedende diensten niet om opdrachten zoveel mogelijk samen te voegen. Het artikel bepaalt immers alleen dat opdrachten niet gesplitst mogen worden met het oogmerk om onder de werking van het wetsvoorstel uit te komen. Een aanbestedende dienst kan andere, bijvoorbeeld economische redenen hebben om een opdracht in meerdere opdrachten uiteen te splitsen. Dit kan bijvoorbeeld zijn om de markt te vergroten of om minder grote ondernemingen de kans te geven om in te schrijven op een opdracht.

§ 2.1.2.2 De raming van overheidsopdrachten

Artikelen 2.15 tot en met 2.21

Deze artikelen bevatten een aantal uitgangspunten en rekenregels voor de raming van de waarde van een overheidsopdracht, overeenkomstig hetgeen hieromtrent in richtlijn nr. 2004/18/EG is bepaald. Op een enkel punt worden deze bepalingen hieronder nader toegelicht.

Ter toelichting van artikel 2.16 wordt het volgende opgemerkt. Artikel 9, vierde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG bepaalt dat bij de raming van overheidsopdrachten voor werken onder meer rekening moet worden gehouden met de goederen welke door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer worden gesteld. Aangenomen moet worden dat het hier niet alleen gaat om te leveren goederen, maar ook om eventueel te verrichten diensten. Het overigens identieke artikel 17, vierde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG bepaalt dat ook. Artikel 2.16 spreekt daarom over leveringen en diensten die door de aanbestedende dienst ter beschikking worden gesteld.

In artikel 2.21, onderdeel b, wordt ten opzichte van artikel 9, zevende lid, onderdeel b, van richtlijn nr. 2004/18/EG, verduidelijkt op welk boekjaar de bepaling ziet. Hiermee kunnen discussies en geschillen hierover worden voorkomen.

§ 2.1.2.3 De raming van concessieovereenkomsten voor openbare werken, dynamisch aankoopssystemen en prijsvragen

Artikel 2.22

Bij de raming van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel moeten op grond van het tweede lid, onderdeel a, van dit artikel alle voorgenomen overheidsopdrachten worden meegerekend. De wijze van berekening van de waarde van die opdrachten geschiedt overeenkomstig de regels in paragraaf 2.1.2.2 voor de raming van overheidsopdrachten.

Dat laatste geldt ook voor de berekening van een prijsvraag. Daarnaast moet daarin ook het prijzengeld worden meegerekend en in bepaalde gevallen de waarde van de overheidsopdracht die later wordt geplaatst (tweede lid, onderdelen b en c).

Afdeling 2.1.3 Uitgezonderde overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen

Algemeen

De reikwijdte van dit wetsvoorstel wordt bepaald door de doorwerking van de bepalingen uit het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie die zien op het interstatelijk handelsverkeer binnen de Europese Unie. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om het vrij verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde geraamde waarde wil de Europese wetgever, gebaseerd op de beginselen uit het genoemde Verdrag, door middel van de Europese aanbestedingsrichtlijnen de nationale procedures coördineren en harmoniseren, teneinde een daadwerkelijke mededinging en onder meer gelijke behandeling op het gebied van overheidsopdrachten binnen de Unie te garanderen.

Overheidsopdrachten die worden verstrekt en uitgevoerd buiten de Europese Unie vallen buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel, indien de opdracht een sterk lokaal karakter kent. Het gaat dan om zowel opdrachten die normaal gesproken onder de werkingssfeer van de richtlijnen 2004/17 /EG en 2004/18/EG vallen, als opdrachten die daar (deels) niet onder vallen, zoals opdrachten beneden de drempel en B-diensten. Voorbeelden van overheidsopdrachten buiten de Europese Unie zijn overheidsopdrachten afkomstig van Nederlandse ambassades of

wanneer strijdkrachten zijn ingezet buiten het grondgebied van de Unie en de operationele omstandigheden vereisen dat de contracten worden gesloten met ondernemers die in het operatiegebied zijn gevestigd. Gesignaleerd wordt hierbij dat overheidsopdrachten op de BES-eilanden ook onder overheidsopdrachten buiten de Europese Unie vallen. De BES-eilanden zijn landen en gebieden overzee. Op LGO-gebieden is overeenkomstig artikel 355 het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie niet direct van toepassing.

Een opdracht die buiten de Europese Unie wordt verstrekt en uitgevoerd, kan een zuiver lokaal karakter hebben indien:

- a. vaststaat dat het interstatelijk handelsverkeer tussen de lidstaten door het onderhands vertrekken van de overheidsopdracht niet wordt belemmerd en
- b. er geen duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is (vergelijk HvJEG van 13 november 2007, Commissie/Ierland, zaak C-507/03, Jur. 2007, I-9777 en de reeds genoemde SECAP-uitspraak, zaak C-147/06).

Het is van belang om zich te realiseren dat voor elke specifieke opdracht de belangstelling en daarmee de effecten op het interstatelijke handelsverkeer anders kunnen zijn. Eventuele twijfel over het effect op het interstatelijke handelsverkeer kan worden weggenomen door een marktonderzoek te doen of een aankondiging bekend te maken. Indien daaruit blijkt dat er geen interesse is in de opdracht, kan de aanbestedende dienst ervan uitgaan dat het daarmee inderdaad vaststaat dat het interstatelijke handelsverkeer tussen lidstaten niet wordt belemmerd en dat er geen duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is.

Artikel 2.23

In het eerste lid van dit artikel worden overeenkomstig richtlijn nr. 2004/18/EG bepaalde overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen van de toepassing van dit wetsvoorstel uitgezonderd. Het gaat hier om de artikelen 10, 13 en 15 van de richtlijn. Uit de implementatietabel aan het slot van deze memorie van toelichting blijkt welk artikelonderdeel aan welke bepaling van de richtlijn uitvoering geeft.

Onderdeel d van het eerste lid zondert bepaalde internationale overeenkomsten uit van de verplichting tot aanbesteden. Overeenkomsten als hier bedoeld moeten op grond van artikel 15, onderdeel a, tweede volzin, van richtlijn nr. 2004/18/EG ter kennis worden gebracht van de Europese Commissie. Het tweede lid van artikel 2.23 implementeert die verplichting.

Artikel 2.24

Artikel 2.24 bevat een aantal uitzonderingen op het toepassingsbereik van deel 2 van dit wetsvoorstel voor zover het betreft overheidsopdrachten voor diensten. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de artikelen 16 en 18 van richtlijn nr. 2004/18/EG.

Uit onderdeel a vloeit voort dat dit wetsvoorstel niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten. Het uitsluitend recht als zodanig moet voorts in overeenstemming zijn met de bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Op basis van deze bepaling kunnen aanbestedende diensten dus een overeenkomst sluiten met betrekking tot de inkoop van diensten van een andere aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten die beschikt over een uitsluitend recht met betrekking tot het verrichten van

de gevraagde diensten, zonder te hoeven aan te besteden. In de Nederlandse richtlijntekst wordt voorts bepaald dat het moet gaan om een uitsluitend recht dat genoten wordt uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. In de begripsomschrijving van «uitsluitend recht» in artikel 1.1 van dit wetsvoorstel is bepaald dat een dergelijk recht moet zijn verleend bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan. Hieruit vloeit reeds voort dat sprake is van kenbaarheid van dat recht, daaronder begrepen van het feit wie over dat recht beschikt en waarop dat recht betrekking heeft.

De onderdelen b, c en d sommen diensten op waarvoor de aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten voor diensten naar hun aard niet goed toegepast kunnen worden. Dat is bij voorbeeld het geval als daarmee rechten zoals eigendomsrechten zijn gemeoid. De uitzondering onder c houdt verband met overwegingen van cultureel en sociaal belang. Onder die uitzondering valt niet de levering van het technisch materiaal dat nodig is voor de (co-)productie en de uitzending van het programma-materiaal. De richtlijn spreekt in artikel 16, onderdeel b, van richtlijn nr. 2004/18, over radio-omroeporganisaties. In de huidige tijd is dat een verouderde term. Onderdeel c van artikel 2.24 spreekt daarom van omroeporganisaties.

Bij de onder onderdeel e genoemde financiële diensten stond in de oude toelichting van Bao dat met dit artikel verhelderd was dat onder «financiële diensten» ook bancaire leningen vallen. Inmiddels is dit niet meer zeker omdat deze bepaling door de Europese Commissie anders uitgelegd wordt. Volgens de Europese Commissie mogen onder financiële diensten geen bancaire leningen worden verstaan. Zolang er echter nog geen uitspraak is van het Hof van Justitie van de Europese Unie, is er geen zekerheid over deze kwestie. De richtlijn biedt wel aanknopingspunten voor de stelling dat bancaire leningen niet aanbesteed hoeven te worden. Zo is in de overwegingen bij de richtlijn bepaald dat de uitzondering voor financiële diensten met name gaat over verrichtingen die de aanbestedende diensten van geld of kapitaal moeten voorzien. Vanwege het ontbreken van rechterlijke uitspraken kan er voorts nog van uitgegaan worden dat bancaire leningen niet aanbesteed hoeven te worden.

Onderdeel g heeft betrekking op overheidsopdrachten op het gebied van wetenschap en hoogwaardige technologie. Overheidsopdrachten voor niet-wetenschappelijk onderzoek moeten dus wel worden aanbesteed. Indien de resultaten van de opdracht geheel bestemd zijn voor de uitoefening van de werkzaamheden van de aanbestedende dienst gelden de aanbestedingsregels wel, mits de verleende diensten volledig door de aanbestedende dienst worden betaald.

HOOFDSTUK 2.2 PROCEDURES VOOR HET PLAATSEN VAN OPDRACHTEN VOOR AANBESTEDEND DIENSTEN

Algemeen

In dit hoofdstuk wordt beschreven wanneer een aanbestedende dienst een bepaalde procedure moet toepassen en welke stappen hij moet nemen bij toepassing daarvan. De volgorde van de onderdelen in artikelen 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 bepaalde stappen, 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.

In de meeste procedures is de stap opgenomen dat de aanbestedende dienst van de inschrijvingen toetst of deze voldoen aan de eisen die in het bestek worden gesteld. Zie bijvoorbeeld, artikel 2.26, onderdeel d, artikel 2.27, onderdeel g, en artikel 2.41, onderdeel d. De aanbestedende dienst toets in die gevallen alleen de inschrijvingen van de inschrijvers die op dat moment nog niet zijn uitgesloten of waarvan de inschrijving al is afgewezen.

De hoofdregel is dat de aanbestedende dienst de openbare of de niet-openbare procedure toepast. Deze zijn weergegeven in afdeling 2.2.1. De uitzonderingen hierop zijn opgenomen in afdeling 2.2.2. In afdeling 2.2.3 zijn de bijzondere procedures opgenomen als bijv. het dynamisch aankoopstelsel. Voor de afdelingen 2.2.2 en 2.2.3 geldt dat de bijzondere procedures uitsluitend onder de in het desbetreffende artikel geformuleerde strikte voorwaarden mogen worden toegepast.

Afdeling 2.2.1 Openbare en niet-openbare procedure

Artikel 2.25

Zoals hiervoor al vermeld dient de aanbestedende dienst in beginsel de openbare of de niet-openbare procedure toe te passen. Het verschil tussen de niet-openbare en de openbare procedure is de voorafgaande selectie bij de niet-openbare procedure. Voor elke overheidsopdracht kan de aanbestedende dienst in beginsel kiezen voor de openbare of niet-openbare procedure. In afdeling 2.2.2 wordt beschreven in welke gevallen er afgeweken kan worden van deze bepaling en een andere procedure kan worden toegepast.

Artikelen 2.26 en 2.27

In artikelen 2.26 en 2.27 worden de stappen beschreven die aanbestedende dienst voor onderscheidenlijk de openbare en de niet-openbare procedure moet doorlopen. In hoofdstuk 2.3 worden deze regels nader ingevuld.

De volgorde van de onderdelen in artikelen 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 bepaalde stappen, 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. Artikel 2.26, onderdeel g, bepaalt dat de aanbestedende dienst de met de procedure beoogde overeenkomst kan sluiten. Hieruit blijkt dat de aanbestedende dienst ook kan besluiten de opdracht niet te gunnen. De precontractuele goed trouw en de redelijkheid en billijkheid kunnen echter meebrengen dat er bij de keuze om niet te gunnen een schadevergoedingsplicht ontstaat, (zie onder meer: rechtbank 's-Hertogenbosch 5 november 2008, HA ZA 07-1736, Van der Horst/De Dommel, n.n.g.).

Afdeling 2.2.2 Uitzonderingen op de toepassing van de openbare en de niet-openbare procedure

§ 2.2.2.1 Procedure van de concurrentiegerichtte dialoog

Artikelen 2.28 en 2.29

Voor opdrachten die bijzonder complex zijn, waarvoor het moeilijk is om op voorhand de selectie- en gunningscriteria op te stellen kan de aanbestedende dienst ervoor kiezen de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog te voeren. Overweging 31 van richtlijn nr. 2004/18/EG luidt: «Voor aanbestedende diensten die bijzonder complexe projecten uitvoeren, kan het, zonder dat hen iets valt te verwijten, objectief onmogelijk zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische en/of financiële/juridische oplossingen. Dat kan met name het geval zijn bij de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet vooraf kan worden voorgeschreven. Voor zover de toepassing van openbare of niet-openbare procedures de plaatsing van dergelijke opdrachten niet mogelijk maakt, moet derhalve voorzien worden in een flexibele procedure die de mededinging tussen ondernemers vrijwaart, en tevens rekening houdt met de behoefte van de aanbestedende diensten om met elke gegadigde een dialoog over alle aspecten van de opdracht aan te gaan. Deze procedure mag evenwel niet op zodanige wijze worden aangewend dat de concurrentie wordt beperkt of verstoord, met name door het wijzigen van basiselementen van de inschrijvingen, het opleggen van nieuwe inhoudelijke elementen aan de gekozen inschrijver of het betrekken van een andere, niet als economisch voordeligste aangewezen inschrijver in de procedure.»

§ 2.2.2.2 en § 2.2.2.3 Onderhandelingsprocedure met en zonder aankondiging

De onderhandelingsprocedure kent twee verschijningsvormen, de onderhandelingsprocedure met aankondiging en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

Artikelen 2.30 en 2.31

De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure met aankondiging alleen toepassen onder de in artikel 2.30 genoemde omstandigheden.

In artikel 2.31 staan de stappen die een aanbestedende dienst zet indien hij de onderhandelingsprocedure met aankondiging toepast. Evenals bij de openbare en niet-openbare procedure, houdt de volgorde in artikel 2.31 geen dwingende chronologische volgorde in. Het is mogelijk dat enkele stappen elkaar overlappen, of gelijktijdig worden gezet. Ook kan onder omstandigheden de beoordeling en toetsing van de geschiktheid van de inschrijvers op een later moment in de procedure plaatsvinden.

Het eerste gedeelte van de onderhandelingsprocedure met aankondiging is gelijk aan dat van de niet-openbare procedure en de concurrentiegerichtte dialoog. De geschikte gegadigden worden uitgenodigd tot het indienen van een inschrijving. De onderhandelingsprocedure met aankondiging onderscheidt zich echter van de andere procedures, doordat de aanbestedende dienst, nadat de inschrijvingen zijn ontvangen en beoordeeld, de ruimte heeft 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 beoordeling met welke inschrijvers de onderhandelingen plaats zullen vinden, dient te worden bepaald aan de hand van objectieve en niet-discriminerende criteria.

Artikelen 2.32 tot en met 2.37

De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging enkel toepassen wanneer sprake is van de in paragraaf 2.2.2.3 genoemde omstandigheden. Feitelijk gaat het bij de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging om een onderhandse gunning.

Uit de jurisprudentie van het Hof over de in deze artikelen genoemde uitzonderingen blijkt dat alle uitzonderingen restrictief geïnterpreteerd moeten worden (HvJEG van 10 maart 1987, Commissie/Italië, zaak C-199/85, Jur. 1987, blz. I-01039). Daarnaast zijn de uitzonderingen limitatief opgesomd (HvJEG van 17 november 1993, Commissie/Spanje, zaak C-71/92, Jur. 1993, blz. I-05923, en recentelijk HvJEG van 8 april 2008, Commissie/Italië, zaak C-337/05, Jur. 2008, blz. I-02173). Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat de aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie moet aantonen.

De aanbestedende dienst die zich beroept op de uitzondering genoemd in artikel 2.32, onder b, moet bewijzen dat er technische redenen zijn in de zin van die bepaling, maar ook dat die technische redenen het volstrekt noodzakelijk maken het in geding zijnde werk aan de onderneming in kwestie te gunnen (HvJEG van 18 mei 1995, Commissie/Italië, zaak C-57/94, Jur. 1995, blz. I-01249). Tevens moeten alle voorwaarden worden vervuld die aan de uitzondering worden gesteld waarop de aanbestedende dienst zich beroept (HvJEG van 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, zaak C-318/94, Jur. 1996, blz. I-01949).

Ten aanzien van de uitzondering voor uitsluitende rechten, tevens genoemd in artikel 2.32, onderdeel b, van deze wet, is naar aanleiding van de uitspraak van het Hof inzake Commissie/Spanje (HvJEG van 3 mei 1994, Commissie/Spanje, zaak C-328/92, Jur. 1994, blz. I-01569) duidelijk geworden dat hiervoor niet voldoende is dat de betrokken levering of de betrokken dienst door een uitsluitend recht, zoals een octrooi wordt beschermd, maar dat de aanbestedende dienst ook moet bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kunnen worden vervaardigd of geleverd, respectievelijk slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens het Hof alleen worden voldaan met betrekking tot die producten en specialiteiten waarvoor op de markt geen concurrentie plaats vindt.

§ 2.2.2.4 Bijzondere voorschriften betreffende het plaatsen van B-diensten

Artikelen 2.38 en 2.39

De aanbestedende dienst past de in deze paragraaf beschreven procedure toe, indien hij een overheidsopdracht betreffende diensten als bedoeld in Bijlage II B van richtlijn nr. 2004/18/EG wil plaatsen.

De voorschriften met betrekking tot B-diensten met een waarde boven de Europese drempels vloeien voort uit richtlijn nr. 2004/18/EG. Voor een opdracht met betrekking tot de zogenaamd B-diensten geldt het

zogenaamde lichte regime van de procedure voor het plaatsen van B-opdrachten. Dit houdt in dat alleen voorschriften betreffende technische specificaties en de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht van toepassing zijn. De overige voorschriften uit de richtlijn zijn niet van toepassing. Het komt er op neer dat aanbestedende diensten 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. Bij deze laatstgenoemde kan een aanbestedende dienst aangeven af te willen zien van algemeen publiceren van deze mededeling, op grond van artikel 2.136.

Uit de reeds eerder genoemde uitspraak inzake An Post (zaak C-507/03) volgt dat indien er bij B-diensten geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, deze diensten niet hoeven te worden aanbesteed. Indien er echter wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang dan geldt wel een transparantieplichting. Dit volgt uit de bepalingen uit 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. Artikel 1.6, derde lid, van dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan deze jurisprudentie.

De II-B diensten van richtlijn nr. 2004/18/EG en XVII-B diensten van richtlijn nr. 2004/17/EG vormen een aparte categorie wat betreft de toepassing van het transparantiebeginsel, zoals dat is neergelegd in artikel 1.6. Op grond van de genoemde richtlijnen behoeven opdrachten voor dergelijke diensten niet te worden aangekondigd en staat het de aanbestedende dienst vrij om al dan niet te publiceren. Zoals hiervoor reeds vermeld heeft het HvJEG evenwel bepaald voor dat dergelijke opdrachten, ingeval sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, wel het transparantiebeginsel geldt, hetgeen betekent dat dan wel moet worden aangekondigd. De aankondiging hoeft niet te worden gedaan indien de aanbestedende dienst niet de procedure voor het plaatsen van II-B opdrachten volgt, maar op goede gronden gebruik maakt van een andere procedure, waarvoor een aankondiging niet verplicht is, zoals de procedure voor onderhandelingen zonder aankondiging.

Afdeling 2.2.3 Bijzondere procedures

§ 2.2.3.1 Procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken

Artikelen 2.40 en 2.41

De twee artikelen in deze paragraaf bevatten de regels voor de procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken. Dit begrip is omschreven in artikel 1.1 en daarbij nader toegelicht.

Artikel 2.41 bepaalt welke stappen de procedure voor het plaatsen van een concessieovereenkomst voor openbare werken inhoudt. De artikelen 2.150 tot en met 2.155 geven nadere voorschriften voor deze procedure.

§ 2.2.3.2 Procedure van een prijsvraag

Artikelen 2.42 en 2.43

De procedure van een prijsvraag is een afwijkende procedure in die zin dat deze procedure in beginsel niet leidt tot het gunnen van een opdracht. Anders dan bij de gebruikelijke gunning, waar de opdracht pas wordt uitgevoerd nadat is gegund, heeft de prijsvraag in zich dat er voorafgaand aan de gunning (een deel van) de opdracht wordt uitgevoerd en ingezonden. Het is om die reden dan ook toegestaan om deelnemers aan een prijsvraag een vergoeding te bieden.

Artikel 2.43 bevat bepalingen voor de aanbestedende dienst en bepalingen voor de jury, die door de aanbestedende dienst is ingesteld. De handelingen van de jury resulteren in een verslag, ook wel (jury-)rapport genoemd.

§ 2.2.3.3 Procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst

Artikelen 2.44 tot en met 2.47

In paragraaf 2.2.3.3 wordt de procedure voor een raamovereenkomst beschreven. Van een raamovereenkomst is sprake indien een aanbestedende dienst 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 kan een raamovereenkomst als een opdracht voor werken, een opdracht voor leveringen of een opdracht voor diensten beschouwen en kan deze opdracht overeenkomstig de bepalingen van dit wetsvoorstel plaatsen. Een aanbestedende dienst die een dergelijke raamovereenkomst heeft gesloten kan bij het plaatsen van op deze raamovereenkomst gebaseerde opdrachten gebruik maken van de in afdeling 2.4.1 geregelde procedures, uiteraard onder de in de desbetreffende bepalingen gestelde voorwaarden. Artikel 2.44 geeft van een en ander een overzicht. De nadere opdrachten die op die raamovereenkomst gebaseerd hoeven niet openbaar aanbesteed te worden.

Een raamovereenkomst kan opdrachten betreffen die ieder afzonderlijk onder de drempelbedragen vallen maar die gezien de waarde van de totale afname van de overeenkomstige opdrachten over een bepaalde periode in ieder geval Europees aanbesteed moeten worden. Ook kan een raamovereenkomst afzonderlijke opdrachten boven de drempelbedragen betreffen die op zichzelf zouden moeten worden aanbesteed, maar waarbij de aanbestedende dienst er voor kiest deze door middel van een raamovereenkomst te plaatsen, omdat hij dan met één aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst kan volstaan. Wanneer er geen leverings- of afnameverplichting voortvloeit uit een raamovereenkomst betekent dat overigens niet dat een aanbestedende dienst geheel vrij is om opdrachten waarvoor hij zo'n raamovereenkomst is aangegaan zonder meer te gunnen aan anderen dan de ondernemers met wie hij de raamovereenkomst heeft gesloten. Met name als de aanbestedende dienst de raamovereenkomst heeft aanbesteed overeenkomstig de bepalingen van dit wetsvoorstel is een dergelijke praktijk in beginsel in strijd met de (pre)contractuele beginselen van goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Voorts is het gelet op de kosten die een aanbestedingsprocedure zowel voor bedrijven als aanbestedende diensten met zich meebrengt om economische redenen een onwenselijke gang van zaken. Dat ligt anders wanneer na het sluiten van de raamovereenkomst de marktomstandigheden zodanig wijzigen dat de aanbeste-

dende dienst in redelijkheid niet gehouden kan worden op basis van die raamovereenkomst nadere overeenkomsten te sluiten.

§ 2.2.3.4 Procedure voor een dynamisch aankoopstelsel

Artikelen 2.48 tot en met 2.51

Paragraaf 2.2.3.4 omschrijft het dynamisch aankoopstelsel. Het dynamisch aankoopstelsel is een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen, met algemeen op de markt beschikbare kenmerken, beperkt in de tijd en gedurende de gehele looptijd open voor een aannemer, leverancier of dienstverlener die voldoet aan de selectiecriteria en die overeenkomstig de eisen van het beschrijvend document een indicatieve inschrijving heeft ingediend. Bij «gangbare aankopen, met algemeen op de markt beschikbare kenmerken» kan worden gedacht aan eenvoudige aankopen die regulier ofwel regelmatig gedaan worden om in de behoefte van de aanbestedende dienst te voldoen, zoals de aanschaf van papier.

De artikelen 2.143 en verder bevatten meer inhoudelijke voorschriften omtrent een dynamisch aankoopstelsel.

HOOFDSTUK 2.3 REGELS INZAKE AANKONDIGING, UITSLUITING, SELECTIE EN GUNNING

Afdeling 2.3.1 Algemeen

§ 2.3.1.2 Communicatie en inlichtingen

Artikelen 2.53 tot en met 2.56

Een van de beginselen bij een aanbestedingsprocedure is dat alle potentiële inschrijvers of gegadigden op gelijke wijze worden behandeld. Dit betekent dat een ieder in beginsel kan beschikken over dezelfde informatie. De antwoorden op deze inlichtingen dienen dan te worden gedeeld met de andere ondernemers (artikel 2.53, eerste en tweede lid). Een ondernemer kan een gerechtvaardigd belang hebben om het verzoek om nadere inlichtingen en het antwoord daarop niet aan zijn concurrenten te openbaren. In dat geval kan een aanbestedende dienst aan de ondernemer individuele inlichtingen verstrekken (artikel 2.53, derde lid). Het verstrekken van dergelijke inlichtingen mag geen betrekking hebben op onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen of betrekking hebben op onderhandelingen over de prijzen. De aanbestedende dienst mag alleen inlichtingen verstrekken die dienen ter verduidelijking van de eisen die de aanbestedende dienst in de aankondiging of het bestek heeft gesteld. De opdracht mag erdoor niet van aard veranderen. Een en ander blijkt uit de Verklaring van 14 juni 1993 van de Raad en de Commissie van de Europese Gemeenschappen ad artikel 7, lid 4, van de richtlijn 93/37/ EEG (PbEG 1993, L111/114). De Raad en de Commissie verklaarden «dat bij de openbare en niet-openbare procedure onderhandelingen met gegadigden over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen uitgesloten zijn. » De Raad en de Commissie verklaarden dat bij de openbare en niet-openbare procedure er wel besprekingen met gegadigden of inschrijvers mogen plaatsvinden, «maar alleen met het oog op verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.»

De aanbestedende dienst dient op grond van artikel 2.131 van dit wetsvoorstel in het proces-verbaal te vermelden dat er individuele

inlichtingen zijn verstrekt. Hierdoor wordt de transparantie van een en ander gewaarborgd.

Artikel 2.57

Artikel 2.57, eerste lid, implementeert artikel 6 van richtlijn nr. 2004/18/EG. In artikel 6 is het algemene uitgangspunt opgenomen dat informatie die door aannemers, leveranciers of dienstverleners vertrouwelijk aan de aanbestedende dienst wordt verstrekt, onverminderd het bepaalde in de richtlijn, met name de artikelen 35, vierde lid (artikel 2.137 in dit wetsvoorstel), en 41 (artikel 2.103 in dit wetsvoorstel) en met inachtneming van de nationale wetgeving, niet aan derden bekend gemaakt mag worden. Dit geldt volgens dit artikel met name voor fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen. De genoemde artikelen 2.103 en 2.137 hebben betrekking op voorgeschreven mededelingen aan afgewezen of uitgesloten gegadigden en de bekendmaking van de gunning van de opdracht. Deze en andere specifieke bepalingen met betrekking tot het al dan niet verstrekken van gegevens moeten door de aanbestedende dienst uiteraard worden nageleefd. In andere gevallen geldt te allen tijde (zowel tijdens als na afloop van de procedure) de algemene regel dat informatie die door een ondernemer als vertrouwelijk aan de aanbestedende dienst is verstrekt, niet openbaar wordt gemaakt. De bepaling maakt geen onderscheid in de hoedanigheid van degene die om de informatie vraagt en geldt dus jegens een ieder. Een en ander is nog eens onderstreept in het arrest Varec SA (HvJEG van 14 februari 2008, Varec SA, zaak C-450/06). Hierin overweegt het HvJEG dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, zowel naar hun aard als volgens het stelsel van de gemeenschapswetgeving, gebaseerd zijn op een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende diensten en de deelnemende economische subjecten. «Deze laatste moeten de aanbestedende diensten in het kader van de aanbestedingsprocedure in kennis kunnen stellen van alle nuttige informatie, zonder te hoeven vrezen dat laatstgenoemde aan derde gegevens meedelen waarvan de openbaarmaking voor hen nadelig zou kunnen zijn. Om deze redenen bepaalt artikel 15, lid 2, van richtlijn nr. 93/36 dat de aanbestedende diensten het vertrouwelijke karakter van alle door de leveranciers verstrekte inlichtingen dienen te eerbiedigen» (overwegingen 36 en 37 van het genoemde arrest). Het bedoelde artikel 15, lid 2, is thans artikel 6 van richtlijn nr. 2004/18/EG.

Van belang in dit verband is ook de verhouding tussen de aanbestedingsregels en de Wet openbaarheid van bestuur. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen informatie die door een ondernemer aan de aanbestedende dienst wordt verstrekt en informatie die de aanbestedende dienst zelf heeft opgesteld. Uit het bovenstaande blijkt dat indien een ondernemer de door hem aan een aanbestedende dienst verstrekte informatie als vertrouwelijk aanmerkt, het verstrekken van gegevens achterwege moet blijven. Een andersoortige afweging op grond van de Wet openbaarheid van bestuur is dan niet toegestaan. Immers, aan het «effet utile» van de aanbestedingsrichtlijnen zou afbreuk worden gedaan als op verzoeken om informatie een ander toetsingskader ten grondslag zou worden gelegd dan dat wat voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen. Wel is het zo dat, ingeval een verzoek om verstrekking van gegevens op grond van de aanbestedingsrichtlijnen zou kunnen worden ingewilligd omdat de ondernemer heeft aangegeven dat de informatie niet vertrouwelijk hoeft te worden behandeld, op grond van de artikelen 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur nog getoetst moet worden of een daarin opgenomen grond zich daartegen niet verzet. Overigens leert de ervaring dat ondernemers informatie die zij in een aanbestedings-

procedure aan de aanbestedende dienst verstrekken, als vertrouwelijk aanmerken.

Hiervoor is al vermeld dat aanbestedende diensten op grond van de aanbestedingsregels bepaalde informatie van hun kant (door middel van door de Europese Commissie vastgestelde formulieren) openbaar moeten maken, zoals de aankondiging en de gunning van de opdracht. Daarnaast zijn er nog allerlei aanbestedingsstukken die zij beschikbaar moeten stellen aan inschrijvers en gegadigden, zoals bijvoorbeeld de gunningsbeslissing. Verder zal de aanbestedende dienst voorbereidende stukken voor de aanbesteding opstellen. De aanbestedingsregels bevatten geen specifieke voorschriften over het al of niet bekend maken van daarin vervatte gegevens. In dit verband is echter wel het arrest Varec SA van belang. In het arrest overweegt het HvJEG dat het hoofddoel van de gemeenschapsregels voor aanbestedingen de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten is. In dat verband is het, aldus het HvJEG, van belang dat aanbestedende diensten geen informatie betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen, zij het in een lopende dan wel in een latere aanbestedingsprocedure. Zonder nadere regeling zou in deze gevallen voor aanbestedende diensten die tevens bestuursorganen zijn, de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing zijn. De Wet openbaarheid van bestuur kent evenwel geen weigeringsgrond als door het genoemde arrest wordt vereist. Daarom voorziet artikel 2.57, tweede lid, hierin. De bepaling heeft betrekking op informatie, vervat in aanbestedingsstukken (zie de omschrijving in artikel 1.1 van dit wetsvoorstel) en in andere documenten, zoals hiervoor geschetst, die in het kader van een aanbestedingsprocedure door een aanbestedende dienst kunnen worden opgesteld. Indien deze bepaling geen beletsel vormt voor het verstrekken van informatie, dient vervolgens aan hand van de criteria van de Wet openbaarheid van bestuur te worden bezien of wellicht een daarin genoemde weigeringsgrond van toepassing is. In de praktijk zal toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur niet of nauwelijks plaatsvinden. Gelet op de aard van de materie die in aanbestedingsstukken en dergelijke is opgenomen, zal het verstrekken van informatie reeds afstuiten op de toetsing aan het criterium «vervalsing van de mededinging».

Opgemerkt zij dat de in artikel 2.57, eerste en tweede lid, voorgestelde uitzonderingen voldoen aan het op 18 juni 2009 te Tromsø tot stand gekomen Verdrag van de Raad van Europa inzake toegang tot officiële documenten, met name aan artikel 3, eerste lid, onderdeel g, van dat Verdrag. Het thans voorgestelde artikel 2.57 vormt derhalve geen beletsel voor Nederland om bij genoemd Verdrag partij te worden. Naar verwachting zal een besluit over toetreding tot het Verdrag begin 2011 worden genomen.

Afdeling 2.3.2 Aankondigingen

§ 2.3.2.1 Vooraankondiging

Artikelen 2.58 tot en met 2.61

De aanbestedende dienst die voornemens is een overheidsopdracht te plaatsen kan een vooraankondiging plaatsen. Indien de aanbestedende dienst gebruik maakt van een vooraankondiging, dienen de bepalingen in deze paragraaf te worden nageleefd. Voordeel van het gebruik maken van een vooraankondiging is dat de termijn voor het indienen van inschrijvingen kan worden verkort (zie artikel 2.71).

Een vooraankondiging luidt, in tegenstelling tot een aankondiging, niet het begin in van een aanbestedingsprocedure, maar geeft informatie over welke voornemens een aanbestedende dienst heeft om overheidsopdrachten te gaan verstrekken. In een vooraankondiging maakt de aanbestedende dienst bekend welke overheidsopdrachten hij voornemens is te plaatsen in de komende twaalf maanden. Hiermee worden aanbieders in staat gesteld zich een beeld te vormen van de te verwachten ontwikkelingen in de markt.

Indien de vooraankondiging betrekking heeft op overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten, geschiedt de bekendmaking aan het begin van het begrotingsjaar. Gaat het om werken, dan wordt de aankondiging bekendgemaakt zo spoedig mogelijk bekendgemaakt nadat het programma voor overheidsopdrachten voor werken is goedgekeurd (artikel 2.60).

De aanbestedende dienst maakt de vooraankondiging bekend op dezelfde wijze als een aankondiging of op zijn kopersprofiel (artikel 2.61). Een kopersprofiel is een door de aanbestedende dienst beheerde website met een eigen internetadres. In het eerste geval dient de bekendmaking door middel van het door de Europese Commissie vastgestelde formulier langs elektronische weg met gebruikmaking van TenderNed te geschieden (artikel 2.60). Kiest een aanbestedende dienst voor bekendmaking via het op zijn kopersprofiel, geschiedt de aankondiging vanwege de aard van het kopersprofiel al langs elektronische weg. Ook dan moet gebruik gemaakt worden van een bepaald formulier (artikel 2.61). Ook dat formulier wordt ter beschikking gesteld op TenderNed.

§ 2.3.2.2 Aankondiging

Artikelen 2.62 tot en met 2.65

De aanbestedende dienst is verplicht zijn voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht aan te kondigen. De aanbestedende dienst vult hiertoe het door de Europese Commissie ten behoeve van de aankondiging vastgestelde formulier in, dat met toepassing van TenderNed opgesteld kan worden. Met het invullen van het formulier voldoet de aanbestedende dienst aan de bepalingen in het wetsvoorstel die voorschrijven welke informatie de aankondiging dient te bevatten. De aanbestedende dienst moet in TenderNed aangeven of het om een Europese overheidsopdracht gaat. TenderNed kan daarnaast immers ook voor opdrachten gebruikt worden, die buiten de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen vallen. Alleen als de aanbestedende dienst een Europese overheidsopdracht plaatst, wordt de (**voor-**) aankondiging door TenderNed automatisch doorgestuurd naar de Europese Commissie. Aanvullingen en correcties worden op dezelfde wijze aan de Commissie gezonden.

De Europese Commissie stuurt een ontvangstbevestiging aan de aanbestedende dienst. Dit bewijs is van belang voor de berekening van termijnen waarbij de datum van verzending van de aankondiging steeds het uitgangspunt vormt. De aanbestedende diensten moeten voorts op grond van artikel 36, zevende lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG de verzenddatum van een aankondiging kunnen aantonen. De aankondiging wordt pas op TenderNed gepubliceerd, nadat de aankondiging aan de Commissie is verzonden. De Commissie is op grond van artikel 36 van richtlijn nr. 2004/18/EG verplicht de aankondigingen bekend te maken en de aanbestedende dienst een bevestiging van de bekendmaking te zenden met vermelding van de datum van bekendmaking.

Artikel 2.62, tweede lid, schrijft voor dat gebruik moet worden gemaakt van elektronische aankondiging, via TenderNed. Het EG-recht staat de lidstaten toe om vorm en middelen te kiezen bij de implementatie van de

aanbestedingsrichtlijnen, 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 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). Gelet op de verplichting om een goede werking van de aanbestedingsrichtlijnen en daarin besloten publicatieplicht te waarborgen, is het nodig om thans dwingend voor te schrijven hoe wordt gepubliceerd en wie voor publicatie zal zorgdragen. Gebleken is immers dat de huidige – vrije praktijk – bijdraagt aan een onvoldoende juiste en zorgvuldige naleving van de verplichtingen uit de aanbestedingsrichtlijnen.

Doordat in TenderNed controlemechanismen worden ingebouwd die een gedeeltelijke check op de juistheid van de aankondiging doen en in TenderNed een verwijzing naar de regelgeving en de toelichting erop wordt voorzien, wordt het de aanbestedende dienst gemakkelijker gemaakt om aan zijn verplichtingen te voldoen.

Weliswaar wordt hiermee dan een economische activiteit door de overheid verricht en in de vorm van een exclusief recht, maar dit is gerechtvaardigd omdat hier sprake is van het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang; de overheid draagt hiermee zorg voor een verbeterde naleving van de verplichtingen uit de aanbestedingsrichtlijnen en dient daarmee het dwingende algemene belang van de naleving van het Europees recht en de handhaving van regels van openbare orde. De omstandigheid dat de richtlijn aangeeft dat publicatie elektronisch dan wel langs papieren weg kan geschieden, dwingt de lidstaten niet tot het openstellen en handhaven van beide kanalen. De lidstaten hebben immers ingevolge het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie een beoordelingsvrijheid bij de implementatie (artikel 288). De richtlijn bepaalt niet anders dan dat beide opties mogelijk zijn: als de Nederlandse regering van oordeel is dat een juiste en effectieve toepassing van de richtlijnen vergt dat slechts één vorm van publicatie kan worden toegestaan en wel te verzorgen door de overheid, dan verzet de aanbestedingsrichtlijn zich daar niet tegen. De overheidsmaatregel verhoogt immers de effectieve werking van de richtlijn.

Artikel 2.66

Om de administratieve lasten van deelname aan een aanbestedingsprocedure te beperken, wordt in artikel 2.66 bepaald dat aanbestedende diensten de aanbestedingsstukken gratis ter beschikking moeten stellen. Door deze aanbestedingsstukken digitaal beschikbaar te stellen, kan een aanbestedende dienst de eigen kosten overigens beperkt houden. Als de stukken digitaal gratis beschikbaar zijn, kan een aanbestedende dienst ervoor kiezen de aanbestedingsstukken ook in druk tegen een vergoeding beschikbaar te stellen.

§ 2.3.2.3 Termijnen

Artikel 2.70

In paragraaf 2.3.2.3 worden regels gesteld voor de termijnen die de aanbestedende dienst in acht moet nemen bij het vaststellen van de termijnen voor verzoeken tot deelneming of inschrijving. Artikel 2.70 bepaalt dat de aanbestedende dienst de ondernemers voldoende tijd moet geven voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving. Het is dan ook niet wenselijk dat een aanbestedende dienst altijd de minimumtermijnen toepast. Vooral bij grote complexe opdrachten, waartoe het midden- en kleinbedrijf minder snel toegang heeft, kan het wenselijk zijn om een langere termijn te stellen, zodat het

midden- en kleinbedrijf de gelegenheid heeft om een combinatie te vormen. Op deze manier wordt bereikt dat het midden- en kleinbedrijf ook bij grotere opdrachten mee kan doen.

Artikel 2.71

Omdat de aankondiging in alle gevallen elektronisch geschiedt, met gebruikmaking van de TenderNed, is in dit artikel gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de termijnen uit de richtlijn te verkorten met zeven dagen.

Artikel 2.72

Dit artikel biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om de termijn van ontvangst van de inschrijvingen met vijf dagen te verkorten. Aanbestedende diensten kunnen gebruik maken van deze mogelijkheid indien zij het bestek en alle aanvullende aanbestedingsstukken met elektronische middelen beschikbaar stellen, bij voorbeeld via TenderNed.

Artikel 2.73

Alle betrokken ondernemers moeten toegang hebben tot de aanbestedingsstukken die relevant zijn voor het doen van de betreffende inschrijving. Indien ondernemers door toedoen van een aanbestedende dienst niet de mogelijkheid hebben om binnen de gestelde termijn kennis te nemen van de relevante aanbestedingsstukken en aanvullende stukken moet de termijn voor inschrijving worden verlengd.

Artikel 2.74

Dit artikel maakt het voor aanbestedende diensten mogelijk om de termijnen verder te verkorten wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de desbetreffende termijn in acht te nemen. De dringende redenen mogen niet aan de aanbestedende dienst zelf te verwijten zijn.

Afdeling 2.3.3 Bestek

§ 2.3.3.1 Technische specificaties

Artikel 2.75 tot en met 2.78

In deze artikelen wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de aankondiging of in het bestek door middel van technische specificaties moet weergeven aan welke vereisten de opdracht moet voldoen. De aanbestedende dienst gaat na ontvangst van de inschrijvingen na of de inschrijvingen voldoen aan de door hem gestelde technische specificaties. Het gelijkheidsbeginsel brengt met zich mee dat indien de inschrijving niet geheel voldoet aan de technische specificaties (een onregelmatige of ongeldige inschrijving), deze moet worden afgewezen (HvJEG van 22 juni 1993, Storebaelt, zaak C-243/89, Jur. 1993, blz. I-03353).

Het tweede lid van artikel 2.75 bepaalt dat technische specificaties altijd gelijke toegang bieden aan de inschrijvers en geen onnodige belemmeringen mogen opwerpen. Technische specificaties moeten altijd in verband staan met de opdracht, er mogen dus geen eisen gesteld worden bij de opdracht die geen verband houden met de opdracht. In de technische specificaties geeft een aanbestedende dienst alle technische eisen aan die hij aan het werk, het product of de dienst stelt. De aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld eisen stellen aan het niveau van duurzaamheid, kwaliteit of milieuvriendelijkheid, de toegankelijkheid

voor gehandicapten, de gebruiksgeschiktheid, de veiligheid of afmeting van een product, voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, kwaliteitsborgingsprocedures, de verpakking, de markering, en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden en overeenstemmingsbeoordelingsprocedures. Voor werken kunnen technische voorschriften voorts bestaan uit de voorschriften voor het ontwerpen en het berekenen van het werk, de voorwaarden voor proefneming, controle en oplevering van de werken, alsmede de bouwtechnieken of bouwwijzen en alle andere technische voorwaarden die de aanbestedende dienst kan voorschrijven met betrekking tot de voltooide werken en tot de materialen of bestanddelen waaruit deze werken zijn samengesteld.

Uit artikel 2.76, eerste lid, blijkt dat twee soorten technische specificaties kunnen worden onderscheiden. De eerste categorie betreft het formuleren van technische specificaties in de vorm van normen (onderdeel a). Dit kunnen Europese normen zijn, of wanneer Europese normen of specificaties niet bestaan, andere in de EU gebruikte (nationale) normen. De tweede categorie zijn de prestatie-eisen en functionele eisen (onderdeel b). Indien de aanbestedende dienst de technische specificaties formuleert in termen van prestatie-eisen en functionele eisen kan hij, indien hij vermoedt dat de prestatie-eisen en functionele eisen overeenstemmen met een Europese norm of specificatie, verwijzen naar de Europese norm of specificatie (onderdeel c). De aanbestedende dienst kan er ook voor kiezen om de technische specificaties te formuleren door zowel te verwijzen naar de Europese norm of specificatie als naar de formulering van de prestatie-eisen en functionele eisen (onderdeel d). Een voorbeeld van een functionele eis is de eis dat een brug geschikt moet zijn voor een bepaald aantal verkeersbewegingen per tijdseenheid per type verkeersdeelnemer.

In het algemeen verdient het de voorkeur om opdrachten functioneel te omschrijven. Door functioneel te omschrijven komt de nadruk te liggen op het doel van de opdracht in plaats van de opdracht zelf. Hierdoor wordt ruimte gecreëerd voor innovatieve oplossingen.

In artikel 2.76, tweede lid, wordt bepaald dat wanneer in technische specificaties wordt verwezen naar normen die bepaling altijd gepaard moet gaan met de woorden «of gelijkwaardig». De reden hiervoor is dat inschrijvers ieder bewijsmiddel mogen gebruiken om de gelijkwaardigheid van een oplossing of een gelijkwaardigheid van een gestelde norm, prestatie-eis, functionele eis of andere specificatie aan te tonen. Een voorbeeld van een passend middel is een technisch dossier van de fabrikant of een testverslag van een erkende organisatie. Erkende organisatie in de zin van artikel 2.77, derde en vierde lid, zijn testlaboratoria, ijklaboratoria, en inspectie- en certificatieinstellingen die voldoen aan de toepasselijke Europese normen. Wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat geen sprake is van gelijkwaardigheid, dan zal hij dat moeten motiveren.

Het vijfde lid van artikel 2.76 verbiedt het vermelden van een bepaald fabricaat, herkomst, werkwijze, merk, octrooi, type, oorsprong of productie. Uit het twaalfde lid vloeit voort dat dit wel is toegestaan indien aan de in dat artikellid gestelde eisen wordt voldaan. Hierdoor wordt ruimte gelaten voor een andere wijze van invulling van de eisen. Zonder deze toevoeging zouden de producten die wel aan de vereisten voldoen, maar niet onder de norm vallen worden uitgesloten. Het HvJEG heeft in het arrest Vestergaard (zaak C-59/00) bepaald datook onder de vastgestelde drempelwaarden geldt dat een aanbestedende dienst niet een bepaald merk voor de uitvoering van een opdracht kan voorschrijven zonder de toevoeging «of daarmee overeenstemmend». Het weglaten van die woorden zou in strijd zijn met artikel 28 EG verdrag, doordat markt-

deelnemers uit andere lidstaten worden ontmoedigd in te schrijven wanneer ze niet van plan zijn het specifiek genoemde product te gebruiken. In het arrest UNIX (HvJEG van 24 januari 1995, UNIX, zaak C-359/93, Jur. 1995, blz. I-00157) wordt bevestigd door het HvJEG dat ook indien een merknaam moet worden beschouwd als een algemeen erkende technische norm, de woorden «of gelijkwaardig» niet mogen worden weggelaten. Hiermee wordt voorkomen dat marktdeelnemers die wel aan de eisen voldoen niet inschrijven op de aanbesteding.

Voor de interpretatie van deze paragraaf zijn twee interpretatieve mededelingen van de Commissie van belang. Blijkens de «Interpretatieve mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren (PbEG 2001, C 333) mag de aanbestedende dienst een hoger milieubeschermingsniveau vragen dan wettelijk verplicht is of in de normen is vastgelegd, voor zover dit niet leidt tot discriminatie van inschrijvers. Ook acht de Commissie het toegestaan dat een aanbestedende dienst een bepaald basismateriaal of grondstof of productieproces voorschrijft, eveneens voor zover deze eisen niet discriminerend werken. Ten aanzien van het meenemen van sociale aspecten bij technische specificaties is duidelijk uit de «Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren» (PbEG 2001, C 333) alsook uit bijlage VI van de richtlijn dat technische specificaties een sociale strekking mogen inhouden. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om maatregelen om arbeidsongevallen te voorkomen, het eisen van een bepaalde productiemethode of de toegankelijkheid voor gehandicapten. Als ondergrens voor het stellen van technische specificaties vanuit milieu- of sociale overwegingen geldt volgens de Commissie dat eisen die geen enkel verband houden met het product of de prestatie zelf, zoals een eis die betrekking heeft op de bedrijfsvoering, geen technische specificaties in de zin van de richtlijn zijn, en dus niet verplicht gesteld kunnen worden. Voorbeelden hiervan zijn de eis aan een aanbieder om gerecycleerd papier in kantoren te gebruiken, om bepaalde afvalverwijderingsmethoden bij de inschrijver toe te passen of om bepaalde groepenwerknemers (etnische minderheden, gehandicapten, vrouwen) aan te trekken.

§ 2.3.3.3 Bijzondere voorwaarden

Artikelen 2.80 en 2.81

Bijzondere voorwaarden ten aanzien van het uitvoeren van de opdracht verschillen naar hun aard niet van de door de aanbestedende dienst gestelde specificaties. De inschrijver moet hieraan voldoen. De voorwaarden voor de uitvoering van een overheidsopdracht moeten voldoen aan de beginselen van het gemeenschapsrecht, waaronder non-discriminatie, moeten vermeld worden in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken en moeten in verband staan met de opdracht. Deze vereisten zijn door het HvJEG vastgelegd in de arresten Beentjes (zaak 31/87), en Region Nord-Pas-de-Calais (HvJEG van 26 september 2000, Region Nord-Pas-de-Calais, zaak C-225/98, Jur. 2000, blz. I-04775), Concordia Bus Finland (HvJEG van 17 september 2002, Concordia Bus Finland, zaak C-513/99, Jur. blz. I-07213) en Wienstrom (HvJEG van 4 december 2003, Wienstrom, zaak C-448/01, Jur. 2003, blz. I-14527)). In de zaken Beentjes en Region Nord-Pas-de-Calais werd bepaald dat voorwaarden in verband met de opdracht moeten staan, en de voorwaarden alleen mogen worden gesteld wanneer deze voorwaarden de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigen.

Wanneer dit soort eisen gesteld worden moet altijd het gunningscriterium EMVI worden gebruikt. In het arrest Ruffert (HvJEG van 3 april 2008, Ruffert, zaak C-346/06, Jur. 2007, blz. I-01989) heeft het HvJEG bepaald dat een CAO alleen als criterium mag worden gesteld wanneer deze algemeen verbindend is verklaard. Als dat niet het geval is hoeven buitenlandse ondernemers zich er niet aan te houden. De eis stellen zou dan in strijd zijn met het vrij verkeer van diensten. In de zaak Wienstrom gaf het HvJEG aan dat de eisen wel controleerbaar moeten zijn, om objectieve toetsing mogelijk te maken. Dit geldt ook voor bijzondere voorwaarden. De criteria moeten verband houden met het onderwerp van de opdracht en altijd in overeenstemming zijn met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. In de zaak Concordia Bus Finland werd bepaald dat milieucriteria inhoudelijk moeten aansluiten bij het onderwerp van de aanbesteding, maar geen ongelimiteerde vrijheid van keuze in de aanbestedingsprocedure mogen opleveren en uitdrukkelijk genoemd moeten zijn bij de inschrijvingsprocedure.

De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd kunnen verband houden met sociale of milieuoverwegingen. Zij kunnen met name ten doel hebben de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen te bevorderen, de werkloosheid te bestrijden of het milieu te beschermen. Een voorbeeld hiervan is de verplichting in een overeenkomst om voor de uitvoering van de overheidsopdracht langdurig werklozen aan te werven of in opleidingsacties voor werklozen of jongeren te voorzien, om inhoudelijk de belangrijkste verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie na te leven en om een aantal gehandicapten aan te werven.

§ 2.3.3.4 Voorbehouden opdracht

Artikel 2.82

In dit artikel wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid van artikel 19 van richtlijn nr. 2004/18/EG om aanbestedende diensten de gelegenheid te bieden deelname aan procedures voor overheidsopdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen in het kader van programma's voor beschermde arbeid. In Nederland gaat het hierbij om de sociale werkvoorziening. De reden om van deze mogelijkheid gebruik te maken is het sociale belang van het beschikbaar krijgen van voldoende activiteiten voor de sociale werkvoorziening en het feit dat sociale werkvoorzieningen veelal een achterstand hebben bij het verwerven van opdrachten ten opzichte van bedrijven zonder arbeidsgehandicapte werknemers. Overeenkomstig de richtlijn kan artikel 2.82 alleen worden toegepast als de meerderheid van de betrokken werknemers tot de genoemde categorie behoort. Voor alle duidelijkheid wordt nog vermeld dat het uiteraard niet zo is dat de aanbestedende dienst op basis van dit artikel een opdracht rechtstreeks kan gunnen aan één sociale werkvoorziening.

§ 2.3.3.5 Varianten

Artikel 2.83

Dit artikel bevat de omzetting van artikel 24 van richtlijn nr. 2004/18/EG. Het bevorderen van innovatie is een van de speerpunten van dit kabinetsbeleid. Daarom is het belangrijk dat aanbestedende diensten inschrijvers de ruimte bieden hun kennis en kunde optimaal te gebruiken. Een belangrijk instrument om deze innovatieve kracht te benutten, is het toestaan van het indienen van alternatieve, innovatieve oplossingen, die als variant bij een aanbestedingsprocedure door inschrijvers kunnen worden ingediend. Het is echter aan de aanbestedende dienst te beslissen

op welke wijze hij varianten toestaat en aan welke voorwaarden hij het indienen van varianten verbindt. Voorkomen dient te worden dat het gebruik van varianten een prijs/kwaliteit vergelijking moeilijk of onmogelijk maakt.

Daarom bindt dit artikel het gebruik van varianten aan enkele voorwaarden. Ten eerste is opgenomen dat de aanbestedende dienst het gunningscriterium «economisch meest voordelige inschrijving» (EMVI) bij het gebruik van varianten hanteert en dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht vermeldt dat hij varianten zal toestaan. Voorts is opgenomen dat de aanbestedende dienst in een beschrijvend document weergeeft aan welke vereisten de varianten minimaal moeten voldoen en op welke wijze de varianten moeten worden ingediend. Daarnaast is vermeld dat de aanbestedende diensten slechts die varianten in overweging kunnen nemen die aan de gestelde eisen voldoen. Ten slotte is bepaald dat varianten niet uitsluitend worden afgewezen omdat deze varianten veeleer betrekking hebben op een opdracht voor leveringen in plaats van een opdracht tot diensten en vice versa.

Afdeling 2.3.4 Eigen verklaring

Artikelen 2.84 en 2.85

In paragraaf 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat aanbestedende diensten voortaan de gewenste gegevens en inlichtingen van inschrijvers en gegadigden over de te stellen uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria in eerste instantie uitsluitend door middel van een zogenaamde eigen verklaring kunnen opvragen. De artikelen 2.84 en 2.85 geven daaraan uitvoering. Artikel 2.84, tweede lid, bepaalt dat de gegevens en inlichtingen die in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld en dat daartoe een of meer modellen kunnen worden vastgesteld. Voorshands is de gedachte dat met één model kan worden volstaan. Mocht echter blijken dat een apart model, bijvoorbeeld voor aanbestedingen beneden de Europese drempels, wenselijk zijn, dan biedt de bepaling daarvoor de ruimte. In het krachtens artikel 2.84, tweede lid, vast te stellen model zullen alle gegevens en inlichtingen die aan de orde zullen komen, worden opgenomen. De aanbestedende dienst geeft aan welke onderdelen van het formulier voor de betreffende opdracht moeten worden ingevuld. Het tweede lid van artikel 2.85 belet aanbestedende diensten om bij de inschrijving of het verzoek tot deelneming te verlangen dat ondernemers inlichtingen buiten de eigen verklaring om verstrekken, indien deze inlichtingen wel door middel van de eigen verklaring hadden kunnen worden verlangd en verstrekt.

Het derde lid van artikel 2.85 stelt dat de bewijsmiddelen waaruit blijkt dat men aan de gestelde eisen voldoet niet op voorhand opgevraagd mogen worden. Er zijn twee uitzonderingen op die regel. Met betrekking tot de geschiktheidseisen, mogen de referentie-projecten wel gevraagd worden. Dat geeft ondernemers ook de gelegenheid zich op dat moment te onderscheiden. Daarnaast kunnen aanbestedende diensten zich een beeld vormen van de gegadigden. Ten tweede mogen ook bewijsmiddelen gevraagd worden voor aspecten die niet opgenomen zijn in de eigen verklaring en dus geen betrekking hebben op de in het model van de eigen verklaring genoemde uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. Te denken valt aan certificaten die aantonen dat de producten of diensten voldoen aan specifieke vereisten, maar ook aan verklaringen met betrekking tot bijvoorbeeld het niet van toepassing zijn van belangenverstremgeling, handelen met voorkennis en de voorwaarde dat bij het indienen van de offerte geen met het mededingingsrecht strijdige afspraken zijn gemaakt.

Afdeling 2.3.5 Uitsluiting, geschiktheid en selectie

§ 2.3.5.1 Uitsluitingsgronden en § 2.3.5.2 Bewijsstukken uitsluitingsgronden

Algemeen

In deze paragraaf zijn de zogenaamde uitsluitingsgronden uit richtlijn nr. 2004/18/EG overgenomen. Hierbij moet worden onderscheiden tussen de verplichte uitsluitingsgronden en de facultatieve uitsluitingsgronden. De verplichte uitsluitingsgronden zijn opgesomd in artikel 2.86, de facultatieve in artikel 2.87. Artikel 2.88 somt enkele situaties op waarin de aanbestedende dienst kan afzien van de toepassing van de artikelen 2.86 en 2.87. De richtlijn eist dat de lidstaat de bewijsstukken aanwijst waarmee de ondernemer kan aantonen dat de uitsluitingsgronden op hem niet van toepassing zijn. Hiertoe strekken de bepalingen in paragraaf 2.3.5.2.

Integriteitstoetsing

Op deze plaats wordt een algemene uiteenzetting gegeven van de voorgestelde wijze van integriteitstoetsing in het wetsvoorstel en het daarvoor aangewezen bewijsstuk. Bij de diverse artikelen wordt op specifieke details ingegaan.

De integriteitstoetsing heeft betrekking op de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. Voor de verplichte uitsluitingsdelicten van artikel 2.86 (witwassen, fraude EU-subsidie, lidmaatschap van een criminele organisatie en omkoping van ambtenaren) geldt dat de aanbestedende dienst de onderneming in de door deze aan de dienst aan te leveren eigen verklaring altijd moet laten verklaren dat in de afgelopen vier jaar geen veroordeling voor een verplicht uitsluitingsdelict onherroepelijk is geworden. In de eigen verklaring zullen daaromtrent vragen worden opgenomen (zie artikel 2.84, tweede lid). Hiervoor is gekozen, omdat de richtlijn voorschrijft dat de aanbestedende dienst (behoudens toepassing van artikel 2.88) ondernemers altijd moet uitsluiten als een dergelijke uitsluitingsgrond van toepassing is. De aanbestedende dienst moet deze vraag dus altijd stellen.

Aanbestedende diensten kunnen daarnaast om een gedragsverklaring aanbesteden vragen. Deze verklaring geeft inzicht in de verplichte uitsluitingsgronden op het gebied van integriteit voor zover het de onherroepelijke veroordelingen betreft. Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden geeft de verklaring uitsluitend ten aanzien van de bij en krachtens artikel 4.7, eerste lid, onderdeel b, bedoelde veroordelingen en ten aanzien van onherroepelijke veroordelingen wegens mededingingsovertredingen (artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d). Aanbestedende diensten beslissen op basis van de kenmerken van een specifieke opdracht en het risico dat daarmee gepaard gaat of zij van de ondernemer een gedragsverklaring aanbesteden verlangen.

De regeling voor de gedragsverklaring aanbesteden is vervat in hoofdstuk 4.1 van dit wetsvoorstel. Zoals daaruit blijkt, moet de ondernemer de gedragsverklaring aanbesteden aanvragen bij de Minister van Justitie. In de praktijk worden de aanvragen behandeld door het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag (verder: COVOG). Het COVOG zal zich inspannen om de gedragsverklaring aanbesteden af te geven binnen een termijn van twee weken indien er geen antecedenten zijn. Indien het COVOG antecedenten aantreft in de onderneming zal het COVOG voor een besluit omtrent de afgifte van de gedragsverklaring aanbesteden in principe de wettelijke termijn hanteren van acht weken voor rechtspersonen.

De gedragsverklaring aanbesteden is een algemene verklaring die gedurende een jaar na de afgifte voor aanbestedingsprocedures kan worden gebruikt (artikel 2.89, tweede lid). Indien een onderneming niet beschikt over een dergelijke verklaring doet hij, indien hij twijfelt of hij antecedenten heeft, er zeker goed aan om voorafgaand aan een mogelijke aanbesteding een gedragsverklaring aanbesteden aan te vragen. Een onderneming zonder antecedenten zal in de meeste gevallen nog gedurende de termijn voor indiening van het verzoek van deelneming een gedragsverklaring aanbesteden kunnen krijgen. Indien het COVOG onverhoopt langer dan twee weken doet over het beoordelen van een aanvraag, komt dit echter voor risico van de onderneming.

Artikel 2.86

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat een aanbestedende dienst, indien hij kennis heeft van een in het tweede lid opgesomde veroordeling, een gegadigde of inschrijver moet uitsluiten (behoudens toepassing van artikel 2.88). De in het tweede lid opgesomde veroordelingen zijn overeenkomstig artikel 45, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG geformuleerd. Deze overtredingen komen neer op witwassen, fraude EU-subsidie, lidmaatschap van een criminele organisatie en omkoping van ambtenaren. Om de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden op Nederlandse gegadigden of inschrijvers te vergemakkelijken somt het derde lid op welke veroordelingen uit het Wetboek van Strafrecht als veroordelingen als bedoeld in het tweede lid worden aangemerkt. Deze opsomming was ook al opgenomen in het Bao en het Bass. Het vierde lid bepaalt dat de aanbestedende dienst een terugkijktermijn van vier jaar moet toepassen. Hiermee wordt invulling gegeven aan de ruimte die richtlijn nr. 2004/18/EG in artikel 45, eerste lid, tweede alinea, laat met betrekking tot de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden. De keuze voor een termijn van vier jaar is het resultaat van een afweging tussen enerzijds de aard van de feiten waar het hier om gaat en het belang van aanbestedende diensten om in die gevallen uit te sluiten en anderzijds het belang van een ondernemer jegens wie niet tot in lengte van jaren gedragingen uit het verleden moeten worden nagedragen. Doordat de wet een termijn vaststelt, wordt de toepassing van artikel 2.86 voor aanbestedende diensten voorts vereenvoudigd. Overigens blijft het uiteraard mogelijk dat de aanbestedende dienst artikel 2.88 toepast. De terugkijktermijn van vier jaar geldt ook bij de toepassing van artikel 2.87 en bij de behandeling van een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden (zie artikel 4.8)

Artikel 2.87

Onderdeel a van het eerste lid bepaalt dat een inschrijver of gegadigde die failliet is gegaan of in surseance van betaling verkeert of in een vergelijkbare toestand, kan worden uitgesloten. Artikel 45, tweede lid, onderdeel b, van richtlijn nr. 2004/18/EG maakt het ook mogelijk dat een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling aanhangig is gemaakt. In het Bao is een dergelijke bepaling opgenomen. Een aanvraag tot faillietverklaring of surséance van betaling wil echter nog niet zeggen dat een ondernemer daadwerkelijk failliet gaat. De ondernemer kan zich daartegen verweren en uiteindelijk beslist de rechter. De rechter doet op korte termijn uitspraak op een aanvraag voor een faillissement of surséance van betaling. Een dergelijke uitspraak wordt binnen enkele dagen in het handelsregister ingeschreven. Al met al verdient het daarom de voorkeur geen gebruik te maken van de door de richtlijn geboden mogelijkheid.

Onderdeel b van het eerste lid geeft de grond weer welke ingevolge artikel 45, tweede lid, onderdeel c, van richtlijn nr. 2004/18/EG tot uitsluiting kan leiden. Hierin is bepaald dat een onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens overtreding van een voor de betrokkene relevante beroepsge- dragsregel tot uitsluiting kan leiden. Bij en krachtens artikel 4.7, eerste lid, onderdeel b, van dit wetsvoorstel wordt gespecificeerd wat daaronder voor de toetsing met het oog op het verkrijgen van een gedragsverklaring aanbesteden moet worden verstaan.

Onderdeel c van het eerste lid implementeert artikel 45, tweede lid, onderdeel d, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van een beroep kan leiden tot uitsluiting. Dit begrip is nog niet nader ingevuld in communautaire wetgeving of jurisprudentie. Wel is duidelijk dat de ernstige fout gerelateerd moet zijn aan de uitoefening van het beroep. Het begrip beroepsfout is ruimer dan bij voorbeeld bouwfouten of andere technische fouten. In het algemeen kunnen als ernstige beroepsfout worden aangemerkt overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsom- standigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet. Ook overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid, kunnen als ernstige beroepsfout aangemerkt. Aangenomen mag worden dat hiermee de meest in aanmerking komende gedragingen voor de toepassing van het criterium ernstige beroepsfout zijn opgenoemd. Wat betreft de gedragsverklaring aanbesteden geldt dat met het oog op een aanvraag daarvoor mededin- gingsovertredingen worden meegenomen. Bij andere gedragingen zal de aanbestedende dienst aannemelijk moeten maken dat de ernstige beroepsfout zich voordoet. Daar zijn geen bewijsstukken voor aan te wijzen.

In het tweede lid wordt voorzien in een terugkijktermijn van vier jaar. Deze termijn is al toegelicht in de toelichting op artikel 2.86.

Artikel 2.88

Algemeen

Artikel 45 van richtlijn nr. 2004/18/EG bepaalt, zoals hiervoor al vermeld, dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbie- diging van het communautair recht de voorwaarden bepalen voor de toepassing van zowel de verplichte als de facultatieve uitsluitingsgronden. Daarnaast bepaalt artikel 45, eerste lid, derde alinea, van de richtlijn nog uitdrukkelijk dat de lidstaten kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgeweken van toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden. Het voorgestelde artikel 2.88 vult een en ander in. De in dit artikel opgenomen gronden kunnen bij alle uitsluitings- gronden worden toegepast. Dit artikel doet geen afbreuk aan de vrijheid van de aanbestedende dienst om al dan niet de facultatieve uitsluitings- gronden van artikel 2.87 toe te passen in een procedure. De aanbeste- dende dienst zal in het concrete geval moeten bepalen of hij een onderneming wel of niet uitsluit op basis van de eigen verklaring en de eventueel op te vragen bewijsstukken. Indien een aanbestedende dienst constateert dat een onderneming verkeert in omstandigheden waarop de verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn, kan hij in speciale gevallen afzien van het uitsluiten van deze onderneming. Ingeval van onderdeel a gaat het erom dat naar objectieve maatstaven kan worden geoordeeld dat sprake is van dwingende redenen van algemeen belang. Bij de onderdelen b en c wordt discretionaire ruimte gegeven aan de aanbestedende dienst.

De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en de periode waarvoor een ondernemer na een veroordeling wordt uitgesloten moet, gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen, steeds proportioneel en niet-discriminatoire zijn. Proportioneel wil zeggen dat de uitsluiting als zodanig en de duur ervan in verhouding moeten staan tot de ernst van de gedraging in kwestie en tot de aard en de omvang van de opdracht (onderdeel c). De aanbestedende dienst zal dit telkens in het concrete geval moeten afwegen. Onderdeel b geeft de ruimte om bij voorbeeld in geval van de aanwezigheid van een verplichte uitsluitingsgrond te laten meewegen dat de onderneming aantoonbaar maatregelen heeft genomen om herhaling van de desbetreffende of vergelijkbare gedragingen te voorkomen en nieuwe overtredingen zich niet meer hebben voorgedaan. De criteria worden hieronder nog nader toegelicht.

Onderdeel a

Zoals hiervoor al is vermeld geeft artikel 45, eerste lid, derde alinea, van richtlijn nr. 2004/18/EG de lidstaten de ruimte om te bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgezien van toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden. Deze grond is in het wetsvoorstel overgenomen omdat er noodsituaties denkbaar zijn waarbij de aanbestedende dienst zo snel mogelijk de opdracht wil gunnen, ongeacht of al dan niet sprake is van bij voorbeeld een onherroepelijk veroordeelde onderneming.

Volgens de jurisprudentie van het HvJEG omvat het begrip dwingende reden van algemeen belang in ieder geval de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid als bedoeld in de artikelen 46 en 55 van het Verdrag; handhaving van de maatschappelijke orde; doelstellingen van het sociaal beleid; bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers; dierenwelzijn; handhaving van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel; voorkoming van fraude; voorkoming van oneerlijke concurrentie; bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening; bescherming van schuldeisers; waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling; verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en veterinair beleid. Het begrip openbare orde, zoals uitgelegd door het HvJEG, omvat de bescherming tegen een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving, en kan met name onderwerpen in verband met de menselijke waardigheid, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen, alsook dierenwelzijn, omvatten. Evenzo omvat het begrip openbare veiligheid vraagstukken in verband met de staatsveiligheid. Deze jurisprudentie kan zich nog verder ontwikkelen.

Een beroep op deze afwijkingsmogelijkheid moet noodzakelijk zijn om het doel (bijvoorbeeld de bescherming van de volksgezondheid) te bereiken en dit doel mag niet met minder vergaande maatregelen kunnen worden bereikt (de afwijking moet noodzakelijk en proportioneel zijn). Te denken valt aan de uitbraak van een epidemie, waarbij snel gehandeld moet worden.

Onderdeel b

Ondernemingen kunnen vertrouwenwekkende maatregelen nemen, waardoor het onredelijk wordt om de desbetreffende onderneming uit te sluiten. In het algemeen zien deze vertrouwenwekkende maatregelen alleen op onherroepelijk veroordeelde rechtspersonen. Gezien de diversiteit aan overtredingen en de te nemen vertrouwenwekkende maatregelen is het onmogelijk om centraal vast te leggen welke maatregelen in het concrete geval voldoende zijn om alsnog te worden toegelaten tot een overheidsopdracht. De vertrouwenwekkende maatregel moet er in ieder geval wel op gericht zijn om redelijkerwijs herhaling van het delict te kunnen voorkomen. In geval van een kartelovertreiding, zal de onderneming bijvoorbeeld moeten aantonen dat een compliance programma in de onderneming is geïmplementeerd. Deze bepaling geeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een ondernemer die onherroepelijk veroordeeld is wegens een delict en geen gedragsverklaring aanbesteden heeft gekregen toch de opdracht te gunnen, omdat de onderneming voldoende «schoon schip» maatregelen heeft genomen.

Onderdeel c

Dit artikelonderdeel geeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een ondernemer die onherroepelijk veroordeeld is wegens een delict en geen gedragsverklaring aanbesteden heeft gekregen toch de opdracht te gunnen, omdat het delict gezien de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en de aard van de opdracht niet zodanig relevant is dat uitsluiting in het concrete geval gerechtvaardigd is.

§ 2.3.5.2 Bewijsstukken uitsluitingsgronden

Artikel 2.89

In artikel 45, tweede lid, onderdeel b, van richtlijn nr. 2004/18/EG is bepaald dat een ondernemer die in staat van faillissement of liquidatie verkeert en wiens werkzaamheden zijn gestaakt of jegens wie een surséance van betaling geldt kan worden uitgesloten van deelneming aan een overheidsopdracht. Dit onderdeel is omgezet in het eerste lid van dit artikel. Om het voor de aanbestedende dienst mogelijk te maken dit te toetsen door aanbestedende diensten was in het Bao een verklaring van de griffier van de rechtbank aangewezen, die inhield dat een ondernemer niet in staat van faillissement verkeerde en dat er ook geen faillissement was aangevraagd. Deze verklaring kon maanden oud zijn, waardoor de verklaring weinig betekenis meer had. Een aanbestedende dienst heeft er immers niets aan om te weten dat deze onderneming een aantal maanden geleden nog niet failliet was. Hij wil weten of een ondernemer nu failliet is. Alle uitspraken van de rechtbank worden binnen drie tot vier werkdagen verwerkt in het handelsregister van de kamer van koophandel en zijn daarin dus na te gaan. Daarom wordt bepaald dat een ondernemer door middel van de in het handelsregister opgenomen gegevens kan aantonen dat hij niet failliet is (artikel 2.89, tweede lid). De ondernemer vraagt daartoe een uittreksel uit dat register aan. Voor de goede orde zij vermeld dat bij artikel 2.87, eerste lid, reeds is toegelicht dat niet meer kan worden uitgesloten omdat een faillissement of liquidatie is aangevraagd of een procedure van surséance van betaling aanhangig is gestart.

Afdeling 2.3.6 Geschiktheidseisen en selectiecriteria

§ 2.3.6.1 Geschiktheidseisen

Artikel 2.90

Dit artikel bepaalt, overeenkomstig artikel 47, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, dat en welke geschiktheidseisen een aanbestedende dienst kan stellen aan gegadigden en inschrijvers. De aanbestedende dienst kan alleen eisen stellen aan de geschiktheid van ondernemers die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (derde lid). Dit is een concrete invulling van het algemene proportionaliteitsbeginsel. Het is van groot belang dat de eisen met betrekking tot de geschiktheid van ondernemers in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, omdat eisen die niet proportioneel zijn tot gevolg kunnen hebben dat een deel van de mogelijk geïnteresseerde ondernemers bij voorbaat wordt uitgesloten omdat zij niet aan de eisen kunnen voldoen. Een minder diverse markt leidt tot minder concurrentie en innovatie. Ook zal minder snel de beste prijs/kwaliteitverhouding worden bereikt. Hieronder wordt bij artikel 2.91 ingegaan op hetgeen uit deze bepaling kan voortvloeien met het oog op eisen inzake financiële en economische draagkracht (art. 2.91) en technische bekwaamheid (art. 2.93).

Artikel 2.91

In artikel 2.91 wordt aangegeven op welke manieren een ondernemer zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen. Het wetsvoorstel biedt in beginsel vier bewijsstukken voor de aanbestedende dienst om de eisen te toetsen, te weten de bankverklaring, verzekering tegen beroepsrisico's, overlegging van balansen en een verklaring betreffende de omzet. De eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht zijn, overeenkomstig de richtlijn, niet limitatief opgesomd in het wetsvoorstel. Dit houdt in dat een aanbestedende dienst aan een inschrijver kan vragen op een andere manier dan genoemd in dit artikel zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen. Uiteraard dient alleen informatie te worden gevraagd die daadwerkelijk relevant is voor de desbetreffende opdracht.

De eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht zien op de draagkracht van de gegadigde of inschrijver en op eventuele derden op wiens draagkracht deze zich kan beroepen. De invulling van de eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht vereist maatwerk en is afhankelijk van de aard, omvang en waarde van de opdracht. Uit de praktijk valt wel af te leiden wat over het algemeen als proportionele eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht gezien kan worden. Zo kan bijvoorbeeld de eis dat de omzet binnen de bandbreedte van 0%-200% van de opdracht moet liggen over het algemeen als proportioneel worden beschouwd. In de praktijk komt het voor dat er aan combinaties hogere eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht worden gevraagd dan aan een enkele inschrijver. Uit een oogpunt van proportionaliteit kan de aanbestedende dienst alleen aan combinaties hogere eisen stellen indien de hogere eisen in redelijke verhouding staan tot de aard en de omvang van de opdracht.

Artikel 2.93

Artikel 2.93 heeft betrekking op eisen met betrekking tot de technische bekwaamheid. Eisen met betrekking tot technische- en beroepsbekwaamheid omvatten eisen die zien op de benodigde bekwaamheid van de onderneming voor de uitvoering van de betreffende opdracht. Voor deze categorie is in het wetsvoorstel een limitatieve opsomming gegeven.

Een aanbestedende dienst kan dus niet aan een inschrijver of gegadigde vragen op een andere manier dan genoemd in dit artikel zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen. De aanbestedende dienst zal uit de in dit artikel genoemde mogelijkheden een keuze moeten maken welke eisen hij in een concreet geval stelt. Ook ten aanzien van het aantal te stellen eisen geldt dat dit proportioneel moet zijn in het licht van de opdracht in kwestie.

In artikel 48, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG en in navolging daarvan in artikel 2.93, onderdelen a en b, is opgenomen dat een ondernemer zijn technische bekwaamheid onder andere kan aantonen aan de hand van een lijst van werken of een lijst van diensten en leveringen die zijn uitgevoerd in de laatste vijf jaar voor werken respectievelijk in de laatste drie jaar voor leveringen en diensten. Deze lijst dient vergezeld te gaan van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd. Uit een oogpunt van proportionaliteit volstaan veel aanbestedende diensten in de praktijk met het vragen van een aantal referentiewerken in plaats van de volledige lijst van referentiewerken van de afgelopen vijf respectievelijk drie jaar. Als een aanbestedende dienst zich daartoe beperkt, zal in de regel het vragen om drie referentiewerken als proportioneel kunnen worden beschouwd. Of het vragen naar meer referentiewerken als proportioneel kan worden beschouwd, hangt af van de aard, omvang en waarde van de opdracht. Het nadeel van het vragen van een beperkt aantal referentiewerken is dat daarmee een onvolledig beeld van de geschiktheid kan ontstaan. Ondernemingen zullen zich immers beperken tot de geslaagde opdrachten en zullen mislukte of slecht uitgevoerde opdrachten bij voorkeur niet vermelden. Hierdoor krijgt de aanbestedende dienst geen betrouwbaar beeld van de geschiktheid.

Het wetsvoorstel biedt in navolging van de richtlijn aan aanbestedende diensten de mogelijkheid om voor de beoordeling van de geschiktheid van de ondernemer te vragen naar de werken die hij de afgelopen vijf jaar heeft uitgevoerd of de diensten en leveringen die hij de afgelopen drie jaar heeft verricht. De aanbestedende diensten kunnen uit oogpunt van beperking van de administratieve lasten toestaan dat ondernemingen hun geschiktheid aantonen aan de hand van een beperkt aantal referentieopdrachten. Zij kunnen hieraan de voorwaarde verbinden dat alle werken van de afgelopen vijf jaar volgens de regelen der kunst zijn uitgevoerd en tot een goed einde zijn gebracht of dat alle leveringen en diensten naar behoren zijn verricht. Is dit niet het geval dan kan de aanbestedende dienst de geschiktheid van de desbetreffende ondernemer bepalen aan de hand van de volledige lijst of zoveel referentieopdrachten als de aanbestedende dienst nodig acht voor een betrouwbaar beeld van de geschiktheid van de desbetreffende ondernemer. Op deze manier kunnen aanbestedende diensten met inachtneming van de beginselen van het aanbestedingsrecht de geschiktheid van ondernemers bepalen.

In het eerste lid, onderdeel a, wordt ook de mogelijkheid geboden dat de beoordeling of de werken volgens de regelen der kunst zijn uitgevoerd door de bevoegde instantie rechtstreeks aan de aanbestedende dienst worden toegezonden. Op deze wijze is het mogelijk dat de positieve en negatieve ervaringen van andere aanbestedende diensten, maar ook van particulieren, worden meegewogen in de beoordeling van de geschiktheid van een ondernemer. Het verbinden van consequenties aan prestaties in het verleden is mogelijk binnen de randvoorwaarden van objectieve vaststelling, proportionaliteit, non-discriminatie en omgeven door waarborgen van rechtsbescherming. De woorden «in voorkomend geval» duiden op de afhankelijkheid van de mate en wijze waarin het systeem van uitwisselen van ervaringen en beoordelingen in de praktijk gerealiseerd wordt.

Artikel 2.94

In dit artikel is bepaald dat een ondernemer zich voor de uitvoering van een overheidsopdracht kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten. Een voorwaarde hierbij is dat de inschrijver of gegadigde kan aantonen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die overheidsopdracht noodzakelijke middelen van die ander, bijvoorbeeld door overlegging van een overeenkomst.

Artikelen 2.96 tot en met 2.97

Wanneer de aanbestedende dienst een bepaalde verklaring op het gebied van kwaliteitseisen of milieueisen verlangt, dan moet de aanbestedende dienst gebruik maken van de Europese normen of normenreeksen en accepteert hij certificaten uit andere lidstaten als gelijkwaardig aan Nederlandse. Ook dient de aanbestedende dienst andere bewijzen te accepteren indien die aantonen dat voldaan is aan gelijkwaardige maatregelen op het gebied van kwaliteitsbewaking of milieubeheer.

§ 2.3.6.2 Beroepsbevoegdheid

Artikel 2.98

Dit artikel scheidt, overeenkomstig artikel 46 van de richtlijn, de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst een ondernemer te verzoeken aan te tonen dat hij conform de in de lidstaat van herkomst geldende voorschriften is ingeschreven in het handelsregister of een beroepsregister. Daarnaast kan de ondernemer ook voldoen aan dit verzoek door een verklaring onder ede of een attest verstrekken als bedoeld in de in het artikel genoemde bijlagen bij de richtlijn.

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 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 2.99

Dit artikel correspondeert met artikel 44, vierde tot en met zevende lid, van de richtlijn nr. 2004/18/EG. De aanbestedende dienst heeft op basis van dit artikel de mogelijkheid het aantal gegadigden te beperken die kunnen inschrijven bij een niet-openbare procedure dan wel een onderhandelingsprocedure respectievelijk een concurrentiegericht dialog. Een dergelijke beperking is alleen mogelijk in de omstandigheid dat er een voldoende aantal geschikte kandidaten is.

Het tweede lid van dit artikel bevat nadere verfijning ten aanzien van het bepaalde in de richtlijn. In dit artikel is de verplichting voor de aanbestedende dienst opgenomen dat in de aankondiging het exacte aantal gegadigden wordt weergegeven dat de aanbestedende dienst voornemens is uit te nodigen.

Doordat artikel 44, derde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG op dit moment bepaalt dat aanbestedende diensten in hun aankondiging slechts een minimumaantal moeten opnemen en daarnaast optioneel een maximumaantal mogen vaststellen, heeft de aanbestedende dienst achteraf, na kennisname van het aantal aanbiedingen, de mogelijkheid het aantal

uitnodigingen tot deelneming te variëren. Zij wordt slechts in beperkt door in het derde lid bij desbetreffende procedure genoemde minimum-aantal inschrijvers. Een dergelijke gang van zaken is vanuit het oogpunt van transparantie en gelijkheid onwenselijk.

Het derde lid bepaalt dat minimaal vijf gegadigden zullen worden geselecteerd bij een niet-openbare procedures. Voor onderhandelingsprocedure is dit aantal drie. Voor een concurrentiegerichte dialoog is in de Nederlandse vertaling van richtlijn nr. 2004/18/EG abusievelijk geen minimum aantal vastgesteld. In de Engelse vertaling van deze richtlijn is het minimum aantal drie. In het derde lid wordt daarom conform de Engelse vertaling en het Besluit Aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ook voor de concurrentiegerichte dialoog een minimum van drie aangehouden.

Ingeval het aantal gegadigden uiteindelijk lager uitvalt dan het aantal dat door de aanbestedende dienst is vastgesteld in de aankondiging, heeft de aanbestedende dienst op basis van het vijfde lid de mogelijkheid de procedure voort te zetten met de gegadigden die wel aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen. Dit geldt niet alleen in de omstandigheid dat het in de aankondiging opgenomen aantal gegadigden niet wordt behaald, ook als daarmee het aantal gegadigden onder het in derde lid bepaalde minimum uitkomt. Uitgangspunt blijft dat ondanks het lagere aantal gegadigden de daadwerkelijke mededinging gewaarborgd moet blijven.

Het is niet mogelijk om bij toepassing van het vijfde lid van dit artikel ondernemers uit te nodigen die niet aan de geschiktheidseisen voldoen of op basis van een uitsluitingsgrond zijn afgewezen.

Artikel 2.100

Dit artikel onderschrijft dat de selectie van de gegadigden moet plaatsvinden op basis een objectieve en non-discriminatoire wijze, met behulp van de in de aankondiging vermelde selectiecriteria en weging. Het is een nadere uitwerking van hetgeen in artikel 44, derde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG is bepaald.

In de praktijk worden in de regel een drietal procedures onderscheiden bij het selecteren van gegadigden in het kader van een aanbestedingsprocedure. Deze procedures zijn:

- a. **Minimumeisenprocedure.** In dit geval nodigt de aanbestedende dienst ofwel alle geschikte gegadigden uit of vermindert hij door middel van loting het aantal gegadigden.
- b. **Rangordeprocedure.** Bij toepassing van deze procedure formuleert de aanbestedende dienst de eisen dusdanig dat objectieve wijze een relatieve volgorde in het aantal geschikte gegadigden kan worden aangebracht. De aanbestedende dienst selecteert uiteindelijk het aantal geschikte gegadigden dat overeenkomt met het aantal in de aankondiging.
- c. **Nadere selectieprocedure.** Bij toepassing van deze procedure nodigt de aanbestedende dienst alleen de ondernemers uit die voldoen aan de (minimum)geschiktheidseisen en die op basis van nadere selectiecriteria als (één) van de meest geschikte kandidaten moet worden aangemerkt.

De aanbestedende dienst is in beginsel vrij in de keuze van de selectieprocedure, met inachtneming van hetgeen is bepaald in dit artikel. Bij de Nadere selectieprocedure en de Rangordeprocedure kan selectie plaatsvinden door middel van een puntensystematiek, waarbij bij de aankondiging zal moeten worden vermeld op welke wijze de verschillende

onderdelen, waarvoor punten behaald kunnen worden, getoetst zullen worden en de waardering daarvan.

§ 2.3.6.4 Controle van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria

Artikel 2.101

In de toelichting op afdeling 2.3.4 is uiteengezet dat een aanbestedende dienst in de inschrijffase een ondernemer alleen om een eigen verklaring mag vragen. Alleen van de winnende inschrijver bij een openbare procedure en de geselecteerde gegadigde bij een niet-openbare procedure, concurrentiegerichte dialoog en onderhandelingsprocedure met aankondiging kunnen de inlichtingen en gegevens uit de eigen verklaring worden geverifieerd. Het is aan de aanbestedende dienst om te bepalen welke gegevens en inlichtingen hij wil controleren en eventueel in welke volgorde.

Afdeling 2.3.7 Mededeling van uitsluiting en afwijzing

Artikel 2.102

Dit artikel is een omzetting van artikel 41 van richtlijn 2004/18/EG en betreft de verplichting van de aanbestedende dienst de gegadigden en de inschrijvers te informeren omtrent de keuzes van de aanbestedende dienst. Op grond van de Europese jurisprudentie (GvEA van 8 mei 1996, Adia interim SA, zaak T-19/95, Jur.1996, blz. II-00321, GvEA van 25 februari 2003, Strabag Benelux NV, zaak T-183/00, Jur. 2003, blz. II-135, en GvEA van 25 februari 2003, Renco SpA, zaak T4-/01, Jur. 2003, blz. II-00171) is duidelijk geworden dat een aanbestedende dienst al aan haar motiveringsplicht op grond van deze bepaling voldoet op het moment dat de aanbestedende dienst zich er in eerste instantie tot beperkt de betrokkenen onmiddellijk op de hoogte te brengen van de afwijzing van hun inschrijving door een eenvoudige, niet gemotiveerde mededeling en later aan de inschrijvers die hier uitdrukkelijk om verzoeken binnen vijftien dagen een gemotiveerde uitleg verstrekken. Bij een gemotiveerde uitleg kan door de aanbestedende dienst worden volstaan met een duidelijke vermelding welke procedure bij de beoordeling is gevolgd, dat de winnaar is uitgekozen omdat dit de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving of de laagste prijs was, en in hoeverre de aanbieding van de informatiezoekende inschrijver voor de in het beschrijvend document genoemde criteria over het geheel genomen beter of slechter gerangschikt was dan de winnende aanbieder.

Ingeval de aanbestedende dienst om haar moverende redenen besluit de aanbestedingsprocedure te staken zonder dat tot gunning is overgegaan of dat een dynamisch aankoopstelsel niet is ingesteld, dan zal de aanbestedende dienst de gegadigden en de inschrijvers hiervan op de hoogte moeten stellen, met inbegrip van de redenen waarom een dergelijk besluit is genomen.

Artikel 2.103

Dit artikel 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 41, derde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG.

Afdeling 2.3.8 Gunningsfase

§ 2.3.8.1 Uitnodiging

Artikel 2.104

Dit artikel betreft een omzetting van artikel 40, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, met dien verstande dat is verduidelijkt dat de aanbestedende dienst de niet-uitgesloten en de niet-afgewezen gegadigden gelijktijdig en schriftelijk zal uitnodigen tot inschrijving, tot deelneming aan de dialoog of tot onderhandelingen.

Artikel 2.105

Dit artikel implementeert de resterende leden van artikel 40 van richtlijn 2004/18/EG. Omwille van de leesbaarheid is ervoor gekozen de verschillende verplichtingen in een lid onder elkaar op te nemen. De verplichting tot het voldoen van kosten is weggefallen omdat het uitgangspunt in Nederland is dat aanbestedingsdocumenten kosteloos aan partijen ter beschikking worden gesteld, zie artikel 1.20.

§ 2.3.8.2 Inschrijving

Artikel 2.106

De wijze van inschrijving wordt in een aanbestedingsprocedure altijd bepaald door de aanbestedende dienst. Er is echter een beperking, namelijk dat inschrijving altijd schriftelijk moet. Onder schriftelijk indienen moet, zoals ook blijkt uit de omschrijving van het begrip schriftelijk in de begripsbepalingen van dit wetsvoorstel, ook indienen via elektronische middelen worden verstaan. Het gaat er in om dat de inschrijving vastgelegd wordt en niet mondeling of telefonisch plaatsvindt.

Artikel 2.107

Dit artikel is een omzetting van artikel 42, derde lid, van richtlijn 2004/18/EG laatste zin. In de Nederlandse versie van de richtlijn is opgenomen dat «pas bij het verstrijken» van de uiterste termijn voor indiening door de aanbestedende dienst kan worden kennisgenomen van de verzoeken tot deelneming. Uit de andere taalversies blijkt echter dat bedoeld is «na verstrijken van de uiterste termijn». Dit is op overeenkomstige wijze opgenomen in dit artikel.

Artikel 2.108

Dit artikel is ingevoegd om de aanbestedende dienst de mogelijkheid te geven de termijn voor het indienen van inschrijving te verlengen in geval sprake is van een storing van het elektronische systeem kort voor het verstrijken van de uiterste termijn. Deze mogelijkheid is opgenomen omdat een storing vlak voor sluiting van de inschrijftermijn zou ertoe kunnen leiden dat de ondernemer niet in staat is om zijn inschrijving te doen, terwijl het voor de aanbestedende dienst ertoe leidt dat hij minder inschrijvingen ontvangt. Omdat deze storing overmacht is voor de aanbestedende dienst, is er in dit wetsvoorstel voor gekozen dat de aanbestedende dienst de gevolgen van die storing kan beperken. Hij kan dan de uiterste termijn voor indiening van de inschrijving verschuiven, ook als deze termijn in beginsel al verstreken is. De aanbestedende dienst is hier echter niet toe verplicht.

Er is in dit wetsvoorstel er niet voor gekozen om bij het indienen van verzoeken tot deelname dezelfde mogelijkheid te bieden omdat dat vaak

aan het begin van een procedure is. De gedane investeringen in geld en tijd zijn dan minder groot, daardoor is de inzet van dit middel minder gerechtvaardigd.

Voorwaarde voor deze verlenging is dat de aanbestedende dienst nog geen kennis heeft genomen van één van de ingediende stukken. Ook kennisname van de stukken die op andere wijze tot de aanbestedende dienst zijn gekomen, bijvoorbeeld door middel van fax of persoonlijke bezorging, leidt ertoe dat de termijn van indiening niet kan worden verschoven.

In het tweede lid van dit artikel wordt beschreven op welke wijze de aanbestedende dienst in een dergelijk geval de termijn moet verlengen. Daarbij moet de aanbestedende dienst bij het verschuiven van de termijn van uiterste indiening nadat deze termijn in eerste instantie was verlopen, de overige betrokken partijen de tijd en gelegenheid geven hun inschrijvingen aan te vullen. De aanbestedende dienst moet niet enkel de inschrijvers in de gelegenheid stellen de inschrijving aan te vullen, maar ook de nog niet afgewezen gegadigden moeten in de gelegenheid worden gesteld een inschrijving te doen. Het kan immers zo zijn dat de storing de reden is geweest dat de gegadigde nog geen inschrijving heeft kunnen doen.

Hier zij er uitdrukkelijk op gewezen dat de gelijke behandeling van alle potentiële inschrijvers voorop staat. De termijn die geboden wordt moet daarom ook voldoende lang zijn. Dat betekent een vertraging van de procedure. De beslissing van de aanbestedende dienst om de termijn op grond van dit artikel te verschuiven zal daarom niet lichtvaardig genomen worden.

§ 2.3.8.3 Dialoog

Artikelen 2.109 tot en met 2.111

In het geval van een bijzonder complexe overheidsopdracht kan de aanbestedende dienst een dialoog aangaan met alle gegadigden over alle aspecten van de betreffende overheidsopdracht. Artikel 2.28 van dit wetsvoorstel bepaalt wanneer de procedure van de concurrentiegerichte dialoog kan worden toegepast.

Een groot voordeel van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog is dat innovatieve oplossingen van marktpartijen een plek kunnen krijgen in deze procedure. Dit vloeit met name voort uit de mogelijkheid om met partijen in overleg te treden, maar komt ook doordat bijvoorbeeld het gunnen op de laagste prijs niet is toegestaan.

Omdat het bij bijzonder complexe opdrachten niet mogelijk is om op voorhand een bestek te maken dat voldoet aan de daaraan gestelde eisen, is de aanbestedende dienst gehouden een beschrijving van de behoeften en eisen op te stellen die in de aankondiging of bij de aanbestedingsstukken wordt opgenomen (artikel 2.109, tweede lid). Omdat de deelname aan een concurrentiegerichte dialoog potentieel heel kostbaar kan zijn voor de ondernemer en deze een deel van het werk dat hij anders in rekening zou kunnen brengen moet verrichten terwijl het onzeker is of hij de opdracht krijgt, kan de aanbestedende dienst voorzien in een prijzen of betaling aan de inschrijvers (artikel 2.111, derde lid). De aanbestedende dienst is vrij om deze bepaling toe te passen en een redelijke hoogte voor de vergoeding vast te stellen. Voorwaarde is wel dat alle betrokkenen gelijk behandeld worden, dus indien voor een bepaalde fase of inschrijving een vergoeding wordt verstrekt aan een partij, moet de aanbestedende dienst deze vergoeding ook aanbieden aan de ondernemers die in een soortgelijke fase zijn beland of een inschrijving hebben gedaan.

§ 2.3.8.4 Gunningscriteria

Artikel 2.112

Dit artikel beschrijft dat de aanbestedende dienst slechts kan toetsen aan de door hem in de aankondiging of de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie. Dit is een invulling van de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en objectiviteit. Deze beginselen zijn ontwikkeld in de jurisprudentie van het HvJEG.

In het arrest *Universale Bau* (zaak C-470/99) overweegt het HvJEG dat de bepalingen uit de richtlijn *Werken* omtrent selectie en gunningscriteria dusdanig dienen te worden uitgelegd dat zij een verplichting met zich mee brengen alle potentiële inschrijvers voor de voorbereiding van hun offertes in kennis te stellen van de gunningscriteria waaraan die offertes moeten voldoen alsmede het belang van deze criteria, om op deze wijze de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijkheid.

In de daaropvolgende jurisprudentie onderstreept het Hof dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht de aanbestedende dienst verplichten de gunningscriteria in het bestek of de aankondiging zodanig moet formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en zorgvuldige inschrijvers deze gunningscriteria op dezelfde wijze kunnen interpreteren (HvJEG van 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, zaak C-19/00, Jur. 2001, blz. I-07725). Voorts heeft de aanbestedende dienst op basis van de genoemde beginselen de plicht de toegepaste gunningscriteria op dezelfde wijze te lezen.

Teneinde aan deze beide verplichtingen te voldoen dien alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging of het bestek dienen op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnig wijze te worden geformuleerd (*Succhi di Frutta*, zaak C-469/99).

Artikelen 2.113 en 2.114

De aanbestedende dienst kan, aldus artikel 2.113, slechts gunnen op grond van twee criteria, namelijk de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving. Het criterium economisch meest voordelige inschrijving wordt verder uitgewerkt in artikel 2.114. Bij de toepassing van dit criterium toetst de aanbestedende dienst 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. Indien geen weging mogelijk is, maakt de aanbestedende dienst in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken de afnemende volgorde van belang van de criteria bekend (artikel 2.114, vierde lid). In de praktijk wordt het criterium laagste prijs het meest toegepast. Het voordeel van het criterium economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) is dat er niet alleen aandacht wordt gegeven aan de prijs, maar ook aan de kwaliteit, waardoor voor een werk, product of dienst de beste prijs-kwaliteitsverhouding kan worden behaald. Op dit moment wordt in ca. 75 % van de gevallen aanbesteed op EMVI, maar vaak wordt prijs toch het zwaarst meegewogen binnen dit criterium. prijs daar toch nog het meest dominante onderdeel van uit.

De richtlijn geeft een aantal voorbeelden van mogelijke invulling van het gunningscriterium EMVI, namelijk kwaliteit, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukenmerken, gebruikskosten, rentabiliteit, klantenservice en technische bijstand, datum en termijn voor levering of uitvoering. Deze niet-limitatieve opsomming is in artikel 2.114, eerste lid, opgenomen om hiermee voor aanbestedende diensten inzichtelijk te maken op welke wijze het criterium economisch meest voordelige inschrijving zou kunnen worden ingevuld. Aanbestedende

diensten kunnen ervoor kiezen om meer gewicht te geven aan andere subcriteria van het gunningscriterium EMVI dan prijs, zoals kwaliteit of duurzaamheid. Een voorbeeld van de wijze waarop duurzaamheid als criterium kan worden ingezet is het bij de gunning van drukwerk toekennen van punten op basis van de mate waarin het gebruikte papier milieuvriendelijk is geproduceerd.

Vermeldenswaard in dit verband is de reeds eerder genoemde uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg inzake Renco Spa (zaak T4-/01) waarin werd geoordeeld dat niet elk criterium ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving noodzakelijkerwijs kwantitatief moet zijn, dan wel uitsluitend gericht moet zijn op de prijzen of de tarieven van het bestek. Wel stelt het Gerecht daarbij als voorwaarde dat de criteria op objectieve en uniforme wijze kunnen worden toegepast om aanbiedingen te vergelijken en voorts duidelijk relevant moeten zijn om de economisch meest voordelige inschrijving te selecteren. Van dit laatste is volgens het Gerecht in ieder geval sprake indien de criteria de ervaring en de technische bekwaamheid van een inschrijver en zijn team betreffen. Uit de uitspraken van het Hof in de zaken SIAC Construction(zaak C-19/00) en Succhi di Frutta (C-496/99) vloeit nog voort dat de gunningscriteria zodanig geformuleerd moeten zijn dat normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, en voorts dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze moet toepassen.

§ 2.3.8.5 Abnormaal lage inschrijvingen

Artikel 2.115

Dit artikel is een omzetting van artikel 55 van richtlijn 2004/18/EG waarin is opgenomen dat de aanbestedende dienst die in een aanbestedingsprocedure inschrijvingen ontvangt, welke abnormaal laag lijken, eerst de inschrijvers die een dergelijke inschrijving hebben gedaan, verzoekt om precisering van de inschrijving, voordat hij een dergelijke inschrijving af zal wijzen.

In het vierde en vijfde lid van dit artikel is de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst opgenomen een inschrijving af te wijzen omdat de aanbestedende constateert dat de inschrijving abnormaal laag is, omdat de staatssteun heeft ontvangen. Ingeval de aanbestedende dienst een vermoeden heeft dat een inschrijver onrechtmatige steun heeft ontvangen, dan zal de inschrijver, na hierover door de aanbestedende dienst te zijn ingelicht, moeten aantonen dat de ontvangen steun niet in strijd is met de bepalingen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Indien de ondernemer kan aantonen dat de steun is verleend in overeenstemming met artikelen 87 en 88 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap dan wordt dat gelezen als zijnde in overeenstemming met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

§ 2.3.8.6 Elektronische veiling

Artikel 2.116

Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen om een elektronische veiling te organiseren. 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 een onderdeel van de procedure en wordt gebruikt om de beste inschrijving te bepalen.

Bij elektronisch veilen is het van groot belang dat vanuit een oogpunt van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie de specificaties van de overheidsopdracht nauwkeurig en kwantificeerbaar kunnen worden vastgesteld (eerste lid, onderdeel c). Hieruit volgt dat de elektronische veiling niet mag worden toegepast op die elementen van de inschrijving waarvoor een beoordeling van elementen nodig is die slecht of niet gespecificeerd of gekwantificeerd kunnen worden. Dit betekent onder meer dat de elektronische veiling niet gebruikt mag worden voor overheidsopdrachten voor werken of diensten die betrekking hebben op intellectuele verrichtingen, zoals ontwerpen voor werken. Overeenkomstig de richtlijn bepaalt het derde lid dit uitdrukkelijk.

Artikel 2.117

Dit artikel heeft betrekking op een elektronische veiling. Een elektronische veiling is in dit wetsvoorstel gedefinieerd als een zich herhalend elektronisch proces voor de presentatie van nieuwe, verlaagde prijzen of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de inschrijvingen, dat plaatsvindt na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen en dat klassering op basis van elektronische verwerking mogelijk maakt. Hierdoor is klassering van de inschrijvingen op elektronische wijze mogelijk.

Artikelen 2.118 tot en met 2.124

Deze artikelen werken nauwkeurig het verloop van een elektronische veiling uit. Zoals hiervoor al is vermeld, kan dede aanbestedende dienst van inschrijvers in een elektronische veiling vragen nieuwe en lagere prijsoffertes in te dienen. Als gegund wordt op basis van economisch meest voordelige inschrijving kunnen ook andere onderdelen van de inschrijving dan prijs worden verbeterd.

Voorafgaand aan de elektronische veiling vindt een volledige beoordeling van de inschrijvingen plaats aan de hand van de gunningscriteria. Hierdoor is klassering van de inschrijvingen op elektronische wijze mogelijk (artikel 2.122).

Uit een oogpunt van transparantie dient voorts gedurende de elektronische veiling op elk moment de rangorde van de inschrijvingen bepaald te kunnen worden (artikel 2.123). De aanbestedende dienst kan ook andere informatie meedelen indien dat in het bestek is vermeld, zoals het aantal inschrijvers dat deelneemt, of ingediende prijzen of waarden. Het is echter niet toegestaan om gedurende de elektronische veiling de identiteit van de inschrijvers bekend te maken.

§ 2.3.8.7 Onderhandelingen

Artikel 2.125

In dit artikel wordt bepaald welke bijzondere voorschriften de aanbestedende dienst in acht moet nemen indien hij de onderhandelingsprocedure met aankondiging volgt. Het gaat hier met name om de voorschriften waaraan de onderhandelingen dienen te voldoen. De onderhandelingsprocedure kan in opeenvolgende fasen verlopen. Aanbestedende diensten kunnen vooraf selectiecriteria stellen waaraan gegadigden minimaal moeten voldoen. Alleen de gegadigden die aan deze minimumcriteria kunnen voldoen worden voor de volgende fase uitgenodigd. De aanbestedende dienst kan vervolgens met de door hem gekozen ondernemers onderhandelen over de voorwaarden van de opdracht alvorens een gunningsbeslissing te nemen.

§ 2.3.8.8 Gunningsbeslissing

Algemeen

Deze paragraaf, uitgezonderd artikel 2.128, betreft implementatie van de richtlijn nr. 2007/66/EG. Deze richtlijn is ook al eerder geïmplementeerd geworden in de Wira. De tekst van deze artikelen is nagenoeg gelijk-luidend aan de tekst die in de Wira is opgenomen. Desalniettemin wordt het opportuun geacht een deel van de toelichting bij de Wira ook weer in dit wetsvoorstel op te nemen. In afdeling 4.3.1 en 4.3.2 zijn ook bepalingen opgenomen, die in de Wira zijn opgenomen ter implementatie van richtlijn nr. 2007/66/EG.

De artikelen 2.126 tot en met 2.130 corresponderen met de artikelen van de Wira overeenkomstig de onderstaande tabel.

| Aanbestedingswet | Wira | Bao en Bass |
|----------------------------------|---|--|
| Artikel 2.126 | Artikel 4 | |
| Artikel 2.127 | Artikel 5 | |
| Artikel 2.128 | – | |
| Artikel 2.129, m.u.v. tweede lid | Artikel 6 | |
| Artikel 2.129, tweede lid | Artikel 1, onder n, verwijst naar Bao en Bass | Artikel 41, vierde lid en artikel 51, vierde lid, Bass |
| Artikel 2.130 | Artikel 7 | |

Artikel 2.126

Dit artikel betreft een van de kernbepalingen van de Wira. De aanbestedende dienst neemt een termijn van vijftien kalenderdagen in acht na de beslissing om de opdracht aan een bepaalde inschrijver of gegadigde te gunnen, alvorens hij een overeenkomst met deze partij aangaat. De termijn van vijftien kalenderdagen begint te lopen de dag na de datum waarop de mededeling is verzonden. De mededeling wordt verzonden aan alle betrokken inschrijvers of gegadigden. In artikel 2.127 wordt bepaald wanneer inschrijvers en gegadigden betrokken worden geacht te zijn. Wordt verzuimd de mededeling aan alle partijen te verzenden, dan begint de termijn van vijftien kalenderdagen niet te lopen, totdat dat verzuim is hersteld.

Het tweede lid van artikel 2.126 noemt limitatief de drie uitzonderingen op de in het eerste lid van dat artikel genoemde opschortende termijn (of standstill-termijn). In de genoemde uitzonderingsgevallen kan de opschortende termijn achterwege blijven en mag de aanbestedende dienst de overeenkomst sluiten met de door haar beoogde wederpartij zonder vijftien kalenderdagen te wachten.

Wanneer dit wetsvoorstel geen voorafgaande bekendmaking vereist in het Publicatieblad, is ook de opschortende termijn niet van toepassing. Dit geldt in de eerste plaats voor opdrachten die onder de in die besluiten genoemde drempels vallen. Wanneer een opdracht een lagere waarde heeft dan de toepasselijke drempel, vereist dit wetsvoorstel geen voorafgaande bekendmaking. Ook de overige uitzonderingen, bijv. voor oorlogsmateriaal waarvoor een voorafgaande bekendmaking niet vereist is, leiden ertoe dat de aanbestedende dienst een overeenkomst kan sluiten, zonder een opschortende termijn in acht te nemen.

De uitzonderingsgrond onder b is van toepassing indien één van de aanbestedingsprocedures is gevolgd, maar daarop slechts één enkele inschrijving is binnengekomen. Wanneer in dat geval er evenmin andere gegadigden zijn, die een inschrijving hebben willen indienen, kan de opschortende termijn achterwege blijven. In dat geval gaan de rechtsbe-

schermingsrichtlijnen er van uit dat er geen belanghebbenden zijn die een eventuele actie in zouden willen stellen tegen deze gunning. Een andere situatie is die waarin een aanbestedende dienst op een opdracht meerdere inzendingen ontvangt, maar slechts een daarvan voldoet aan de gestelde eisen. De aanbestedende dienst heeft dan één inschrijving ontvangen, maar totdat de gegadigden definitief zijn afgefallen en daarvan op de hoogte zijn gesteld, moet de aanbestedende dienst de betrokken gegadigden de kans geven om een actie in te stellen tegen de gunningsbeslissing. In dat geval is de uitzondering niet van toepassing, omdat op grond van artikel 2.127, er nog bij de procedure betrokken gegadigden zijn.

De uitzonderingsgrond onder c is in het leven geroepen om bepaalde voordelen van een dynamisch aankoopstelsel of een raamovereenkomst in stand te houden. Het gunnen van een specifieke opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel of raamovereenkomst heeft meestal het voordeel dat de termijnen korter kunnen zijn. Voor de aanbestedende dienst is een niet onbelangrijk voordeel dat de gewenste overeenkomst sneller tot stand kan komen. Om dat gunstige effect te behouden, hoeft de aanbestedende dienst niet te wachten met het sluiten van een opdracht binnen een staand dynamisch aankoopstelsel of een afgesloten raamovereenkomst. De aanbestedende dienst die gebruik maakt van de mogelijkheid om binnen een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel zonder opschortende termijn de overeenkomst te sluiten loopt wel het risico dat deze overeenkomst wordt vernietigd op grond van artikel 4.15, eerste lid, onderdeel c.

Artikel 2.127

De tekst van dit artikel is afkomstig uit artikel 2 bis, tweede lid, van de richtlijn nr. 2007/66/EG. In dit artikel wordt geregeld dat alle partijen met een gerechtvaardigd belang, als betrokkenen bij de procedure worden behandeld. Een inschrijver die in kennis is gesteld van zijn uitsluiting blijft betrokken bij de procedure zolang er nog een rechtsmiddel openstaat tegen de uitsluiting, dan wel totdat een rechter zich in eerste instantie heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van de uitsluiting.

Artikel 2.128

De mededeling van de gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst houdt geen aanvaarding in als bedoeld in artikel 217, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek van een aanbod van een ondernemer. Door het verzenden van de gunningsbeslissing komt nog geen overeenkomst tot stand. Ten overvloede zij hier ook vermeld dat het aflopen van de opschortende termijn die is gaan lopen na het verzenden van de gunningsbeslissing evenmin een aanvaarding van een aanbod inhoudt.

Artikel 2.129

In artikel 6 worden eisen gesteld aan de inhoud van de gunningsbeslissing. De aanbestedende dienst dient bij de gunningsbeslissing mee te delen om welke redenen een bepaalde ondernemer gekozen is en om welke redenen de overige ondernemers niet gekozen zijn. Evenals in de Wira is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om met betrekking tot de motivering niet te volstaan met een samenvatting van de relevante redenen, maar alle relevante redenen op te nemen. In het tweede lid is omschreven, op basis van artikel 41, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG wat in ieder geval verstaan wordt onder relevante redenen. Wanneer de aanbestedende dienst nalaat om de relevante redenen mee te zenden, dan voldoet de gunningsbeslissing niet aan de eisen van artikel 2.126 jo. artikel 2.128 van dit wetsvoorstel. Het gevolg daarvan is dat de

opschortende termijn nog niet begint te lopen. Naast de relevante redenen moet ook een omschrijving van de opschortende termijn, bedoeld in artikel 4, eerste lid, opgenomen worden. De ondernemer moet helderheid krijgen over op welke dag de opschortende termijn verloopt en hoeveel tijd hij heeft om een kort geding aanhangig te maken.

Artikel 2.130

Indien tijdens de standstill-termijn een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt verzocht bij de voorzieningenrechter, kan de aanbestedende dienst geen overeenkomst sluiten totdat in dat kort geding een uitspraak is gedaan. In het erg onwaarschijnlijke geval dat de uitspraak in kort geding nog plaats vindt terwijl de oorspronkelijke standstill-termijn nog niet volledig verstreken is, wacht de aanbestedende dienst ook die termijn af.

§ 2.3.8.9 Verslaglegging en bekendmaking

Artikelen 2.131 en 2.132

Op grond van artikel 2.131 dient de aanbestedende dienst een proces-verbaal op te maken over de gunning van een overheidsopdracht. Artikel 2.131 regelt wat daarin, indien van toepassing, moet worden opgenomen. Het proces-verbaal dient ter verslaglegging aan de Europese Commissie, indien deze daarom vraagt (artikel 2.132).

Artikelen 2.133 tot en met 2.137

Aanbestedende diensten zijn op grond van de artikelen 2.133 en 2.135 verplicht om uiterlijk na 48 dagen na gunning van een overheidsopdracht de resultaten van de procedure door middel van TenderNed toe te zenden aan de Europese Commissie. De resultaten van de procedure moeten op een door de Commissie daartoe vastgesteld standaardformulier worden ingevuld.

In het standaardformulier voor de aankondiging van een gegunde opdracht moet een aanbestedende dienst de totale definitieve waarde van de opdracht invullen. In de praktijk is gebleken dat aanbestedende diensten niet in alle gevallen het formulier invullen. Ook komt het voor dat aanbestedende diensten het invullen van de prijs van de opdracht achterwege laten waarbij zij zich beroepen op de bescherming van de commerciële belangen van ondernemers. Hoofregel is echter dat de gegevens die in het standaardformulier worden gevraagd moeten worden verstrekt. Van deze verplichting kan slechts worden afgeweken als de aanbestedende dienst een beroep kan doen op artikel 35, vierde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Dit artikel wordt geïmplementeerd in artikel 2.137 dat bepaalt dat een aanbestedende dienst de gegevens betreffende de gunning van een overheidsopdracht niet hoeft te vermelden indien de mededeling ervan in strijd zou zijn met een wettelijke 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. Voor de aankondiging van B-diensten geldt op grond van artikel 2.136 dat aanbestedende diensten zonder nadere motivering kunnen aangeven of zij instemmen met de publicatie door de Commissie van de aankondiging van gunning.

Artikel 2.137 ten slotte geeft een algemene norm voor de bekendmaking van gegevens die een aanbestedende dienst heeft verkregen in het kader van een aanbestedingsprocedure. In de toelichting op de artikelen 2.53 tot en met 2.57 wordt aandacht geschonken aan het verstrekken van

individuele inlichtingen en de verhouding van dit wetsvoorstel tot de Wet openbaarheid van bestuur.

HOOFDSTUK 2.4 VOORSCHRIFTEN VOOR DE BIJZONDERE PROCEDURES

Afdeling 2.4.1 Bijzondere voorschriften bij het plaatsen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst

Artikelen 2.138 tot 2.140

In de toelichting op paragraaf 2.2.3.3 is reeds in algemene zin ingegaan op het karakter en de betekenis van een raamovereenkomst. Zoals daar al is vermeld, stelt een raamovereenkomst een aanbestedende dienst in staat om binnen het kader van die raamovereenkomst opdrachten te plaatsen bij ondernemers. De opdrachten kunnen met toepassing van een eenvoudigere procedure overeenkomstig artikel 2.141 of artikel 2.142 worden geplaatst bij de bij de raamovereenkomst betrokken ondernemers. De raamovereenkomst moet dan wel tot stand zijn gekomen als gevolg van een aanbestedingsprocedure (artikel 2.138) en in beginsel geen langere looptijd hebben dan vier jaar. Het is mogelijk om een raamovereenkomst met een langere looptijd te sluiten, maar dat moet deugdelijk gemotiveerd worden (artikel 2.139, derde lid). Hoe langer de looptijd van de raamovereenkomst is, hoe zwaarder de eisen zijn die aan de motivering worden gesteld. Bij raamovereenkomsten met een langere looptijd wordt immers voor langere tijd de mededinging uitgesloten. Op grond van artikel 2.140 is het niet toegestaan de raamovereenkomst daarvoor te gebruiken. In de motivering zal in ieder geval moeten worden aangegeven waarom in dat specifieke geval de langere looptijd noodzakelijk en proportioneel is.

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 wordt zelfstandig aanbesteed (artikel 2.139, tweede lid).

Artikel 2.141

Een raamovereenkomst kan met een of met meer ondernemers worden gesloten. Indien de raamovereenkomst met een enkele ondernemer wordt gesloten, wordt de opdracht gegund op grond van de in het kader van de raamovereenkomst gemaakte afspraken. De ondernemer wordt schriftelijk geraadpleegd omtrent de binnen de raamovereenkomst te gunnen opdracht en wordt daarnaast, voor zover nodig, verzocht om zijn inschrijving aan te vullen, bijvoorbeeld door voor de concrete opdracht een offerte uit te brengen.

Artikel 2.142

Indien een raamovereenkomst met meerdere ondernemers is gesloten, kan de aanbestedende dienst de opdracht plaatsen door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder de ondernemers opnieuw tot mededinging op te roepen. Een dergelijke gunning is mogelijk indien bij de raamovereenkomst alle relevante voorwaarden bevat met betrekking tot de gunning van die opdracht (artikel 2.142, tweede lid, onderdeel a).

Indien in de raamovereenkomst of de daarop betrekking hebbende aanbestedingsstukken niet alle voorwaarden zijn vastgelegd, is het nodig om de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst te vragen een inschrijving in te dienen voor de specifieke opdracht. Artikel 2.142, tweede lid, onderdeel b, regelt op welke wijze dat moet geschieden. Een aanbestedende dienst stelt bij het doen van deze oproep ook een voldoende lange termijn vast waarbinnen die inschrijving moet zijn ontvangen. Bij het vaststellen van die termijn houdt de aanbestedende dienst rekening met de complexiteit van de opdracht en de benodigde tijd voor het indienen van de inschrijving. De inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van de bij de raamovereenkomst vastgestelde gunningscriteria.

Afdeling 2.4.2 Bijzondere voorschriften voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een dynamisch aankoopstelsel

Artikelen 2.143 tot en met 2.148

Een dynamisch aankoopstelsel is een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen met algemeen op de markt beschikbare kenmerken. Het dynamisch aankoopstelsel kent een looptijd van niet langer dan vier jaar, behoudens uitzonderlijke gevallen. Evenals bij raamovereenkomsten met een looptijd van meer dan vier jaar zal de aanbestedende dienst de noodzaak van de uitzondering moeten motiveren (artikel 2.148).

Een dynamisch aankoopstelsel is een elektronisch stelsel, waarbij de ondernemer op voorhand een inschrijving indient waarbij hij aangeeft welke producten of diensten hij aanbiedt. Het stelsel is minder goed geschikt voor het aanbesteden van werken omdat het in dat geval zelden zal gaan om gangbare aankopen met op de markt algemeen beschikbare kenmerken. Het stelsel wordt nog weinig toegepast en lijkt een bijzondere vorm van raamovereenkomst.

Indicatieve inschrijvingen kunnen gedurende de hele looptijd van het dynamische aankoopstelsel worden ingediend. De indicatieve inschrijving is bedoeld om te bepalen of een inschrijver tot het aankoopstelsel wordt toegelaten. Na de aankondiging van het dynamisch aankoopstelsel kunnen later meerdere specifieke opdrachten volgen. Pas nadat de ingediende indicatieve inschrijvingen zijn beoordeeld kan de aanbestedende dienst, nadat hij de aankondiging gepubliceerd heeft, de tot het stelsel toegelaten aannemers, leveranciers of dienstverleners uitnodigen in te schrijven op een specifieke opdracht die binnen het stelsel wordt gegund. De aanbestedende diensten moeten de voorschriften van de openbare procedure volgen. Alle inschrijvers die aan de selectiecriteria voldoen en een indicatieve inschrijving volgens het beschrijvend document hebben gedaan worden tot het stelsel toegelaten. Hun indicatieve inschrijving kan te allen tijde worden verbeterd zolang dit past binnen het beschrijvend document.

De procedure begint met een aankondiging van een opdracht van de aanbestedende dienst waarin vermeld wordt dat de aanbesteding volgens een dynamische aankoopstelsel verloopt. In het beschrijvend document wordt vervolgens vermeld wat de aard van de inkopen in het dynamische aankoopstelsel zal zijn, en wordt ook informatie over de te gebruiken elektronische apparatuur, technische bepalingen en specificaties voor de verbinding verstrekt. De aanbestedende dienst geeft gedurende de hele looptijd van het stelsel geheel vrije elektronische toegang tot het beschrijvend document en alle aanvullende documenten. Het internetadres waarop deze informatie beschikbaar is wordt in de aankondiging vermeld.

Gedurende de hele looptijd van een dynamisch aankoopstelsel kunnen nieuwe ondernemers die voldoen aan de selectiecriteria en geschikt-

heidseisen toetreden. Om toe te treden tot een dynamisch aankoopstelsysteem dient een geïnteresseerde ondernemer een indicatieve inschrijving in. Deze inschrijving bevat een indicatie van de producten en de daarvoor gerekende prijzen van de ondernemer. Vijftien dagen na de indiening van een indicatieve inschrijving door een inschrijver moet de aanbestedende dienst de beoordeling afronden. Daarna moet de aanbestedende dienst de inschrijver zo snel mogelijk melden of de inschrijver is toegelaten tot het systeem. De beoordelingsperiode kan worden verlengd op voorwaarde dat in de tussentijd geen aankondiging voor een specifieke opdracht wordt uitgeschreven.

Alle inschrijvers die zijn toegelaten tot het systeem worden hiertoe uitgenodigd en krijgen voldoende tijd om een inschrijving in te dienen op deze specifieke opdracht. De gunning vindt plaats op basis van de criteria zoals vermeld in de aankondiging van het dynamisch aankoopstelsysteem. In de uitnodiging voor de specifieke opdracht kunnen de selectiecriteria worden gepreciseerd.

Het dynamisch aankoopstelsysteem is een open systeem, omdat een ondernemer altijd kan toetreden tot het systeem. Deze openheid is slechts effectief indien geregeld kenbaar gemaakt wordt dat het systeem bestaat. Daarom wordt voorgeschreven dat er telkens wanneer er een opdracht via dit systeem wordt geplaatst er een aankondiging wordt gedaan om ondernemers in staat te stellen nog voor de gunning van die opdracht in het systeem te komen en zodoende kans te maken op die opdracht (artikel 2.146). Nadat ze door de verkorte aankondiging op het dynamisch aankoopstelsysteem zijn geïnteresseerd kunnen alle geïnteresseerde ondernemers binnen vijftien dagen een indicatieve inschrijving in dienen om toegelaten te worden tot het dynamische aankoopstelsysteem. Nadat alle indicatieve inschrijvingen zijn beoordeeld en afgerond wordt een aankondiging inzake een specifieke opdracht gedaan.

Een dynamisch aankoopstelsysteem kan uitsluitend worden ingesteld door de openbare procedure te volgen (artikel 2.143). Daarbij moet worden aangegeven dat het gaat om het instellen van een dynamisch aankoopstelsysteem betreft. De openbare procedure wordt gevolgd met uitzondering van de gunningsfase.

Deelname aan het dynamisch aankoopstelsysteem is kosteloos (artikel 2.148, derde lid).

Het plaatsen van een opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsysteem gaat op basis van de in de artikelen 2.146 en 2.147 weergegeven stappen. De aanbestedende dienst publiceert een vereenvoudigde aankondiging, waarin hij aangeeft gebruik te willen maken van het bestaande dynamisch aankoopstelsysteem, voor het plaatsen van een specifieke opdracht. De aanbestedende dienst stelt bij het doen van die aankondiging een termijn vast van tenminste vijftien dagen vast waarbinnen belangstellende ondernemers een indicatieve inschrijving kunnen indienen. De aanbestedende dienst beoordeelt de eventueel ontvangen indicatieve inschrijvingen alvorens over te gaan tot het doen van een aankondiging binnen het dynamisch aankoopstelsysteem. Deze aankondiging roept de toegelaten ondernemers op om een definitieve inschrijving te doen op deze specifieke opdracht. De aanbestedende dienst geeft de ondernemers een voldoende lange termijn om de definitieve inschrijving te doen. Bij de vaststelling van deze termijn houdt de aanbestedende dienst rekening met de aard en omvang van de opdracht en de benodigde tijd om de inschrijving in te dienen. Nadat de definitieve inschrijvingen zijn ingediend, beoordeelt de aanbestedende dienst deze en gunt de opdracht op basis van de in de aanbestedingsstukken of uitnodiging voor de definitieve inschrijving gestelde gunningscriteria.

Afdeling 2.4.3 Bijzondere voorschriften betreffende de bouw van een complex sociale woningen

Artikel 2.149

De bouw van een complex sociale woningen kan op grond van de complexiteit en duur van de werken meebrengen dat er van meet af aan wordt samengewerkt tussen de aanbestedende dienst(en), deskundigen en de aannemer. De aannemer kan op deze wijze lid worden van het bouwteam. Door zijn betrokkenheid bij het bouwteam kan de aannemer zijn expertise inbrengen ten gunste van het project. De geselecteerde aannemer blijft bij het bouwteam betrokken gedurende de ontwikkelfase van de opdracht. De uitvoering van de opdracht dient opnieuw te worden aanbesteed.

Afdeling 2.4.4 Bijzondere voorschriften voor concessieovereenkomsten voor openbare werken

Artikelen 2.150 tot en met 2.155

De procedurele voorschriften voor een aanbestedende dienst die een concessie voor openbare werken wil verlenen houden slechts een drietal verplichtingen in, te weten bekendmaking van het voornemen overeenkomstig artikel 2.150 het in acht nemen van de termijnen van artikel 2.151 en het waarborgen dat de concessiehouder die zelf geen aanbestedende dienst is, de artikelen 2.153 tot en met 2.155 naleeft. Daarnaast kan de aanbestedende dienst de houder van een concessie voor openbare werken verplichten ten minste 30% van de totale waarde van de werken aan derden uit te besteden of hij kan de gegadigden of inschrijvers voor de concessie verzoeken zelf aan te geven welk percentage deze aan derden denkt te besteden.

De artikelen 2.153 tot en met 2.155 geven uitvoering aan de artikelen 63 tot en met 65 van richtlijn nr. 2004/18/EG. Het gaat hierbij om verplichtingen voor de houder van een concessie voor openbare werken die zelf geen aanbestedende dienst is. De verplichtingen zijn van toepassing vanaf het drempelbedrag, genoemd in artikel 63, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Onder derden als bedoeld in deze artikelen zijn niet begrepen de ondernemingen die een samenwerkingsverband hebben gevormd om de concessie te verwerven of met deze ondernemingen verbonden ondernemingen (artikel 2.153, vierde lid).

Afdeling 2.4.5 Voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag

Artikelen 2.156 tot en met 2.162

De aanbestedende dienst kan voor het uitschrijven van een prijsvraag kiezen voor de openbare variant, waarbij geen beperking aan het aantal deelnemers wordt opgelegd (genoemd ontwerpwedstrijd, vanwege het openbare karakter). Daarnaast kan, om de administratieve lasten van de prijsvraag te beperken, gekozen worden voor een variant waarbij het aantal aanbieders wordt beperkt door een prekwificatie. De aanbestedende dienst moet ervoor zorgen dat bij prijsvragen met een beperkt aantal deelnemers het aantal deelnemers dat deelneemt aan de prijsvraag voldoende is om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Er is in de regelgeving geen minimumaantal deelnemers voor prijsvragen bepaald. Dit betekent dat de aanbestedende dienst niet kan terugvallen op een vooropgezet aantal dat hierbij als «voldoende mededinging» kan worden bestempeld. De aanbestedende dienst zal dus op basis van onderzoek zelf

een oordeel over moeten vellen en zal dit oordeel desgewenst moeten kunnen onderbouwen.

Voor de (pre)kwalificatie van de deelnemers aan de prijsvraag dienen aanbestedende diensten duidelijke en niet-discriminerende selectiecriteria vast te stellen. In de richtlijn zijn ten aanzien van prijsvragen weinig bepalingen opgenomen over de selectiecriteria en de bewijsmiddelen die gevraagd mogen worden of de termijnen die gehanteerd mogen worden. Wel komt uit de richtlijn naar voren dat aanbestedende diensten voor toelating van de deelnemers kunnen eisen dat de deelnemers over bepaalde beroepskwalificaties beschikken. Indien aanbestedende diensten dit vragen is dient wel tenminste een derde van de juryleden dezelfde of een gelijkwaardige beroepskwalificatie te bezitten. Daarnaast geldt dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel, proportionaliteitsbeginsel, non-discriminatiebeginsel) van toepassing zijn op de selectiecriteria, de bewijsmiddelen en de termijnen die door de aanbestedende dienst gevraagd of gesteld worden. De toepassing van de beginselen houdt onder andere in dat de gestelde eisen in verhouding moeten staan tot en verband moeten hebben met het voorwerp van de opdracht. Ten aanzien van de bewijsmiddelen geldt dat de aanbestedende dienst alleen die bewijsmiddelen mag vragen die echt nodig zijn voor de beoordeling van de deelnemers.

Voor de termijn die de aanbestedende dienst stelt, geldt dat deze voldoende moet zijn om de stukken voor kwalificatie of deelname op te stellen. De inspanning die aanbieders moeten leveren vergt intellectuele prestaties. De winnaar wordt tenslotte bepaald door het beste plan of ontwerp. De aard van de procedure vraagt dan ook dat voldoende tijd aan de deelnemers wordt gegeven om met een goed voorstel te kunnen komen. Om een goede kwaliteit van de resultaten te waarborgen zal de aanbestedende dienst zich dan ook meer dan gemiddeld moeten verdiepen in de voor het opstellen van een ontwerp of plan benodigde tijd. De toepassing van de beginselen houdt ook in dat potentiële deelnemers hun kansen vooraf moeten kunnen inschatten. De criteria die worden gesteld moeten dan ook vooraf in de aankondiging van de prijsvraag worden bekendgemaakt.

Indien een aanbestedende dienst gebruik wilt maken van een prijsvraag, publiceert hij een aankondiging op TenderNed conform het model van richtlijn nr. 2004/18/EG. Ook prijsvragen die niet onder de aanbestedingsregelgeving vallen kunnen overigens worden bekendgemaakt door middel van publicatie op TenderNed. Daarnaast geldt dat net als bij de andere aanbestedingsprocedures de aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken gratis ter beschikking dient te stellen aan alle geïnteresseerden. Dit kan elektronisch zijn, maar de stukken mogen ook op een andere manier ter beschikking worden gesteld. Net zoals de aankondiging van de overheidsopdracht moet ook de bekendmaking van de resultaten van de prijsvraag via TenderNed verlopen. Indien openbaarmaking van de resultaten van de prijsvraag echter de toepassing van de wet in de weg zou staan, met het openbaar belang in strijd zou zijn, de rechtmatige commerciële belangen van een onderneming zou kunnen schaden of afbreuk zou doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers hoeven de resultaten van de prijsvraag niet bekend te worden gemaakt. Vaak hebben de resultaten van de prijsvraag een intellectueel karakter of een commerciële waarde. Het is dan ook logisch dat aanbestedende diensten in die gevallen worden ontslagen van de verplichting om de gegevens bekend te maken.

Een in het oog springend kenmerk van de procedure van een prijsvraag is de rol van de jury, die de winnaar van de prijsvraag bepaalt. Een aantal voor de prijsvraag specifieke bepalingen zijn dan ook van toepassing op de werkwijze van de jury. Dit zijn een aantal procedurevoorschriften en een aantal bepalingen met betrekking tot verslaglegging en anonimiteit. In het kort komen deze erop neer dat de jury de plannen en ontwerpen zonder dat de naam van de deelnemer bij de jury bekend is, beoordeelt op grond van de criteria. Dit leidt tot een rangorde met de mogelijkheid om aanvullende vragen te stellen over (een deel van) de ontwerpen of plannen. Hoewel de richtlijn nr. 2004/18/EG dat niet met zoveel woorden stelt lijkt het logisch om te veronderstellen dat deze zaken niet zullen leiden tot een definitieve vaststelling van de rangorde. Anders zou de mogelijkheid van het stellen van vragen overbodig zijn en zou belangrijke informatie voor het vormen van een eindoordeel niet kunnen worden meegenomen. De jury ziet er wel op toe dat dit niet leidt tot ongeoorloofd onderscheid tussen aanbieders. De verplichting tot registratie dient dan ook als middel voor aanbestedende diensten om deze onpartijdigheid te kunnen aantonen. Met het bepalen van de winnaar door de jury is de opdracht echter nog niet geplaatst. Het plaatsen van de opdracht bij de winnaar van de prijsvraag kan door middel van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

DEEL 3 SPECIALE-SECTOROPDRACHTEN EN PRIJSVRAGEN VOOR SPECIALE-SECTOROPDRACHTEN

HOOFDSTUK 3.1 REIKWIJDTE

Afdeling 3.1.1 Toepassingsgebied

Artikelen 3.1 tot en met 3.6

De artikelen 3.1 tot en met 3.6 bepalen welke activiteiten een overheid, semi-overheid, overheidsbedrijf, onderneming of bedrijf of organisatie met bijzondere of uitsluitende rechten moet verrichten om aangemerkt te worden als speciale-sectorbedrijf in de zin van dit wetsvoorstel. Ten aanzien van gas, warmte, elektriciteit en water gaat het hierbij steeds om de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie daarvan of de toevoer van gas, warmte, elektriciteit of water naar die netten (artikelen 3.1 tot en met 3.3). Een uitzondering is de situatie dat de productie van gas of warmte of elektriciteit het onvermijdelijke resultaat is (bij gas) van of noodzakelijk is (bij elektriciteit) voor de uitoefening van activiteiten waarop de genoemde artikelen betrekking hebben (bijvoorbeeld bij de winning van water) en de toevoer aan het openbare net uitsluitend ten doel heeft deze productie op economische wijze te exploiteren of de toevoer slechts van het eigen verbruik afhangt en niet meer bedraagt dan het in die artikelen genoemde maximum van de totale productie in een bepaalde periode. Wanneer speciale-sectorbedrijven drinkwaternetten beschikbaar stellen of exploiteren of drinkwater toevoeren naar een net is dit hoofdstuk van het wetsvoorstel voorts van toepassing als met het oog op die activiteiten opdrachten worden geplaatst of prijsvragen worden uitgeschreven die verband houden met bepaalde waterbouwtechnische projecten, bevoeiing of drainage. Daarvan is sprake indien de voor drinkwatervoorziening bestemde hoeveelheid water groter is dan 20 procent van de totale hoeveelheid water die op grond van deze projecten of bevoeiings- of drainageinstallaties ter beschikking wordt gesteld (artikel 3.3, tweede lid, sub a). Ook opdrachten of prijsvragen die door deze speciale-sectorbedrijven worden geplaatst of uitgeschreven en die verband houden met de afvoer of behandeling van afvalwater vallen onder het

toepassingsbereik (artikel 3.3, tweede lid, sub b). Ingevolge artikel 3.4 zijn de regels voor speciale-sectorbedrijven tevens van toepassing wanneer de activiteit betreft het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer trein, automatische systemen, tram, trolleybus of autobus of kabel. Van een net wordt gesproken indien de vervoersdienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat (zoals een gemeente of provincie) gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. Niet onder het toepassingsgebied vallen diensten die een openbare busdienst verzorgen indien andere diensten deze dienstverlening vrijelijk, algemeen dan wel voor een bepaald geografisch gebied onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende diensten kunnen aanbieden (artikel 3.4, tweede lid). Artikel 3.5 betreft opdrachten die worden verstrekt met het oog op het verrichten van postdiensten en aanverwante diensten. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het huidige, met artikel 3.5 vergelijkbare artikel 6 Bass, met ingang van 1 januari 2009 in werking is getreden (Stb. 2008, 295). Artikel 3.6 bepaalt ten slotte dat het bij of krachtens deze wet bepaalde tevens van toepassing is op speciale-sectoropdrachten die de exploitatie van een geografisch gebied betreffen op het terrein het ter beschikkingstellen aan lucht-, zee-, of riviervervoerders van luchthaven-, zeehaven, binnenhaven of andere landingsfaciliteiten.

Afdeling 3.1.2 Toepassingsbereik

Artikelen 3.8 tot en met 3.10

Het toepassingsbereik van de regels voor speciale-sectorbedrijven heeft betrekking op speciale-sectoropdrachten en op door een speciale-sectorbedrijven uitgeschreven prijsvragen. Ook hier geschiedt de verwijzing naar de drempelbedragen dynamisch, omdat de Europese Commissie deze op grond van artikel 69 van richtlijn nr. 2004/17/EG bij verordening kan aanpassen. Verwezen zij naar de toelichting op afdeling 2.1.1.

| Speciale-sectoropdrachten | | |
|----------------------------------|-------------------|-------------|
| <i>Speciale-sectorbedrijf</i> | werken | € 4.845.000 |
| | leveringen | € 387.000 |
| | diensten | € 387.000 |

Afdeling 3.1.3 Raming van de waarde

§ 3.1.3.1, 3.1.3.2 en 3.1.3.3

Artikelen 3.11 tot en met 3.20

De bepalingen in deze paragraaf stemmen in grote mate overeen met de bepalingen voor de raming van de waarde van overheidsopdrachten en door aanbestedende diensten uitgeschreven prijsvragen. Waar dat technisch mogelijk was, is dan ook volstaan met het van overeenkomstige toepassing verklaren van de artikelen voor overheidsopdrachten en prijsvragen. Vanzelfsprekend moet in die gevallen voor «overheidsopdrachten» gelezen worden «speciale-sectoropdrachten» en voor «overheidsbedrijf» «speciale-sectorbedrijf». Specifieke elementen voor speciale-sectorbedrijven zijn uiteraard wel apart opgesomd. Ook wanneer de bepaling materieel op hetzelfde neerkomt maar teveel kleine afwijkingen nodig waren of verbijzonderingen, is de bepaling uitgeschreven. Dat is bijvoorbeeld bij artikel 3.12 het geval.

Afdeling 3.1.4 Uitgezonderde speciale-sectoropdrachten en prijsvragen

Artikel 3.21

Artikel 30 van richtlijn nr. 2004/17/EG geeft de Europese Commissie de bevoegdheid om bepaalde activiteiten in een lidstaat van het toepassingsbereik van de richtlijn uit te zonderen indien de desbetreffende activiteit rechtstreeks aan mededinging blootstaat op marktgebieden met onbeperkte toegang. Artikel 97 geeft uitvoering aan artikel 30, vierde lid, tweede alinea, van de genoemde richtlijn en bepaalt derhalve dat indien de Commissie een besluit heeft genomen tot buiten toepassing verklaring van bepaalde activiteiten in een lidstaat, of een dergelijk verzoek is gedaan maar de Commissie niet binnen de in de richtlijn gestelde termijnen heeft beslist, de artikelen 177 tot en met 181 niet van toepassing zijn. Lidstaten kunnen overeenkomstig 30, vierde lid, eerste alinea, van de richtlijn bij de Commissie gevallen aandragen welke naar hun mening voor buiten toepassing verklaring in aanmerking komen. In het voorgestelde derde lid van artikel 3.21 wordt gebruik gemaakt van de door artikel 30, vijfde lid, van de richtlijn geboden mogelijkheid verzoeken ook te laten doen door speciale-sectorbedrijven.

Artikel 3.22

In dit artikel is een aantal vrijstellingen vervat van de reikwijdte van het wetsvoorstel voor speciale-sectorbedrijven. Deze vrijstellingen komen grotendeels overeen met die voor aanbestedende diensten in artikel 2.23.

Artikel 3.23

Dit artikel implementeert artikel 19, eerste lid, en tweede lid, eerste volzin, en artikel 20, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG. Ingevolge artikel 19, tweede lid, tweede en derde volzin, en artikel 20, tweede lid, van die richtlijn kan de Europese Commissie in het publicatieblad van de EU de lijsten bekend maken van categorieën en activiteiten c.q. opdrachten die zij als uitgesloten beschouwt. De richtlijn bepaalt dat de Commissie daarbij rekening houdt met alle gevoelige commerciële aspecten waarop het speciale-sectorbedrijf haar wijst. Daarom is het derde lid opgenomen.

Artikelen 3.24, 3.25, 3.26

De artikelen 3.24 en 3.25 zonderen speciale-sectoropdrachten waarbij sprake is van zogenaamd «inbesteden» uit van de verplichtingen van dit wetsvoorstel. Het gaat hierbij om situaties waarbij sprake is van een zogenaamde verbonden onderneming of van een gemeenschappelijke onderneming. De verschillende situaties worden in deze artikelen specifiek omschreven. Bij de situaties in artikel 3.24, eerste lid, onderdelen a en b, geldt dat een omzeteis wordt gesteld aan de verbonden onderneming.

Het vierde lid van artikel 3.24 omschrijft wat voor de toepassing van dat artikel onder verbonden onderneming moet worden verstaan. Dit begrip komt ook elders in dit wetsvoorstel voor, met een wat andere omschrijving. Daarom is dit begrip met het oog op de toepassing van artikel 3.24 in het vijfde lid van dit artikel apart omschreven.

Artikel 3.26 implementeert de verplichting om de Europese Commissie desgevraagd te informeren over de toepassing van de artikelen 3.24 en 3.25.

Artikel 3.27

Toepassing van de aanbestedingsregels voor de in dit artikel opgesomde diensten is niet goed mogelijk omdat daarmee rechten zijn gemoeid, zoals bij voorbeeld eigendomsrechten bij koop van onroerende goederen. Uit onderdeel c vloeit voort dat het aangaan van leningen door speciale-sectorbedrijven niet behoeft te worden aanbesteed.

Onderdeel e van dit artikel zondert opdrachten voor diensten voor onderzoek en ontwikkeling uit. Het gaat hier om opdrachten op het gebied van wetenschap en hoogwaardige technologie. Opdrachten voor niet-wetenschappelijk onderzoek moeten wel worden aanbesteed. De uitzondering geldt niet als de resultaten van het onderzoek geheel aan het speciale-sectorbedrijf toekomen voor gebruik ervan bij zijn eigen werkzaamheden en dat bedrijf de opdracht geheel betaalt.

Artikel 3.28

Verwezen wordt naar de toelichting op artikel 2.24, onderdeel a.

Artikel 3.31

Op grond van de in dit artikel genoemde beschikking van de Commissie hoeft artikel 7, aanhef en onderdeel a, en artikel 26, onderdeel b, van richtlijn nr. 2004/17/EG geen implementatie. Deze artikelen hebben betrekking de activiteiten die de exploitatie van een geografisch gebied beogen voor verkenning of winning van aardolie, gas, steenkool of andere vaste brandstoffen. Door de beschikking van de Commissie gelden voor die activiteiten in (onder meer) Nederland niet de gewone voorschriften voor het plaatsen van speciale-sectoropdrachten en dergelijke op dit terrein, maar alleen de verplichtingen uit dit artikel voortvloeien. Doordat in het eerste lid van dit artikel voorgeschreven wordt dat schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten met betrekking tot de bovengenoemde activiteiten moeten worden opengesteld voor concurrentie, gelden op grond van artikel 1.4, onderdeel c, van dit wetsvoorstel de in hoofdstuk 2 vervatte beginselen ook in deze gevallen. Hiermee wordt voldaan aan de verplichtingen van artikel 27, onderdeel a, van richtlijn nr. 2004/17/EG. Het tweede lid implementeert artikel 27, onderdeel b, van die richtlijn.

HOOFDSTUK 3.2 PROCEDURES VOOR HET PLAATSEN VAN SPECIALE-SECTOROPDRACHTEN

Afdeling 3.2.1 Openbare en niet-openbare procedure en onderhandelingsprocedure met aankondiging

Artikel 3.32

De procedures die een speciale-sectorbedrijf kan toepassen zijn uitgebreider dan de mogelijkheden voor een aanbestedende dienst. Het speciale-sectorbedrijf kan altijd de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de procedure van onderhandelingen met voorafgaande aankondiging toepassen (artikel 3.32).

Afdeling 3.2.2 Uitzonderingen op de toepassing van de openbare en niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met aankondiging

Artikelen 3.36 tot en met 3.41

In afdeling 3.2.2 staat beschreven in welke gevallen er afgeweken kan worden van artikel 3.32 en een andere procedure kan worden toegepast. Het gaat hierbij om de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging en de speciale-sectoropdrachten voor in bijlage XVII B vermelde diensten. Voor deze laatste wordt paragraaf 2.2.2.4 van overeenkomstige toepassing verklaard; verwezen wordt naar de toelichting bij die paragraaf. Voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wordt hier verwezen naar de toelichting bij artikel 2.32 tot en met 2.37. Artikel 2.37 waarin de procedure en de te doorlopen stappen zijn opgenomen is van overeenkomstige toepassing verklaard. Er zij nog op gewezen dat in artikel 3.36, onderdeel d, niet is opgenomen dat de daar omschreven situatie niet aan het speciale-sectorbedrijf valt te wijten. Deze clause is wel opgenomen in artikel 2.32, onderdeel c. Een en ander stemt overeen met de onderscheiden bepalingen in de richtlijnen (artikel 40, derde lid, onderdeel d, van richtlijn nr. 2004/17/EG en artikel 31, eerste lid, onderdeel c, van richtlijn nr. 2004/18/EG).

Afdeling 3.2.3 Bijzondere procedures

Artikelen 3.42 tot en met 3.49

In deze afdeling worden drie bijzondere procedures beschreven, namelijk de prijsvraag, raamovereenkomst en het dynamisch aankoopstelsel. De procedurele bepalingen zijn grotendeels gelijk aan die voor de aanbestedende diensten. Waar mogelijk zijn die bepalingen dan ook van overeenkomstige toepassing verklaard.

Afdeling 3.3.2 Aankondigingen

§ 3.3.2.1 Periodieke indicatieve aankondiging en aankondigingen betreffende het bestaan van een erkenningsregeling

Artikelen 3.51 tot en met 3.55

De bepalingen in deze paragraaf zien op de periodieke indicatieve aankondiging en aankondigingen betreffende het bestaan van een erkenningsregeling.

Een periodiek indicatieve aankondiging vindt plaats aan het begin van een begrotingsjaar en luidt, in tegenstelling tot een aankondiging, niet het begin in van een concrete aanbestedingsprocedure. Ingevolge de uitspraak van het HvJEG inzake Nord-Pas-de-Calais (zaak C-255/98) is duidelijk geworden dat het plaatsen van een periodieke indicatieve aankondiging als bedoeld in artikel 3.51 van het wetsvoorstel alleen verplicht is wanneer aanbestedende diensten gebruik willen maken van de mogelijkheid om de termijnen voor de ontvangst van inschrijven overeenkomstig artikel 3.59 derde lid, in te korten. Dit is bepaald in artikel 41, eerste lid, vijfde alinea van richtlijn nr. 2004/17/EG. In richtlijn nr. 93/38/EEG waren aanbestedende diensten nog verplicht om een periodieke indicatieve aankondiging te plaatsen.

§ 3.3.2.3 Termijnen

Artikelen 3.58 tot en met 3.60

In de artikelen 3.58 tot en met 3.60 zijn de minimumtermijnen opgenomen die een speciale-sectorbedrijf in acht moet nemen. Het is een speciale sectorbedrijf steeds toegestaan om langere termijnen dan de minimumtermijnen aan te houden. In drie gevallen is de aanbestedende dienst op grond van artikel 3.60, zevende lid, van dit wetsvoorstel verplicht om de minimumtermijnen te verlengen:

- indien de stukken (alhoewel tijdig aangevraagd) door de aanbestedende dienst niet tijdig zijn verstrekt;
- als inschrijvingen slechts na een bezichtiging ter plaatse mogelijk zijn, of
- wanneer inschrijving alleen mogelijk is nadat de bijlagen bij het beschrijvend document ter plaatse zijn ingezien.

De minimumtermijnen zijn in hoofdlijn niet veranderd ten opzichte van richtlijn nr. 93/38/EEG. Ook de mogelijkheid om in overleg met de geselecteerde aannemers, leveranciers of dienstverleners een termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen vast te stellen is gehandhaafd. Wel kunnen deze termijnen worden verkort met 5 dagen wanneer de aankondiging langs elektronische weg is geschied, en indien vanaf de bekendmaking van de aankondiging vrije, rechtstreekse en volledige toegang wordt geboden tot het beschrijvend document en alle aanvullende stukken via elektronische middelen. Het gecumuleerde effect van de termijnverkortingen mag niet leiden tot een termijn korter dan 15 dagen bij een openbare procedure, of een termijn korter dan 10 dagen bij niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures.

Afdeling 3.3.5 Selectie

Artikel 3.65

Op grond van artikel 3.65, eerste en tweede lid, moet het speciale-sectorbedrijf in het kader van een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure objectieve voorschriften en criteria opstellen en deze voorschriften en criteria ter beschikking stellen van de belangstellenden. Deze voorschriften en criteria zijn niet beperkt tot de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria, die aanbestedende diensten kunnen stellen. Dit neemt echter niet weg dat de speciale-sectorbedrijven de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria wel kunnen gebruiken.

De speciale-sectorbedrijven hebben de keuze om in deze criteria de uitsluitingsgronden als bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 op te nemen. Alleen de Staat, gemeenten, provincies, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen en samenwerkingsvormen van deze overheden of instellingen zijn ingevolge artikel 3.65, vierde lid, verplicht om bij het gunnen van opdrachten in het kader van de activiteiten bedoeld in de afdeling 3.1.1 de uitsluitingsgronden genoemd in paragraaf 2.3.5.1 toe te passen.

Artikel 3.68

Indien het speciale-sectorbedrijf uitsluitingsgronden heeft vastgesteld, gelden dezelfde regels voor het vragen van bewijsstukken daaromtrent als die welke voor aanbestedende diensten zijn vastgesteld. Ook voor de controle van gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring geldt dezelfde norm (artikel 2.101).

Artikel 3.69

Dit artikel geeft aan hoe het speciale-sectorbedrijf te werk moet gaan bij de selectie van deelnemers aan een procedure.

Het eerste lid geeft de «gewone» gang van zaken weer. Als het speciale-sectorbedrijf uitsluitingsgronden heeft vastgesteld, moet daar uiteraard eerst aan worden getoetst. Daarna vindt de selectie plaats aan de hand van de voorschriften en criteria die het bedrijf heeft gesteld. In voorkomende gevallen wordt het aantal geselecteerde gegadigden beperkt. Het tweede en derde lid geven regels ingeval het speciale-sectorbedrijf gebruik maakt van een erkenningsregeling.

Afdeling 3.3.7 Gunningsfase

§ 3.3.7.3 Gunningsbeslissing

Artikel 3.76

In artikel 3.76 is de regeling vastgelegd voor aanbiedingen die producten bevatten die afkomstig zijn van landen waarmee de Gemeenschap met betrekking tot overheidsaanbestedingen geen akkoord heeft, zoals bijvoorbeeld de GATT-code voor de levering van producten, het GPA en de EER-Overeenkomst. Op grond van artikel 3.76 hebben speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid een aanbieding te weigeren, wanneer de goederen in die aanbieding voor meer dan 50 procent afkomstig zijn uit landen waarmee de Gemeenschap geen akkoord heeft gesloten. Op grond van artikel 3.76, tweede lid, van dit wetsvoorstel is een speciale-sectorbedrijf verplicht om een dergelijke aanbieding te weigeren, indien er een gelijkwaardig aanbod is en de goederen in dat aanbod voor meer dan 50 procent afkomstig is van binnen de Gemeenschap. Er is reeds sprake van een gelijkwaardig aanbod als het prijsverschil tussen de betrokken aanbiedingen 3 procent of minder is. Gelet op het vijfde lid van artikel 3.76 van dit wetsvoorstel kan de groep van derde landen van samenstelling veranderen al naar gelang de Raad met een derde land overeenkomt dat richtlijn nr. 2004/17/EG ook van toepassing is op dat land.

§ 3.3.7.4 Verslaglegging en bekendmaking

Artikel 3.77

Dit artikel geeft uitvoering aan artikel 50 van richtlijn nr. 2004/17/EG. Anders dan richtlijn nr. 2004/18/EG kent de eerstgenoemde richtlijn geen verplichting tot het opstellen van een proces-verbaal over het plaatsen van een opdracht. Wel schrijft de richtlijn het gedurende vier jaar bewaren van bepaalde gegevens voor. Het gaat erom dat die gegevens worden bewaard die naderhand bepaalde beslissingen kunnen onderbouwen. Zo dienen bij voorbeeld bij toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging gegevens te worden bewaard die kunnen motiveren dat voldaan is aan de criteria van artikel 3.36 voor toepassing van die procedure.

De verplichting van artikel 50, eerste lid, tweede alinea, van richtlijn nr. 2004/17/EG om het verloop te documenteren van langs elektronische weg uitgevoerde procedures is vervat in artikel 3.50 jo. artikel 2.56 van dit wetsvoorstel. Ook die gegevens dienen vier jaar te worden bewaard (tweede lid).

HOOFDSTUK 3.5 ERKENNINGSREGELING

Artikel 3.78

Dit artikel betreft het instellen en beheren van erkenningsregelingen. Deze regelingen moeten werken volgens objectieve regels en criteria die, naar keuze van het speciale-sectorbedrijf, de capaciteit van de aannemers, leveranciers en dienstverleners betreffen of de kenmerken van de werken, leveringen of diensten waarop de regeling betrekking heeft. Met het oog op erkenning mogen speciale-sectorbedrijven eigen tests doen om de kenmerken van de betrokken werken, leveringen of diensten te beoordelen, met name wat compatibiliteit en veiligheid betreft. Een beslissing van een speciale-sectorbedrijf op het verzoek om erkenning zal veelal niet een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht zijn, omdat deze speciale-sectorbedrijven veelal geen bestuursorgaan zijn.

In artikel 52, eerste lid, onderdeel a, van richtlijn nr. 2004/17/EG is bepaald dat het speciale-sectorbedrijven niet is toegestaan om in het kader van een niet-openbare procedure, een procedure van gunning via onderhandeling, of een erkenningsregeling aan bepaalde ondernemers administratieve, technische of financiële voorwaarden op te leggen die niet aan andere ondernemers zijn opgelegd. In feite bepaalt dit voorschrift net als artikel 10 van richtlijn nr. 2004/17/EG dat speciale-sectorbedrijven niet mogen discrimineren tussen ondernemers. Het voorschrift van artikel 52, eerste lid, onderdeel a, van richtlijn nr. 2004/17/EG is derhalve niet overgenomen in dit wetsvoorstel. Op grond van het vierde lid kunnen de criteria en voorschriften, bedoeld in het derde lid, de uitsluitingscriteria, genoemd in artikel 2.86, omvatten onder de daarin genoemde voorwaarden, met dien verstande dat wanneer een regeling voor de erkenning van ondernemers wordt ingevoerd door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen die een overheidsopdracht gunt in het kader van een van de activiteiten, genoemd in de artikelen 3.1 tot en met 3.6 van dit wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is. Bij de toepassing van artikel 2.86 is artikel 2.89 van overeenkomstige toepassing. In artikel 2.86 van het wetsvoorstel zijn de gronden opgenomen op grond waarvan een gegadigde of inschrijver uitgesloten kan of moet worden van een aanbesteding. In het tweede lid van dit artikel staan de dwingende uitsluitingsgronden. De onderdelen a tot en met d, van het tweede lid, betreffen respectievelijk deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude en het witwassen van geld. Een speciale-sectorbedrijf die kennis heeft van een overeenkomstig het nationale recht uitgesproken onherroepelijk vonnis ten aanzien van één van de in dit lid genoemde strafbare feiten is in beginsel verplicht om de betreffende gegadigde of inschrijver uit te sluiten van de aanbesteding. Hiervan kan slechts worden afgezien wanneer dat om dwingende redenen van algemeen belang noodzakelijk is. De in artikel 2.87 opgenomen uitsluitingsgronden betreffen in tegenstelling tot artikel 2.86 niet de verplichting om uit te sluiten, maar de mogelijkheid om een ondernemer op bepaalde gronden uit te sluiten.

DEEL 4. OVERIGE BEPALINGEN

HOOFDSTUK 4.1 GEDRAGSVERKLARING AANBESTEDEN

Afdeling 4.1.1 Algemene bepalingen

Artikel 4.1

In het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat in dit wetsvoorstel voorziet in een specifieke, op aanbesteden gerichte verklaring die door de Minister van Justitie kan worden afgegeven in het kader van een onderzoek naar de justitiële antecedenten van ondernemers die meedoen in zo'n procedure. Dit artikel bevat de omschrijving van de strekking van een dergelijke verklaring. Verklaringen kunnen worden afgegeven ten aanzien van natuurlijke personen en ten aanzien van rechtspersonen. Bij een onderzoek naar een rechtspersoon wordt niet alleen de rechtspersoon zelf beoordeeld, maar ook de leidinggevenden en voormalige leidinggevenden van het afgelopen jaar van de rechtspersoon. Artikel 4.4, tweede lid, onderdeel b, bevat een nadere specificatie van wat in het licht van de gedragsverklaring aanbesteden onder voormalige leidinggevenden moet worden verstaan.

Over de afgifte van de gedragsverklaring aanbesteden wordt in alle gevallen beslist door de Minister van Justitie. De gedragsverklaring aanbesteden is een specifieke verklaring voor een bepaald doel (toetsing van integriteit in het kader van aanbestedingen) met een algemene geldigheid voor dat doel van een jaar.

Artikel 4.2

Voor de toepassing van de gedragsverklaring aanbesteden wordt dezelfde omschrijving van het begrip rechtspersoon gegeven als die in artikel 1, onderdeel d, van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Een gedragsverklaring aanbesteden kan derhalve, evenals een verklaring omtrent het gedrag, alleen worden aangevraagd voor rechtspersonen naar Nederlands recht. In de justitiële documentatie worden namelijk geen gegevens opgenomen van rechtspersonen naar buitenlands recht. Rechtspersonen naar buitenlands recht dienen op grond van artikel 2.89, vierde lid, desgevraagd aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de daar bedoelde gegevens over te leggen.

Artikel 4.3

Een beslissing tot het al dan niet verstrekken van een gedragsverklaring aanbesteden is niet gericht op rechtsgevolg. Immers, het is aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om te bepalen of en zo ja, welke conclusies worden getrokken uit de verklaring of uit de weigering de verklaring af te geven. Daar komt nog bij dat een aanbestedingsprocedure uiteindelijk uitmondt in een civielrechtelijke overeenkomst. Het is evenwel wel wenselijk dat bezwaar en beroep openstaat tegen de beslissing van de Minister van Justitie. Daarom wordt bepaald dat een dergelijke beslissing als een beschikking in de zin van artikel 1:3, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt aangemerkt. Artikel 29 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens bevat eenzelfde bepaling.

Artikel 4.4

Dit artikel bevat een aantal procedurele voorschriften voor het indienen van een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden. Het eerste, derde en vierde lid stemmen overeen met hetgeen in de artikelen 30 en 33

van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens is geregeld. Een ondernemer vraagt de verklaring aan door het aanvraagformulier en de benodigde gegevens in te vullen en op te sturen naar het centraal orgaan verklaringen omtrent het gedrag (COVOG). Het aanvraagformulier is te downloaden op de site van het COVOG.

Uit het tweede lid vloeit voort dat de aanvrager bij zijn aanvraag een aantal gegevens moet verstrekken omtrent zijn identiteit. Indien de aanvraag betrekking heeft op een rechtspersoon, moeten ingevolge artikel 32, tweede lid, van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens tevens de persoonsgegevens van ieder van de bestuurders, vennoten, maten of beheerders worden verstrekt. Deze gegevens moeten ook worden verstrekt over voormalige bestuurders, vennoten, maten of beheerders van het voorgaande jaar die nog een beleidsbepalende functie binnen de rechtspersoon bekleeden, met het oog op de toepassing van artikel 4.7, derde lid.

Artikel 4.5

De termijnen voor het nemen van een besluit op een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden zijn dezelfde als die welke gelden voor een besluit op een aanvraag om een verklaring omtrent het gedrag, te weten vier weken voor een aanvraag die een natuurlijke persoon betreft en acht weken voor een rechtspersoon. Die termijn kan eenmaal worden verlengd.

Artikel 4.6

Uit dit artikel vloeit voort dat een vergoeding kan worden gevraagd voor het in behandeling nemen van een gedragsverklaring aanbesteden.

Afdeling 4.1.2 Toetsingscriteria

Artikel 4.7

Dit artikel regelt uitputtend welke gegevens de Minister van Justitie betreft bij de beoordeling van een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden.

Onderdeel a heeft betrekking op die veroordelingen die op grond van artikel 2.86 van het wetsvoorstel tot uitsluiting moeten leiden. Daarnaast zijn in dit onderdeel de misdrijven opgenomen die op grond van de artikelen 1 en 3 van het Kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding (PbEU 2002, L 164) als terroristische misdrijven moeten worden aangemerkt. Dit heeft de volgende reden. In paragraaf 2.5 van deze memorie van toelichting is vermeld dat de daar genoemde aanbestedingsrichtlijn op het gebied van defensie en veiligheid (verder: defensierichtlijn) zal worden geïmplementeerd in een apart wetsvoorstel. Daarbij zal echter wel gebruik gemaakt worden van de in dit wetsvoorstel geregelde gedragsverklaring aanbesteden. De verplichte uitsluitingsgronden in de defensierichtlijn zijn dezelfde als die in richtlijn nr. 2004/18/EG, aangevuld met de genoemde terroristische misdrijven. Ondernemingen die over een gedragsverklaring aanbesteden beschikken dienen die te kunnen gebruiken voor zowel «gewone» aanbestedingen als voor aanbestedingen waarop de defensierichtlijn van toepassing is. Het is daarom nodig dat de Minister van Justitie ook deze misdrijven bij zijn oordeelsvorming omtrent het al dan niet afgeven van de gedragsverklaring aanbesteden betreft. Terroristische misdrijven kunnen voor «gewone» aanbestedingen worden aangemerkt als overtreding van een relevante beroepsgedragsregel als bedoeld in artikel 2.87, onderdeel b. De invulling van «relevante beroepsgedragsregels» in het kader van de gedragsverklaring aanbesteden geschiedt overigens in het eerste lid,

onderdeel b, van artikel 4.7. De reden dat terroristische misdrijven in onderdeel a worden opgenomen houdt verband met de opzet van artikel 4.10. In de toelichting op dat artikel wordt daarop nader ingegaan. Het eerste lid, onderdeel b, geeft verder invulling aan artikel 2.87, onderdeel b. Als zodanig worden aangemerkt misdrijven die zijn opgenomen in de Wet op de economische delicten, en bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen misdrijven in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten. De Wet economische delicten stelt feiten uit tientallen wetten strafbaar die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat deze normen bevatten in de economische sfeer. Alleen misdrijven worden in de beschouwingen betrokken. Ten algemene kan worden gesteld dat het wenselijk is dergelijke feiten bij de gedragsverklaring aanbesteden te betrekken. Indien in een enkel geval de desbetreffende veroordeling in het kader van een aanbestedingsprocedure niet relevant kan worden geacht, heeft de aanbestedende dienst de vrijheid om, ook al is geen gedragsverklaring aanbesteden verstrekt, de ondernemer toch niet uit te sluiten. Wat betreft bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen misdrijven is het uitgangspunt vanzelfsprekend dat het moet gaan om misdrijven die op enigerlei wijze relevant kunnen zijn in het kader van een aanbestedingsprocedure. Wat betreft het Wetboek van Strafrecht zal het gaan om het merendeel van de daarin opgenomen misdrijven (onder meer misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht, diefstal, afpersing, verduistering, bedrog, benadeling van schuldeisers en dergelijke. Wat betreft elders geregelde misdrijven zullen misdrijven in de sfeer van de belastingwetgeving, de Wet wapens en munitie en de Opiumwet voorzover het betreft de productie of de handel worden aangewezen. Een en ander vergt een gedetailleerde opsomming, die als gevolg van wijzigingen in regelgeving aan regelmatige wijziging onderhevig zal zijn. De vorm van een algemene maatregel van bestuur is hiervoor geschikt.

De onderdelen c en d van het eerste lid geven een niet uitputtende invulling aan artikel 2.87, onderdeel c, dat spreekt over een ernstige fout, begaan in de uitoefening van het beroep. Gevallen waarin door de NMa of de Europese Commissie een boete is opgelegd wegens overtreding van het kartelverbod of het verbod van het maken van misbruik van een economische machtspositie kunnen worden beschouwd als een ernstige fout, begaan in de uitoefening van een beroep en worden daarmee betrokken bij de vraag of een gedragsverklaring aanbesteden kan worden afgegeven. Onder onderdeel d worden ook overtredingen van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verstaan. Echter, om de effectiviteit van de clementieregeling van de NMa en van de Europese Commissie niet te verstoren, worden boetebeschikkingen waarbij de raad of de Commissie boetevermindering heeft verleend niet meegenomen. De clementieregeling van de NMa is te vinden in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Stcrt. 2009, 14078). De clementieregeling van de Europese Commissie is te vinden in de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening nr. 1/2003/EG worden opgelegd (PbEU 2006/C 210/02).

Het staat een aanbestedende dienst vrij in het kader van de toetsing op grond van artikel 2.87, onderdeel c, zelf andere gedragingen in zijn afweging te betrekken.

Het tweede en derde lid bepalen op welke wijze getoetst wordt ingeval de aanvraag betrekking heeft op een rechtspersoon.

Het tweede lid verklaart artikel 35, tweede lid, van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens van overeenkomstige toepassing. Dat artikellid bepaalt dat, ingeval de aanvraag betrekking heeft op een rechtspersoon, acht wordt geslagen op de gegevens op naam van de rechtspersoon en

die op naam van ieder der bestuurders, vennoten, maten of beheerders van de rechtspersoon. Indien de bestuurder een rechtspersoon is, dan wordt verder doorgevraagd totdat natuurlijke personen worden geïdentificeerd. Eveneens worden in de beoordeling betrokken veroordelingen voor de in het eerste lid, onderdeel a, genoemde overtredingen die zijn begaan door degenen die zijn vervolgd op grond van artikel 51, derde lid, van het Wetboek van Strafrecht. Het gaat hier om personen die opdracht hebben gegeven tot het desbetreffende strafbare feit, of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging.

Op grond van het derde lid betreft de Minister van Justitie bij zijn oordeel tevens justitiële gegevens van voormalige leidinggevendenden van het afgelopen jaar die nog een beleidsbepalende functie vervullen.

Artikel 4.8

Dit artikel regelt de terugkijktermijn in het kader van de gedragsverklaring aanbesteden. De richtlijnen laten hiervoor de ruimte aan de lidstaten. Bepaald wordt dat de Minister van Justitie acht slaat op onherroepelijke veroordelingen van de afgelopen vier jaar. Deze termijn stemt overeen met de termijnen van de artikelen 2.86 en 2.87. De termijn van vier jaar is proportioneel en zorgt ervoor dat een ondernemer niet als gevolg van een veroordeling vele jaren geen gedragsverklaring aanbesteden kan krijgen.

Artikel 4.9

De Minister van Justitie kan de justitiële documentatie raadplegen met het oog op een besluit omtrent een aanvraag voor een gedragsverklaring aanbesteden. Beschikkingen op grond van de Mededingingswet en beschikkingen van de Europese Commissie als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d, zijn daarin niet opgenomen. Beide soorten beschikkingen worden openbaar gemaakt. De NMa zal de Minister van Justitie periodiek een overzicht verstrekken van de door hem gedane uitspraken.

Afdeling 4.1.3 Beoordeling

Artikel 4.10

Dit artikel regelt in welke gevallen de afgifte van een gedragsverklaring aanbesteden wordt geweigerd. In combinatie met de terugkijktermijn van artikel 4.8 betekent dit dat een ondernemer geen gedragsverklaring aanbesteden kan krijgen indien sprake is van veroordelingen of beschikkingen als bedoeld in het eerste lid (natuurlijke personen) of tweede lid (rechtspersonen) in de vier jaar voorafgaande aan de aanvraag. Het eerste en tweede lid bepalen in welke gevallen de aangewezen veroordelingen of beschikkingen aanleiding vormen een gedragsverklaring aanbesteden te weigeren. Hiermee is sprake van een gebonden beschikking.

Het eerste lid, onderdeel a, en tweede lid, onderdeel a, kunnen als volgt worden toegelicht. Uit dit onderdeel jo. artikel 4.7, eerste lid, in samenhang met het daarin genoemde artikel 2.86, derde lid, van dit wetsvoorstel vloeit voort dat veroordelingen wegens de verplichte uitsluitingsgronden altijd leiden tot weigering van de gedragsverklaring aanbesteden. Aan deze categorie worden de terroristische misdrijven uit het Kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding toegevoegd. In de toelichting op artikel 4.7 is reeds uiteengezet waarom het wenselijk is deze categorie op te nemen. Zoals daar ook reeds is vermeld, wordt hiermee wat betreft de aanbestedingen op grond van richtlijnen nr. 2004/18/EG invulling gegeven aan het begrip relevante beroepsgedragsregels als bedoeld in artikel 2.87, onderdeel b. Voor het overige wordt

door middel van het eerste lid, onderdeel b en het tweede lid, onderdeel b, aan dat begrip invulling gegeven. De reden dat terroristische misdrijven in onderdeel a van het eerste en tweede lid worden genoemd is gelegen in het feit dat in dit onderdeel, in tegenstelling tot onderdeel b, geen ondergrens is opgenomen. Een onherroepelijke veroordeling op grond van een terroristisch misdrijf leidt, in overeenstemming met de defensierichtlijn, dus altijd tot weigering van de gedragsverklaring aanbesteden. Richtlijn nr. 2004/18/EG biedt daarvoor de ruimte.

Daarnaast worden in het eerste lid, onderdeel b, en het tweede lid, onderdeel b, van artikel 4.10 onherroepelijke veroordelingen aangewezen wegens misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht, misdrijven die zijn opgenomen in de Wet economische delicten en andere bij algemene maatregel van bestuur aangewezen misdrijven, waarbij sprake is van een relevante beroepsgedragsregel. Hiervoor geldt dat de strafmaat in sommige gevallen wel een rol speelt bij de vraag of een gedragsverklaring aanbesteden wordt afgegeven. Indien een onvoorwaardelijke gevangenisstraf of hechtenis is opgelegd, leidt dat tot weigering van de gedragsverklaring aanbesteden, omdat bij een dergelijke sanctie altijd sprake zal zijn van een ernstige zaak. In gevallen waarbij een (on)voorwaardelijke geldboete of taakstraf wordt opgelegd of een voorwaardelijke gevangenisstraf of hechtenis, wordt een ondergrens opgenomen van € 35 000. Het gaat hierbij om een cumulatief bedrag van alle geldboetes voor de delicten die worden meegewogen en van alle veroordeelde bestuurders. Voor taakstraffen en voorwaardelijke gevangenisstraf of hechtenis wordt een omreken criterium in het vierde lid opgenomen. Dit criterium is ontleend aan de omreken tabel vervangende hechtenisgeldboete. Door deze ondergrens wordt voorkomen dat minder zware veroordelingen, bijvoorbeeld op grond van een in de Wet economische delicten opgenomen strafbaar feit, altijd leiden tot weigering van de gedragsverklaring aanbesteden.

Onherroepelijke beschikkingen van de NMa waarbij geen boetevermindering is verleend worden op grond van het eerste lid, onderdelen a, onder 2°, en b, onder 2°, meegewogen voor zover daaraan door de NMa de kwalificatie zwaar of zeer zwaar wordt gegeven. Hierdoor blijven overtredingen van formele voorschriften in de Mededingingswet (zoals het niet doen van een voorgeschreven melding of het niet verstrekken van gevraagde gegevens) buiten beschouwing. Onherroepelijke sancties wegens overtreding van de Europese mededingingsregels waarbij geen boete-immuniteit of boetevermindering is verleend leiden op grond van het eerste lid, onderdelen a, onder 2°, en b, onder 2°, altijd tot weigering van de gedragsverklaring aanbesteden. In die gevallen is sprake van grensoverschrijdende mededingingsovertredingen, die per definitie als ernstig moeten worden aangemerkt, omdat sprake is van een grensoverschrijdend belang.

HOOFDSTUK 4.2 NADERE UITVOERINGSREGELS

Artikel 4.12

In de artikelen 42 en 71 van richtlijn nr. 2004/18/EG respectievelijk de artikelen 48 en 64 van richtlijn nr. 2004/17/EG bevatten voorschriften met een hoog technisch gehalte. In artikel 4.12, eerste lid, is om die reden een delegatiegrondslag gecreëerd voor de implementatie ervan. In het tweede lid van artikel 4.12 wordt de mogelijkheid geboden om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur een erkenningsregeling in te stellen. De eisen aan een dergelijke erkenningsregeling zijn vervat in artikel 52 van richtlijn nr. 2004/18/EG. Voor speciale-sectorbedrijven is in artikel 3.66 de mogelijkheid opgenomen om een erkenningsregeling in te stellen.

Afdeling 4.2.2 Het elektronische systeem voor aanbestedingen

Artikelen 4.13 en 4.14

De Minister van Economische Zaken krijgt tot taak er zorg voor te dragen dat een elektronisch systeem van aanbesteden beschikbaar komt.

TenderNed kent drie wettelijke doelen, te weten de functionaliteit voor het doen van aankondigingen, de functionaliteit voor de statistiekverplichting en de functionaliteiten die samenhangen met rapportages over aanbestedingen voor het parlement.

TenderNed ondersteunt het juist invullen van de formulieren betreffende de verschillende aankondigingen en draagt zorg voor het doorgeven daarvan aan de Europese Commissie. Door de centrale rol van TenderNed is het ook mogelijk om beter te voldoen aan de statistiekverplichting van Nederland, omdat op eenvoudige wijze de rapportages te maken zijn, die daarvoor benodigd zijn.

In deze wet wordt aan TenderNed het exclusieve recht verleend om deze economische activiteiten te verrichten. Dit is te rechtvaardigen, omdat TenderNed een dienst van algemeen (economisch) belang (DAEB) verricht. De keuze om een DAEB in te richten is aan de overheid. De EG-regelgeving verzet zich niet tegen het inrichten van DAEB's, mits dat kan worden gemotiveerd met een beroep op het algemeen belang. Het algemeen belang dat door middel van TenderNed wordt nagestreefd is 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. Zoals in het algemeen deel van deze memorie van toelichting is aangegeven, is het de bedoeling dat TenderNed als zodanig zal functioneren. De minister zorgt ervoor dat op dat systeem de nieuwste formulieren voor het doen van aankondigingen en overige mededelingen beschikbaar zijn. De verwachting is dat de Commissie op grond van haar bevoegdheden daaromtrent regelmatig zal overgaan tot wijziging van het model en de wijze van aankondiging. Daarom is gebruik gemaakt van de methode van (dynamische) verwijzing.

Bijkomend doel van de verplichting om via TenderNed opdrachten aan te kondigen, is dat de statistische gegevens over het voorafgaande jaar die jaarlijks uiterlijk op 31 oktober aan de Europese Commissie moeten worden gestuurd steeds in TenderNed beschikbaar zijn. Dit heeft voor de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven als voordeel dat zij niet langer jaarlijks een aantal formulieren hoeven in te vullen. Dit scheelt uitvoeringslasten. De minister mag daarom voor het doel om statistische gegevens te verzamelen informatie uit TenderNed halen ter verzending aan de Europese Commissie.

Tenslotte geeft artikel 4.14, onderdeel d, de minister de bevoegdheid om gegevens te verzamelen ten behoeve van verslaglegging aan de beide Kamers van de Staten-Generaal. In TenderNed kunnen gegevens verzameld worden die de minister nodig heeft om verslag aan de beide kamers te kunnen doen, bijvoorbeeld in het kader van een periodiek nalevingsonderzoek.

Ter toelichting van artikel 4.13, tweede lid, kan het volgende worden opgemerkt. In paragraaf 4.5 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is aangegeven dat bezien zal worden of het mogelijk is andere geautomatiseerde systemen die voorzien in het doen van aankondigingen voor aanbestedingen, aan TenderNed te koppelen. Als zo'n 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. Het tweede lid van artikel 4.13 schept daarvoor een basis.

HOOFDSTUK 4.3 VERNIETIGBAARHEID EN BOETE

Artikelen 4.15 tot en met 4.26

Dit hoofdstuk betreft de bepalingen uit de Wira over de postcontractuele fase. Ter toelichting zij verwezen naar de memorie van toelichting van de Wira (zie Kamerstukken II 2009/10, 32 027 nr. 3).

De artikelen 4.15 tot en met 4.26 corresponderen met de artikelen van de Wira overeenkomstig de onderstaande tabel. De formulering van artikel 4.26, onderdeel b, is aangepast overeenkomstig hetgeen is toegezegd bij de behandeling van het wetsvoorstel implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen in de Eerste Kamer (Kamerstukken 32 027).

| Aanbestedingswet 20.. | Wira |
|-----------------------|------------|
| Artikel 4.15 | Artikel 8 |
| Artikel 4.16 | Artikel 9 |
| Artikel 4.17 | Artikel 10 |
| Artikel 4.18 | Artikel 11 |
| Artikel 4.19 | Artikel 12 |
| Artikel 4.20 | Artikel 13 |
| Artikel 4.21 | Artikel 14 |
| Artikel 4.22 | Artikel 15 |
| Artikel 4.23 | Artikel 16 |
| Artikel 4.24 | Artikel 17 |
| Artikel 4.25 | Artikel 18 |
| Artikel 4.26 | Artikel 20 |

Artikel 4.20, eerste lid, is aangevuld, zodat de verplichting om vonnissen door te zenden ook geldt voor vonnissen waarin de vernietiging is uitgesproken, maar aan de vernietiging de werking geheel of gedeeltelijk wordt ontzegd. Op grond van artikel 4.21 kan de NMa ook in die gevallen een boete opleggen, zodat het van belang is dat de raad weet heeft van deze vonnissen.

HOOFDSTUK 4.4 EVALUATIEBEPALINGEN

Artikel 4.27

In paragraaf 4.2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is reeds in algemene zin ingegaan op de redenen voor het opnemen van artikel 4.27. In aanvulling op hetgeen daar is gesteld wordt nog het volgende opgemerkt.

Het in het eerste lid bedoelde onderzoek zal zich met name richten op de vraag in hoeverre het ARW en het Richtsnoer leveringen en diensten worden nageleefd. Immers, bij brede naleving daarvan is vanzelf sprake van een meer uniforme toepassing van het plaatsen van overheidsopdrachten.

Het tweede lid geeft aan dat een algemene maatregel van bestuur kan worden vastgesteld indien uit de gehouden evaluatie blijkt dat sprake is van een onvoldoende uniforme wijze van het plaatsen van overheidsopdrachten. Wanneer dat het geval is, valt niet in exacte percentages uit te drukken. Vanzelfsprekend moet wel sprake zijn van een duidelijk aantoonbaar en voor ondernemers merkbaar gebrek aan uniformering. Bij de voorbereiding van een eventuele algemene maatregel van bestuur

zullen de gebruikelijke overlegkanalen in het kader van aanbestedingen, waarin alle departementen zijn vertegenwoordigd, uiteraard worden betrokken. Op grond van de eerste volzin van het derde lid wordt een ontwerp van een algemene maatregel van bestuur bij de beide Kamers der Staten-Generaal voorgehangen (derde lid).

De algemene maatregel van bestuur kan inhouden dat een daarbij aan te wijzen richtsnoer moet worden nageleefd. Gelet op het karakter van dat richtsnoer ligt het in de rede dat in de algemene maatregel van bestuur aan aanbestedende diensten de mogelijkheid wordt gegeven om, binnen de grenzen van het wetsvoorstel (en wel met name de naleving van de regels in hoofdstuk 1.2 inzake gelijkheid, transparantie en proportionaliteit), gemotiveerd af te wijken van het richtsnoer. Op deze manier wordt voorkomen dat innovatieve wijzen van aanbesteden onnodig belemmerd zouden worden door het richtsnoer.

De algemene maatregel van bestuur kan desgewenst beperkt worden tot een bepaalde groep van aanbestedende diensten. Hierdoor kan de verplichting om het richtsnoer te gebruiken beperkt worden tot een groep aanbestedende diensten, waar de uniformering nog niet bereikt is. Voor de aanbestedende diensten die al vrijwillig het richtsnoer gebruiken, is het immers niet nodig om deze algemene maatregel van bestuur te gaan laten gelden.

Op grond van het derde lid, tweede volzin, wordt de voordracht voor een algemene maatregel van bestuur gedaan door de Minister van Economische Zaken in overeenstemming met de minister of ministers wie het mede aangaat. Gelet op het belang van deze algemene maatregel van bestuur voor de geadresseerde aanbestedende diensten wordt dit uitdrukkelijk geregeld. Een en ander betekent bij voorbeeld dat, indien de maatregel betrekking zou hebben op medeoverheden, instemming is vereist van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, en bij toepasselijkheid op scholen de instemming is vereist van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

Artikel 4.28

Een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel is het bevorderen van een betere naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het is daarom zinvol om een aantal jaren na de inwerkingtreding van de wet te bezien of daarvan inderdaad sprake is. Hierbij kunnen de dan te verkrijgen resultaten worden afgezet tegen de periodieke nalevingsonderzoeken die thans worden gehouden.

HOOFDSTUK 4.5 OVERGANGS- EN SLOTBEPALINGEN

Artikel 4.29

Dit artikel bevat een aantal overgangsvoorzieningen.

Het eerste lid treft een overgangsvoorziening voor aanbestedingen waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn. De huidige regels voor die gevallen zijn vervat in het Bao en het Bass. Deze worden vervangen door de delen 2 en 3 van dit wetsvoorstel. De procedures als zodanig blijven uiteraard hetzelfde. Het wetsvoorstel schrijft wel het verplicht gebruik van TenderNed en de eigen verklaring voor, en bevat nieuwe regels omtrent de integriteitstoetsing. Het is niet praktisch dat deze elementen in een reeds lopende procedure wordt ingepast. Dat leidt uitzondering wat betreft het gebruik van TenderNed voor aankondigingen die nog moeten plaatsvinden. Het is niet bezwaarlijk voor die gevallen het gebruik daarvan verplicht te stellen.

Daarnaast zullen op grond van het tweede lid de nieuwe bepalingen van de afdelingen 1.2.2 en 1.2.3 en hoofdstuk 1.3 voor nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures met betrekking tot de

toepassing van beginselen en administratieve voorschriften evenmin gelden voor lopende procedures.

Indien de aanbestedende dienst wel zijn voorbereidende handelingen heeft verricht, maar nog geen aankondiging van de opdracht heeft gedaan (in een procedure met aankondiging, zoals bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentie gerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met aankondiging), dan is dit wetsvoorstel wel van toepassing.

Indien de aanbestedende dienst nog niet om inschrijvingen heeft gevraagd in een procedure zonder aankondiging, zoals bijvoorbeeld bij B-diensten of een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, is dit wetsvoorstel eveneens van toepassing.

Artikel 4.30

Op grond van dit wetsvoorstel zal voortaan de integriteitstoetsing in het kader van een aanbestedingsprocedure door middel van de gedragsverklaring aanbesteden plaatsvinden. Het zou echter op praktische problemen stuiten indien vanaf de inwerkingtreding van het wetsvoorstel bij aanbestedingen uitsluitend die verklaring kan worden gebruikt. Dat zou immers betekenen dat alle ondernemingen die deelnemen aan aanbestedingen in een zeer korte periode een aanvraag daarvoor zouden moeten doen en dat daarop binnen de in dit wetsvoorstel daarvoor gestelde termijnen zou moeten worden beslist. Dat is niet uitvoerbaar voor de betrokken uitvoeringsinstantie. Daarom is voorzien in een overgangsbe-
paling die de mogelijkheid geeft gedurende een jaar na de inwerking-
treding van het wetsvoorstel daarvoor nog de huidige verklaring omtrent het gedrag te gebruiken.

Artikel 4.31

In dit artikel wordt een voorziening getroffen voor bouwbedrijven die indertijd hebben meegewerkt aan een of meer van de vertrouwenwekkende maatregelen die zijn afgesproken in het vervolgtraject op de Parlementaire Enquete Bouwnijverheid. Het gaat hierbij om bedrijven die de Mededingingswet hadden overtreden en vervolgens voor 1 mei 2004 hun boekhouding hebben ingeleverd bij de NMa of meegewerkt hebben aan een versnelde procedure bij de NMa dan wel hebben deelgenomen aan de Collectieve Regeling Bouwnijverheid. Het Kabinet heeft bedrijven opgeroepen om vóór 1 mei 2004 aan de NMa volledige openheid van zaken te geven over hun verleden ten aanzien van handelen in strijd met het mededingingsrecht in de periode vanaf 1 januari 1998 – de datum waarop de NMa bevoegd werd dergelijke zaken af te doen – tot 1 januari 2003. Daarnaast heeft de NMa speciaal voor de overtredingen van de Mededingingswet in de hiervoor genoemde periode een versnelde sanctieprocedure ontworpen voor alle bouwbedrijven waartegen een sanctieprocedure wordt gestart. Deze procedure is speciaal ontworpen om de boeteoplegging adequaat en voortvarend te laten verlopen en bedrijven de mogelijkheid geven snel schoon schip te maken. Tenslotte hebben vertegenwoordigers van Bouwend Nederland en de overheden een akkoord Collectieve Regeling Bouwnijverheid getekend. Met de uitvoering van de afspraken uit dit akkoord werd een einde gemaakt aan alle lopende civiele procedures om bij bouwbedrijven schade te verhalen vanwege vermeende prijsafspraken. Aan die bedrijven is toegezegd dat in die gevallen niet vanwege die mededingingsovertredingen een VOG zou worden geweigerd (Kamerstukken II 2005/2006, nr. 29 709, nr. 10). Die toezegging wordt uiteraard ook gestand gedaan in het kader van de gedragsverklaring aanbesteden.

Artikel 4.32

Dit artikel treft een voorziening indien onverhoopt door bijzondere omstandigheden (voorbeeld wanneer het systeem van TenderNed later wordt opgeleverd of bij gebruik onverwachte problemen optreden) de artikelen met betrekking tot het in de artikelen 4.13 en 4.14 niet terstond in werking kunnen treden. In dat geval zullen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven tijdelijk aan hun publicatieverplichtingen kunnen voldoen door publicatie op het systeem van de Europese Commissie, TED.

Artikel 4.37

Dit artikel bevat een samenloopbepaling in verband met het bij de Eerste Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek) (Kamerstukken 31 065). Op grond van dit wetsvoorstel vervalt het begrip «maten» in onder meer de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

III. TRANSPONERINGSTABELLEN

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|---|---|--|
| TITEL I DEFINITIES EN ALGEMENE BEGINSLEN | | | |
| Artikel 1, eerste lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |
| Artikel 1, tweede lid, onderdeel a | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, tweede lid, onderdeel b, eerste volzin | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, tweede lid, onderdeel b, tweede volzin | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, tweede lid, onderdeel c | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, tweede lid, onderdeel d | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, derde lid, onderdeel a | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, derde lid, onderdeel b | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, vierde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, vijfde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zesde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zevende lid, eerste alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zevende lid, tweede alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zevende lid, derde alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, achtste lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, negende lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, tiende lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, elfde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, twaalfde lid | Behoeft geen implementatie | Definitie wordt verder niet gebruikt | |
| Artikel 1, dertiende lid, eerste alinea | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 1, dertiende lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie | Voorrangregels mbt CPV/codes zijn niet langer nodig | Zie bijv. de richtlijn defensieopdrachten. Daarin wordt enkel naar die Vo verwezen |
| Artikel 2, eerste lid, onderdeel a | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 2, eerste lid, onderdeel b, eerste alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 2, eerste lid, onderdeel b, tweede alinea | Artikel 1.2 | | |
| Artikel 2, tweede lid | Artikel 1.1 (speciale sectorbedrijf) | | |

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|---|---|--|
| Artikel 2, derde lid | Artikel 1.1 | | De beperking dat het recht bestuursrechtelijk of wettelijk moet zijn toegekend is vanzelfsprekend in het bestuursrecht en niet overgenomen. In de gebruikte term «besluit» is het begrip bestuursrechtelijk ingesloten |
| Artikel 3, eerste lid Artikel 3, tweede lid Artikel 3, derde lid Artikel 3, vierde lid Artikel 4, eerste lid Artikel 4, tweede lid Artikel 4, derde lid Artikel 5, eerste lid Artikel 5, tweede lid | Artikel 3.1, eerste lid Artikel 3.1, tweede lid Artikel 3.2, eerste lid Artikel 3.2, tweede lid Artikel 3.3, eerste lid Artikel 3.3, tweede lid Artikel 3.3, derde lid Artikel 3.4, eerste lid Artikel 3.4, tweede lid | | Verwijzing naar RL 93/38/EG is niet overgenomen |
| Artikel 6, eerste lid Artikel 6, tweede lid, onderdeel a Artikel 6, tweede lid, onderdeel b Artikel 6, tweede lid, onderdeel c Artikel 7, onderdeel a Artikel 7, onderdeel b Artikel 8, eerste volzin Artikel 8, tweede volzin | Artikel 1.1, artikel 3.5, eerste lid Artikel 1.1, artikel 3.5, tweede lid Artikel 1.1, artikel 3.5, tweede lid Artikel 1.1, artikel 3.5, tweede lid Behoeft geen implementatie Artikel 1.1, Artikel 3.6 Behoeft geen implementatie Niet geïmplementeerd. | Feitelijke uitvoering door Minister | |
| Artikel 9, eerste lid Artikel 9, tweede en derde lid | Artikel 3.7, eerste en tweede lid Artikel 3.7, tweede lid onderdeel a , onderdeel b Artikel 1.5 en 1.6 | | |
| Artikel 10 TITEL II OPDRACHTEN | | | |
| Artikel 11, eerste lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.52, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 11, tweede lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.52, derde tot en met vijfde lid | | |
| Artikel 12 | Artikel 1.21 | | |
| Artikel 13 | Artikel 3.80, jo. artikel 2.55 | | |
| Artikel 14, eerste lid | Artikel 3.44 | | |
| Artikel 14, tweede lid | Artikel 3.45 | | |
| Artikel 14, derde lid | Behoeft geen implementatie | Omgekeerde bepaling van art. 3.45 | |
| Artikel 14, vierde lid | Artikel 3.46 | | |
| Artikel 15, eerste lid | Artikel 3.47 | Mogelijkheid om Dynamisch aankoopstelsel in te stellen is overgenomen | Dynamisch aankoopstelsel instellen is keuze van aanbestedende dienst. Deze mogelijkheid opnemen in de wet biedt meer ruimte voor maatwerk |
| Artikel 15, tweede lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.143, tweede tot en met vierde lid en artikel 2.144, eerste lid | | |
| Artikel 15, derde lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.143, tweede lid | | |
| Artikel 15, vierde lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.145 | | |
| Artikel 15, vijfde lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.146 | | |
| Artikel 15, zesde lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.147 | | |
| Artikel 15, zevende lid | Artikel 3.80, jo. artikel 2.148 | | |
| Artikel 16 | Artikel 3.8 | | |
| Artikel 17, eerste lid | Artikel 3.12, eerste en derde lid, en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, tweede lid | Artikel 3.11, tweede lid, jo. artikel 2.14 en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, derde lid | Artikel 3.12, tweede lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, vierde lid | Artikel 3.13, eerste lid, jo. artikel 2.16 en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, vijfde lid | Artikel 3.13, tweede lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, zesde lid, onderdeel a, eerste alinea | Artikel 3.15, eerste lid en artikel 3.20 | | |

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|---|--|---|
| Artikel 17, zesde lid, onderdeel a, tweede alinea | Artikel 3.15, tweede lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, zesde lid, onderdeel a, derde alinea | Artikel 3.15, derde lid artikel 2.18, derde lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, zesde lid, onderdeel b, eerste alinea | Artikel 3.16, eerste lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, zesde lid, onderdeel b, tweede alinea | Artikel 3.16, tweede lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, zesde lid, onderdeel b, derde alinea | Artikel 3.16, derde lid, artikel 2.19, derde lid en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, zevende lid | Artikel 3.18, artikel 2.21 en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, achtste lid | Artikel 3.19 en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, negende lid | Artikel 3.17, artikel 2.20 en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, tiende lid | Artikel 3.14, artikel 2.17, aanhef en onderdelen a tot en met c, en artikel 3.20 | | |
| Artikel 17, elfde lid | Artikel 3.14, artikel 2.17, aanhef en onderdelen d en e | | |
| Artikel 18 | Behoeft geen implementatie | De wet is niet van toepassing op concessie-overeenkomsten voor diensten | |
| Artikel 19, eerste lid | Artikel 3.23, eerste lid, onderdeel a | | |
| Artikel 19, tweede lid | Artikel 3.23 tweede en derde lid | | |
| Artikel 20, eerste lid | Artikel 3.23, eerste lid, onderdeel b | | |
| Artikel 20, tweede lid | Artikel 3.23, tweede en derde lid | | |
| Artikel 21 | Artikel 3.22, eerste lid, onder a | | |
| Artikel 22, onderdeel a | Artikel 3.22, eerste lid, onder b, onder 1° en tweede lid | | |
| Artikel 22, onderdeel b | Artikel 3.22, eerste lid, onder b, onder 2° | | |
| Artikel 22, onderdeel c | Artikel 3.22, eerste lid, onder c | | |
| Artikel 23, eerste lid | Artikel 3.24, vierde lid en vijfde lid | | |
| Artikel 23, tweede en derde lid, eerste alinea | Artikel 3.24, eerste lid | | |
| Artikel 23, derde lid, tweede alinea | Artikel 3.24, tweede lid | | |
| Artikel 23, derde lid, derde alinea | Artikel 3.24, derde lid | | |
| Artikel 23, vierde lid | Artikel 3.25 | | |
| Artikel 23, vijfde lid | Artikel 3.26 | | |
| Artikel 24 | Artikel 3.27 | | |
| Artikel 25 | Artikel 3.28 | | |
| Artikel 26, onderdeel a | Artikel 3.29 | | |
| Artikel 26, onderdeel b | Artikel 3.30 | | |
| Artikel 27 | Artikel 3.31 | | |
| Artikel 28 | Artikel 3.63, jo. artikel 2.82 | Mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen. Keuze voor deze mogelijkheid wordt doorgelegd aan speciale sectorbedrijven | Speciale-sectorbedrijven kunnen nu kiezen of van deze mogelijkheid gebruik gemaakt wordt. Biedt meer ruimte voor maatwerk |
| Artikel 29 | Artikel 3.10 | Mogelijkheid om aankoopcentrales in te stellen. Keuze wordt doorgelegd aan speciale sectorbedrijven | Mogelijkheid voor aankoopcentrales kan bijdrage leveren aan de professionalisering van m.n. kleinere partijen. |
| Artikel 30 | Artikel 3.21 | Ontheffing krijgen van plicht tot aanbesteden ivm marktwerking op een bepaalde sector | Dynamische verwijzing, voor wat betreft de mogelijkheid om ontheffing te krijgen van de plicht tot aanbesteden. De overige regels richten zich tot de Commissie |
| Artikel 31 | Artikel 3.32 | | |
| Artikel 32 | Artikel 3.40 en artikel 3.41, tweede lid | | |
| Artikel 33 | artikel 3.40, tweede lid | | |
| Artikel 34, eerste lid | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.75, eerste lid | | |
| Artikel 34, eerste lid, tweede volzin | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|--|---|--|--|
| Artikel 34, tweede lid | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.75, tweede lid | | |
| Artikel 34, derde lid, muv onderdeel a, laatste zin | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.76, eerste lid | | |
| Artikel 34, derde lid, onderdeel a, laatste zin | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.76, tweede lid | | |
| Artikel 34, vierde lid eerste alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, eerste lid | | |
| Artikel 34, vierde lid, tweede alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, derde lid | | |
| Artikel 34, vijfde lid, eerste alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, tweede lid | | |
| Artikel 34, vijfde lid, tweede alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.78 | | |
| Artikel 34, vijfde lid, derde alinea | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 34, zesde lid, eerste alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.76, derde lid | | |
| Artikel 34, zesde lid, tweede alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.76, vierde lid en artikel 2.77, derde lid | | |
| Artikel 34, zevende lid, eerste alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, vijfde lid. | | |
| Artikel 34, zevende lid, tweede alinea | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, vierde lid | | |
| Artikel 34, achtste lid, eerste volzin | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, vijfde lid | | |
| Artikel 34, achtste lid, tweede volzin | Artikel 3.61, eerste lid, jo. artikel 2.77, zesde lid | | |
| Artikel 35 | Artikel 3.62 | | |
| Artikel 36 | Artikel 3.63, jo. artikel 2.83 | | |
| Artikel 37 | Artikel 3.63, jo. artikel 2.79 | Een lidstaat kan voorschrijven dat een aanbestedende dienst verplicht is naar onderaanneming te vragen | Het is wenselijk de keuze aan de aanbestedende dienst te laten. Ruimte voor maatwerk |
| Artikel 38 | Artikel 3.63, jo. artikel 2.80 | | |
| Artikel 39, eerste lid | Artikel 3.63, jo. artikel 2.81, eerste lid | Lidstaat kan voorschrijven in het bestek aan te geven waar informatie te verkrijgen is over toepasselijke belastingen, milieuverplichtingen e.a. | Verplichting zorgt voor lagere administratieve lasten |
| Artikel 39, tweede lid, eerste alinea | Artikel 3.63, jo. artikel 2.81, tweede lid | | |
| Artikel 39, tweede lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit) | | |
| Artikel 40, eerste lid | Artikel 3.32 | | |
| Artikel 40, tweede lid | Artikel 3.32 | | |
| Artikel 40, derde lid, onderdelen a tot en met d | Artikel 3.36 | | |
| Artikel 40, derde lid, onderdelen e en f | Artikel 3.37 | | |
| Artikel 40, derde lid, onderdelen g, h, j, k en l | Artikel 3.38 | | |
| Artikel 40, derde lid, onderdeel i | Artikel 3.45 | | |
| Artikel 41, eerste lid, eerste alinea, onderdelen a, eerste alinea, tot en met c | Artikel 3.51, eerste lid | | |
| Artikel 41, eerste lid, eerste alinea, onderdeel a, tweede alinea | Behoeft geen implementatie | Elektr. systeem voor aanbesteden biedt die codes aan | Via Elektr. systeem voor aanbesteden wordt aan de Commissie gezonden |
| Artikel 41, eerste lid, tweede alinea | Artikel 3.52, eerste en tweede lid jo. artikel 2.59 | | |
| Artikel 41, eerste lid, derde alinea | Artikel 3.52 | | |
| Artikel 41, eerste lid, vierde alinea | Artikel 3.51, tweede lid en artikel 2.61 | | |
| Artikel 41, eerste lid, vijfde alinea | Artikel 3.60, tweede lid | | |
| Artikel 41, eerste lid, zesde alinea | Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit) | | |
| Artikel 41, tweede lid | Artikel 3.54 | | |
| Artikel 41, derde lid | Artikel 3.55 | | |
| Artikel 42, eerste lid | Artikel 3.56, eerste en derde lid | | |

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|--|---|---|---|
| Artikel 42, tweede lid Artikel 42, derde lid, onderdelen a tot en met c, eerste volzin Artikel 42, derde lid, laatste volzin | Artikel 3.80 jo. 2.143 en 2.144 Artikel 3.56, derde lid, onderdelen a tot en met c Behoeft geen implementatie, norm is ook vervat in artikelen 3.59 en 3.60 | | |
| Artikel 42, derde lid, onderdeel c, tweede volzin Artikel 43, eerste lid, eerste alinea | Behoeft geen implementatie (zie artikel 45 van deze richtlijn) Artikel 3.78, eerste lid, jo. artikel 2.133 | De termijn-bepalingen gelden reeds | |
| Artikel 43, eerste lid, tweede alinea | Artikel 3.78, eerste lid, jo. artikel 2.134 | | |
| Artikel 43, eerste lid, derde alinea | Artikel 3.78, eerste lid, jo. artikel 2.135, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 43, tweede lid | Artikel 3.78, eerste lid, jo. artikel 2.136 | | |
| Artikel 43, derde lid, eerste en tweede alinea Artikel 43, derde lid, derde en vierde alinea Artikel 43, vierde lid | Artikel 3.78, tweede lid Artikel 3.78, derde lid Artikel 3.78, eerste lid, jo. artikel 2.136 | | |
| Artikel 43, vijfde lid | Behoeft geen implementatie (norm is gericht tot de Commissie) | | |
| Artikel 44, eerste lid en tweede lid, tweede alinea | Niet geïmplementeerd | Door gebruikmaking van Elektr. systeem voor aanbesteden wordt conformiteit geregeld | Elektronische bekendmaking van de aankondiging toegelicht bij artikel 2.62 |
| Artikel 44, tweede lid, eerste alinea | Niet geïmplementeerd | Keuze is voor elektronische verzending | |
| Artikel 44, derde lid | Behoeft geen implementatie (norm richt zich deels tot Commissie) | Deels niet van toepassing omdat elektronische verzending verplicht is | |
| Artikel 44, vierde lid | Behoeft geen implementatie (Norm richt zich tot Commissie) | | |
| Artikel 44, vijfde lid Artikel 44, zesde lid en zevende lid, laatste volzin | Artikel 3.56, jo. artikel 2.65 Artikel 3.56, jo. artikel 2.64 | | |
| Artikel 44, zevende lid, eerste volzin en achtste lid Artikel 45, eerste lid Artikel 45, tweede lid | Behoeft geen implementatie | Norm richt zich tot Commissie | |
| Artikel 45, derde lid, onderdeel a | Artikel 3.58 Artikel 3.59, eerste lid jo. artikel 2.71, eerste lid Artikel 3.59, tweede lid | | Elektronische verzending is voorgeschreven, onderdeel voor niet-elektronische verzending niet geïmplementeerd |
| Artikel 45, derde lid, onderdeel b Artikel 45, derde lid, onderdeel c Artikel 45, vierde lid, eerste alinea Artikel 45, vierde lid, tweede alinea Artikel 45, vijfde lid | Artikel 3.59, derde lid Artikel 3.59, vierde lid Artikel 3.60, eerste lid Artikel 3.60, tweede lid geïmplementeerd door termijnen van artikelen 3.58 tot en met 3.60 te verkorten | | Verplichte bekendmaking via Elektr. systeem voor aanbesteden is elektronisch |
| Artikel 45, zesde lid Artikel 45, zevende lid, eerste alinea Artikel 45, zevende lid, tweede alinea | Artikel 3.60, derde lid Artikel 3.60, vierde lid Niet geïmplementeerd ivm verplichte bekendmaking via Elektr. systeem voor aanbesteden | | Verplichte bekendmaking via Elektr. systeem voor aanbesteden is elektronisch |
| Artikel 45, achtste lid Artikel 45, negende lid Artikel 45, tiende lid Artikel 46, eerste lid Artikel 46, tweede lid | Artikel 3.60, vijfde lid en zesde lid Artikel 3.60, zevende lid Behoeft geen implementatie Artikel 3.56, jo. artikel 2.68 Artikel 3.57, jo. artikel 2.54, eerste lid | | |
| Artikel 47, eerste lid | Artikel 3.72, jo. artikelen 2.104, eerste lid en 2.105, eerste lid | | |

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|---|--|--|
| Artikel 47, tweede lid Artikel 47, derde lid Artikel 47, vierde lid | Artikel 3.56, jo. artikel 2.69 Artikel 3.56, jo. artikel 2.68 Artikel 3.72, jo. artikel 2.105, tweede lid | | |
| Artikel 47, vijfde lid Artikel 48, eerste lid | Artikel 3.73 Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder a en b | | |
| Artikel 48, tweede lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder a en b | | |
| Artikel 48, derde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder b | | |
| Artikel 48, vierde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder a en b | | |
| Artikel 48, vijfde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder b | | |
| Artikel 48, zesde lid, aanhef en onder a en b Artikel 48, zesde lid, onder c | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder b | | |
| Artikel 49, eerste lid Artikel 49, tweede lid | Artikel 3.71, jo. artikel 2.102 Artikel 3.71 jo. artikel 2.102, en artikel 3.75 jo. artikelen 2.127 en 2.129, tweede lid | | |
| Artikel 49, derde lid Artikel 49, vierde lid Artikel 49, vijfde lid Artikel 50, eerste lid | Artikel 3.67, eerste en tweede lid Artikel 3.67, derde lid Artikel 3.67, vierde en vijfde lid Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder b | | |
| Artikel 50, tweede lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder b | | |
| Artikel 51 | Artikel 3.69 | | |
| Artikel 52, eerste lid, aanhef | Artikel 3.70, eerste lid | | |
| Artikel 52, eerste lid, onderdeel a | Artikel 1.5 | | |
| Artikel 52, eerste lid, onderdeel b | Artikel 3.70, eerste lid | | |
| Artikel 52, tweede lid | Artikel 3.70, tweede en derde lid | | |
| Artikel 52, derde lid | Artikel 3.70, vierde tot en met zesde lid | | |
| Artikel 53, eerste lid, en tweede lid, eerste alinea | Artikel 3.66, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 53, tweede lid, tweede en derde alinea | Artikel 3.66, derde lid | | |
| Artikel 53, derde lid | Artikel 3.66, vierde en vijfde lid, jo. artikel 2.86 | | |
| Artikel 53, vierde lid, eerste alinea | Artikel 3.66, zesde lid | | |
| Artikel 53, vierde lid, tweede alinea | Artikel 3.66, achtste lid | | |
| Artikel 53, vijfde lid, eerste alinea | Artikel 3.66, zevende lid | | |
| Artikel 53, vijfde lid, tweede alinea | Artikel 3.66, achtste lid | | |
| Artikel 53, zesde lid, eerste alinea | Artikel 3.66, negende lid | | |
| Artikel 53, zesde lid, tweede alinea | Artikel 3.66, tiende lid | | |
| Artikel 53, zevende lid | Artikel 3.66, elfde lid | | |
| Artikel 53, achtste lid | Behoeft geen implementatie (zie artikelen 41, 50 en 52 in deze tabel) | | |
| Artikel 53, negende lid | Artikel 3.66, twaalfde lid | | |
| Artikel 54, eerste tot en met derde lid | Artikel 3.65, eerste tot en met derde lid | | |
| Artikel 54, vierde tot en met zesde lid | Artikel 3.65, vierde en vijfde lid, jo. artikel 2.91, tweede en derde lid en artikel 2.94 | | |
| Artikel 55 | Artikel 3.74, jo. artikel 2.113 en 2.114 | | |
| Artikel 56, eerste en tweede lid | Artikel 3.74, jo. artikelen 2.116 en 2.117 | Mogelijkheid om elektronische veilingen te houden is overgenomen | Methode biedt een efficiënte en transparante methode om te komen tot een rangschikking |
| Artikel 56, derde lid | Artikel 3.74, jo. artikel 2.117 en 2.118 | | |
| Artikel 56, vierde lid | Artikel 3.74, jo. artikelen 2.119, 2.120, 2.121 en 2.122 | | |
| Artikel 56, vijfde lid | Artikel 3.74, jo. artikel 2.122, tweede tot en met vierde lid. | | |

| Richtlijn 2004/17/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|--|--|--|--|
| Artikel 56, zesde lid Artikel 56, zevende tot en met negende lid Artikel 57, Artikel 58 Muv. vijfde lid Artikel 59, eerste lid Artikel 59, tweede tot en met derde en vijfde lid | Artikel 3.74, jo. artikel 2.123 Artikel 3.74, jo. artikel 2.124 Artikel 3.74, jo. artikel 2.115 Artikel 3.76 Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie | Vijfde lid; norm richt zich tot Commissie Norm richt zich tot Commissie Norm richt zich tot Commissie | |
| TITEL III PRIJSVRAAG OP HET GEBIED VAN DIENSTEN | | | |
| Artikel 60, eerste lid Artikel 60, tweede lid, onderdeel a Artikel 60, tweede lid onderdeel b Artikel 61 Artikel 62 Artikel 63, eerste lid | Artikel 3.77, jo. artikel 2.156 behoeft geen aparte implementatie Artikel 3.80, jo. artikel 2.52, eerste lid Artikel 3.9 Artikel 3.21, 3.22 en 3.23 Artikel 3.77, jo. artikelen 2.157 en 2.159 | Is geregeld in artikelen 1.5 en 1.6 Elektr. systeem voor aanbesteden biedt de juiste formulieren aan TenderNed biedt de juiste formulieren aan | |
| Artikel 63, tweede lid Artikel 64 Artikel 65, eerste lid Artikel 65, tweede lid Artikel 65, derde lid Artikel 66 | Artikel 3.56, jo. artikelen 2.64 en 2.65 en artikel 4.14 Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid onder a en b Behoeft geen implementatie Artikel 3.77, jo. artikel 2.158 Artikel 3.77, jo. artikel 2.159 Artikel 3.77, jo. artikel 2.160 | | |
| TITEL IV STATISTISCHE VERPLICHTINGEN, UITVOERINGSBEVOEGDHEDEN EN SLOTBEPALINGEN | | | |
| Artikel 67 Artikel 67, derde lid Artikel 68 Artikel 69 Artikel 70 Artikel 71, eerste lid, eerste, derde en vierde alinea en tweede lid Artikel 71, eerste lid, tweede alinea Artikel 72 Artikel 73 Artikel 74 Artikel 75 | Artikel 4.14, aanhef en onder c, en feitelijke uitvoering door de Minister van Economische zaken Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie | | |
| BIJLAGEN Bijlage I – bijlage XXVI | Implementatie voor zover nodig door middel van dynamische verwijzing in de desbetreffende artikelen en door de beschikbaarstelling van formulieren door middel van Elektr. systeem voor aanbesteden | | |
| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
| TITEL I DEFINITIE EN ALGEMENE BEGINSELEN | | | |
| Artikel 1, eerste lid Artikel 1, tweede lid, onderdeel a Artikel 1, tweede lid, onderdeel b | Behoeft naar zijn aard geen implementatie Artikel 1.1 Artikel 1.1 | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|---|----------------------------|--|
| Artikel 1,tweede lid, onderdeel c | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, tweede lid, onderdeel d | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, derde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, vierde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, vijfde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zesde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zevende lid, eerste alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, zevende lid, tweede alinea | Artikel 2.116, tweede lid | | |
| Artikel 1, achtste lid, eerste alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, achtste lid, tweede alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, achtste lid, derde alinea, eerste volzin | artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, achtste lid, derde alinea, tweede volzin | artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, negende lid, eerste alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, negende lid, tweede alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, negende lid, derde alinea, eerste volzin | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 1, negende lid, derde alinea, tweede volzin | Feitelijke uitvoering door Minister van Economische Zaken | | |
| Artikel 1, tiende lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, elfde lid, onderdeel a | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, elfde lid, onderdeel b | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, elfde lid, onderdeel c, eerste alinea | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, elfde lid, onderdeel c, tweede alinea | artikel 2.28, tweede lid | | |
| Artikel, 1, elfde lid, onderdeel d | artikelen 2.31, eerste volzin en onderdeel h, en 2.37, eerste volzin en onderdeel a | | |
| Artikel 1, elfde lid, onderdeel e | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, twaalfde lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, dertiende lid | Artikel 1.1 | | |
| Artikel 1, veertiende lid, eerste alinea | behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 1, veertiende lid, tweede alinea | behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 1, vijftiende lid, onderdeel a | behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 1, vijftiende lid, onderdeel b | behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 1, vijftiende lid, onderdeel c | behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 2 | Artikelen 1.5 en 1.6 | | |
| Artikel 3 | Artikel 2.10 | | |
| TITEL II OP OVERHEIDS-OPDRACHTEN TOEPASSELIJKE VOORSCHRIFTEN | | | |
| Artikel 4, eerste lid, eerste alinea | Artikel 2.52, eerste lid | | |
| Artikel 4, eerste lid, tweede alinea | Artikel 2.52, tweede lid | | |
| Artikel 4, tweede lid | Artikel 2.52 derde, vierde en vijfde lid | | |
| Artikel 5, eerste volzin | Artikel 1.21 | | |
| Artikel 5, tweede volzin | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 6 | Artikel 2.53, vierde lid | | |
| Artikel 7, onderdeel a | Artikel 2.2, eerste lid | | |
| Artikel 7, onderdeel b | Artikel 2.2 tweede en derde lid, artikel 2.3 | | |
| Artikel 7, onderdeel c | Artikel 2.1 | | |
| Artikel 8, eerste alinea, onderdeel a | Artikel 2.8, eerste lid, aanhef en onderdeel a | | |
| Artikel 8, eerste alinea, onderdeel b | Artikel 2.8, eerste lid, aanhef en onderdeel b | | |
| Artikel 8, tweede alinea | Artikel 2.8 | | |
| Artikel 9, eerste lid, eerste alinea | Artikelen 2.15, tweede lid en 2.22, eerste lid | | |
| Artikel 9, eerste lid, tweede alinea | Artikel 2.22, eerste lid, onderdeel b | | |
| Artikel 9, tweede lid | Artikelen 2.15, eerste lid, en 2.22, eerste lid | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|--|---|--|
| Artikel 9, derde lid | Artikel 2.14, eerste lid | | |
| Artikel 9, vierde lid | Artikel 2.16 en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a, eerste alinea | Artikel 2.18, eerste lid, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a, tweede alinea | Artikel 2.18, tweede lid, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a, derde alinea | Artikel 2.18, derde lid, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b, eerste alinea | Artikel 2.19, eerste lid, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b, tweede alinea | Artikel 2.19, tweede lid, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b, derde alinea | Artikel 2.19, derde lid, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, zesde lid, aanhef en onderdeel a | Artikel 2.20, aanhef en onderdeel a, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, zesde lid, aanhef en onderdeel b | Artikel 2.20, aanhef en onderdeel b, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, zevende lid, aanhef en onderdeel a | Artikel 2.21, aanhef en onderdeel a, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, zevende lid, aanhef en onderdeel b | Artikel 2.21, aanhef en onderdeel b, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, zevende lid, tweede alinea | Artikel 2.14, tweede lid | | |
| Artikel 9, achtste lid, onderdeel a | Artikel 2.17, aanhef en onderdelen a, b en c, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, achtste lid, onderdeel b | Artikel 2.17, aanhef en onderdelen d en e, en artikel 2.22 | | |
| Artikel 9, negende lid | Artikel 2.15, derde lid, en artikel 2.22, tweede lid, onderdeel a | | |
| Artikel 10 | Artikel 2.23, eerste lid, onderdeel a | | |
| Artikel 11 | Artikel 2.11 | | |
| Artikel 12, eerste alinea | Artikel 2.12 | | |
| artikel 12, tweede alinea | Behoeft geen implementatie | Bedoelde uitstel in deze alinea is niet meer mogelijk. deze alinea is uitgewerkt. | |
| Artikel 13 | Artikel 2.23, eerste lid, onderdeel c | | |
| Artikel 14 | Artikel 2.23, eerste lid, onderdeel b | | |
| Artikel 15, aanhef en onderdeel a | Artikel 2.23, eerste lid, onderdeel d | | |
| Artikel 15, aanhef en onderdeel b | Artikel 2.23, eerste lid, onderdeel e | | |
| Artikel 15, aanhef en onderdeel c | Artikel 2.23, eerste lid, onderdeel f, en tweede lid | | |
| Artikel 16, aanhef en onderdelen a, b, c, d, e en f | Artikel 2.24, onderdelen b, c, d, e, f en g | | |
| Artikel 17 | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 18 | Artikel 2.24, aanhef en onderdeel a | | |
| Artikel 19, eerste alinea | Artikel 2.82, eerste lid | | |
| Artikel 19, tweede alinea | Artikel 2.82, tweede lid | | |
| Artikel 20 | Artikelen 2.2 en 2.3 | | |
| Artikel 21 | Artikel 2.38, eerste lid en artikel 2.39, tweede lid | | |
| Artikel 22 | Artikel 2.38, tweede lid | | |
| Artikel 23, eerste lid, eerste volzin | Artikel 2.75, eerste lid | | |
| Artikel 23, eerste lid, tweede volzin | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 23, tweede lid | Artikel 2.75, tweede lid | | |
| Artikel 23, derde lid m.u.v onderdeel a laatste zin | Artikel 2.76, eerste lid | | |
| Artikel 23, derde lid, onderdeel a, laatste zin | Artikel 2.76, tweede lid | | |
| Artikel 23, vierde lid, eerste alinea | Artikel 2.77, eerste lid | | |
| Artikel 23, vierde lid, tweede alinea | Artikel 2.77, derde lid | | |
| Artikel 23, vijfde lid, eerste alinea | Artikel 2.77, tweede lid | | |
| Artikel 23, vijfde lid, tweede alinea | Artikel 2.78 | | |
| Artikel 23, vijfde lid, derde alinea | Behoeft geen implementatie | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|--|---|---|
| Artikel 23, zesde lid, eerste alinea artikel 23, zesde lid, tweede alinea | Artikel 2.76, derde lid Artikel 2.76, vierde lid en artikel 2.77, derde lid | | |
| Artikel 23, zevende lid, eerste alinea Artikel 23, zevende lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie maar is toegelicht bij artikel 2.77 Artikel 2.77, vierde lid | | |
| Artikel 23, achtste lid, eerste volzin Artikel 23, achtste lid, tweede volzin | Artikel 2.76, vijfde lid Artikel 2.76, zesde lid | | |
| Artikel 24, eerste lid Artikel 24, tweede lid Artikel 24, derde lid Artikel 24, vierde lid, eerste alinea Artikel 24, vierde lid, tweede alinea Artikel 25, eerste alinea | Artikel 2.83, eerste lid Artikel 2.83, tweede lid Artikel 2.83, derde lid Artikel 2.83, vierde lid Artikel 2.83, vijfde lid Artikel 2.79 | Een lidstaat kan voorschrijven dat een aanbestedende dienst verplicht is naar onderaanneming te vragen | Het is wenselijk de keuze aan de aanbestedende dienst te laten. Ruimte voor maatwerk |
| Artikel 25, tweede alinea Artikel 26 Artikel 27, eerste lid | Behoeft geen implementatie Artikel 2.80 Artikel 2.81, eerste lid | De lidstaat kan de aanbestedende dienst verplichten tot het opnemen van de desbetreffende gegevens in de aanbestedingsstukken | Verplichting zorgt voor lagere administratieve lasten |
| Artikel 27, tweede lid, eerste alinea Artikel 27, tweede lid, tweede alinea Artikel 28, eerste volzin | Artikel 2.81, tweede lid Behoeft geen implementatie Eerste volzin behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 28, tweede volzin Artikel 28, derde volzin Artikel 28, vierde volzin | Artikel 2.25 Artikel 2.28 Artikelen 2.30 en 2.32 tot en met 2.36 | | |
| Artikel 29, eerste lid, eerste alinea Artikel 29, eerste lid, tweede alinea Artikel 29, tweede lid Artikel 29, derde lid, eerste alinea, eerste volzin Artikel 29, derde lid, eerste alinea, tweede volzin Artikel 29, derde lid, tweede alinea Artikel 29, derde lid, derde alinea Artikel 29, vierde lid Artikel 29, vijfde lid Artikel 29, zesde lid, eerste alinea, eerste volzin Artikel 29, zesde lid, eerste alinea, tweede volzin Artikel 29, zesde lid, tweede alinea, eerste volzin Artikel 29, zesde lid, tweede alinea, tweede volzin Artikel 29, zevende lid, eerste alinea Artikel 29, zevende lid, tweede alinea Artikel 29, achtste lid Artikel 30, eerste lid, aanhef en onderdeel a, eerste alinea Artikel 30, eerste lid, aanhef en onderdeel a, tweede alinea Artikel 30, eerste lid, onderdelen b, c en d Artikel 30, tweede lid Artikel 30, derde lid Artikel 30, vierde lid Artikel 31, aanhef en onderdeel 1 Artikel 31, aanhef en onderdeel 2 | Artikel 2.28 Artikel 2.109, eerste lid Artikel 2.109, tweede lid Artikel 2.109, derde lid Artikel 2.109, vierde lid Artikel 2.109, vijfde lid Artikel 2.109, zesde lid Artikel 2.110, eerste lid Artikel 2.110, vierde lid Artikel 2.110, vijfde lid Artikel 2.110, zevende lid Artikel 2.110, achtste lid Artikel 2.110, negende lid Artikel 2.111, eerste lid Artikel 2.111, tweede lid Artikel 2.111, derde lid Artikel 2.30, eerste lid, aanhef en onderdeel a Artikel 2.30, tweede lid Artikel 2.30, eerste lid, onderdelen b, c en d Artikel 2.125, eerste lid Artikel 2.125, tweede lid Artikel 2.125, derde lid Artikel 2.32 Artikel 2.33 | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|--|---|---|---|
| Artikel 31, aanhef en onderdeel 3 Artikel 31, aanhef en onderdeel 4, onder a artikel 31, aanhef en onderdeel 4, onder b Artikel 32, eerste lid | Artikel 2.34 Artikel 2.35 Artikel 2.36 Artikel 2.44 en artikel 2.138 | De keuze voor de mogelijkheid een raamovereenkomst te kunnen sluiten is aan de lidstaat | Het is wenselijk de aanbestedende dienst de mogelijkheid te bieden een raamovereenkomst te sluiten om hierdoor efficiënter te kunnen aanbesteden |
| Artikel 32, tweede lid, eerste alinea Artikel 32, tweede lid, tweede alinea Artikel 32, tweede lid, derde alinea Artikel 32, tweede lid, vierde alinea Artikel 32, tweede lid, vijfde alinea Artikel 32, derde lid, eerste alinea Artikel 32, derde lid, tweede alinea Artikel 32, vierde lid, eerste alinea Artikel 32, vierde lid, tweede alinea Artikel 33, eerste lid | Artikel 2.138 Artikel 2.138 en artikel 2.139, eerste lid Artikel 2.139, tweede lid Artikel 2.139, derde lid Artikel 2.140 Artikel 2.141, eerste lid Artikel 2.141, tweede lid Artikel 2.142, eerste lid Artikel 2.142, tweede lid Artikel 2.143, eerste lid | De keuze om een dynamisch aankoopstelsel te kunnen toepassen is aan de lidstaat | De mogelijkheid een dynamisch aankoopstelsel toe te passen draagt bij aan de mogelijkheden voor aanbestedende diensten om efficiënt te kunnen aanbesteden |
| Artikel 33, tweede lid Artikel 33, derde lid Artikel 33, vierde lid, eerste alinea artikel 33, vierde lid, tweede alinea Artikel 33, vijfde lid Artikel 33, zesde lid Artikel 33, zevende lid, eerste alinea artikel 33, zevende lid, tweede alinea artikel 33, zevende lid, derde alinea Artikel 34, eerste alinea Artikel 34, tweede alinea, eerste volzin Artikel 34, tweede alinea, tweede volzin Artikel 34, derde alinea Artikel 35, eerste lid, eerste alinea (inclusief a tot en met c) Artikel 35, eerste lid, tweede alinea Artikel 35, eerste lid, derde alinea Artikel 35, eerste lid, vierde alinea Artikel 35, eerste lid, vijfde alinea Artikel 35, eerste lid, zesde alinea Artikel 35, tweede lid Artikel 35, derde lid, eerste alinea Artikel 35, derde lid, tweede alinea Artikel 35, vierde lid, eerste alinea Artikel 35, vierde lid, tweede alinea Artikel 35, vierde lid, derde alinea Artikel 35, vierde lid, vierde alinea, eerste volzin Artikel 35, vierde lid, vierde alinea, tweede volzin Artikel 35, vierde lid, vijfde alinea Artikel 36, eerste lid Artikel 36, tweede lid | Artikel 2.143 en artikel 2.144, eerste lid Artikel 2.144, tweede lid Artikel 2.145, eerste, tweede en derde lid Artikel 2.145, vierde lid Artikel 2.146 Artikel 2.147 Artikel 2.148, eerste en tweede lid Artikel 2.148, derde lid Artikel 2.148, vierde lid Artikel 2.149, eerste lid Artikel 2.149, tweede lid Artikel 2.149, derde lid Artikel 2.149, vierde lid Artikel 2.58 Artikel 2.60, tweede lid Artikel 2.60, eerste lid Artikel 2.61, derde en vierde lid Artikel 2.71, vierde en vijfde lid Behoeft geen implementatie Artikel 2.62, eerste lid Artikel 2.143, tweede lid, jo. artikel 2.62, eerste lid Artikel 2.146, eerste lid Artikel 2.133 Artikel 2.134 Artikel 2.135 Artikel 2.136 Behoeft geen implementatie Artikel 2.137 Artikel 2.62 en artikel 4.14 Artikel 2.62 en artikel 4.14 | de richtlijn laat de ruimte om ook op een andere manier dan langs elektronische weg de aankondiging aan de Commissie te zenden Lid richt zich tot de Commissie | het wetsvoorstel verplicht tot gebruikmaking van Elektr. systeem voor aanbesteden om hierdoor het aanbestedingsproces eenvormiger en efficiënter te doen plaatsvinden |
| Artikel 36, derde lid | Behoeft geen implementatie | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|--|--|---|
| Artikel 36, vierde lid Artikel 36, vijfde lid, eerste alinea Artikel 36, vijfde lid, tweede alinea Artikel 36, vijfde lid, derde alinea Artikel 36, zesde lid | Behoeft geen implementatie Artikel 2.65, eerste lid Artikel 2.65, tweede lid Artikel 2.65, tweede lid Nvt; aankondiging altijd elektronisch via elektr. systeem voor aanbesteden Artikel 2.64 | Lid richt zich tot de Commissie | |
| Artikel 36, zevende lid Artikel 36, achtste lid, eerste volzin | Behoeft geen implementatie | Volzin richt zich tot de Commissie | |
| artikel 36, achtste lid, tweede volzin Artikel 37 | Artikel 2.64 Behoeft geen implementatie | De richtlijn biedt de mogelijkheid dat aanbestedende diensten ook zonder daartoe verplicht te zijn, aankondigingen bekend kunnen maken. Op grond van dit wetsvoorstel is dat mogelijk. | |
| Artikel 38, eerste lid Artikel 38, tweede lid | Artikel 2.70 Artikel 2.71, eerste lid | Bij aankondiging langs elektronische weg kan de termijn van artikel 38, tweede lid, met zeven dagen worden verkort | Omdat aankondiging via elektr. systeem voor aanbesteden is voorgeschreven in het wetsvoorstel, is de ruimte van artikel 38, vijfde lid, in het wetsvoorstel benut |
| Artikel 38, derde lid, aanhef en onderdeel a | Artikel 2.71, tweede lid | Bij aankondiging langs elektronische weg kan de termijn van artikel 38, derde lid, aanhef en onderdeel a, met zeven dagen worden verkort | Omdat aankondiging via Elektr. systeem voor aanbesteden is voorgeschreven in het wetsvoorstel, is de ruimte van artikel 38, vijfde lid, in het wetsvoorstel benut |
| Artikel 38, derde lid, aanhef en onderdeel b Artikel 38, vierde lid, eerste en tweede alinea Artikel 38, vierde lid, derde alinea Artikel 38, vijfde lid | Artikel 2.71, derde lid Artikel 2.71, vierde lid Artikel 2.71, vijfde lid Impl. in voorschriften om gebruik te maken van het elektronische systeem voor aanbestedingen (als in artikel 2.62, tweede lid.) | Elektronische bekendmaking verkort de minimumtermijn | Aankondiging is altijd elektronisch |
| Artikel 38, zesde lid Artikel 38, zevende lid Artikel 38, achtste lid, aanhef en onderdeel a Artikel 38, achtste lid, aanhef en onderdeel b Artikel 39, eerste lid Artikel 39, tweede lid Artikel 40, eerste lid Artikel 40, tweede lid Artikel 40, derde lid Artikel 40, vierde lid Artikel 40, vijfde lid, eerste alinea Artikel 40, vijfde lid, tweede alinea Artikel 41, eerste lid | Artikel 2.72 Artikel 2.73 Artikel 2.74 Artikel 2.74 Artikel 2.68 Artikel 2.54, eerste lid Artikel 2.104, eerste lid Artikel 2.105, eerste lid Artikel 2.69 Artikel 2.54 Artikel 2.105, tweede lid Artikel 2.110, zesde 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 41, tweede lid, eerste alinea, eerste streepje en tweede alinea Artikel 41, tweede lid, eerste alinea, tweede streepje en tweede alinea Artikel 41, tweede lid, eerste alinea, derde streepje en tweede alinea Artikel 41, derde lid Artikel 42, eerste lid Artikel 42, tweede lid | Artikel 2.102, tweede lid Artikel 2.102, derde lid Artikel 2.129, tweede lid Artikel 2.103 Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|---|--|---|
| Artikel 42, derde lid, eerste zinsdeel Artikel 42, derde lid, tweede zinsdeel Artikel 42, vierde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b Artikel 2.107 Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b | | |
| Artikel 42, vijfde lid, aanhef, onderdeel a en bijlage X Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel b | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b | lidstaten kunnen een geavanceerde elektronische handtekening eisen lidstaten kunnen vrijwillige toelatingsregelingen instellen | wordt nader bezien bij invulling amvb wordt nader bezien bij invulling amvb |
| Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel c Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel d Artikel 42, zesde lid, aanhef en onderdeel a en b Artikel 42, zesde lid, onderdeel c | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel a en b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel a en b, | | |
| Artikel 43, eerste alinea Artikel 43, tweede alinea Artikel 43, derde alinea Artikel 44, eerste lid | Artikel 2.131 Artikel 2.131 Artikel 2.132 behoeft geen aparte implementatie | | |
| Artikel 44, tweede lid, eerste alinea Artikel 44, tweede lid, tweede alinea Artikel 44, tweede lid, derde alinea Artikel 44, derde lid, eerste alinea, eerste volzin Artikel 44, derde lid, eerste alinea, tweede volzin Artikel 44, derde lid, tweede alinea, eerste volzin Artikel 44, derde lid, tweede alinea, tweede volzin Artikel 44, derde lid, derde alinea | Artikel 2.90, eerste en tweede lid Artikel 2.90, derde lid, artikel 1.7 Artikel 2.63 Artikel 2.99, eerste lid Artikel 2.99, tweede lid Artikel 2.99, derde lid Artikel 2.99, vierde lid | | Max. aantal niet overgenomen zie toelichting art 2.99 |
| Artikel 44, vierde lid Artikel 45, eerste lid, onderdelen a-d Artikel 45, eerste lid, tweede alinea | Artikel 2.110, eerste en tweede lid en artikel 2.125, derde lid Artikel 2.86 Artikel 2.88 | De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van de uitsluitingsgronden van artikel 45, eerste lid | Het wetsvoorstel geeft in artikel 2.88, de aanbestedende dienst de ruimte tot een individuele afweging in de daar genoemde gevallen. |
| Artikel 45, eerste lid, derde alinea | Artikel 2.88, onderdeel a | De lidstaten kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgezien van 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 45, eerste lid, vierde alinea Artikel 45, tweede lid | Artikel 2.89 Artikel 2.87 en artikel 2.88 | Onderdeel b laat de mogelijkheid om ondernemers uit te sluiten tegen wie faillissement of liquidatie is aangevraagd. | 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 sluiten van een overheidsopdracht |
| Artikel 45, derde lid Artikel 45, vierde lid Artikel 46, eerste alinea Artikel 46, tweede alinea Artikel 47, eerste lid Artikel 47, tweede lid | Artikel 2.89 Artikel 2.89 en artikel 4.1 Artikel 2.98, eerste lid Artikel 2.98, tweede lid Artikel 2.91, eerste lid Artikel 2.92, eerste lid | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|---|--|--|--|
| Artikel 47, derde lid | Artikel 2.92, tweede lid | | |
| Artikel 47, vierde lid | Artikel 2.91, tweede lid | | |
| Artikel 47, vijfde lid | Artikel 2.91, derde lid | | |
| Artikel 48, eerste lid | Artikel 2.93 | | |
| Artikel 48, tweede lid | Artikel 2.93 | | |
| Artikel 48, derde lid | Artikel 2.94, eerste lid | | |
| Artikel 48, vierde lid | Artikel 2.94, tweede lid | | |
| Artikel 48, vijfde lid | Artikel 2.95 | | |
| Artikel 48, zesde lid | Artikel 2.63 | | |
| Artikel 49, eerste volzin | Artikel 2.96, eerste lid | | |
| Artikel 49, tweede en derde volzin | Artikel 2.96, tweede lid | | |
| Artikel 50 | Artikel 2.97 | | |
| Artikel 51 | Artikel 2.55 | | |
| Artikel 52, eerste lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | lidstaat kan lijsten van erkende ondernemers of certificeringsinstellingen instellen | |
| Artikel 52, tweede lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 52, derde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 52, vierde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 52, vijfde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 52, zesde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 52, zevende lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 52, achtste lid | Amvb op basis van artikel 4.12, tweede lid | | |
| Artikel 53, eerste lid | Artikel 2.113 | | |
| Artikel 53, tweede lid | Artikel 2.114 | | |
| Artikel 54, eerste lid | Artikel 2.116 | lidstaat kan voorzien in mogelijkheid van elektronische veiling | De mogelijkheid van een elektronische veiling draagt bij aan de mogelijkheden voor aanbestedende diensten om efficiënt te kunnen aanbesteden |
| Artikel 54, tweede lid, eerste alinea | Artikel 2.116 | | |
| Artikel 54, tweede lid, tweede alinea | Artikel 2.117 | | |
| Artikel 54, tweede lid, derde alinea | Artikel 2.124, derde lid, jo. artikel 2.113 | | |
| Artikel 54, derde lid, eerste alinea | Artikel 2.116, eerste lid, onderdeel a | | |
| Artikel 54, derde lid, tweede alinea | Artikel 2.116, eerste lid, onderdeel b, en artikel 2.118 | | |
| Artikel 54, vierde lid, eerste alinea | Artikel 2.119 | | |
| Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, eerste zin | Artikel 2.120 | | |
| Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, tweede zin | Artikel 2.121 | | |
| Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, derde zin | Artikel 2.122, eerste lid | | |
| Artikel 54, vijfde lid, eerste alinea | Artikel 2.122, tweede lid, onderdeel a | | |
| Artikel 54, vijfde lid, tweede alinea | Artikel 2.122, tweede lid, onderdeel b, en derde lid | | |
| Artikel 54, vijfde lid, derde alinea | Artikel 2.122, vierde lid | | |
| Artikel 54, zesde lid | Artikel 2.123 | | |
| Artikel 54, zevende lid, eerste alinea | Artikel 2.124, eerste lid | | |
| Artikel 54, zevende lid, tweede alinea | Artikel 2.124, tweede lid | | |
| Artikel 54, achtste lid, eerste alinea | Artikel 2.124, derde lid | | |
| Artikel 54, achtste lid, tweede alinea | Artikel 2.116, derde lid | | |
| Artikel 55, eerste lid | Artikel 2.115, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 55, tweede lid | Artikel 2.115, derde lid | | |
| Artikel 55, derde lid | Artikel 2.115, vierde en vijfde lid | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|--|--|--|--|
| TITEL III (CONCESSIES VOOR OPENBARE WERKEN) | | | |
| Artikel 56, eerste alinea | Artikel 2.4 | | |
| Artikel 56, tweede alinea | Artikel 2.22, eerste lid | | |
| Artikel 57, aanhef en onder a | Artikel 2.23, onderdelen b, c, e en f | | |
| Artikel 57, aanhef en onder b, eerste alinea | Artikel 2.12, tweede lid | | |
| Artikel 57, aanhef en onder b, tweede alinea | Behoeft geen implementatie | Ziet op uitstellen werking voor postsector. Dat uitstel was slechts mogelijk tot 1 januari 2009. | |
| Artikel 58, eerste lid | Artikel 2.150, eerste lid | | |
| Artikel 58, tweede lid | Artikel 2.150, derde lid | | |
| Artikel 58, derde lid | Artikel 2.62, artikel 2.65, en artikel 4.14, eerste lid, onderdeel f | Bekendmaking vindt plaats via Elektr. systeem voor aanbesteden | |
| Artikel 58, vierde lid | Behoeft geen implementatie | Zie bij artikel 37, in deze tabel | |
| Artikel 59, eerste alinea | Artikel 2.151, eerste lid | | |
| Artikel 59, tweede alinea | Artikel 2.151, tweede lid | | |
| Artikel 60 | Artikel 2.152, eerste en tweede lid | Zinsnede:» met dien verstande dat de mogelijkheid wordt opengelaten dat de gegadigden dit percentage verhogen» is niet geïmplementeerd, omdat deze wordt begrepen onder de term «ten minste» | |
| Artikel 61 | Artikel 2.35 | | |
| Artikel 62 | Behoeft geen implementatie | De bepaling schrijft voor dat een aanbestedende dienst (ook in zijn hoedanigheid als concessiehouder) verplicht is overheidsopdrachten aan te besteden. | |
| Artikel 63, eerste lid, eerste alinea | Artikel 2.152, derde lid, jo. 2.153, eerste lid | | De verplichting wordt doorgelegd aan de concessieverlenende aanbestedende dienst |
| Artikel 63, eerste lid, tweede alinea | Artikel 2.153, tweede lid | | |
| Artikel 63, eerste lid, derde alinea | Artikel 2.153, derde lid | | |
| Artikel 63, tweede lid, eerste alinea | Artikel 2.153, vierde lid | | |
| Artikel 63, tweede lid, tweede alinea | artikel 2.153, vijfde lid | | |
| Artikel 63, tweede lid, derde alinea | Artikel 2.153, zesde lid | | |
| Artikel 64, eerste lid | Artikel 2.154, derde lid | | |
| Artikel 64, tweede lid | Artikel 2.154, tweede lid | | |
| Artikel 64, derde lid | Artikel 2.62, artikel 2.65, en artikel 4.14, eerste lid, onderdeel f | Bekendmaking geschiedt via Elektr. systeem voor aanbesteden | |
| Artikel 64, vierde lid | Behoeft geen implementatie | Zie artikel 37 in deze tabel | |
| Artikel 65 | Artikel 2.155 | | |
| TITEL IV (PRIJSVRAAG) | | | |
| Artikel 66, eerste lid, | Artikel 2.156 | | |
| Artikel 66, tweede lid, onderdeel a | Behoeft geen aparte implementatie | Is geregeld in artikel 1.5 | |
| Artikel 66, tweede lid, onderdeel b | Artikel 2.52, eerste lid | | |
| Artikel 67, eerste lid, onderdeel a | Artikel 2.5, eerste lid | | |
| artikel 67, eerste lid, onderdeel b | Artikel 2.6 | | |
| artikel 67, eerste lid, onderdeel c | Artikel 2.5, tweede lid | | |
| Artikel 67, tweede lid | Artikel 1.1 en artikelen 2.5 en 2.6 | | |
| Artikel 68, onderdeel a, eerste alinea | Artikel 2.12, eerste lid | | |
| Artikel 68, onderdeel a, tweede alinea | Behoeft geen implementatie | Deze bepaling ziet op uitstel voor de postsector. Dat uitstel was slechts mogelijk tot 1 januari 2009 | |
| Artikel 68, onderdeel b | Artikel 2.23, onderdelen b, c, e en f | | |
| Artikel 69, eerste lid | Artikel 2.157, eerste lid | | |
| Artikel 69, tweede lid, eerste alinea | Artikel 2.162, eerste en derde lid, jo. artikel 2.64 | | |

| Richtlijn 2004/18/EG | Te implementeren in wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..., tenzij anders is aangegeven | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte |
|--|--|---|---|
| Artikel 69, tweede lid, tweede alinea Artikel 69, derde lid Artikel 70, eerste lid | Artikel 2.162, tweede lid Behoeft geen implementatie Artikel 2.157 | Zie artikel 37 in deze tabel Elektr. systeem voor aanbesteden biedt de juiste formulieren aan Elektr. systeem voor aanbesteden regelt de juiste bekendmaking | |
| Artikel 70, tweede lid | Artikel 2.157 | | |
| Artikel 71, eerste lid Artikel 71, tweede lid Artikel 71, derde lid | Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel a en b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel a en b Amvb op basis van artikel 4.12, eerste lid, onderdeel a en b | | |
| Artikel 72 Artikel 73 | Artikel 2.158 artikel 2.159 en artikel 2.160, eerste lid | | |
| Artikel 74, eerste lid Artikel 74, tweede lid Artikel 74, derde lid Artikel 74, vierde lid Artikel 74, vijfde lid Artikel 74, zesde lid | Artikel 2.160, eerste lid Artikel 2.160, tweede lid Artikel 2.160, derde lid Artikel 2.160, vierde lid Artikel 2.160, vijfde lid Artikel 2.160, zesde lid | | |
| TITEL V. STATISTISCHE VERPLICHTINGEN, UITVOERINGSBEVOEGDHEDEN EN SLOTBEPALINGEN Artikel 75 en 76 | Artikel 4.13, aanhef en onder c, en feitelijke uitvoering door de Minister van Economische zaken | | |
| Artikel 77 Artikel 78 Artikel 79 Artikel 80 Artikel 81, eerste alinea | Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie | Beroep bij burgerlijk rechter is een doeltreffend toegankelijk en transparant mechanisme dat de toepassing van de richtlijn en deze wet waarborgt Mogelijkheid om speciale instantie aan te wijzen | Van deze mogelijkheid wordt geen gebruik gemaakt |
| Artikel 81, tweede alinea Artikel 82 Artikel 83 Artikel 84 BIJLAGEN Bijlagen I-XII | Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Behoeft geen implementatie Implementatie voor zover nodig door middel van dynamische verwijzing in de desbetreffende artikelen en door beschikbaarstelling van formulieren door middel van Elektr. systeem voor aanbesteden | | |
| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 92/13 wijzigt | Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte |
| Artikel 1, eerste lid, eerste en tweede alinea Artikel 1, eerste lid, derde alinea | Artikel 2.1 Inspanningsverplichting voor de lidstaat die geen implementatie behoeft | | |
| Artikel 1, tweede lid Artikel 1, derde lid | Reeds geïmplementeerd Reeds geïmplementeerd | | |

| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 92/13 wijzigt | Bepaling in implementatie-regeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoefte | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte |
|--|--|--|---|
| Artikel 1, vierde lid | 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 1, vijfde lid, eerste alinea | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om ondernemer te verplichten beroep in te stellen bij aanbestedende dienst | Deze optie past bij een administratief-rechtelijk systeem; in het civiele systeem is dit niet goed denkbaar |
| Artikel 1, vijfde lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | Met welke middelen wordt beroep ingesteld | |
| Artikel 1, vijfde lid, derde alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | | |
| Artikel 2, tweede lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |
| Artikel 2, derde lid | Artikel 2.130 | (Opschorting alleen bij KG) | Toegelicht in artikelsgewijze toelichting bij artikel 7 van de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2, vierde lid, eerste alinea | Artikel 4.18, eerste lid en artikel 4.19, tweede lid | | |
| Artikel 2, vierde lid, tweede alinea | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |
| Artikel 2, zesde lid, eerste alinea | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |
| Artikel 2, zesde lid, tweede alinea | Van deze optie is geen gebruik gemaakt | Optie om civiele rechter zich enkel over schadevergoeding uit te laten | De rechter kan zich ook over de overeenkomst uitspreken |
| Artikel 2, zevende lid, eerste alinea | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Laat effecten van overeenkomst aan Nationaal recht | |
| Artikel 2, zevende lid, tweede alinea | 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 2, achtste lid | Reeds geïmplementeerd in systeem BW en Rv doordat uitvoerbaarheid bij voorraad gevraagd kan worden. | | |
| Artikel 2, negende lid, eerste alinea | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |
| Artikel 2bis, eerste lid | Artikel 2.126, eerste lid | | |
| Artikel 2bis, tweede lid, eerste alinea | Artikel 2.126, eerste en derde lid | Keuze voor de duur van opschortende termijn | Toegelicht in o.m. paragraaf 4.1 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2bis, tweede lid, tweede en derde alinea | Artikel 2.127, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 2bis, tweede lid, vierde alinea | Artikel 2.129 | | |
| Artikel 2ter, eerste alinea | Artikel 2.126, vierde lid | Deze mogelijkheid is opgenomen | Artikelsgewijze toelichting bij artikel 2.126 |
| Artikel 2ter, tweede alinea | Artikel 4.15, eerste lid, aanhef en onder c | | |
| Artikel 2quater, eerste zin | 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 onwettige beslissing |
| Artikel 2quater, tweede zin | Van optie is geen gebruik gemaakt | | |
| Artikel 2quinqüies, eerste lid | Artikel 4.15, eerste lid jo. Artikel 3:51 BW | | |
| Artikel 2quinqüies, tweede lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Laat gevolgen van vernietiging aan nationale recht, vernietiging kent in Nederland terugwerkende kracht. | |

| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 92/13 wijzigt | Bepaling in implementatie-regeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte |
|--|--|--|--|
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, eerste zin | Artikel 4.18, eerste lid | Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op algemeenbelang | Toegelicht in paragraaf 4.2.4 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr 3. |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, tweede zin | Artikel 4.21, eerste lid | | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 2 | Artikel 4.18, tweede lid | | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 3 | Artikel 4.18, tweede lid | | |
| Artikel 2quinquies, vierde lid | Artikel 4.16, eerste lid | | |
| Artikel 2quinquies, vijfde lid | Artikel 4.16, tweede lid | | |
| artikel 2sexies, eerste lid | 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 bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr 3. |
| Artikel 2sexies, tweede lid, eerste zin | Artikel 4.21, derde lid | | |
| Artikel 2sexies, tweede lid, tweede en derde zin | Artikel 4.18 en 4.19, eerste leden | | |
| artikel 2septies, eerste 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 4.2.1 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr 3. |
| Artikel 2septies, eerste lid, aanhef en onder b | Artikel 4.15, tweede lid, aanhef en onder b | | |
| Artikel 2septies, tweede lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Termijnen voor het instellen van beroep wordt aan nationaal recht gelaten | |
| Artikel 3bis | Artikel 4.17 | | |
| Artikel 3ter | Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Europese Commissie | | |
| Artikel 8 | Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Europese Commissie | | |
| Artikel 12, eerste lid | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 12, tweede lid | Artikel 4.20, tweede lid | | |
| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 89/665 wijzigt | | | |
| Artikel 1, eerste lid, eerste en tweede alinea | Artikel 3.1 | | |
| Artikel 1, eerste lid, derde alinea | inspanningsverplichting voor de lidstaat die geen implementatie behoeft | | |
| Artikel 1, tweede lid | Reeds geïmplementeerd | | |
| Artikel 1, derde lid | Reeds geïmplementeerd | | |
| Artikel 1, vierde lid | 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 1, vijfde lid, eerste alinea | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om ondernemer te verplichten beroep in te stellen bij aanbestedende dienst | Deze optie past bij een administratief-rechtelijk systeem; in het civiele systeem is dit niet goed denkbaar |
| Artikel 1, vijfde lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | Met welke middelen wordt beroep ingesteld | |

Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 89/665 wijzigt

| | | | |
|--|---|--|--|
| Artikel 1, vijfde lid, derde alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | | |
| Artikel 2, eerste lid, onder a | Reeds geïmplementeerd in o.m. art 254 Rv | | |
| Artikel 2, eerste lid, onder b | Reeds geïmplementeerd in systeem BW en Rv | | |
| Artikel 2, eerste lid, onder c | Reeds geïmplementeerd (o.a. 6:162 BW) | | |
| Artikel 2, tweede lid | behoeft naar zijn aard geen implementatie | Verschillende onderdelen van de beroepsprocedure worden aan verschillende instanties toegekend (opschorting alleen bij KG) | |
| Artikel 2, derde lid | Artikel 3.75 jo. artikel 2.130 | | Artikelsgewijze toelichting bij artikel 7 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2, vierde lid | behoeft naar zijn aard geen implementatie | 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 2, vijfde lid, eerste alinea | Artikel 4.18, eerste lid en artikel 4.19, tweede lid | | |
| Artikel 2, vijfde lid, tweede alinea | Is reeds geïmplementeerd in systeem van voorlopige voorziening | | |
| Artikel 2, zesde lid | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | nietigheid van gunningsbeslissing nodig voor schadevergoeding | In artikel 6:162 is onrechtmatigheid ook zonder nietige beslissing aantoonbaar. Er is geen noodzaak dat te beperken |
| Artikel 2, zevende lid, eerste alinea | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Laat effecten van overeenkomst aan Nationaal recht | |
| Artikel 2, zevende lid, tweede alinea | 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 2, achtste lid | Reeds geïmplementeerd in systeem BW en Rv doordat uitvoerbaarheid bij voorraad gevraagd kan worden. | | |
| Artikel 2, negende lid | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Beroepsinstanties moeten bepaalde kwalificaties hebben wanneer zij geen rechter zijn | Beroepsinstanties zijn rechter, m.u.v NMa die geen beroepsinstantie is in de zin van de richtlijn |
| Artikel 2bis, eerste lid | Artikel 3.75 jo. artikel 2.126, eerste lid | | |
| Artikel 2bis, tweede lid, eerste alinea | Artikel 3.75 jo. artikel 2.126, eerste en derde lid | Keuze voor de duur van opschortende termijn | Toegelicht in o.m. paragraaf 4.1 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2bis, tweede lid, tweede en derde alinea | Artikel 3.75 jo. artikel 2.127, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 2bis, tweede lid, vierde alinea | Artikel 3.75 jo. artikel 2.129 | | |
| Artikel 2ter, eerste alinea | Artikel 3.75 jo. artikel 2.126, vierde lid | Deze mogelijkheid is opgenomen | Artikelsgewijze toelichting bij artikel 3 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2ter, tweede alinea | Artikel 4.15, eerste lid, aanhef en onder c | | |
| Artikel 2quater, eerste zin | 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 onwettige beslissing |
| Artikel 2quater, tweede zin | van optie is geen gebruik gemaakt | | |
| Artikel 2quinqies, eerste lid | Artikel 4.15, eerste lid jo. Artikel 3:51 BW | | |
| Artikel 2quinqies, tweede lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Laat gevolgen van vernietiging aan nationale recht, vernietiging kent in Nederland terugwerkende kracht. | |

Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 89/665 wijzigt

| | | | |
|---|---|---|--|
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, eerste zin | 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 Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, tweede zin | Artikel 4.21, eerste lid | | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 2 | Artikel 4.18, tweede lid | | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 3 | Artikel 4.18, tweede lid | | |
| Artikel 2quinquies, vierde lid | Artikel 4.16, eerste lid | | |
| Artikel 2quinquies, vijfde lid | Artikel 4.16, tweede lid | | |
| artikel 2sexies, eerste lid | 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 bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2sexies, tweede lid, eerste zin | Artikel 4.21, derde lid | | |
| Artikel 2sexies, tweede lid, tweede en derde zin | Artikel 4.18 en 4.19, eerste leden | | |
| artikel 2septies, eerste 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 4.2.1 van de memorie van toelichting bij de Wira kamerstukken 2009/10, 30 027, nr. 3 |
| Artikel 2septies, eerste lid, aanhef en onder b | Artikel 4.15, tweede lid, aanhef en onder b | | |
| Artikel 2septies, tweede lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Termijnen voor het instellen van beroep wordt aan nationaal recht gelaten | |
| Artikel 3bis | Artikel 4.17 | | |
| Artikel 3ter | Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Commissie | | |
| Artikel 8 | Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Commissie | | |
| Artikel 12, eerste lid | Behoeft geen implementatie | | |
| Artikel 12, tweede lid | Artikel 4.20, tweede lid | | |

De minister van Economische Zaken,
M. J. A. van der Hoeven