

Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)

MEMORIE VAN TOELICHTING

INHOUDSOPGAVE

I. ALGEMEEN	3
1 INLEIDING	3
1.1 Aanleiding.....	3
2 AANBESTEDINGSBELEID	3
2.1 Aanbestedingsbeleid en wetsvoorstel	3
2.2 Doelstellingen aanbestedingsbeleid.....	4
2.3 Doelstelling wetsvoorstel.....	5
3 VOORGESCHIEDENIS.....	6
4 WIJZIGINGEN TEN OPZICHTE VAN DE HUIDIGE REGELGEVING.....	6
4.1 Algemene beginselen boven en onder de drempel	6
4.2 Eigen verklaring.....	7
4.3 Kosteloos aanbieden aanbestedingsstukken	7
4.4 Aankondiging op TenderNed.....	8
4.5 Integriteit.....	8
4.6 Rechtsbescherming en relatie tot de WIRA.....	8
5 WETGEVINGSSYSTEMATIEK.....	9
5.1 Implementatiemethode.....	9
5.2 Terminologie.....	9
6 HOOFDLIJNEN WETSVOORSTEL	10
6.1 Definities.....	10
6.2 Algemene beginselen van algemeen aanbesteden	10
6.3 Het non-discriminatiebeginsel en gelijkheidsbeginsel.....	10
6.4 Het transparantiebeginsel.....	11
6.5 Proportionaliteit	11
6.6 Reikwijdte.....	12
6.7 Aanbestedingsprocedures	12
6.8 Speciale-sectorbedrijven	12
6.9 Integriteit.....	12
6.10 Lastenverlichtende maatregelen.....	12
7 FLANKEREND BELEID.....	12
7.1 Uitschrijven procedures	13
7.2 Proportionaliteit	14
7.3 Aanvullende maatregelen rechtsbescherming.....	14
7.4 Innovatie en duurzaamheid.....	16
7.5 Elektronisch aanbesteden.....	16
7.6 Professionalisering	17
7.6.1 <i>PIANOo</i>	17
7.6.2 <i>Bestaande initiatieven</i>	18
7.6.3 <i>Mogelijk aanvullende maatregelen</i>	18
8 GEVOLGEN VOOR DE LASTEN.....	18

8.1	Inleiding	18
8.2	Bedrijfseffectentoets	19
8.3	Ontwikkeling uitvoeringslasten aanbestedende diensten.....	19
9	CONSULTATIE BELANGHEBBENDEN.....	19
II.	ARTIKELN	19
III.	TRANSPONERINGSTABELLEN	65

I. ALGEMEEN

1 INLEIDING

1.1 Aanleiding

Dagelijks worden door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven (overheids)opdrachten aanbesteed. Met overheidsopdrachten is veel geld gemoeid, een totaalbedrag in de orde van grootte van 60 miljard. Het is van belang dat zorgvuldig wordt omgegaan met dit gemeenschapsgeld. Aanbesteden moet daarom gericht zijn op de beste prijs-kwaliteit verhouding. Om deze te bereiken is het van belang dat zoveel mogelijk ondernemers gemakkelijk toegang tot een aanbesteding kunnen krijgen. Voor een groot deel van de opdrachten voor werken, leveringen en diensten door aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven gelden op grond van Europese aanbestedingsregels specifieke procedures en beginselen.

De Nederlandse aanbestedingspraktijk is de afgelopen jaren in beweging geweest. Ondanks de initiatieven die verschillende partijen hebben genomen, blijkt een verbetering van de aanbestedingspraktijk mogelijk en gewenst. De regels en beginselen van het aanbesteden blijken, met name voor kleinere en daardoor vaak minder ervaren aanbestedende diensten, niet altijd duidelijk te zijn, wat de naleving ervan bemoeilijkt. Bovendien kan het aanbesteden gepaard gaan met aanzienlijke lasten voor ondernemer en aanbestedende diensten.

Dit wetsvoorstel beoogt een duidelijker en eenvormiger aanbestedingskader te bieden, dat de lasten van het aanbesteden vermindert en voldoende ruimte laat voor maatwerk. De Europese aanbestedingsregels worden daarom opnieuw en toegankelijker geïmplementeerd. Waar mogelijk worden keuzes gemaakt die de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving bevorderen. Hierdoor zouden alle aanbestedende diensten gemakkelijker in staat moeten zijn doelmatig aan te besteden en daarbij de regels en beginselen na te leven.

Met beleidsmaatregelen wordt ondersteuning en richting gegeven aan het goed uitvoeren van de regels en beginselen, met name aan kleinere en daardoor vaak minder ervaren aanbestedende diensten. Ook wordt een verdere professionalisering van aanbestedende diensten ondersteund en gestimuleerd.

2 AANBESTEDINGSBELEID

2.1 Aanbestedingsbeleid en wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel is een onderdeel van het aanbestedingsbeleid. Aanbesteden moet gericht zijn op het verkrijgen van het product met de beste prijs-kwaliteit verhouding tegen zo laag mogelijke lasten voor aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven en ondernemers. Dit vergt een goede en laagdrempelige toegang van ondernemers tot aanbestedingsprocedures.

Aanbesteden is een vak. De verantwoordelijkheid voor een goede aanbesteding ligt in eerste instantie bij de aanbestedende dienst zelf. De grote diversiteit in opdrachten vraagt

om maatwerk en professionaliteit bij opdrachtgever en opdrachtnemer. Dit kan niet volledig in regels worden gevangen. Naast dit wetsvoorstel bestaat het aanbestedingsbeleid daarom uit maatregelen die, met name voor aanbestedende diensten die nog professioneler kunnen inkopen, ondersteuning en richting geven aan het goed uitvoeren van de regels en beginselen, en verdere professionalisering van aanbestedende diensten en ondernemers ondersteunen en stimuleren. Zie hiervoor ook paragraaf 7, waar uitvoerig op het flankerende beleid wordt ingegaan. Zo blijkt dat aanbestedende diensten vaak nog beperkt inzicht hebben in de eigen inkoop- en aanbestedingsresultaten (pag. 9 in *Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels*, PricewaterhouseCoopers, 2007).

2.2 Doelstellingen aanbestedingsbeleid

Op de volgende punten is een verbetering in de aanbestedingspraktijk mogelijk en wenselijk.

Toegang voor ondernemers. Effectieve concurrentie draagt bij aan een goed inkoopresultaat en de beste prijs-kwaliteit verhouding. Het is dus niet alleen met het oog op de kansen voor (kleinere) ondernemers, maar ook voor aanbestedende diensten zelf van belang dat ondernemers niet onnodig worden uitgesloten. Uit onderzoek van het EIM komt naar voren dat het MKB volgens de Nederlandse definitie (max. 100 werknemers) ongeveer 45 % van het totaal aantal aanbestedingen wint. Dit is ongeveer 15 % van de totale waarde van aanbestedingen. Volgens de Europese definitie (max. 250 werknemers) zijn deze percentages resp. 59 % en 31 %. In een Europees onderzoek lag het aandeel van het Nederlandse MKB in gegunde Europese aanbestedingen van Nederlandse aanbestedende diensten in 2005 ongeveer op het Europese gemiddelde (GHK en Technopolis, 2007, i.o.v. de Europese Commissie, pag. 48). Tegelijk komt het in de praktijk voor dat ondernemers worden geconfronteerd met belemmeringen voor deelname aan aanbestedingen, bijvoorbeeld doordat eisen gesteld worden die niet in verhouding staan tot de opdracht, onnodig wordt geclusterd en/of de lasten van de aanbesteding hoog zijn. Dit zijn drempels die met name voor het MKB en zelfstandigen zonder personeel kunnen leiden tot uitsluiting.

Lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten. Het aanbestedingsproces kan gepaard gaan met aanzienlijke lasten voor aanbestedende diensten en ondernemers. De kosten verschillen per procedure en opdracht, maar bedroegen in totaal €67 miljoen voor aanbestedingsprocedures bij de centrale overheid over 2002 (*SIRA Meting lasten van aanbesteden door Centrale Overheid*, 2005). Voor een niet-openbare Europese procedure lopen deze lasten op tot €57.500 per procedure. Deze lasten worden gemaakt met als doel om een betere prijs-kwaliteit te krijgen. Het is wel van belang om daar waar mogelijk de lasten zoveel mogelijk te beperken, zonder dat de lasten daarbij te veel van de ene naar de andere partij verschuiven. Harmonisatie in procedures en het gebruikmaken van slimmere selectiemethoden (Eigen verklaring) zouden een grote bijdrage kunnen leveren aan lastenvermindering (*Waarom vraagt u dat?*, Significant, 2005).

Innovatie. Het inkoopresultaat is gebaat bij het goed gebruikmaken van het innovatief vermogen van de markt. De aanbestedingsregelgeving moet hiervoor voldoende mogelijkheden bieden en zeker geen belemmeringen opwerpen. In de aanbestedingspraktijk kan nog meer en vooral slimmer gebruik gemaakt worden van

aanbesteden op economisch meest voordelige inschrijving. Op dit moment wordt in ca. 75 % van de gevallen aanbesteed op EMVI, maar vaak maakt prijs daar toch nog het meest dominante onderdeel van uit (*MKB en aanbesteden*, EIM, 2008).

Duurzaamheid. Daarnaast wordt het belang van het meewegen van doelstellingen op het gebied van duurzaamheid in het inkoopproces steeds groter. Zo heeft het Rijk een doelstelling van 100 % duurzaam inkopen in uiterlijk 2010. Gemeenten streven naar 75 % in 2010 en 100 % in 2015.

Integriteit. De Europese richtlijnen verplichten aanbestedende diensten om ondernemers uit te sluiten, wanneer deze niet integer zijn. De toetsing van integriteit blijkt moeilijk te zijn. Aanbestedende diensten kunnen niet goed aan de juiste informatie komen om hieraan invulling te geven. Dit heeft ertoe geleid dat aanbestedende diensten ieder op hun eigen wijze de integriteit van ondernemers toetsen.

Naleving. De naleving van de Europese aanbestedingsregels blijkt nog voor verbetering vatbaar. Het Ministerie van Economische Zaken laat vanaf 2002 tweejaarlijks onderzoek doen naar de naleving van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten. De naleving is in de periode 2002 tot 2006 verbeterd, maar er is nog ruimte voor verdere verbetering (Significant, 2008, i.o.v. Ministerie van Economische Zaken).

Rechtsbescherming. Momenteel kunnen ondernemers hun recht halen via het aanspannen van een procedure bij de burgerlijke rechter. Hoewel dit systeem adequate rechtsbescherming biedt, is dit geen laagdrempelige wijze van klachtafhandeling. Doordat deze ontbreekt, zien ondernemers er in de praktijk vaak vanaf vermeende onjuistheden in aanbestedingsprocedures aan de kaak te stellen. Bij dit onderwerp speelt de relatie tot het wetsvoorstel implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (zoals beschreven in paragraaf 4.7).

2.3 Doelstelling wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel beoogt bij te dragen aan de hierboven genoemde doelen. Het beoogt een duidelijker en eenvormiger juridisch aanbestedingskader te bieden, dat de lasten voor bedrijven en aanbestedende diensten vermindert en de toetsing van integriteit vereenvoudigt. Daarnaast moet het een werkbare balans zijn tussen grotere eenvormigheid enerzijds en ruimte voor maatwerk anderzijds. Er moet ruimte blijven voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om in het inkoopbeleid invulling te geven aan beleidsdoelen zoals het stimuleren van duurzaamheid en innovatie.

Dit wetsvoorstel is een hernieuwde implementatie van 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) (hierna: 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) (hierna: richtlijn nr. 2004/18/EG). Daarnaast worden in dit wetsvoorstel de (reeds geldende) beginselen van non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie expliciet opgenomen.

Niet alle in de vorige paragraaf genoemde doelstellingen kunnen optimaal bediend worden door een wettelijke regeling. In de paragraaf over flankerend beleid (paragraaf 7) is aangegeven op welke wijze onderwerpen als professionalisering, aanvullende rechtsbescherming en proportionaliteit ingevuld worden.

3 VOORGESCHIEDENIS

Tot 2004 werd de aanbestedingsregelgeving in Nederland geïmplementeerd door verwijzing naar (destijds geldende) Europese aanbestedingsrichtlijnen. In 2003 presenteerde de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (Kamerstukken II, 2002/2003 28 244, hierna: PEC) haar rapport waarin zij verschillende problemen aan het licht bracht. In de kabinetsreactie op dit rapport kondigde het toenmalige kabinet aan te komen met een strakker en eenvormiger juridisch aanbestedingskader voor overheidsopdrachten, dat tegelijk ruimte zou bieden aan de verschillende soorten aanbestedende diensten om via maatwerk de beste prijs-kwaliteitverhouding te realiseren.

In het voorjaar van 2004 werden twee nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld; richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG. Deze richtlijnen zijn in 2005 geïmplementeerd door het overnemen van de richtlijnen in twee algemene maatregelen van bestuur, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectorbedrijven (Bass). In 2005 is er vanwege de korte implementatietermijn voor gekozen om vast te houden aan de structuur van een raamwet met daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur. De richtlijnen zijn aldus op het niveau van algemene maatregelen van bestuur geïmplementeerd.

In 2006 is een nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend (voorstel van wet, houdende regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale-sectorbedrijven (Aanbestedingswet), Kamerstukken II 2006/2007, 30501). In dit wetsvoorstel was een beperkt aantal inhoudelijke bepalingen opgenomen en daarnaast enkele, redelijk open geformuleerde delegatiegrondslagen. In het daarop gebaseerde ontwerp van een algemene maatregel van bestuur waren de procedures stapsgewijs uitgeschreven. Dit wetsvoorstel Aanbestedingswet is in juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Een belangrijke reden voor de Eerste Kamer om het wetsvoorstel te verwerpen was dat de belangrijkste bepalingen op een te laag niveau zouden worden vastgesteld. Daarnaast liet het nieuwe strakkere kader naar inzicht van de Eerste Kamer te weinig ruimte voor maatwerk, waardoor jurisdisering zou kunnen ontstaan.

4 WIJZIGINGEN TEN OPZICHTE VAN DE HUIDIGE REGELGEVING

Op basis van de bovengenoemde doelen is het wenselijk dat de volgende wijzigingen ten opzichte van de huidige wettelijke regeling worden aangebracht. Het betreft onderwerpen waar een wettelijke regeling noodzakelijk is. In deze paragraaf worden de keuzes ten aanzien van deze onderwerpen toegelicht. In de artikelsgewijze toelichting is een gedetailleerde toelichting gegeven.

4.1 Algemene beginselen boven en onder de drempel

In het aanbestedingsrecht is een belangrijke plaats weggelegd voor een aantal algemene beginselen. In het wetsvoorstel is opgenomen dat de algemene beginselen voor alle

aanbestedingen gelden waarvoor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven concurrentie open stellen. Hierbij geldt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven niet verplicht zijn concurrentie open te stellen als een opdracht niet onder een van de richtlijnen valt, behoudens voor zover dit voortvloeit uit het EG-verdrag. Het tweede hoofdstuk van het wetsvoorstel ziet daarom op de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Deze beginselen nemen een prominente rol in dit wetsvoorstel in, omdat zij het aanbestedingsproces met waarborgen omkleden.

Voor de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie geldt dat deze in de richtlijnen zijn opgenomen. Het beginsel van proportionaliteit is in de overwegingen bij de richtlijnen opgenomen. Hiermee gelden deze beginselen reeds volledig boven de drempels. Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EG dat de beginselen ook gelden voor opdrachten onder de drempels met een grensoverschrijdend belang. Op grond van nationaal burgerlijk recht kan worden gesteld dat de beginsel in het algemeen gelden, wanneer een aanbestedende dienst concurrentie openstelt. In aanvulling hierop kunnen er aangrijpingspunten voor de algemene gelding van de beginselen gevonden worden in een parallelle toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De (reeds geldende) beginselen worden expliciet opgenomen om hiermee de centrale positie van deze beginselen in het aanbestedingsproces te verankeren en bij te dragen aan de kenbaarheid van deze beginselen.

Een nadere toelichting op de gelding van de beginselen en op de wijze waarop deze in het wetsvoorstel is opgenomen wordt in de artikelswijze toelichting op hoofdstuk 2 gegeven.

4.2 Eigen verklaring

In het wetsvoorstel is opgenomen dat aanbestedende diensten in eerste instantie aan ondernemers alleen de uniforme eigen verklaring kunnen vragen. In een eigen verklaring verklaart een ondernemer dat hij voldoet aan (een aantal van) de selectiecriteria. Hiervoor hoeft uiteindelijk alleen de winnende ondernemer originele bewijsstukken aanleveren als de aanbestedende dienst hiernaar vraagt. Een uniforme eigen verklaring zorgt ervoor dat onnodige lasten voor ondernemers worden voorkomen, omdat zij niet steeds verschillende gegevens en documenten aan hoeven te leveren. Daarnaast zorgt een uniforme eigen verklaring ervoor dat de uitvoeringslasten van aanbestedende diensten zullen afnemen, omdat aanbestedende diensten niet langer van alle ondernemers de verschillende gegevens en documenten verifiëren.

4.3 Kosteloos aanbieden 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. Dit zorgt ervoor dat er geen hoge bedragen meer voor aanbestedingsstukken kunnen worden gevraagd, zodat de drempel verlaagd wordt voor ondernemers om te beoordelen of ze geïnteresseerd zijn in deelname aan een aanbestedingsprocedure.

4.4 Aankondiging op TenderNed

In het wetsvoorstel is opgenomen dat aanbestedende diensten verplicht de (voor)aankondiging van de opdracht en het bekendmaken van de gunning moeten publiceren via TenderNed. Deze (voor)aankondiging is gratis. TenderNed wordt het elektronische systeem waarmee aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aanbestedingen nationaal en Europees kunnen aankondigen. Ondernemers kunnen hierdoor zonder dat zij op verschillende plaatsen hoeven te zoeken, op één centrale plaats alle opdrachten vinden. TenderNed zorgt er daarnaast voor dat aanbestedende diensten geen statistische gegevens met betrekking tot het aantal overheidsopdrachten meer hoeven aan te leveren voor de Europese Commissie, omdat TenderNed alle benodigde gegevens centraal beschikbaar heeft.

4.5 Integriteit

In het wetsvoorstel is een regeling voor de toetsing van integriteit opgenomen. Bij de integriteitstoets moet onderscheid gemaakt worden in de toets voor de verplichte en de facultatieve uitsluitingsgronden. Voor de verplichte uitsluitingsgronden geldt dat aanbestedende diensten verplicht zijn ondernemers te vragen in de eigen verklaring te verklaren dat zij niet onder de uitsluitingsgronden van de wet te vallen. Voor de facultatieve uitsluitingsgronden geldt dat aanbestedende diensten kiezen of zij hierop willen toetsen. Indien zij hiervoor kiezen moeten zij deze ook in de eigen verklaring opnemen. Indien aanbestedende diensten besluiten om ook een bewijsstuk te vragen, vragen zij dat bewijsstuk alleen aan de gegunde of geselecteerde ondernemers en niet aan alle ondernemers. Als bewijsstuk kunnen aanbestedende diensten vragen om de Gedragsverklaring aanbesteden. De Gedragsverklaring aanbesteden is een uniforme verklaring die wordt afgegeven door de Minister van Justitie en is 12 maanden geldig. Voor de sectoren bouw, ICT en milieu kunnen aanbestedende diensten daarnaast advies vragen bij bureau BIBOB. Indien een ondernemer geen Gedragsverklaring aanbesteden kan overleggen of indien bureau BIBOB een negatief advies geeft over een bepaalde ondernemer betekent dit niet dat deze ondernemer automatisch is uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. De afweging om een ondernemer uit te sluiten ligt uiteindelijk altijd bij de aanbestedende dienst zelf. De aanbestedende dienst moet de beslissing om een ondernemer uit te sluiten voor deelname aan de specifieke aanbestedingsprocedure dan ook goed kunnen onderbouwen. Ten opzichte van het huidige systeem, wordt de Gedragsverklaring uitgebreid met mededingingsrechtelijke boetebeschikkingen. Daarnaast schept de regeling in het wetsvoorstel uniformiteit, die op dit moment ontbreekt. Dit schept helderheid en reduceert administratieve lasten.

4.6 Rechtsbescherming en relatie tot de WIRA

De rechtsbescherming bij aanbestedingen is civielrechtelijk. De burgerlijke rechter is op basis van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Rechtsvordering bevoegd over geschillen te oordelen in aanbestedingsprocedures. De rechter kan op verzoek van belanghebbenden op korte termijn voorlopige maatregelen nemen door middel van een voorlopige voorziening. Dit systeem biedt voldoende bescherming voor ondernemers. Daarom is het gehandhaafd.

Het wetsvoorstel implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: de WIRA) bevat in aanvulling op het bestaande civielrechtelijke rechtsbeschermingsstelsel,

bepalingen om de doeltreffendheid van rechtsbescherming verder te verhogen. Met de WIRA moet richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU L 335) (hierna: de rechtsbeschermingsrichtlijnen) geïmplementeerd worden. Deze rechtsbeschermingsrichtlijnen vormen het Europees rechtelijk kader voor de rechtsbescherming bij aanbestedingen en dienen voor 20 december 2009 te zijn geïmplementeerd. Daarom is voor een apart wetsvoorstel gekozen. Een scheiding tussen implementatie en nationaal beleid is ook in lijn met de Aanwijzingen voor de Regelgeving (aanwijzing 337). Samenvoeging van de WIRA en dit wetsvoorstel lag om deze redenen dan ook niet voor de hand. De regering is echter wel voornemens om omwille van de overzichtelijkheid de WIRA bij inwerkingtreding van dit wetsvoorstel samen te voegen met dit wetsvoorstel. De WIRA ligt momenteel voor advies bij de Raad van State.

In aanvulling op het bovenstaande, wordt in paragraaf 7.3 het flankerend beleid op het gebied van de rechtsbescherming beschreven.

5 WETGEVINGSSYSTEMATIEK

5.1 Implementatiemethode

Met dit wetsvoorstel worden, zoals reeds eerder is vermeld, twee richtlijnen geïmplementeerd, namelijk richtlijn nr. 2004/18/EG voor aanbestedende diensten en richtlijn nr. 2004/17/EG voor hetgeen in dit wetsvoorstel wordt aangeduid met speciale-sectorbedrijven. Sommige hoofdstukken gelden daartoe zowel voor aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven, terwijl andere hoofdstukken duidelijk alleen op aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven gericht zijn. Dit blijkt uit het opschrift van het hoofdstuk.

De richtlijnen worden thans vrijwel geheel op wetsniveau geïmplementeerd. Hierbij is ervoor gekozen de bepalingen in een heldere, zo toegankelijk mogelijke structuur te gieten. Op enkele punten zou regeling op wetsniveau niet praktisch zijn. Het gaat dan bijvoorbeeld om gedetailleerde bepalingen, zoals de precieze inhoud van een aankondigingformulier.

Zo nodig wordt gekozen voor een dynamische verwijzing naar de aanbestedingsrichtlijnen. Dit geldt voornamelijk voor bepalingen waarvan de Europese Commissie de bevoegdheid heeft om deze aan te passen, zonder dat daarvoor de richtlijnen hoeven te worden aangepast. Indien dit soort bepalingen in het wetsvoorstel zouden worden opgenomen, zou het wetsvoorstel na iedere beschikking van de Europese Commissie hierover moeten worden aangepast. Een voorbeeld hiervan zijn de drempelbedragen voor de toepassing van de richtlijnen. De Commissie stelt die tweejaarlijks vast met een korte inwerkingtreedingsperiode.

5.2 Terminologie

In het wetsvoorstel is ervoor gekozen de bepalingen zo helder en scherp mogelijk neer te zetten. Dit betekent dat de formuleringen van de richtlijn zijn “vertaald” in

toegankelijk Nederlands. Daarnaast worden verbeteringen aangebracht in de begrippen die de richtlijnen hanteren. In die richtlijnen 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 heeft tot verwarring in terminologie geleid. Daarom wordt in dit wetsvoorstel uitdrukkelijker bepaald wat de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria zijn.

6 HOOFDLIJNEN WETSVOORSTEL

6.1 Definities

Het wetsvoorstel begint in hoofdstuk 1 met de definities. Deze definities gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Deze definities staan bij elkaar in het eerste hoofdstuk, omdat het merendeel van de definities voor beide categorieën gelden. In het wetsvoorstel worden de begripsbepalingen gegroepeerd naar bepaalde aspecten van de aanbestedingspraktijk, en daarbinnen alfabetisch.

6.2 Algemene beginselen van algemeen aanbesteden

In hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel zijn de algemene beginselen opgenomen, die voor alle (overheids)opdrachten gelden. Het gaat hier om de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid, transparantie, en proportionaliteit. Deze beginselen gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. De beginselen zijn een toetsingsmaatstaf en leggen een fundament voor het aanbestedingsproces. Ze geven richting en sturing aan het concrete gedrag van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in het aanbestedingsproces en waarborgen een goed verloop van dat proces.

Hoewel de algemene beginselen voor alle opdrachten gelden waarbij de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven concurrentie stellen, hoeven deze beginselen niet voor alle opdrachten nader uitgewerkt te worden in procedurele voorschriften. Binnen het regime van de Europese aanbestedingrichtlijnen gelden de procedurevoorschriften uit de richtlijn, die in deze wet zijn opgenomen in de hoofdstukken 3 tot en met 6. Deze voorschriften geven voor een groot gedeelte al een invulling aan de algemene beginselen. Waar nodig zal in flankerend beleid, zoals beschreven in paragraaf 7, in samenwerking met aanbestedende diensten en ondernemers handvatten worden geboden voor de praktische uitwerking van de beginselen onder de drempel.

6.3 Het non-discriminatiebeginsel en gelijkheidsbeginsel

Het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel worden in hetzelfde artikel genoemd. De reden hiervoor is dat beginselen nauw aan elkaar verwant zijn. Het non-discriminatiebeginsel stelt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven geen onderscheid mogen maken op grond van nationaliteit. Het gelijkheidsbeginsel heeft tot gevolg dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gehouden zijn gelijke gevallen gelijk te behandelen. Dit beginsel heeft enige overlap met het non-discriminatiebeginsel, maar is breder. Terwijl het non-discriminatiebeginsel een negatieve, passieve verplichting is tot het onthouden van discriminerend gedrag, brengt

het gelijkheidsbeginsel een positieve, actieve verplichting met zich mee om te zorgen dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden.

6.4 Het transparantiebeginsel

Het transparantiebeginsel heeft twee componenten. Ten eerste vloeit uit dat beginsel voor dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf bij het starten van een aanbestedingsprocedure een passende mate van openbaarheid in acht moet nemen en ten tweede, de verplichting om de gunning van een opdracht te motiveren.

Het geven van een passende mate van openbaarheid is volgens jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie EG verplicht in alle aanbestedingsprocedures die binnen het volledige regime van de richtlijnen vallen en bij alle overige opdrachten van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven waarbij sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het wetsvoorstel verplicht niet tot openbaarmaking van een voornemen tot het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot het verrichten van werken of het leveren van goederen of diensten. Immers, het verplicht vooraf openbaar maken van een opdracht kan leiden tot hoge lasten voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven en zou daardoor bij kleinere opdrachten al snel disproportioneel zijn.

De verplichting om de gunningbeslissing te motiveren geldt echter wel voor alle opdrachten van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, ook die welke niet onder de richtlijnen of het EG-verdrag vallen, althans voor zover die opdrachten zijn opengesteld voor concurrentie. Het is voor de transparantie van het proces in dergelijke gevallen belangrijk dat de door de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gemaakte keuzes verantwoord kunnen worden. Dit is enerzijds van belang omdat het de besteding van gemeenschapsgeld betreft. Anderzijds is het van belang omdat het zowel voor afgewezen ondernemers als voor de ondernemers die de opdracht gegund hebben gekregen belangrijk is om te weten op welke gronden deze keuze rust.

De verplichting om beslissingen in de aanbestedingsprocedure dusdanig te motiveren dat een ondernemer geïnformeerd kan besluiten om wel of geen juridische procedure te starten is reeds in de WIRA opgenomen.

6.5 Proportionaliteit

In dit wetsvoorstel wordt het beginsel van proportionaliteit opgenomen als een algemeen beginsel dat moet worden toegepast bij aanbesteden. Een goede aanbesteding, vergt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven proportionele eisen en voorwaarden stellen.

Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. Hieronder vallen de inhoud van de geschiktheidseisen, het aantal geschiktheidseisen dat wordt gesteld, termijnen, uitsluitingsgronden, clustering van opdrachten, de keuze voor een bepaalde procedure en de vergoeding van hoge kosten tijdens de offertefase. De eisen en voorwaarden die concreet voortvloeien uit dit beginsel verschillen naar gelang de aard, omvang en waarde van de opdracht. Een handvat hiertoe zal worden geboden met flankerend beleid, zie Paragraaf 7.2.

6.6 Reikwijdte

Hoofdstuk 3 van het wetsvoorstel bakent de reikwijdte van de regels voor overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en prijsvragen van aanbestedende diensten af. Dit hoofdstuk begint daarom met de drempelbedragen, waarboven de richtlijnen gelden. Daarnaast wordt in dit wetsvoorstel ook duidelijk gemaakt voor welke overheidsopdrachten, boven de aanbestedingsdrempel, deze wet niet geldt. Deze uitzonderingen volgen uit de richtlijn. Het gaat hier bijvoorbeeld om geheime opdrachten, die van de reikwijdte van de Europese richtlijnen zijn uitgezonderd. De reikwijdte wordt op deze manier op wetsniveau bepaald en daarvan kan niet worden afgeweken op een lager niveau van regelgeving.

6.7 Aanbestedingsprocedures

De verschillende aanbestedingsprocedures die aanbestedende diensten kunnen toepassen worden weergegeven in hoofdstuk 4. Bij iedere procedure wordt eerst aangegeven in welke gevallen een bepaalde procedure kan worden toegepast en welke stappen de aanbestedende dienst bij het toepassen van de procedure doorloopt. De aanbestedende dienst heeft daarmee onmiddellijk overzicht van de wijze waarop een aanbesteding dient te verlopen. Bovendien is daarmee ook duidelijk wat de verschillen zijn tussen de aanbestedingsprocedures.

In hoofdstuk 5 van het wetsvoorstel worden de stappen in de procedures (aankondiging, uitsluiting, geschiktheid, selectie en gunning) verder uitgewerkt, waardoor het voor de aanbestedende dienst duidelijk wordt hoe deze stappen dienen te verlopen. Dit hoofdstuk bevat ook de bijzondere bepalingen voor elke procedure.

6.8 Speciale-sectorbedrijven

In hoofdstuk 6 worden de speciale sectoren behandeld. Voor de speciale sectoren geldt dezelfde opbouw als voor de aanbestedende diensten. Deze bepalingen volgen daarmee ook de opbouw van de hoofdstukken 3 tot en met 5 van het wetsvoorstel.

6.9 Integriteit

In hoofdstuk 7 van het wetsvoorstel wordt de Gedragsverklaring aanbesteden geregeld. Hierin wordt het afwegingskader van de Minister van Justitie bij de afgifte van de Gedragsverklaring aanbesteden bepaald.

6.10 Lastenverlichtende maatregelen

In hoofdstuk 8 is een drietal lastenverlichtende maatregelen opgenomen, zoals besproken in de paragrafen 4.2, 4.3 en 4.4 van deze Memorie van Toelichting. Deze maatregelen zijn de verplichte uniforme eigen verklaring, het kosteloos aanbieden van aanbestedingsstukken en de verplichte (gratis) publicatie via TenderNed.

7 FLANKEREND BELEID

Zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven is aanbesteden een vak. De grote diversiteit aan opdrachten vraagt maatwerk van de aanbestedende diensten. Daarnaast is ook de diversiteit onder aanbestedende diensten groot, onder andere in de mate van professionaliteit. Dit maakt het voor sommige onderwerpen effectiever om flankerend

beleid in te zetten dan om extra regels te stellen. In deze paragraaf wordt het flankerend beleid toegelicht.

7.1 Uitschrijven procedures

In het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (hierna: ARW) zijn de procedures voor aanbestedingen voor werken boven de drempel stapsgewijs uitgeschreven. Dit reglement biedt daarmee voor aanbestedende diensten een praktisch instrument voor de praktijk. Tegelijk laat het reglement ruimte voor maatwerk en blijft de inhoudelijke invulling van de aanbesteding de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst zelf. Het reglement maakt de procedures inzichtelijker. Bovendien draagt de brede toepassing van het ARW (in 2007 in 92% van de aanbestedingen voor werken) bij aan de uniformiteit in de procedures tussen aanbestedende diensten, met name onder de Europese drempels. In het ARW wordt niet bepaald wanneer welke procedure moet worden toegepast. De vier bouwdepartementen (Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Verkeer en Waterstaat, Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, en Defensie) hebben zich door middel van de door de betrokken ministers vastgestelde Beleidsregels Aanbesteding Werken 2005 aan de toepassing van het ARW verbonden. De VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen hebben het ARW aan hun achterban aanbevolen.

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 34 % van het totale volume (pag. 21 in *Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels*, PricewaterhouseCoopers, 2007). Voor dit terrein is tot dusverre nog geen reglement vastgesteld. Vandaar dat ook hier een grote winst te behalen is door middel van het uitschrijven van procedures. Dit verbetert de naleving boven de Europese drempels en vergemakkelijkt de uitwerking van de algemene beginselen onder de drempels. Daarnaast draagt het bij aan een uniforme en overzichtelijke aanbestedingspraktijk voor ondernemers. Met name onder de drempel is sprake van verschillen in de aanbestedingsprocedures tussen aanbestedende diensten (*Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels*, PricewaterhouseCoopers, 2007). Harmonisatie zou een beperking van de lasten tot gevolg hebben (*Waarom vraagt u dat?*, Significant, 2005).

De sectoren leveringen en diensten verschillen van de sector werken. Bovendien ligt het Europese drempelbedrag voor Werken aanzienlijk hoger dan voor Leveringen en Diensten. Een aanpak voor Leveringen en Diensten zal dan ook niet volledig hetzelfde 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 voor de hand. Het Ministerie van Economische Zaken heeft het initiatief genomen om in samenwerking met PIANOo, aanbestedende diensten en ondernemers een dergelijk instrument uit te werken. Ook het VNG, IPO, de Waterschappen en de Nederlandse Vereniging voor Inkoopmanagement (hierna: NEVI) zullen hierbij worden betrokken.

Het is van belang om de brede toepassing van het ARW te behouden en te versterken en te zorgen dat ook het nieuwe instrument voor Leveringen en Diensten zo breed mogelijk wordt gebruikt. Van de kant van het Ministerie van Economische zaken wordt thans in overleg met andere betrokkenen bezien hoe dit het beste verankerd kan worden. Een methode daarvoor zou bijvoorbeeld kunnen zijn ook dit reglement door middel van

beleidsregels voor het Rijk vast te stellen en in een modelverordening van de VNG op te nemen.

7.2 Proportionaliteit

In de praktijk blijkt dat aan het beginsel van proportionaliteit niet altijd goed invulling wordt gegeven. De relevantie en achterliggende doelstellingen van veel eisen is vaak niet helder en de grote diversiteit aan eisen leidt tot hoge lasten. (*Waarom vraagt u dat?*, Significant, 2005, pag. 7). Door de grote diversiteit van aanbestedingen verschilt die invulling per opdracht, waardoor maatwerk geboden is. Wel kan met name voor minder professionele aanbestedende diensten ondersteuning en richting worden gegeven door op basis van best practices inzicht te bieden in wat in een bepaalde situatie doorgaans wel en niet proportioneel is. Significant stelt dat oorzaken van de gebrekkige invulling kunnen liggen in het gebrek aan richting in de Europese richtlijnen en de beperkte ervaring van sommige aanbestedende diensten (*Waarom vraagt u dat?*, Significant, 2005, pag. 7). Daartoe zal in nauwe samenwerking met zowel aanbestedende diensten als ondernemers een handreiking over een goede invulling van het proportionaliteitsbeginsel worden opgesteld. Inzichten uit de praktijk zijn leidend bij het opstellen van de handreiking en ook jurisprudentie zal als basis kunnen fungeren. Het Ministerie van Economische Zaken neemt het initiatief om in samenwerking met PIANOo, aanbestedende diensten en ondernemers deze handreiking op te stellen. Ook het VNG, IPO, de Waterschappen en de NEVI zullen hierbij worden betrokken. De samenhang met bestaande initiatieven zal worden meegenomen.

De handreiking zal de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in het gehele aanbestedingsproces behandelen. Wat betreft de keuze tussen procedures zal bijvoorbeeld worden ingegaan op de relatie tussen de omvang van de opdracht en de zwaarte van de procedure. Als het gaat om clustering zal aangegeven worden wat de voor- en nadelen zijn van clustering, maar ook hoe door bijvoorbeeld slim gebruik te maken van aanbesteden in percelen het inkoopresultaat kan verbeteren. Wat betreft financiële en economische draagkracht wordt aangegeven welke argumenten er zijn voor toetsing en op welke eigenschappen dan het beste getoetst kan worden om de draagkracht afdoende te toetsen. Ook wordt gekeken hoe overlappingsen in bewijsstukken voorkomen kunnen worden. Bij vakbekwaamheidseisen kan aangegeven worden welke en hoeveel eisen gesteld kunnen worden om partijen te kunnen vergelijken en tegelijk de lasten beheersbaar te houden. Voor termijnen wordt nader ingegaan op de minimumtermijnen en wanneer en hoe een verkorting van die termijnen mogelijk is. Wat betreft de vragen in de gunningsfase worden overwegingen gegeven over wanneer een vergoeding voor een offerte als redelijk kan worden gezien.

7.3 Aanvullende maatregelen rechtsbescherming

Wanneer een ondernemer een geschil heeft over een specifieke aanbestedingsprocedure, dan staan een aantal wegen open om het geschil te beslechten. In beginsel kan de ondernemer zijn geschil voorleggen aan de burgerlijke rechter die in deze zaken bevoegd is. De WIRA vult dit civielrechtelijke rechtsbeschermingskader verder aan door aan de overtreding van bepaalde elementaire aanbestedingsregels verdergaande gevolgen te koppelen. Voor een ondernemer is de drempel om een geschil aan de rechter voor te leggen relatief hoog, aangezien er kosten moeten worden gemaakt

als leges en juridische bijstand. Alleen een serieus geschil, waarbij de ondernemer zijn kansen om alsnog de opdracht te bemachtigen hoog inschat, wordt de rechter ingeschakeld. In het geval een ondernemer een klacht heeft die snel door de aanbestedende dienst kan worden opgelost, dan wordt de rechter in de regel niet ingeschakeld. Het betreft dan vooral klachten in de fase voorafgaand aan de gunning(sbeslissing) van een overheidsopdracht, zoals de gestelde selectie-eisen of gunningseisen, fouten in het bestek, de keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure of de wijze waarop de procedure gevoerd wordt. Het ligt voor de hand dat de ondernemer zich rechtstreeks tot de aanbestedende dienst wendt.

In de praktijk blijkt dat ondernemers terughoudend zijn in het klagen tegen of over aanbestedende diensten. Een van de redenen is dat de ondernemer niet als klager te boek wil staan bij de aanbestedende dienst uit vrees toekomstige opdrachten mis te lopen. Anoniem klagen bij de aanbestedende dienst kan immers niet. Daarentegen zijn aanbestedende diensten voorzichtig in hun communicatie met ondernemers om zo doende gelijke behandeling van (en gelijke informatie aan) potentiële inschrijvers te waarborgen. Wanneer een ondernemer toch een klacht indient, is de aanbestedende dienst gerechtigd die naast zich neer te leggen. Bij ondernemers bestaat duidelijk behoefte aan een vorm van snelle laagdrempelige klachtenbehandeling waarbij de aanbestedende dienst ervoor open staat de klacht serieus te nemen en er daadwerkelijk iets mee te doen.

Van ondernemerszijde hebben diverse brancheorganisaties initiatieven ontplooid door oprichting van klachtenloketten voor ondernemers bij aanbesteden. Deze klachtenloketten komen in grote mate tegemoet aan de behoefte van ondernemers om door bemiddeling te trachten op laagdrempelige wijze een klacht bij een aanbesteding op te lossen. Ondernemers ervaren het als een groot voordeel dat de klacht anoniem kan worden behandeld. Daarnaast fungeert het loket vaak als vraagbaak voor ondernemers. De regering ondersteunt van harte de initiatieven van brancheverenigingen om ondernemers bij te staan bij aanbestedingen met een klachtenloket.

Het succes van (anonieme) bemiddeling van een klachtenloket blijft echter sterk afhankelijk van de welwillendheid van de aanbestedende dienst. De verscheidenheid aan klachtenloketten waarmee aanbestedende diensten te maken (kunnen) krijgen, kan voor hen aanleiding zijn een klacht die door één van die loketten onder hun aandacht is gebracht, minder serieus te nemen. Het is daarom wenselijk om te bezien of de krachten gebundeld kunnen worden tot één centraal klachtenloket voor ondernemers bij aanbestedingen, waarbij het loket tevens vragen van ondernemers over aanbestedingen beantwoordt. Een centraal vragen- en klachtenloket heeft een aantal voordelen.

Het eerste voordeel is de herkenbaarheid voor ondernemers én aanbestedende diensten. Ondernemers hebben één loket waar ze vragen kunnen stellen en een klacht kunnen neerleggen. Aanbestedende diensten krijgen bij klachten te maken met één loket, in plaats van met verschillende loketten. Het tweede voordeel is dat expertise over aanbestedingen gebundeld kan worden wat betreft de behandeling van vragen en klachten. Bij hele specifieke vragen kan dan alsnog een beroep worden gedaan op aanwezige kennis bij brancheorganisaties. Een derde voordeel is dat iedere ondernemer, ook de ondernemer die niet aangesloten is bij een branchevereniging, toegang heeft tot het loket. Een vierde voordeel is dat door bundeling van krachten ook kan worden bespaard op de kosten.

Bijkomende voordelen zijn dat een centraal vragen- en klachtenloket naar verwachting ook de druk op de rechtelijke macht vermindert, dat een centraal loket ook een zeer geschikt instrument is om vragen van ondernemers te behandelen en informatie in algemene zin over aanbesteden te geven, en tenslotte dat het loket geanonimiseerd inzichtelijk kan maken welk type klachten het loket ontvangt, en dit kan rapporteren, zodat knelpunten in de regelgeving of uitvoering vroeger aan het licht komen.

Aan een centraal vragen- en klachtenloket zouden wel enkele voorwaarden moeten worden verbonden. Het klachtenloket dient klachten snel en zorgvuldig te beoordelen en advies uit te brengen aan beide partijen, nog voordat verdere stappen in de aanbestedingsprocedure worden gezet. Het loket zou verder geen onnodige lasten moeten creëren voor ondernemers of aanbestedende diensten. Tot slot dient het loket niet de bevoegdheid te krijgen tot het doen van afdwingbare uitspraken. De burgerlijke rechter blijft de bevoegde instantie om in specifieke aanbestedingsgeschillen een rechtens afdwingbare uitspraak te doen. Het Ministerie van Economische Zaken beziet thans samen met ondernemers en aanbestedende diensten op welke manier een centraal vragen- en klachtenloket zou kunnen worden vormgegeven.

7.4 Innovatie en duurzaamheid

Het Rijk heeft de ambitie uiterlijk in 2010 voor 100% duurzaam te gaan inkopen. Provincies, gemeenten en waterschappen, universiteiten en hogescholen hebben eveneens hoge ambities wat betreft duurzaam inkopen. Overheden kopen jaarlijks voor tussen de 50 en 60 miljard euro in. Door bij de inkoop duurzaamheidscriteria toe te passen, krijgt de markt voor duurzame producten een stevige impuls. Uit onderzoek blijkt dat het systematisch bij hun inkoop toepassen van duurzaamheidscriteria door overheden substantiële duurzaamheideffecten sorteert.

Voor nagenoeg alle typen producten en diensten die de overheid inkoop zijn inmiddels aandachtspunten en inkoopcriteria opgesteld voor het verduurzamen van de inkoop. Deze zijn te vinden op de website van het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeleid en van SenterNovem.

De aandachtspunten hebben bijvoorbeeld betrekking op de behoeftstelling en het duurzaam gebruik van ingekochte goederen binnen de bedrijfsvoering van een organisatie. De inkoopcriteria betreffen enerzijds geschiktheidseisen en selectiecriteria ten aanzien van de leverancier en anderzijds minimumeisen en gunningscriteria ten aanzien van producten, diensten en werken.

7.5 Elektronisch aanbesteden

De Europese Commissie heeft in 2006 een aantal doelstellingen op het gebied van elektronisch aanbesteden vastgesteld. Volgens deze doelstellingen dient het in 2010 mogelijk te zijn om alle Europese aanbestedingen elektronisch te kunnen doen en dient 50% van de Europese aanbestedingen ook daadwerkelijk elektronisch uitgevoerd te worden. Ook Nederland heeft zich aan deze doelstellingen van de Europese Commissie gecommitteerd. Daarom heeft het Ministerie van Economische Zaken het voortouw genomen bij de verdere ontwikkeling van TenderNed. Het is de bedoeling dat TenderNed op den duur hét instrument voor elektronisch aanbesteden door de Nederlandse publieke sector zal worden. Naast de verplichte publicatie wordt het voor potentiële

opdrachtnemers ook mogelijk om via een digitale kluis in te schrijven op aanbestedingen. Uiteindelijk zal TenderNed gedurende het gehele aanbestedingsproces ondersteuning gaan bieden, van het opstellen van de vooraankondiging tot en met het versturen van de gunningsbrieven. TenderNed leidt aanbestedende diensten stapsgewijs door de verplichte aankondigingsformulieren en past daarbij de aanbestedingsregels toe. Hierdoor wordt de toegankelijkheid van het aanbestedingsproces vergroot, met name voor minder ervaren aanbestedende diensten, en maakt TenderNed de aanbestedingsregels beter kenbaar. Bovendien zorgen deze mogelijkheden van elektronisch aanbesteden voor lagere lasten voor aanbestedende diensten en ondernemers.

7.6 Professionalisering

Het flankerend beleid is erop gericht de uitvoeringspraktijk te verbeteren. Het is van belang om hierbij onderscheid te maken tussen verschillende doelgroepen en wat ze nodig hebben om (verder) te professionaliseren. Het gaat binnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld zowel om inkopers als bestuurders. Bovendien moet rekening gehouden worden met het verschil tussen grote aanbestedende diensten die vaak aanbesteden en kleine diensten die af en toe een aanbesteding doorlopen. De laatste zal minder mogelijkheden hebben om de benodigde expertise op te bouwen en daardoor een grotere behoefte hebben aan gestandaardiseerde hulpmiddelen. Inkoop samenwerking kan voor hen een middel zijn om toch voldoende expertise op te bouwen. Bij ondernemers lijkt vooral een behoefte aan ondersteuning te bestaan bij kleine ondernemers die relatief weinig inschrijven en bij nieuwkomers in de aanbestedingsmarkt.

7.6.1 PIANOo

PIANOo, Expertisecentrum Aanbesteden, zet zich op verschillende manieren in om overheden professioneler te laten aanbesteden. PIANOo ressorteert onder het Ministerie van Economische Zaken. PIANOo beschikt over een uitgebreid communicatienetwerk onder aanbestedende diensten en inkopers en is daardoor in staat op effectieve wijze informatie aan aanbestedende diensten over te dragen, kennisuitwisseling te stimuleren en vakgenoten met elkaar in contact te brengen. PIANOo heeft hiervoor verschillende instrumenten ontwikkeld. De website, www.pianoo.nl, bevat actuele informatie over inkopen en aanbesteden, over de regelgeving en de praktische toepassing daarvan en best practices. Ook alle recente jurisprudentie 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 ondernemers daar ook regelmatig gebruik van te maken. Verder helpt de bestekbibliotheek aanbestedende diensten in het vinden van een goed voorbeeldbestek. Ook kunnen aanbestedende diensten concrete vragen stellen die PIANOo binnen enkele dagen beantwoordt. Speciale aandacht geeft PIANOo aan de kleinere (gemeentelijke) aanbestedende diensten. Zo stimuleert PIANOo inkoop samenwerking waarmee de professionaliteit kan worden verhoogd en schaalvoordelen worden behaald. Kennisuitwisseling wordt bevorderd met PIANOo-desk, een virtuele ontmoetingsplaats, waar bijna 3000 aanbestedende diensten en inkopers met elkaar op praktische wijze informatie uitwisselen. Tevens brengt PIANOo aanbestedende diensten fysiek bij elkaar om informatie te laten delen tijdens congressen en andere bijeenkomsten

7.6.2 Bestaande initiatieven

Aanbestedende diensten hebben de afgelopen jaren de professionalisering ingezet. Dit is bijvoorbeeld terug te zien in de verbetering in nalevingcijfers, zoals blijkt uit de nalevingsrapportage (Significant, 2008, i.o.v. Ministerie van Economische Zaken). Hiertoe zijn tal van initiatieven ontwikkeld, al dan niet in samenwerking met PIANOo. Om versnippering tegen te gaan, is het belangrijk dat eventuele nieuwe initiatieven aansluiting zoeken bij deze bestaande initiatieven.

Zo heeft de Regieraad Bouw een leidraad Aanbesteden met bijgaand elektronisch ondersteuningssysteem ontwikkeld die aanbestedende diensten stapsgewijs door een proces leidt. Ook 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.

7.6.3 Mogelijk aanvullende maatregelen

Samen met aanbestedende diensten en ondernemers wordt door PIANOo en het Ministerie van Economische Zaken bekeken waar nog extra inspanningen kunnen worden geleverd. Ideeën die hierbij naar voren zijn gekomen zijn:

- 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 opvullen van eventuele omissies in het bestaande opleidingsaanbod, zoals PIANOo dat al heeft ingezet.
- Het opstellen van handreikingen gericht op specifieke onderwerpen, zoals duurzaamheid, innovatie of de toegang van MKB. Een voorbeeld hiervan is de handreiking proportionaliteit. Bij het opstellen van handreikingen zal wel aandacht gegeven moeten worden aan de overzichtelijkheid en de vindbaarheid van informatie.
- Stimulering van inkoop samenwerking, met daarbij aandacht voor behoud van concurrentie en toegang van MKB.

8 GEVOLGEN VOOR DE LASTEN

8.1 Inleiding

De verplichtingen in dit wetsvoorstel vloeien voor het grootste deel voort uit voorschriften die in de Europese regelgeving zijn vastgelegd en dus op dit moment reeds gelden. Een helderder en duidelijker implementatie van dit wetsvoorstel zal de naleving echter kunnen verbeteren. Door het vergroten van de kenbaarheid van de verschillende aanbestedingsprocedures, kan het zijn dat bepaalde procedures meer en andere minder gebruikt gaan worden. Deze lasten vloeien echter alle voort uit bestaande regelgeving en de naleving daarvan en zijn dus niet zozeer een gevolg van dit wetsvoorstel. Het hernieuwd implementeren van deze regelgeving heeft in die zin geen of nauwelijks effect op de lasten.

In dit wetsvoorstel worden echter ook enkele maatregelen genomen ter invulling van de Europese regelgeving, die wel een effect kunnen hebben op de administratieve lasten. Het gaat hier in het bijzonder om de invulling van de toetsing van integriteit en de drie maatregelen specifiek gericht op lastenverlichting: de uniforme Eigen verklaring, het kosteloos digitaal aanbieden van aanbestedingsstukken en de verplichte aankondiging via TenderNed.

Daarnaast is ook een effect te verwachten van verschillende maatregelen in het flankerend beleid. Het flankerend beleid is nog in ontwikkeling, maar nu zijn in ieder geval drie maatregelen te onderscheiden. Ten eerste het flankerend beleid waarmee aanbestedende diensten het proportionaliteitsbeginsel in de praktijk kunnen invullen. Ten tweede het uitschrijven van procedures voor leveringen en diensten. Ten derde de uitbreiding van de mogelijkheden van elektronisch aanbesteden via TenderNed.

De kwantitatieve effecten zullen na verschijnen van het lastenonderzoek in de volgende paragrafen worden opgenomen.

8.2 Bedrijfseffectentoets

PM

8.3 Ontwikkeling uitvoeringslasten aanbestedende diensten

PM

9 CONSULTATIE BELANGHEBBENDEN

PM

II. ARTIKELEN

HOOFDSTUK 1. BEGRIPSBEPALINGEN

Algemeen

In hoofdstuk 1 worden de nodige begripsbepalingen omschreven. Omdat sprake is van een groot aantal omschrijvingen, zijn deze zoveel mogelijk gegroepeerd naar soort bepaling en binnen ieder artikel in alfabetische volgorde. In een aantal gevallen spreekt de omschrijving voor zichzelf. Zo nodig wordt hieronder een nadere toelichting gegeven.

Artikel 1

Eerste lid

Aanbestedende dienst

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. Dat wordt hieronder nader toegelicht.

Ook een publiekrechtelijke instelling valt onder het begrip aanbestedende dienst. Dat begrip wordt in artikel 2 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).

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.

Overheidsbedrijf

Het begrip overheidsbedrijf is uitsluitend van belang in verband met het begrip speciale-sectorbedrijf. Wat de richtlijnen betreft komt het ook alleen in richtlijn nr. 2004/17/EG voor. Artikel 10 geeft invulling aan het in de begripsomschrijving van overheidsbedrijf gebruikte begrip overheersende invloed.

Publiekrechtelijke instelling

In bijlage III van die richtlijn zijn niet-limitatieve lijsten opgenomen van publiekrechtelijke instellingen die aan de criteria uit de definitie voldoen. Deze lijsten hebben slechts een indicatieve waarde. De indicatieve lijsten zijn te vinden op de website van het Ministerie van Economische Zaken (via www.ez.nl).

Leidend voor de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling is de jurisprudentie van het HvJEG. Op die jurisprudentie wordt hieronder in hoofdlijnen ingegaan.

Leidend uitgangspunt in de jurisprudentie van het HvJEG is dat het begrip publiekrechtelijke instelling functioneel moet worden uitgelegd (zie HvJEG inzake Commissie/Ierland, zaak C-353/96, 1999, blz. I-8565, en inzake Commissie/Frankrijk, zaak C-237/99, 2001, blz. I-00939). Uit de jurisprudentie van het Hof kunnen inmiddels een aantal concrete uitgangspunten worden herleid.

Uit het Mannesmann-arrest (HvJ EG, zaak C-44/96, 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 is opgericht om te voorzien 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 (HvJ EG, zaak C-223/99 en zaak C-260/99, 2001, blz. I-03605) en Korhonen (HvJ EG, zaak C-18/01, 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 -commerciële aard zijn in het algemeen behoeften waaraan op een andere manier 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 HvJ EG heeft in het arrest SIEPSA (HvJ EG 16 oktober 2003, zaak C- 283/00, 2003, blz. I-11697) een viertal criteria geformuleerd. Indien niet aan deze criteria wordt voldaan is er geen 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 ondernemers risico en 4) het bestaan van overheidsfinanciering. Ongeacht of er een officieel compensatiemechanisme voor eventuele verliezen bestaat, acht het HvJ EG het in zo'n geval waarschijnlijk dat de Staat alle noodzakelijke acties onderneemt om te voorkomen dat die organisatie failliet gaat. Uit de arresten Beentjes (HvJ EG, zaak C-31/87, 1988, blz. I-4635) en Connemara Machine Turf and Co Ltd. (HvJ EG, zaak C-306/97, 1998, blz. I-08761) vloeit voort dat ook organisaties die geen rechtspersoonlijkheid bezitten in de zin van het Burgerlijk Wetboek, zoals de vennootschap onder firma, de maatschap of de commanditaire vennootschap, aanbestedingsplichtig kunnen zijn. Zo was in de zaak Beentjes sprake van een organisatie die formeel geen deel uitmaakte van de rechtspersoon Staat, maar die volgens het HvJ EG 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 drie in de begripsbepaling genoemde afhankelijkheidscriteria 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 HvJ EG dat vanuit een functionele interpretatie bezien toch sprake kan zijn van een publiekrechtelijke instelling.

In het Cambridge-arrest (HvJ EG, zaak C-380/98, 2000, blz. I-08035) is door het HvJ EG 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 HvJ EG dat het om financiering van meer dan de helft gaat. Van “toezicht op het beheer” is volgens het HvJ EG 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 HvJ EG inzake Woningcorporaties, zaak C-237/99, 2001, blz. I-00939 en HvJ EG inzake Forrestry Board, zaak C-353/96, 1998, blz. I-08565).

Ten slotte wordt opgemerkt dat in de begripsomschrijving in het wetsvoorstel, anders dan in de richtlijn, niet is bepaald dat de onderneming moet zijn opgericht specifiek met het doel enz. Die woorden suggereren dat de doelstelling uit de oprichtingshandeling moet blijken. Uit jurisprudentie van het HvJ EG blijkt echter dat niet relevant is op welk tijdstip de specifieke doelstelling is opgenomen (HvJEG Universale-Bau, zaak C-470/99 2002, Jur. blz. I-11617).

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 het 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.

Speciale sectorbedrijf

In dit wetsvoorstel wordt gekozen voor de benaming “speciale-sectorbedrijf” voor aanbestedingsplichtige bedrijven die onder de reikwijdte van richtlijn nr. 2004/17/EG vallen. In het verleden werd ook wel de term nutsbedrijf gebruikt. In de huidige tijd van ontwikkelingen op het gebied van marktwerking en concurrentie past deze term niet goed meer. Daarom wordt, evenals het geval was in het wetsvoorstel Aanbestedingswet, 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 3-7 opgesomd. Op grond van artikel 30 van de richtlijn kunnen activiteiten die in de artikelen 3-7 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 hoofdstuk 8 van dit wetsvoorstel.

Tussen het begrip aanbestedende dienst en het begrip speciale-sectorbedrijf bestaat een zekere overlap. Immers, indien een aanbestedende dienst een activiteit uitoefent als bedoeld in de begripsomschrijving van “speciale-sectorbedrijf” is die dienst ook een speciale-sectorbedrijf.

Artikelen 4 en 5

Algemeen

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 zoals 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 artikel 4 als in artikel 5 onder het begrip (overheids- of speciale-sector)opdracht gebracht. Het begrip raamovereenkomst zelf wordt in artikel 7 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 en speciale-sectoropdracht voor werken

Uit onderdeel c van deze definitie 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.

Overheidsopdracht en 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 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.

Artikel 6

Dit artikel geeft een omschrijving van de verschillende procedures die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen. Alle procedures kunnen zowel door aanbestedende diensten als door speciale-sectorbedrijven worden toegepast, met uitzondering van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog. In de omschrijving van die procedure wordt dan ook alleen de aanbestedende dienst genoemd.

Artikel 7

Concessieovereenkomst voor openbare werken

De definitie voor de concessieovereenkomst voor openbare werken is vrijwel gelijk aan de definitie voor een overheidsopdracht voor werken. Het verschil met de gewone overheidsopdracht voor werken dat de tegenprestatie voor de uitvoering van werk niet bestaat uit een betaling van de aanbestedende dienst 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.

Artikel 8

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 behorend beschrijvend document, of een beschrijving van de organisatie van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Voorts zal een concept-overeenkomst veelal deel uitmaken van de aanbestedingsstukken. Correspondentie via e-mail (et cetera) waarin allerlei mededelingen worden gedaan valt niet onder het begrip aanbestedingsstukken.

Eigen verklaring

Het begrip eigen verklaring ziet op de verklaring van een ondernemer waarin deze aangeeft of, en op welke wijze, hij voldoet aan de in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen en of uitsluitingsgronden van toepassing zijn. De eigen verklaring wordt in een uniform formulier vormgegeven. Op dit formulier geeft de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aan welke geschiktheidseisen gelden voor de ondernemer, en wanneer een ondernemer wordt

uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Het model van deze verklaring wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgesteld (zie artikel 5.2.1, tweede lid).

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.

Artikel 9

Bijzonder en uitsluitend recht

Beide richtlijnen bevatten de begrippen bijzonder en uitsluitend recht. Artikel 2, tweede 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 86, eerste lid, van het EG-Verdrag, 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 verkregen 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.

Artikel 10

Dit artikel geeft ten behoeve van de daarin genoemde bepalingen 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.

HOOFDSTUK 2. ALGEMENE BEGINSELEN

Artikel 12

Algemeen

In dit hoofdstuk zijn de algemene beginselen bij aanbestedingen opgenomen. De in deze artikelen weergegeven beginselen volgen uit de richtlijnen of de strekking daarvan. Het non-discriminatiebeginsel, gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel zijn als zodanig in de richtlijnen opgenomen. Het proportionaliteitsbeginsel vloeit uit de richtlijnen voort en wordt in de overwegingen genoemd.

Ook buiten de richtlijnen hebben deze beginselen op grond van het EG-Verdrag in bepaalde gevallen al hun gelding. In het EG-Verdrag zijn 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 opgenomen. 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 de zaak *TelAustria* (zaak C-324/98). 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 dit geval in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, 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 zaken *Coname* (C-231/03) en *Parking Brixen* (C-458/03).

Het HvJEG heeft deze lijn verder uitgewerkt voor opdrachten die onder de drempelwaarde vallen en opdrachten voor IIB-diensten, die op grond van richtlijn nr. 2004/18/EG een licht regime kennen. In de zaak *Vestergaard* (C-59/00) gaf het HvJEG aan dat aanbestedende diensten bij opdrachten onder de drempelwaarde hun technische specificaties niet op een bepaald product mogen toeschrijven. In *Commissie/Italië* (C-412/04) 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 IIB-diensten in de zaken *An Post* (C-507/03) en *Commissie/Italië Ambulancevervoer* (C-119/06).

Hoewel in de praktijk nog niet volledig vaststaat wat het HvJEG bedoeld heeft met een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang, heeft het HvJEG een vaststaand belang bedoeld. Het HvJEG heeft verder 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 (*SECAP* C-147/06 en *Santorso* C-148/06). 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.

Daarnaast blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad (RZG/Conformed-arrest, HR 4 april 2003, NJ 2004, 35, AB 2003, 365) dat in bepaalde gevallen waarin een opdracht buiten het regime van de richtlijnen valt en er evenmin sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, toch de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is dat het geval wanneer een aanbestedende dienst vrijwillig voor een aanbestedingsprocedure kiest.

Naast de Europese regelgeving is uiteraard ook het Nederlandse recht van toepassing. Zo is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing op besluiten ter voorbereiding op privaatrechtelijke handelingen, zoals het sluiten van een overeenkomst, met uitzondering van de bepalingen over beroep en bezwaar. De beginselen van behoorlijk bestuur uit de Awb zijn dus ook van toepassing op aanbestedende diensten voor zover zij bestuursorganen zijn. Deze beginselen vertonen grote overlap met de beginselen van aanbestedingsrecht. Daarnaast is ook de precontractuele goede trouw van toepassing op het aanbestedingsproces.

De tekst van het artikel

Op grond van het bovenstaande is er derhalve voor gekozen de beginselen in dit wetsvoorstel een bredere reikwijdte te doen hebben dan de overige onderdelen. Overeenkomstig hetgeen hiervoor is uiteengezet wordt in dit artikel een onderscheid gemaakt tussen drie categorieën waarop de beginselen van toepassing zijn. Onderdeel a betreft de opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarvoor de richtlijnen gelden. Onderdeel b implementeert de hiervoor toegelichte jurisprudentie inzake opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Onderdeel c ten slotte bepaalt dat in andere gevallen dan die onder de reikwijdte van de richtlijnen vallen of die een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben, de beginselen ook van toepassing zijn indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een te sluiten overeenkomst voor werken, leveringen of diensten openstelt voor concurrentie.

Gevolgen van het niet voldoen aan de algemene beginselen

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

Indien door het niet naleven van de voorschriften door een of meer partijen schade wordt geleden, kan deze schade op grond van een actie uit onrechtmatige daad op de aanbestedende dienst (artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek) worden verhaald.

Daarnaast kunnen er gevolgen zijn voor de 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 niet nietig is op grond van artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek. Deze gevolgen worden met name bepaald door de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden hierna: WIRA). De WIRA stelt als vernietigingsgronden met name de onwettige onderhandse gunning, en

het niet respecteren van de stand-stilltermijn. Wat betreft niet-naleving van algemene beginselen, wordt opgemerkt dat deze in die gevallen altijd ook hun beslag hebben gekregen in meer concrete verplichtingen, zoals bijvoorbeeld de in artikel 5.1 opgenomen plicht om op een bepaalde wijze de aankondiging bekend te maken.

Artikel 13

Dit artikel bevat zowel het non-discriminatiebeginsel als het gelijkheidsbeginsel. Het bepaalde in dit artikel betreft implementatie van 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 verbied onderscheidt op grond van nationaliteit. Dit beginsel is neergelegd in artikel 12 van het EG-verdrag, en wordt algemeen beschouwd als een van de fundamentele beginselen van EG-recht. Voor uitsluitend nationale gevallen bevat artikel 1 van de Grondwet een gelijkheidsbeginsel.

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. In de zaak *Succhi di Frutta* (C-496/99) stelt het HvJEG dat het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Deze twee beginselen hebben ingevolge artikel 12 ook volledige werking buiten het regime van de richtlijnen voor zover er sprake is een duidelijk grensoverschrijdend belang of van concurrentiestelling bij het in de markt zetten van de opdracht.

Artikel 14

Het in dit artikel opgenomen transparantiebeginsel is eveneens een 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 het beginsel en het doel van het beginsel zijn door het HvJEG in de zaak *Succhi di Frutta* (C-496/99) verduidelijkt. Hierin werd aangegeven dat het transparantiebeginsel in essentie ten doel heeft te waarborgen dat elk risico van voorkeursbehandeling en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. In deze zaak werd ook verduidelijkt dat om aan deze verplichting te voldoen alle voorwaarden en modaliteiten van de plaatsingsprocedure in het 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. De verplichting tot openbaarmaking geldt in principe niet voor opdrachten die daarvan in de richtlijnen zijn vrijgesteld en opdrachten die buiten het regime van de richtlijnen vallen. Zoals hiervoor is weergegeven leidt dit echter uitzondering wanneer de

opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, ongeacht of de opdracht als dan niet onder de richtlijnen valt. Dit betekent dat de zogenaamde II-B diensten in richtlijn nr. 2004/18/EG, die op grond van de bepalingen van die richtlijn niet openbaar hoeven te maken, daartoe toch verplicht zijn ingeval de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Het derde lid bepaalt dit dan ook aldus.

De richtlijnen bevatten bepalingen die ertoe kunnen leiden dat een aanbestedende dienst in bijzondere omstandigheden en bij objectieve rechtvaardigingsgronden geen verplichting heeft om de opdracht aan te kondigen. 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.

Zoals hiervoor is vermeld houdt het transparantiebeginsel ook in de verplichting om te motiveren door vooraf de plaatsingscriteria en hun relatieve gewicht kenbaar te maken, en achteraf de individuele score van inschrijvers aan te geven en te onderbouwen. Daaruit volgt dat de plaatsingscriteria 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 plaatsingscriteria. Aan transparantie in de motivering van de plaatsing is in ieder geval voldaan wanneer er een geanonimiseerde matrix met daarin de totaal scores per inschrijver per subcriterium verstrekt wordt (aldus: JN: BH1082, Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, 259971 KG ZA 08-1279).

Artikel 15

Dit artikel bevat een algemeen proportionaliteitsbeginsel, dat aanbestedende diensten bij hun opdrachten in acht moeten nemen. Dit beginsel wordt overeenkomstig de verplichtingen van de richtlijn op bepaalde onderwerpen verder ingevuld. Het gaat hierbij onder meer om artikel 44 van richtlijn 2004/18. Het opnemen van dit beginsel in het wetsvoorstel bewerkstelligt dat dit ook in andere dan specifiek geregelde onderwerpen een uitdrukkelijke wettelijke verplichting is. De bepaling geldt voor alle fasen van een aanbestedingsprocedure, maar is het meest van belang voor de eerste fase daarvan. Een aanbestedende dienst dient zich reeds bij het allereerste begin van gedachtevorming bewust te zijn van vragen omtrent de verhouding tussen eisen en voorwaarden met betrekking tot de opdracht en de gevolgen daarvan voor het potentieel aan deelnemers aan de procedure. Een nauwkeurige omschrijving van de opdracht geeft potentiële inschrijvers een beter idee van hetgeen de aanbestedende dienst wil aanschaffen. Wanneer de eisen en voorwaarden die de aanbestedende dienst in een aanbesteding aan de ondernemer stelt in goede verhouding staan tot de opdracht, voorkomt de aanbestedende dienst dat bepaalde ondernemers niet in aanmerking komen voor de opdracht vanwege te hoge eisen en voorwaarden. Een goede verhouding tussen eisen en voorwaarden aan de ondernemer in relatie tot de opdracht, draagt bij aan bevordering van de concurrentie. De aanbestedende dienst heeft baat bij voldoende concurrentie, zodat hij niet teveel betaalt voor de uitvoering van de opdracht. Hierbij moet worden opgemerkt dat 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 de opdracht.

Wat in een concreet geval proportioneel is, staat ter beoordeling van de aanbestedende dienst en uiteindelijk aan de rechter. In een gerechtelijke procedure is het aan de aanbestedende dienst om aannemelijk te maken dat door hem gestelde eisen en voorwaarden niet verder gaan dan noodzakelijk voor een goede uitvoering van de opdracht in kwestie.

De gevolgen van het niet voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel worden bepaald door het burgerlijke recht. In het arrest Uneto/De Vliert (HR 22 januari 1999, zaaknr.16.747, RvdW 1999, 18 C, NJ 2000, 305) heeft de Hoge Raad bepaald dat een in strijd met de aanbestedingsregelgeving gesloten overeenkomst in beginsel niet nietig is ingevolge artikel 3:40 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 16

Dit specifieke beginsel strekt ter implementatie van artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG.

HOOFDSTUK 3. REIKWIJDTE REGELS VOOR AANBESTEDENDE DIENSTEN

§ 3.1. Toepassingsbereik

Deze paragraaf bevat de drempelbedragen, waarboven deze wet moet worden toegepast. De drempelbedragen die thans gelden worden in onderstaande tabel weergegeven.

overheidsopdrachten <i>staat</i>	werken	€5.150.000
	leveringen	€133.000
	diensten	€133.000 ¹
<i>provincie, gemeente, waterschap, publiekrechtelijke instelling</i>	werken	€5.150.000
	leveringen	€206.000
	diensten	€206.000
		€5.150.000.
concessieovereenkomst voor openbare werken prijsvragen <i>centrale overheid</i>		€133.000

¹ 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 Commissie de plicht iedere twee jaar de drempelwaarden in de richtlijn aan te passen. Hierdoor worden de bepalingen in de richtlijn zelf gewijzigd. Deze nieuwe bedragen gelden dan als gevolg van de dynamische verwijzing in de artikelen 17 tot en met 22 ook voor het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel. De toepasselijke bedragen zijn steeds eenvoudig te vinden via www.ez.nl. Artikel 23 bepaalt overeenkomstig aanwijzing 343 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wanneer deze drempelaanpassingen van de Commissie voor de toepassing van dit wetsvoorstel gaat gelden. Op grond van het genoemde artikel 78 is dit altijd met ingang van 1 januari van het desbetreffende kalenderjaar.

§ 3.2 Raming van de waarde

§ 3.2.1 Algemene bepalingen

Artikel 27

In paragraaf 3.2 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 paragraaf 3 van hoofdstuk 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 onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel valt. Richtlijn nr. 2004/18/EG en diens gevolg ook dit wetsvoorstel (paragraaf 3.2.2) 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 28

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 strekking van de richtlijnen 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 het MKB beter te benaderen. Door te splitsen krijgen minder grote ondernemingen krijgen ook de kans om in te schrijven op een opdracht.

§ 3.2.2 De raming van overheidsopdrachten

Artikelen 29 tot en met 35

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 30 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 30 spreekt daarom over leveringen en diensten die door de aanbestedende dienst ter beschikking worden gesteld.

In artikel 35, 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.

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

Artikel 36

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 3.2.2 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).

§ 3.3 Uitgezonderde overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten en prijsvragen

Algemeen

In paragraaf 3.3 is een aantal uitzonderingen op genomen op de verplichting tot aanbesteding. Deze zijn ontleend aan de richtlijn. Daaraan voorafgaand wordt ten algemene het volgende opgemerkt.

De reikwijdte van dit wetsvoorstel wordt bepaald door de doorwerking van de bepalingen uit het EG-Verdrag 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 verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde wil de Europese wetgever, gebaseerd op de beginselen uit het EG-Verdrag, door middel van de Europese aanbestedingsrichtlijnen de nationale procedures coördineren en harmoniseren, teneinde een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten binnen de Unie te garanderen.

Overheidsopdrachten die worden verstrekt en uitgevoerd buiten de Europese Unie (zoals overheidsopdrachten 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) vallen dientengevolge buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel, voor zover:

a vaststaat dat het interstatelijk handelsverkeer tussen de lidstaten door de overheidsopdracht niet wordt belemmerd en

b. er geen duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is (vergelijk arresten HvJ EG van 13 november 2007, zaak C-507/03, Commissie/Ierland en HvJ EG van 15 mei 2008, zaak C-147/06, SECAP) in het geval van een overheidsopdracht beneden de Europese aanbestedingsdrempel of een zogenaamde II-B opdracht.

Het bovenstaande laat vanzelfsprekend onverlet verplichtingen voortvloeiende uit enig ander aanbestedingsregime, indien van toepassing (als onder meer het Agreement on Government Procurement, GPA).

Artikel 37

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 Commissie. Het tweede lid van artikel 37 implementeert die verplichting.

Artikel 38

Artikel 38 bevat een aantal uitzonderingen op de reikwijdte van artikel 17 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 geplaatst bij een andere aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten. Een uitsluitend recht kan op grond van het bestuursrecht alleen worden toegekend als daaraan een wettelijke basis ten grondslag ligt of daarvoor een bestuursrechtelijke basis bestaat. De toekenning van dergelijke rechten wordt begrensd door het EG-Verdrag. Vanzelfsprekend geldt de uitzondering van onderdeel a alleen voor die gevallen die met dat Verdrag verenigbaar zijn.

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 gemoeid. 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 programmamateriaal. De richtlijn spreekt in artikel 16, onderdeel b, over radio-omroeporganisaties. In de huidige tijd is dat een verouderde term. Onderdeel c van artikel 38 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 Europese Hof van Justitie, 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 vooralsnog 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.

HOOFSTUK 4. PROCEDURES VOOR AANBESTEDENDE 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 hoofdregel is dat de aanbestedende dienst de openbare of de niet-openbare procedure toepast. Deze zijn weergegeven in paragraaf 4.1. De uitzonderingen hierop zijn opgenomen in paragraaf 4.2. In paragraaf 4.3 zijn de bijzondere procedures opgenomen als bijv. het dynamisch aankoopstelsel. Voor de paragrafen 4.2 en 4.3 geldt dat de bijzondere procedures uitsluitend onder de in het desbetreffende artikel geformuleerde strikte voorwaarden mogen worden toegepast.

§ 4.1 Openbare en niet-openbare procedure

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.

In artikelen 41 en 42 worden de stappen beschreven die aanbestedende dienst voor onderscheidenlijk de openbare en de niet-openbare procedure moet doorlopen. In hoofdstuk 5 worden deze regels nader ingevuld.

§ 4.2.1 Concurrentiegerichte dialoog

Voor opdrachten die bijzonder complex zijn, waarvoor het moeilijk is om op voorhand de selectie- en plaatsingscriteria op te stellen kan de aanbestedende dienst ervoor kiezen de procedure van de concurrentiegerichte dialoog te voeren. Overweging 31 van richtlijn nr. 2004/18/EG beschrijft “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.”

§ 4.2.3 en 4.2.4 Onderhandelingsprocedure met en zonder aankondiging

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

Onderhandelingsprocedure met aankondiging

De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure met aankondiging alleen toepassen onder de in artikel 46 genoemde omstandigheden.

Het eerste gedeelte van de onderhandelingsprocedure met aankondiging is gelijk aan dat van de niet-openbare procedure en de concurrentiegerichte 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 plaatsingsbeslissing 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.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging enkel toepassen wanneer sprake is van de in paragraaf 4.2.3 genoemde omstandigheden. Feitelijk gaat het bij de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging om een onderhandse plaatsing.

Uit de jurisprudentie van het Hof over de in deze artikelen genoemde uitzonderingen blijkt dat alle uitzonderingen restrictief geïnterpreteerd moeten worden (HvJ EG inzake Commissie/Italië, zaak C-199/85, 1987, blz. I-01039). Daarnaast zijn de uitzonderingen limitatief opgesomd (HvJ EG inzake Commissie/Spanje, zaak C-71/92, 1993, blz. I-05923, en recentelijk HvJ EG inzake Commissie/Italië, zaak C-337/05). 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 48, 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 (HvJ EG inzake Commissie/Italië, zaak C-57/94, 1995, blz. I-01249). Tevens moeten alle voorwaarden worden vervuld die aan de uitzondering worden gesteld waarop de aanbestedende dienst zich beroept (HvJ EG, zaak 318/94).

Ten aanzien van de uitzondering voor uitsluitende rechten, tevens genoemd in artikel 48, onderdeel b, van deze wet, is naar aanleiding van de uitspraak van het Hof inzake Commissie/Spanje (HvJ EG, zaak C-328/92, 1994, blz. I-01569) dat hiervoor niet voldoende is dat het 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 heerst.

§ 4.2.4 Bijzondere voorschriften betreffende II-B diensten

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 II-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 II-B diensten geldt het zogenaamde lichte regime van II-B. 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 algemeen te publiceren.

Uit de uitspraak inzake An Post (HvJEG, zaak C-507/03, 13 november 2007, n.n.g.) volgt dat er bij II-B diensten in beginsel geen sprake is van een grensoverschrijdend belang en dat deze diensten niet hoeven te worden aanbesteed. Indien er echter wel sprake is van een grensoverschrijdend belang dan geldt wel een transparantieplichting. Dit volgt uit de bepalingen uit het EG-Verdrag betreffende het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging. Mede in het licht van eerdere jurisprudentie van het Hof (HvJ EG inzake Coname, zaak C-458/03, 2005, blz. I-7287 en inzake Parking Brixen, zaak C-231/03, 2005, blz. I-8585) dient deze transparantieplichting uitgelegd te worden als een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, zodat elke geïnteresseerde onderneming kan meedingen naar de opdracht. Artikel 14, derde lid, van dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan deze jurisprudentie.

Voor opdrachten die zowel deels betrekking hebben op II-A diensten als op II-B diensten geldt het algemene uitgangspunt dat aanbestedende diensten opdrachten niet mogen combineren met het oogmerk de richtlijn van haar nuttig effect te beroven (artikel 6.2.6.1, tweede lid).

§ 4.3 Bijzondere procedures

§ 4.3.1 Procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken

De twee artikelen in deze paragraaf bevatten de regels voor de procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken. Dit begrip is omschreven in artikel 1.6 en daarbij nader toegelicht.

Artikel 57 bepaalt welke stappen de procedure voor het plaatsen van een concessieovereenkomst voor openbare werken inhoudt. De artikelen 5.18.3 en volgende geven nadere voorschriften voor deze procedure.

§ 4.3.2 Procedure van een prijsvraag

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 plaatsing, waar de opdracht pas wordt uitgevoerd nadat is gegund, heeft de prijsvraag in zich dat er voorafgaand aan de plaatsing (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.

§ 4.3.3 Procedure voor een raamovereenkomst

In paragraaf 4.3.3 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 een of meer aanbieders en daarover vooraf afspraken wil maken over bijvoorbeeld 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 deze paragraaf plaatsen. Een aanbestedende dienst die een raamovereenkomst heeft gesloten overeenkomstig dit wetsvoorstel kan bij het plaatsen van op deze raamovereenkomst gebaseerde opdrachten gebruik maken van de procedure zonder aankondiging. Wanneer een raamovereenkomst is gesloten overeenkomstig de bepalingen van dit wetsvoorstel, zijn de nadere opdrachten die op die raamovereenkomst gebaseerd zijn niet aanbestedingsplichtig.

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. Is de raamovereenkomst aanbesteed overeenkomstig dit wetsvoorstel dan hoeven de afzonderlijke opdrachten niet meer te worden aanbesteed. 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 meebrengen om economische redenen een onwenselijke gang van zaken. Dat ligt anders wanneer na het sluiten van de raamovereenkomst de marktomstandigheden zodanig wijzigen dat de aanbestedende dienst in redelijkheid niet gehouden kan worden op basis van die raamovereenkomst nadere overeenkomsten te sluiten.

§ 4.3.4 Procedure voor een dynamisch aankoopstelsel

Paragraaf 4.3.4 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.

Artikel 67 geeft regels omtrent de toepassing van dit stelsel. 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 dynamisch 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.

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 stelsel. De beoordelingsperiode kan worden verlengd op voorwaarde dat in de tussentijd geen aankondiging voor een specifieke opdracht wordt uitgeschreven. Voorafgaand aan een specifieke opdracht moet de aanbestedende dienst een vereenvoudigde aankondiging van de opdracht publiceren waarin alle geïnteresseerde inschrijvers worden uitgenodigd binnen vijftien dagen een indicatieve inschrijving in te dienen om toegelaten te worden

tot het dynamische aankoopstelsel. Nadat alle indicatieve inschrijvingen zijn beoordeeld en afgerond wordt een aankondiging inzake een specifieke opdracht gedaan. Alle inschrijvers die zijn toegelaten tot het stelsel worden hiertoe uitgenodigd en krijgen voldoende tijd om een inschrijving in te dienen op deze specifieke opdracht. De plaatsing vindt plaats op basis van de criteria zoals vermeld in de aankondiging van het dynamisch aankoopstelsel. In de uitnodiging voor de specifieke opdracht kunnen de selectiecriteria worden gepreciseerd. Het dynamisch aankoopstelsel heeft een looptijd van maximaal 4 jaar en mag niet gebruikt worden om de mededinging te beperken. Er mogen voorts geen administratiekosten aan de betrokken inschrijvers worden toegerekend.

HOOFDSTUK 5

§ 5.1 Vooraankondiging

De aanbestedende dienst die voornemens is een overheidsopdracht te plaatsen kan een vooraankondiging plaatsen. Indien de aanbestedende dienst gebruikt 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.

Een vooraankondiging vindt plaats aan het begin van een begrotingsjaar en luidt, in tegenstelling tot een aankondiging, niet het begin in van een concrete 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.

§ 5.2 Aankondiging

Artikelen 74 tot en met 77

De aanbestedende dienst is verplicht zijn voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht aan te kondigen. De aanbestedende dienst vult hiertoe het door de Commissie ten behoeve van de aankondiging vastgestelde formulier in, dat op TenderNed staat. Met het invullen van het formulier voldoet de aanbestedende dienst aan de bepalingen van de richtlijn die voorschrijven welke informatie de aankondiging dient te bevatten. De aankondiging moet de informatie bevatten, die in het formulier wordt gevraagd.

De aanbestedende dienst moet op TenderNed aangeven of het om een Europese overheidsopdracht gaat. TenderNed kan daarnaast immers ook voor opdrachten gebruikt worden, die buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen. Alleen als de aanbestedende dienst kiest voor een Europese overheidsopdracht, wordt de vooraankondiging automatisch doorgestuurd naar de Europese Commissie. Aanvullingen en correcties worden op dezelfde wijze aan de Commissie gezonden.

TenderNed stuurt vervolgens een bevestiging van verzending aan de aanbestedende

dienst. Daarnaast stuurt de Europese Commissie ook nog een bewijs van verzending aan de aanbestedende dienst. De bevestiging van de Commissie vormt uiteindelijk het bewijs van de verzenddatum van de aankondiging. Dit bewijs is van belang voor de berekening van termijnen waarbij de datum van verzending van de aankondiging steeds het uitgangspunt vormt. De aankondiging wordt pas op TenderNed gepubliceerd, nadat de aankondiging aan de Commissie is verzonden.

Europese procedures vangen aan met de publicatie van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie. Termijnen beginnen te lopen op de dag van verzending van de aankondiging aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen.

Artikel 78

Om de administratieve lasten van deelname aan een aanbestedingsprocedure te beperken, wordt in artikel 78 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.

§ 5.3 Voorbehouden opdracht

Dit artikel biedt geen uitzondering op het toepassingsbereik van de richtlijn, maar bepaalt dat een aanbestedende dienst bij een openbare of niet-openbare procedure kan eisen dat de opdracht is voorbehouden aan sociale werkvoorzieningen. De aanbestedende dienst mag niet op basis van dit artikel een opdracht rechtstreeks gunnen aan één sociale werkvoorziening.

§ 5.4 Eigen verklaring

Tijdens de selectiefase moet een ondernemer een groot aantal documenten aan de aanbestedende dienst aanleveren. Deze documenten kosten vaak geld en het reproduceren, verzamelen en aanleveren van deze documenten vormen een administratieve last voor ondernemingen. Met name voor het midden- en kleinbedrijf leidt dit tot een hoge drempel om deel te nemen aan overheidsopdrachten. Daarom wordt bepaald dat de aanbestedende dienst verplicht is om ondernemers in eerste instantie slechts om een eigen verklaring te vragen, via het model dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld. Om ervoor te zorgen dat het model flexibel blijft en aangepast kan worden aan nieuwe ontwikkelingen, is ervoor gekozen om het model op een lager niveau vast te stellen. Op deze manier kan het model snel aangepast worden als er vanuit de betrokkenen behoefte is aan een wijziging van het model.

§ 5.5 Termijnen

In deze paragraaf wordt bepaald waarmee de aanbestedende dienst rekening dient te houden met het vaststellen van de termijnen voor verzoeken tot deelneming of inschrijving. Bij de vaststelling van de termijnen moet de aanbestedende dienst de ondernemers voldoende tijd geven voor het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving. Het is dan ook niet wenselijk om als aanbestedende dienst altijd de minimumtermijnen te hanteren. 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.

Omdat de aankondiging in alle gevallen elektronisch geschiedt, met gebruikmaking van de TenderNed, is in de artikelen al rekening gehouden met de mogelijkheid om de termijnen uit de richtlijn te verkorten met zeven dagen.

§ 5.7 Uitsluiting, geschiktheid en selectie

§ 5.7.1 Uitsluitingsgronden en § 5.7.2 Bewijsstukken uitsluitingsgronden

Algemeen

In § 5.7.1 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 92, de facultatieve in artikel 93. Artikel 94 somt enkele situaties op waarin de aanbestedende dienst kan afzien van de toepassing van de artikelen 92 en 93. 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 5.7.2.

Qua materie kunnen twee categorieën uitsluitingsgronden worden onderscheiden, namelijk die gronden die verband houden met bepaalde veroordelingen (hieronder verder aangeduid met integriteit) en gronden die verband houden met faillissement of surseance van betaling, het niet betalen van sociale zekerheidspremies of belastingen en ernstige fouten in de uitoefening van het beroep. Daarnaast kan ook het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen omtrent de hiervoor genoemde onderwerpen of het niet verstrekken van dergelijke inlichtingen tot uitsluiting leiden.

Integriteit

Bij de integriteitstoets moet onderscheid gemaakt worden in de toets voor de verplichte en de facultatieve uitsluitingsgronden.

Voor de verplichte uitsluitingsdelicten (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 het afgelopen jaar, geen veroordeling voor een verplicht uitsluitingsdelict onherroepelijk is geworden. Hiervoor is gekozen, omdat de richtlijn voorschrijft dat de aanbestedende dienst 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 en de facultatieve uitsluitingsgronden op het gebied van integriteit. 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 ondernemer moet 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 wel 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. 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.

De gedragsverklaring aanbesteden mag, zoals hiervoor al vermeld, niet ouder zijn dan 12 maanden op de uiterste dag van indiening van het verzoek tot deelneming of de inschrijving waarbij de eigen verklaring integriteit moet zijn gevoegd (artikel 92, eerste lid). Ook bewijsstukken van buitenlandse ondernemers (zie artikel 95, vierde lid) mogen niet ouder zijn dan 12 maanden.

Aanvraag faillissement

In artikel 45, tweede lid, onderdeel b, van richtlijn nr. 2004/18/EG is bepaald 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. Een aanvraag tot faillietverklaring of surséance van betaling wil niet zeggen dat een ondernemer daadwerkelijk failliet gaat. Deze ondernemer kan zich nog in rechte verdedigen. Het is niet uitgesloten dat een ondernemer zijn concurrent in een aanbesteding uitschakelt door vlak voor de aanbesteding een aanvraag tot faillissement in te dienen. Dit zou onwenselijk zijn. 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 deelneming van een overheidsopdracht is daarom niet in het wetsvoorstel opgenomen.

Bewijsstuk faillissement

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. Om het voor de aanbestedende dienst mogelijk te maken dit te toetsen werd 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 95, tweede lid). De ondernemer vraagt daartoe een uittreksel uit dat register aan.

Artikel 94

De aanbestedende dienst zal vervolgens 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. Daarbij moet hij rekening houden met een aantal aspecten, die in de wet staan opgesomd.

Onderdeel a

De aanbestedende dienst kan afzien van de toepassing van uitsluitingsgronden om dwingende redenen van algemeen belang. 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 sociaalezekerheidsstelsel; 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 veterinaire 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. 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 aard van de opdracht niet zodanig relevant is dat uitsluiting in het concrete geval gerechtvaardigd is.

§ 5.8 Geschiktheidseisen en selectiecriteria

Artikel 97

Dit artikel bepaalt dat en welke geschiktheidseisen een aanbestedende dienst kan stellen aan gegadigden en inschrijvers. De geschiktheidseisen zijn rechtstreeks uit de richtlijn overgenomen. Volgens de richtlijn moeten de geschiktheidseisen verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. In het derde lid van dit artikel is dan ook opgenomen dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf uitsluitend geschiktheidseisen kan stellen die noodzakelijk zijn in verband met de aard en omvang van de opdracht. Er zijn drie categorieën geschiktheidseisen, namelijk financiële en economische draagkracht, technische en beroepsbekwaamheid en bevoegdheidsbevoegdheid.

Artikelen 98 tot en met 104

In artikel 98 wordt aangegeven op welke manieren een ondernemer zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen. Eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht zijn niet gelimiteerd opgesomd in het wetsvoorstel. Deze eisen zien op de draagkracht van de gegadigde of inschrijver en eventuele derden op wiens draagkracht deze zich kan beroepen. Financiële eisen die geen betrekking hebben op draagkracht of ervaring, zoals eisen met betrekking tot de omzet in een bepaalde sector, vallen niet binnen deze categorie. Wel kan de omzet in een bepaalde sector van belang zijn voor een oordeel over de vraag hoeveel ervaring de gegadigde of inschrijver heeft in die sector, en dus een ervaringseis zijn.

Artikel 99 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 er mogen dus geen eisen betreffende technische- en beroepsbekwaamheid gesteld worden die niet in de wet zijn opgenomen.

De laatste categorie geschiktheidseisen bevat eisen betreffende beroepsbevoegdheid. Zie hiervoor artikel 104. In hoofdlijnen komt het erop neer dat een ondernemer desgevraagd moet aantonen dat hij in een beroepsregister of in het handelsregister is ingeschreven.

De eisen die een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf stelt moeten altijd proportioneel zijn, wat inhoudt dat de eisen objectief, eenduidig en noodzakelijk zijn en in verband staan met de aard en omvang van de opdracht. Dit is van groot belang omdat eisen die niet proportioneel zijn tot gevolg kunnen hebben dat een deel van de markt wordt uitgesloten. Hierdoor is er minder concurrentie en zal minder snel de beste prijs/kwaliteitverhouding worden bereikt. Bij hoge omzeteisen wordt het al snel onmogelijk voor het MKB om daaraan te voldoen. Daarmee wordt een groot deel van de markt uitgesloten. Daarnaast leiden vereisten met betrekking tot referenties al snel tot uitsluiting van nieuwkomers. Door het uitsluiten van deze groepen treedt verscaling van de markt op. Een minder diverse markt leidt tot minder concurrentie en minder innovatie.

De invulling van de eisen vereist maatwerk en is afhankelijk van de aard, omvang en waarde van de opdracht. Het is daarom niet eenvoudig om eenduidig aan te geven wat proportionele eisen zijn. Uit de praktijk valt af te leiden wat over het algemeen als proportionele eisen gezien kan worden. Hierbij moet wel worden aangetekend dat de proportionaliteit van een concrete eis in sterke mate afhangt van de omstandigheden van het geval. Zo kan de eis dat de omzet binnen de bandbreedte van 0%-200% van de huidige opdracht moet liggen over het algemeen als proportioneel worden beschouwd.

Wat betreft het stellen van ervaringseisen kan gesteld worden dat het vragen naar drie referentiewerken in de regel als proportioneel kan worden beschouwd. Dit betreft de proportionaliteit van de hoogte van de eisen. Daarnaast moet ook het aantal eisen proportioneel zijn. Er wordt aangegeven dat de eisen noodzakelijk moeten zijn. De aanbestedende dienst zal zich er dus altijd moeten nagaan of de eisen die hij stelt wel noodzakelijk zijn voor die concrete opdracht. De toetsing van de geschiktheidseisen moet vervolgens op geobjectiveerde wijze kunnen plaatsvinden. Als de eisen eenduidig en objectief zijn geformuleerd zal dit gemakkelijker zijn. Daarnaast is voor objectieve toetsing ook verstandig om verschillende personen in verschillende stadia verantwoordelijk te maken.

Bij ervaringseisen speelt meestal ook de wens om ervaringen uit het verleden mee te kunnen nemen bij de beoordeling van de geschiktheid van de ondernemer. In artikel 48, tweede lid, van richtlijn nr.2004/18/EG en in navolging daarvan in artikel 99, 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 5 jaar voor werken respectievelijk in de laatste 3 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 vragen veel aanbestedende diensten in de praktijk niet om de volledige lijst en nemen genoegen met een beperktere lijst van werken, leveringen of diensten die vergelijkbaar zijn met het voorgenomen werk. Die praktijk brengt met zich mee dat de afweging omtrent de bekwaamheid van ondernemers beperkt is tot de werken, leveringen of diensten die de ondernemer zelf aandraagt. Daarnaast blijkt uit de lijst die de ondernemer aanlevert vaak niet hoe hij de opdrachten heeft uitgevoerd, alleen dat hij ze heeft uitgevoerd. Aanbestedende diensten hebben aangegeven dat zij graag alle ervaringen uit het verleden willen laten meewegen bij de selectie van ondernemers. De richtlijn lijkt daarvoor wel enige ruimte te laten maar bij de toepassing moeten aanbestedende diensten wel de beginselen van het aanbestedingsrecht (gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel, proportionaliteitsbeginsel, non-discriminatiebeginsel) in acht nemen.

§5.9 Technische specificaties

In deze artikelen wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken 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 inschrijving geldig is. Dit houdt in dat hij controleert of deze voldoen aan de door hem gestelde technische specificaties. Hij heeft deze specificaties hetzij in de aankondiging, hetzij in het bestek gesteld, met inachtneming van de bepalingen in deze paragraaf. 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 zaak C-243/89, Storebaelt).

Technische specificaties moeten altijd gelijke toegang garanderen en mogen geen onnodige belemmeringen opwerpen. Deze artikelen dienen dan ook ten alle tijden in dit licht te worden gelezen. 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.

Er zijn twee soorten technische specificaties. De eerste categorie betreft het formuleren van technische specificaties in de vorm van normen. 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. 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. Het verwijzen naar een functionele eis heeft als voordeel dat inschrijvers in staat worden gesteld om innovatieve oplossingen aan te dragen.

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 die het beoogde doel bereiken op een vernieuwende wijze.

In artikel 108, vierde lid, wordt aangegeven dat wanneer in technische specificaties wordt verwezen naar normen die bepaling altijd gepaard moet gaan met de woorden “of gelijkwaardig”. In lid 11 van dat artikel staat een verbod op het opnemen van een bepaald fabricaat, herkomst, werkwijze, merk, octrooi, type, oorsprong of productie. Dit wordt gevolgd door lid 12 waarin wordt aangegeven dat een verwijzing naar het bovenstaande wel mag wanneer dat wordt gevolgd door de woorden “of gelijkwaardig”. Hierdoor wordt ruimte gelaten voor nieuwe/andere invulling die voldoet aan dezelfde eisen. Zonder deze toevoeging zouden de producten die wel aan de vereisten voldoen, maar niet onder de norm vallen onnodig worden uitgesloten. Het Hof van Justitie EG heeft in de zaak Vestergaard (C-59/00) aangegeven dat dit vereiste ook geldt onder de vastgestelde drempelwaarden. Het weglaten van die woorden zou in strijd zijn met artikel 30 EG verdrag, doordat marktdeelnemers uit andere lidstaten worden ontmoedigd in te schrijven wanneer ze niet van plan zijn het specifiek genoemde product te gebruiken. In de zaak UNIX (C-359/93) wordt bevestigd door het Hof van Justitie EG dat ook indien een merknaam moet worden beschouwd als een algemeen erkende technische norm, de woorden “of gelijkwaardig” niet mogen worden weggelaten omdat het toch een merknaam betreft.

§ 5.10 Inschrijving

Artikel 111

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 ook indienen via elektronische middelen worden verstaan. Het gaat er in dit artikel om dat de inschrijving vastgelegd wordt en niet mondeling of telefonisch plaats vindt.

§ 5.11 Plaatsing

De aanbestedende dienst kan slechts plaatsen op basis van twee criteria, namelijk de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving. Het criterium economisch meest voordelige inschrijving heeft het voordeel dat hiermee de beste prijs-kwaliteitsverhouding kan worden bepaald. Door het gebruik van dit criterium kunnen aanbestedende diensten innovatie bij aanbestedingen bevorderen.

Het criterium economisch meest voordelige inschrijving kan verschillende subcriteria bevatten, waarvan een aantal voorbeelden worden genoemd in de richtlijn, namelijk de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum en de termijn voor levering of uitvoering.

Artikel 115 bepaalt dat de aanbestedende dienst steeds het relatieve gewicht moet vermelden dat hij toekent aan de (sub)plaatsingscriteria. Alleen wanneer het om een

aantoonbare reden niet mogelijk is om het relatieve gewicht te specificeren, mag de aanbestedende dienst erin volstaan om de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid te vermelden.

§ 5.15 Verslaglegging en bekendmaking

Aanbestedende diensten zijn verplicht om uiterlijk na 48 dagen na plaatsing van een overheidsopdracht of het sluiten van een raamovereenkomst de resultaten van de procedure toe te zenden aan de Europese Commissie. De resultaten van de procedure moeten op een speciaal daarvoor bestemd standaardformulier worden ingevuld.

In het standaardformulier voor de aankondiging van een gegunde opdracht moet een aanbestedende dienst de totale definitieve waarde 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. Het uitgangspunt is echter dat de gegevens die in het standaardformulier worden gevraagd verplicht moeten worden opgegeven. 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 127 dat bepaalt dat een aanbestedende dienst de gegevens betreffende de gunning van een overheidsopdracht of de sluiting van een raamovereenkomst niet hoeft te vermelden indien de mededeling ervan de toepassing van de wet in de weg zou staan, met het openbaar belang in strijd zou zijn of de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden, of afbreuk zouden doen aan de eerlijke mededinging tussen hen. Uitzonderingen op de Europese aanbestedingsregelgeving dienen volgens de jurisprudentie van het HvJEG restrictief te worden uitgelegd. In beginsel geldt dan ook dat aanbestedende diensten gehouden zijn de prijzen die zijn overeengekomen in de aankondiging van gunning bekend te maken. Slechts in uitzonderingssituaties kan hiervan worden afgeweken.

Voor de aankondiging van II-B diensten geldt dat aanbestedende diensten zonder nadere motivering kunnen aangeven of zij instemmen met de publicatie door de Commissie van de aankondiging van gunning. De openbaarmaking van de totale definitieve waarde is voor IIB diensten niet verplicht. De verplichting tot bekendmaking van de prijzen beperkt zich in dat geval enkel tot de Commissie.

§ 5.16 Elektronische veiling

Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen om een elektronische veiling te organiseren. Een elektronische veiling is 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 overheidsopdrachten nauwkeurig en kwantificeerbaar kunnen worden vastgesteld. 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. De aanbestedende dienst kan van inschrijvers in een elektronische veiling vragen nieuwe en lagere prijsoffertes in te dienen. Als geplaatst 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 plaatsingscriteria. Hierdoor is klassering van de inschrijvingen op elektronische wijze mogelijk.

Uit een oogpunt van transparantie dient voorts gedurende de elektronische veiling op elk moment de rangorde van de inschrijvingen bepaald te kunnen worden. 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.

HOOFDSTUK 6 OVERIGE VOORSCHRIFTEN BETREFFENDE DE PROCEDURES

§ 6.3 Communicatie en inlichtingen

Een aanbestedende dienst behandelt alle potentiële inschrijvers op gelijke wijze en voorziet ieder van dezelfde informatie. Ondernemers die behoefte hebben aan extra informatie kunnen om individuele inlichtingen verzoeken. De antwoorden op deze inlichtingen worden ook gedeeld met de andere ondernemers.

Een ondernemer kan behoefte hebben aan inlichtingen, maar ook een gerechtvaardigd belang om de vraag en het antwoord niet aan zijn concurrenten te openbaren. In dat geval kan een aanbestedende dienst aan de ondernemer individuele inlichtingen verstrekken. 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 deze individuele inlichtingen alleen geven indien deze 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.

De aanbestedende dienst meldt in het proces-verbaal dat er individuele inlichtingen zijn verstrekt en, voor zover de bekendmaking ervan in strijd zou komen met het bepaalde in [pm verwijzing], de inhoud van de verstrekte inlichtingen. Daardoor is de verstrekking van de inlichtingen controleerbaar, en kan misbruik ervan worden bemerkt. Dat zal ook terughoudendheid met het verzoeken en verstrekken van dergelijke inlichtingen in de hand werken.

Verhouding Wet openbaarheid van bestuur en Aanbestedingswet

In dit wetsvoorstel zijn in navolging van richtlijn nr. 2004/18/EG een aantal bepalingen opgenomen omtrent de verplichting tot openbaarmaking of tot geheimhouding van informatie in een aanbestedingsprocedure. Het betreft de artikelen 6, 29, 35, 36, 41 en 54 zesde lid van richtlijn nr. 2004/18/EG. In artikel 6 van richtlijn nr. 2004/18/EG is het algemene uitgangspunt opgenomen dat informatie die door aannemers, leveranciers of dienstverleners vertrouwelijk aan de aanbestedende dienst wordt verstrekt, met inachtneming van de nationale wetgeving, niet door hem bekend aan derden gemaakt mag worden. Dit geldt volgens dit artikel met name voor fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen.

De verhouding tussen dit voorschrift en de nationale regelgeving van een lidstaat (i.c. de Wet openbaarheid van bestuur, hierna: Wob) wordt bepaald door de toevoeging “met inachtneming van de nationale wetgeving”. Dit geeft aan dat de artikelen 29, zesde lid, 35, vierde lid, 41 en 54, zesde lid van richtlijn nr. 2004/18/EG een specifieke regeling in de zin van de Wob inhouden. Voor verzoeken om informatie waarop deze specifieke regeling niet van toepassing is, zoals het verzoek van een ander dan een gegadigde of inschrijver om de kenmerken en de voordelen van de winnende aanbieder, blijft de Wob het afwegingskader op grond waarvan de aanbestedende dienst beslist in hoeverre aan het verzoek om informatie tegemoet gekomen kan worden. Ten aanzien van de publiekrechtelijke instellingen moet hierbij bedacht worden dat niet iedere publiekrechtelijke instelling tevens bestuursorgaan in de zin van de Wob is. Dit geldt bijvoorbeeld indien de publiekrechtelijke instelling een bijzonder schoolbestuur is. In die gevallen zal er geen beroep op de Wob kunnen worden gedaan voor de toegang tot informatie.

Ten aanzien van openbaarmaking geldt dat in artikel 29, zesde lid (inhoudende dat de aanbestedende diensten niet de voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer aan de dialoog verstrekte vertrouwelijke inlichtingen aan andere deelnemers bekend mogen maken zonder de instemming van de eerstgenoemde deelnemer) en in art 54, zesde lid (inhoudende dat tijdens het verloop van de elektronische veiling de aanbestedende dienst in geen geval de identiteit van de inschrijvers bekend mag maken) een expliciet verbod tot openbaarmaking is opgenomen. In deze gevallen is de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst beperkt tot het aangeven aan andere partijen dat de gevraagde informatie onder één van deze artikelen valt. De aanbestedende dienst kan in deze specifieke gevallen niet tot openbaarmaking van de gegevens overgaan, zelfs niet als de belangen van andere partijen dit vragen.

Verplichtingen tot openbaarmaking betreffen het opstellen van de aankondigingen (zie artikelen 35 en 36 van richtlijn nr. 2004/18/EG) en het informeren van gegadigden en inschrijvers omtrent o.a. de plaatsing van een overheidsopdracht of het niet voldoen aan de technische specificaties (zie artikel 41 van richtlijn nr. 2004/18/EG). Zowel in artikel 35, vierde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, vierde lid, als in artikel 41, derde lid, van die richtlijn, is bepaald dat sommige gegevens niet bekend gemaakt hoeven te worden, namelijk voor zover de openbaarmaking van die gegevens de toepassing van de wet in de weg zou staan, met de openbare orde in strijd zou zijn, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden of afbreuk aan de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen doen. Deze regeling heeft aldus hetzelfde oogmerk als de Wob, namelijk het treffen van een openbaarheidsregeling. De regeling in voornoemde artikelen komt voorts overeen met de bepalingen die de oude richtlijnen hieromtrent bevatten.

Gelet hierop is de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 5 mei 1997, nr. R01.92.2548 nog steeds relevant (JB 1997/169, Jurisprudentie Bestuursrecht, d.d. 22 augustus 1997, afl. 10). De Afdeling heeft in deze uitspraak geoordeeld dat artikel 9, derde lid, van richtlijn nr. 77/62/EEG van de Raad van de Europese gemeenschappen van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PbEG L 13, hierna: richtlijn nr. 77/62/EEG), een uitputtende openbaarheidsregeling bevat op het terrein van de plaatsing van overheidsopdrachten en derhalve als bijzondere regeling voorrang heeft boven de Wob. Voorts heeft de Afdeling bepaald dat een aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingen van artikel 9, derde lid, van de richtlijn uitgebreid moet motiveren waarom van die uitzondering sprake is. De hier bedoelde informatie moet immers in beginsel openbaar gemaakt worden. Artikel 41 van richtlijn nr. 2004/18/EG bevat de pendant van artikel 9, derde lid, van richtlijn nr. 77/62/EEG.

Een ander relevante uitspraak van de Afdeling is de uitspraak van 9 maart 2005, zaaknr. 200406253/1. In deze zaak heeft de Afdeling geoordeeld dat de bijzondere openbaarmakingsregeling op het terrein van de plaatsing van overheidsopdrachten van richtlijn nr. 93/37/EEG zich niet uitstrekt tot een afgebroken aanbestedingsprocedure.

§ 6.4 Bijzondere voorwaarden

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 het bestek en moeten in verband staan met de opdracht. Deze vereisten zijn door het Hof van Justitie vastgelegd in de zaken Beentjes (31/87), en Region Nord-Pas-de-Calais (C-225/98), Concordia Bus Finland (C-513/99) en Wienstrom (C-448/01). In de zaak Beentjes (31/87) en Region Nord-Pas-de-Calais (C-225/98) werd bepaald dat voorwaarden in verband met de opdracht moeten staan, en de voorwaarden alleen mogen worden gesteld wanneer deze voorwaarde de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigen. Wanneer dit soort eisen gesteld worden moet altijd het plaatsingscriterium EMVI worden gebruikt. In de zaak Rüffert (C-346/06) heeft het Hof 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 (C-448/01) gaf het Hof 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 (C-513/99) heeft het Hof 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.

HOOFDSTUK 7 VOORSCHRIFTEN VOOR DE BIJZONDERE PROCEDURES

§ 7.1 Concurrentiegerichte dialoog

In het geval van bijzonder complexe overheidsopdrachten kan de aanbestedende dienst een dialoog aangaan met alle gegadigden over alle aspecten van de betreffende overheidsopdracht. Van een bijzonder complexe overheidsopdracht is volgens overweging 31 van de richtlijn nr. 2004/18/EG sprake als het voor de aanbestedende dienst objectief gezien onmogelijk is te bepalen:

- welke middelen en oplossingen noodzakelijk zijn voor deze overheidsopdracht
- of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het gebied van technische, financiële of juridische oplossingen.

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

In het tweede lid wordt een beschrijvend document genoemd. Omdat het bij deze 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. Deze beschrijving wordt het beschrijvend document genoemd. In het kader van dit wetsvoorstel valt een beschrijvend document onder de aanbestedingsstukken, bedoeld in artikel 8.

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 prijsen of betaling aan de inschrijvers. 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 inschrijving hebben gedaan.

§ 7.2 Onderhandelingsprocedure

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.

§ 7.3 Bijzondere voorschriften bij het plaatsen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst

Artikelen 150 tot 152

Een raamovereenkomst stelt een aanbestedende dienst in staat om binnen het kader van die raamovereenkomst opdrachten te plaatsen bij ondernemers. De opdrachten kunnen dan als gevolg van een eenvoudigere procedure worden geplaatst bij de bij de raamovereenkomst betrokken ondernemers. De raamovereenkomst moet dan wel tot stand zijn gekomen als gevolg van een gevolgde aanbestedingsprocedure 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. Hoe langer de looptijd van de raamovereenkomst is, zwaarder zijn de eisen die aan de motivering worden gesteld. Bij raamovereenkomsten met een langere looptijd wordt voor langere tijd de mededinging uitgesloten. Op grond van artikel 152 is het niet toegestaan de raamovereenkomst daarvoor te gebruiken. De motivering zal in ieder geval moeten ingaan op waarom het in dat specifieke geval de langere looptijd noodzakelijk en proportioneel is, met het oog op de uitgesloten mededinging.

Bij het plaatsen van een specifieke opdracht binnen een raamovereenkomst worden geen substantiële wijzigingen aangebracht in de voorwaarden van de raamovereenkomst. Een opdracht waarbij substantiële wijzigingen noodzakelijk zijn wordt zelfstandig aanbesteed.

Artikel 153

De raamovereenkomst kan met een enkele of met meerdere 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 daarnaast, voor zover nodig, verzocht om zijn inschrijving aan te vullen, bijvoorbeeld door voor de concrete opdracht een offerte uit te brengen.

Artikel 154

Indien de 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 plaatsing is mogelijk indien bij de raamovereenkomst alle relevante voorwaarden bevat met betrekking tot de plaatsing van die opdracht.

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. 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 plaatsingscriteria.

§ 7.4 Bijzondere voorschriften voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een dynamisch aankoopstelsel

Artikelen 155, 156 en 160

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.

Dit proces is vormgegeven in 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. In dit kader valt te denken aan onder meer kantoormeubilair of bouwmaterialen. Het stelsel wordt nog weinig toegepast en lijkt een bijzondere vorm van raamovereenkomst. Het dynamisch aankoopstelsel is beperkt in tijd en gedurende gehele looptijd open voor ondernemers die voldoen aan de selectiecriteria en geschiktheidseisen. Na de instelling van het stelsel blijft het voor ondernemers mogelijk om een inschrijving te doen waarna ze in het stelsel opgenomen kunnen worden. Deze openheid is slechts effectief indien geregeld kenbaar gemaakt wordt dat het stelsel bestaat. Daarom is er een bepaling opgenomen dat er telkens wanneer er een opdracht via dit stelsel wordt geplaatst er een aankondiging wordt gedaan om ondernemers in staat te stellen nog voor de plaatsing van die opdracht in het stelsel te komen en zodoende kans te maken op die opdracht.

Een dynamisch aankoopstelsel kan enkel worden ingesteld door de openbare procedure te volgen en daarbij aan te geven dat de betreffende opdracht het instellen van een dynamisch aankoopstelsel betreft. De openbare procedure wordt gevolgd met uitzondering van de gunningsfase. In plaats van een mededeling van een plaatsingsbeslissing wordt een mededeling gedaan aan alle geschikte inschrijvers dat ze zijn toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel. Deelname aan het dynamisch aankoopstelsel is kosteloos.

Artikel 157

Voor de toelating tot het stelsel, bij de instelling ervan of in een later fase, doet een ondernemer een indicatieve inschrijving. De aanbestedende dienst toetst of deze voldoet aan de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen, en deelt de inschrijver zo snel mogelijk mede of deze is toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel.

Artikelen 158 en 159

Het plaatsen van een opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel gaat op basis van de volgende stappen. De aanbestedende dienst publiceert een vereenvoudigde aankondiging, waarin hij aangeeft gebruik te willen maken van het bestaande dynamisch aankoopstelsel, voor het plaatsen van een specifieke opdracht. De aanbestedende dienst stelt bij het doen van die aankondiging een termijn vast waarbinnen belangstellende ondernemers een indicatieve inschrijving kunnen indienen. Deze termijn is tenminste vijftien dagen. De aanbestedende dienst beoordeelt de eventueel ontvangen indicatieve inschrijvingen alvorens over te gaan tot het doen van een aankondiging in het dynamisch aankoopstelsel. Indien er geen indicatieve inschrijvingen worden ontvangen binnen de termijn die daarvoor staat, kan de aanbestedende dienst overgaan tot het plaatsen van een aankondiging in het stelsel. Hij roept daarmee 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. Omdat het gaat om gangbare opdrachten is het niet waarschijnlijk dat de opdrachten zeer complex zijn. De aanbestedende dienst houdt met de complexiteit van de opdracht nauwelijks rekening.

Nadat de definitieve inschrijvingen zijn ingediend, beoordeelt de aanbestedende dienst deze en gunt de opdracht op basis van de in de aanbestedingsstukken of uitnodiging gestelde plaatsingscriteria.

§ 7.5 Bijzondere voorschriften betreffende de bouw van een complex sociale woningen

Artikel 161

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.

§ 7.6 Bijzondere voorschriften voor concessieovereenkomsten voor openbare werken

De procedurele verplichtingen van een aanbestedende dienst betreffende het verlenen van een concessie voor openbare werken houden slechts een drietal verplichtingen in, te weten bekendmaking van het voornemen overeenkomstig artikel 162, het in acht nemen van de termijnen van artikel 163 en het waarborgen dat de concessiehouder die zelf geen aanbestedende dienst is, de artikelen 165 tot en met 167 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

gedagidgen of inschrijvers voor de concessie verzoeken zelf aan te geven welk percentage deze aan derden denkt te besteden.

De artikelen 165 tot en met 167 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 165, derde lid).

§ 7.7 Voorschriften betreffende de procedure van de prijsvraag

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)kwificatie 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 er 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.

HOOFDSTUK 8. REGELS VOOR SPECIALE-SECTORBEDRIJVEN

§ 8.1 Toepassingsgebied

Artikelen 177 tot en met 182

De artikelen 177 tot en met 182 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 178 tot en met 179). 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 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 wanneer in het kader van die activiteiten opdrachten worden geplaatst of prijsvragen worden georganiseerd 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 179, tweede lid, sub a). Ook opdrachten of prijsvragen die door deze speciale-sectorbedrijven worden geplaatst of georganiseerd en verband houden met de afvoer of behandeling van afvalwater vallen onder het toepassingsbereik (artikel 179, tweede lid, onderdeel b). Ingevolge artikel 180 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 180, tweede lid). 181betreftopdrachten die worden verstrekt in het kader van het verrichten van postdiensten en aanverwante diensten. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het huidige, met artikel 181 vergelijkbare artikel artikel 6 Bass, met ingang van 1 januari 2009 in werking getreden (Stb. 2008, 295). Artikel 182 bepaalt ten slotte dat het bij of krachtens deze wet bepaalde tevens van toepassing is op speciale-sectoropdrachten in het kader van activiteiten 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.

§ 8.2 Toepassingsbereik

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 Commissie deze op grond van artikel 69 van richtlijn nr. 2004/17/EG bij verordening kan aanpassen. Verwezen zij naar de toelichting op § 3.1.

§ 8.3 Raming van de waarde

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. 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 188 het geval.

§ 8.4 Uitgezonderde speciale-sectoropdrachten en prijsvragen

Artikel 197

Artikel 30 van richtlijn nr. 2004/17/EG geeft de 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 197 wordt gebruik gemaakt van de door artikel 30, vijfde lid, van de richtlijn geboden mogelijkheid verzoeken ook te laten doen door speciale-sectorbedrijven.

Artikel 198

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 37.

Artikel 199

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 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 200,201 en 202

De artikelen 200 en 201 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 200, eerste lid, onderdelen a en b, geldt dat een omzeteis wordt gesteld aan de verbonden onderneming.

Het vierde lid van artikel 200 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 deze definitie in artikel 200 opgenomen.

Artikel 202 implementeert de verplichting om de Commissie desgevraagd te informeren over de toepassing van de artikelen 200 en 201.

Artikel 203

Toepassing van de aanbestedingsregels voor de in dit artikel opgesomde diensten is niet goed mogelijk omdat daarmee rechten zijn gemoeid, zoals bij voorbeeld eigendomrechten 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 207

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 12, 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.

HOOFDSTUKK 9 PROCEDURES VOOR SPECIALE-SECTOROPDRACHTEN EN HOOFDSTUK 10, REGELS VOOR SPECIALE-SECTOROPDRACHTEN INZAKE AANKONDIGING, UITSLUITING, SELECTIE EN PLAATSING

De procedures die een speciale-sectorbedrijf kan toepassen zijn beperkter dan de mogelijkheden voor een aanbestedende dienst. Voorop staat dat het speciale-sectorbedrijf de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de procedure van onderhandelingen met voorafgaande aankondiging toepast. In bepaalde gevallen mag het speciale-sectorbedrijf de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen (paragraaf 9.2). Daarnaast is er nog een tweetal bijzondere procedures, namelijk het dynamisch aankoopstelsel en de prijsvraag. De procedurele bepalingen zijn grotendeels gelijk aan die voor de aanbestedende diensten. Waar mogelijk zijn die bepalingen dan ook van overeenkomstige toepassing verklaard.

HOOFDSTUK 11. GEDRAGSVERKLARING AANBESTEDEN

§ 7.1 Algemene bepalingen

Artikel 248

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 bestuurders binnen de rechtspersoon. Artikel 249 bevat een nadere specificatie van dat begrip.

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 249

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. Rechtspersonen naar buitenlands recht dienen op grond van artikel 95, vijfde lid, desgevraagd aan de aanbestedende dienst of het speciaalsectorbedrijf de daar bedoelde gegevens over te leggen.

Artikel 250

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 speciaalsectorbedrijf 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 251

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. Tevens moeten de nodige gegevens over voormalige bestuurders worden verstrekt met het oog op de toepassing van artikel 254, derde lid.

Artikel 252

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 natuurlijk persoon en acht weken voor een rechtspersoon.

Artikel 253

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

§ 7.2 Toetsingscriteria

Artikel 254

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

Artikel 254, eerste lid, somt de gevallen op die moeten leiden tot uitsluiting door de aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf van een inschrijver of een gegadigde in een aanbestedingsprocedure. In de toelichting op artikel 257 wordt het toetsingscriterium nader belicht.

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

Op grond van het tweede lid wordt acht geslagen op de gegevens op naam van de rechtspersoon en die op naam van ieder der bestuurders, vennoten, maten of beheerders van de rechtspersoon. 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 bestuurders. Onderdeel a bepaalt dat het gaat om gegevens van personen die in de 12 maanden voorafgaand aan de aanvraag bestuurder waren. Daarnaast is ook van belang of een of meer van die voormalige bestuurders wellicht nog steeds een beleidsbepalende functie binnen de onderneming vervullen. Op grond van onderdeel b wordt ook dat element bij de beoordeling betrokken.

Artikel 255

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.

Artikel 256

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 254, 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.

§ 7.3 Beoordeling

Artikel 257

Het eerste lid regelt in welke gevallen de afgifte van een gedragsverklaring aanbesteden altijd wordt geweigerd. In combinatie met de terugkijktermijn van artikel 255 betekent dit dat een ondernemer geen gedragsverklaring aanbesteden kan krijgen

indien hij in de vier jaar voorafgaande aan de aanvraag voor zo'n verklaring onherroepelijk is veroordeeld voor een of meer van de verplichte uitsluitingsgronden van de richtlijnen.

Het tweede lid geeft een criterium voor toepassing van de niet verplichte uitsluitingsgronden. Het criterium in dit artikel voor het weigeren van een gedragsverklaring aanbesteden is ontleend aan het criterium voor het weigeren van een verklaring omtrent het gedrag (artikel 35, eerste lid, Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens). Vanzelfsprekend is het toegesneden op de activiteiten waar het bij aanbestedingen om gaat, namelijk een behoorlijke uitoefening van een (overheids)opdracht, concessieovereenkomst of prijsvraag. Dit criterium zal verder worden ingevuld aan de hand van beleidsregels.

De woorden "indien herhaald" in dit artikel houden een objectief criterium in. Het gaat erom of het justitiële gegeven op zichzelf, indien herhaald, een behoorlijke uitoefening zou verhinderen. Het is derhalve niet relevant of er een reëel recidivegevaar is. Men vergelijkte paragraaf 3.2.2 van de Beleidsregels VOG-NP-RP 2008.

HOOFDSTUK 12. OVERIGE BEPALINGEN

§12.1 TenderNed

De Minister van Economische Zaken wordt aangewezen als beheerder van het elektronische systeem TenderNed. 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 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 dit artikel de minister de bevoegdheid om gegevens te verzamelen ten behoeven van verslaglegging van 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.

III. TRANSPONERINGSTABELLEN

<u>Richtlijn 2004/18/EG</u>	<u>wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..</u>
TITEL I (DEFINITIES EN ALGEMENE BEGINSELEN)	
Artikel 1, eerste lid	Artikel 4

Artikel 1, tweede lid	Artikel 4
Artikel 1, derde lid	Artikel 7
Artikel 1, vierde lid	behoeft geen implementatie
Artikel 1, vijfde lid	Artikel 7
Artikel 1, zesde lid	Artikel 7
Artikel 1, zevende lid, eerste alinea	Artikel 7
Artikel 1, zevende lid, tweede alinea	Artikel 131 lid 3
Artikel 1, achtste lid, eerste alinea	Artikel 3
Artikel 1, achtste lid, tweede alinea	Artikel 3
Artikel 1, achtste lid, derde alinea, eerste volzin	artikel 1
Artikel 1, achtste lid, derde alinea, tweede volzin	artikel 1
Artikel 1, negende lid, eerste alinea	Artikel 2
Artikel 1, negende lid, tweede alinea	Artikel 2
Artikel 1, negende lid, derde alinea, eerste volzin	Feitelijke uitvoering door Minister van Economische Zaken
Artikel 1, negende lid, derde alinea, tweede volzin	Feitelijke uitvoering door Minister van Economische Zaken
Artikel 1, tiende lid	Artikel 2
Artikel 1, elfde lid, onderdeel a	Artikel 6
Artikel 1, elfde lid, onderdeel b	Artikel 6
Artikel 1, elfde lid, onderdeel c, eerste alinea	Artikel 6
Artikel 1, elfde lid, onderdeel c, tweede alinea	Artikel 6
Artikel 1, elfde lid, onderdeel d	artikelen 47 en 53
Artikel 1, elfde lid, onderdeel e	Artikel 6
Artikel 1, twaalfde lid	Artikel 8
Artikel 1, dertiende lid	behoeft geen implementatie
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 1, vijftiende lid, onderdeel d	behoeft geen implementatie
Artikel 2	Artikel 13, artikel 14
Artikel 3	Artikel 16
TITEL II (OVERHEIDSOPDRACHTEN)	
Artikel 4, eerste lid, eerste alinea	Artikel 140 lid 1
Artikel 4, eerste lid, tweede alinea	Artikel 140 lid 2

Artikel 4, tweede lid, eerste zin	Artikel 140 lid 3, lid 4, lid 5
Artikel 5, eerste volzin	artikel 13
Artikel 5, tweede volzin	Behoeft geen implementatie
Artikel 6	Artikel 142, vierde lid
Artikel 7, onderdeel a	Artikel 18 eerste lid en tweede lid
Artikel 7, onderdeel b	Artikel 18 tweede en derde lid, artikel 19
Artikel 7, onderdeel c	Artikel 17
Artikel 8, eerste alinea, onderdeel a	Artikel 24, eerste lid onder a
Artikel 8, eerste alinea, onderdeel b	Artikel 24, eerste lid onder b
Artikel 8, tweede alinea	Artikel 24
Artikel 9, aanhef en eerste lid, eerste alinea	Artikel 36
Artikel 9, eerste lid, tweede alinea	Artikel 36
Artikel 9, tweede lid	Artikel 36
Artikel 9, derde lid	Artikel 36
Artikel 9, vierde lid	Artikel 36
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a, eerste alinea	Artikel 36
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a, tweede alinea	Artikel 36
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel a, derde alinea	Artikel 36
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b, eerste alinea	Artikel 36
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b, tweede alinea	Artikel 36
Artikel 9, vijfde lid, onderdeel b, derde alinea	Artikel 36
Artikel 9, zesde lid	Artikel 36
Artikel 9, zevende lid, aanhef en onderdeel a en b	Artikel 36
Artikel 9, zevende lid, tweede alinea	Artikel 36
Artikel 9, achtste lid	Artikel 36
Artikel 9, negende lid	Artikel 36
Artikel 10	Artikel 37
Artikel 11	Artikel 25
Artikel 12	Artikel 26
Artikel 13	Artikel 37, onderdeel c
Artikel 14	Artikel 37, onderdeel b
Artikel 15, onderdeel a	Artikel 37, onderdeel d
Artikel 15, onderdeel b	Artikel 37, onderdeel e
Artikel 15, onderdeel c	Artikel 37, onderdeel f
Artikel 16	Artikel 16, onderdelen a-f, Artikel 38, onderdelen b-g

Artikel 17	behoeft geen implementatie
Artikel 18	Artikel 38, onderdeel a
Artikel 19, eerste alinea	Artikel 82, eerste lid
Artikel 19, tweede alinea	Artikel 82, tweede lid
Artikel 20	artikelen 18 en 19 jo. hoofdstuk 5, 6 en 7
Artikel 21	Artikel 54 eerste lid, artikel 55
Artikel 22	Artikel 54 tweede lid
Artikel 23, eerste lid, eerste volzin	Artikel 108 lid 1
Artikel 23, eerste lid, tweede volzin	Artikel 108 lid 1
Artikel 23, tweede lid	Artikel 108 lid 2
Artikel 23, derde lid m.u.v onderdeel a laatste zin	Artikel 108 lid 3 en lid 4
Artikel 23, derde lid, onderdeel a, laatste zin	Artikel 108 lid 3 en lid 4
Artikel 23, vierde lid, eerste alinea	Artikel 108 lid 5
Artikel 23, vierde lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 23, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 108 lid 6
Artikel 23, vijfde lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 23, vijfde lid, derde alinea	Artikel 108 lid 7
Artikel 23, zesde lid	Artikel 108 lid 8 en lid 9
Artikel 23, zevende lid, eerste alinea	Artikel 108 lid 10
Artikel 23, zevende lid, tweede alinea	Artikel 108 lid 10
Artikel 23, achtste lid, eerste volzin	Artikel 108 lid 11
Artikel 23, achtste lid, tweede volzin	Artikel 108 lid 12
Artikel 24, eerste lid	Artikel 117 lid 1
Artikel 24, tweede lid	Artikel 117 lid 2
Artikel 24, derde lid	Artikel 117 lid 3
Artikel 24, vierde lid, eerste alinea	Artikel 117 lid 4
Artikel 24, vierde lid, tweede alinea	Artikel 117 lid 5
Artikel 25, eerste alinea	Artikel 141
Artikel 25, tweede alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 26	Artikel 146
Artikel 27, eerste lid	Artikel 147 lid 1
Artikel 27, tweede lid, eerste alinea	Artikel 147 lid 2
Artikel 27, tweede lid, tweede alinea	Artikel 147 lid 2
Artikel 28, eerste volzin	Eerste volzin behoeft geen implementatie
Artikel 28, tweede volzin	Artikel 40
Artikel 28, derde volzin	Artikel 44
Artikel 28, vierde volzin	Artikel 46, aanhef, artikel 48 tot en met artikel 52
Artikel 29, eerste lid, eerste alinea	Artikel 43
Artikel 29, eerste lid, tweede alinea	Artikel 148 lid 1

Artikel 29, tweede lid	Artikel 148 lid 2
Artikel 29, derde lid, eerste alinea	Artikel 148 lid 3
Artikel 29, derde lid, tweede alinea	Artikel 148 lid 4
Artikel 29, derde lid, derde alinea	Artikel 148 lid 5
Artikel 29, vierde lid	Artikel 148 lid 6
Artikel 29, vijfde lid	Artikel 148 lid 7
Artikel 29, zesde lid, eerste alinea eerste volzin	Artikel 148 lid 8
Artikel 29, zesde lid, eerste alinea, tweede volzin	Artikel 148 lid 9
Artikel 29, zesde lid, tweede alinea, eerste volzin	Artikel 148 lid 10
Artikel 29, zesde lid, tweede alinea, tweede volzin	Artikel 148 lid 11
Artikel 29, zevende lid, eerste alinea	Artikel 148 lid 12
Artikel 29, zevende lid, tweede alinea	Artikel 148 lid 13
Artikel 29, achtste lid	Artikel 148 lid 13
Artikel 30, eerste lid	Artikel 46
Artikel 30, tweede lid	Artikel 149 lid 1
Artikel 30, derde lid	Artikel 149 lid 2
Artikel 30, vierde lid	Artikel 149 lid 3
Artikel 31, aanhef en onderdeel 1	Artikel 48
Artikel 31, aanhef en onderdeel 2	Artikel 49
Artikel 31, aanhef en onderdeel 3	Artikel 50
Artikel 31, aanhef en onderdeel 4	Artikel 51, artikel 52
Artikel 32, eerste lid	Artikel 150 lid 1
Artikel 32, tweede lid, eerste alinea	Artikel 150 lid 2
Artikel 32, tweede lid, tweede alinea	Artikel 151 lid 1
Artikel 32, tweede lid, derde alinea	Artikel 151 lid 2
Artikel 32, tweede lid, vierde alinea	Artikel 151 lid 3
Artikel 32, tweede lid, vijfde alinea	Artikel 152
Artikel 32, derde lid, eerste alinea	Artikel 153 lid 1
Artikel 32, derde lid, tweede alinea	Artikel 153 lid 2
Artikel 32, vierde lid, eerste alinea	Artikel 154 lid 1
Artikel 32, vierde lid, tweede alinea	Artikel 154 lid 2
Artikel 33, eerste lid	Artikel 155 lid 1
Artikel 33, tweede lid	Artikel 155 lid 2, lid 3, lid 4, artikel 156 lid 1
Artikel 33, derde lid	artikel 156 lid 2
Artikel 33, vierde lid	Artikel 157 lid 3, lid 4
Artikel 33, vijfde lid	Artikel 158 lid 1, lid 2, lid 3
Artikel 33, zesde lid	Artikel 159 lid 1
Artikel 33, zevende lid	Artikel 160 lid 1, lid 2, lid 3
Artikel 34, eerste alinea	Artikel 161 lid 1 en lid 2

Artikel 34, tweede alinea, eerste volzin	Artikel 161 lid 3
Artikel 34, tweede alinea, tweede volzin	Artikel 161 lid 3
Artikel 34, derde alinea	Artikel 161 lid 4
Artikel 35, eerste lid, eerste alinea (inclusief a tot en met c)	Artikel 68
Artikel 35, eerste lid, onder a, tweede alinea	Artikel 68
Artikel 35, eerste lid, tweede alinea	Artikel 70 lid 1
Artikel 35, eerste lid, derde alinea	Artikel 70 lid 2
Artikel 35, eerste lid, vierde alinea	Artikel 71 lid 2
Artikel 35, eerste lid, vijfde alinea	Artikel 86 lid 4, lid 5
Artikel 35, eerste lid, zesde alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 35, tweede lid	Artikel 74 lid 1
Artikel 35, derde lid, eerste alinea	Artikel 74 lid 1
Artikel 35, derde lid, tweede alinea	Artikel 74 lid 1
Artikel 35, vierde lid, eerste alinea	Artikel 126 lid 1
Artikel 35, vierde lid, tweede alinea	Artikel 127
Artikel 35, vierde lid, derde alinea	Artikel 128
Artikel 35, vierde lid, vierde alinea, eerste volzin	Artikel 129
Artikel 35, vierde lid, vierde alinea, tweede volzin	Artikel 129
Artikel 35, vierde lid, vijfde alinea	Artikel 130
Artikel 36, eerste lid	Artikel 74 en artikel 8.1.2
Artikel 36, tweede lid	artikel 8.1.2
Artikel 36, derde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 36, vierde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 36, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 76 lid 1
Artikel 36, vijfde lid, tweede alinea	Artikel 76 lid 1
Artikel 36, vijfde lid, derde alinea	Artikel 73
Artikel 36, zesde lid	Nvt aankondiging altijd elektronisch via TenderNed
Artikel 36, zevende lid	Artikel 76
Artikel 36, achtste lid	Behoeft geen implementatie,
Artikel 37	Behoeft geen implementatie
Artikel 38, eerste lid	Artikel 85 lid 1
Artikel 38, tweede lid	Artikel 86 lid 1
Artikel 38, derde lid, aanhef en onderdeel a	Artikel 86 lid 2
Artikel 38, derde lid, aanhef en onderdeel b	Artikel 86 lid 3
Artikel 38, vierde lid, eerste en	Artikel 86 lid 4

tweede alinea	
Artikel 38, vierde lid, derde alinea	Artikel 86 lid 5
Artikel 38, vijfde lid	Artikel 87 lid 1
Artikel 38, zesde lid	Artikel 87 lid 2 en lid 3
Artikel 38, zevende lid	Artikel 88
Artikel 38, achtste lid, aanhef en onderdeel a	Artikel 89
Artikel 38, achtste lid, aanhef en onderdeel b	Artikel 89
Artikel 39, eerste lid	Artikel 80
Artikel 39, tweede lid	Artikel 144 lid 1
Artikel 40, eerste lid	Artikel 109
Artikel 40, tweede lid	Artikel 110 lid 1
Artikel 40, derde lid	Artikel 81
Artikel 40, vierde lid	Artikel 144 lid 1, lid 2
Artikel 40, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 110 lid 2
Artikel 40, vijfde lid, tweede alinea	Artikel 148
Artikel 41, eerste lid	Artikel 118 lid 1 en artikel 90
Artikel 41, tweede lid, eerste alinea, eerste streepje en tweede alinea	Artikel 118 lid 2, lid 3.
Artikel 41, tweede lid, eerste alinea, tweede streepje en tweede alinea	Geen implementatie ivm WIRA
Artikel 41, tweede lid, eerste alinea, derde streepje en tweede alinea	Artikel 118 lid 2, lid 3.
Artikel 41, derde lid	Artikel 118 lid 4
Artikel 42, eerste lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 42, tweede lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 42, derde lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 42, vierde lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 42, vijfde lid, aanhef, onderdeel a en bijlage X	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel b	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel c	artikel 176
Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel d	artikel 176
Artikel 42, zesde lid, aanhef en onderdeel a en b	artikel 176
Artikel 42, zesde lid, onderdeel c	artikel 176
Artikel 43, eerste alinea	Artikel 124
Artikel 43, tweede alinea	Artikel 154

Artikel 43, derde alinea	Artikel 125
Artikel 44, eerste lid	behoeft geen aparte implementatie
Artikel 44, tweede lid	Artikel 97
Artikel 44, tweede lid, tweede volzin	Artikel 97, derde lid, artikel 15
Artikel 44, tweede lid, derde volzin	Artikel 75, onder c
Artikel 44, derde lid, eerste alinea, eerste volzin	Artikel 106, eerste lid
Artikel 44, derde lid, eerste alinea, tweede volzin	Artikel 106, derde lid
Artikel 44, derde lid, tweede alinea, derde volzin	Artikel 106, tweede lid
Artikel 44, derde lid, tweede alinea vierde volzin	Artikel 106, tweede lid
Artikel 44, derde lid, derde alinea, vijfde en zesde volzin	Artikel 106, derde en vierde lid
Artikel 44, vierde lid.	Artikel 148, vijfde en zesde lid 149, derde lid,
Artikel 45, eerste lid, onderdelen a-d	Artikel 92
Artikel 45, eerste lid, tweede en derde alinea	hoofdstuk 7 , artikel 94
Artikel 45, eerste lid vierde alinea	artikel 95
Artikel 45, tweede lid	Artikel 93
Artikel 45, derde lid	Artikel 95
Artikel 45, vierde lid	artikel 95 en artikel 7.1.1
Artikel 46, eerste alinea	Artikel 104, eerste lid
Artikel 46, tweede alinea	Artikel 104, tweede lid
Artikel 47, eerste lid	Artikel 98 lid 1
Artikel 47, tweede lid	Artikel 98 lid 2
Artikel 47, derde lid	Artikel 98 lid 3
Artikel 47, vierde lid	Artikel 98 lid 4
Artikel 47, vijfde lid	Artikel 98 lid 5
Artikel 48, eerste lid	Artikel 99
Artikel 48, tweede lid	Artikel 99
Artikel 48, derde lid	Artikel 100 lid 1
Artikel 48, vierde lid	Artikel 100 lid 2
Artikel 48, vijfde lid	Artikel 101
Artikel 48, zesde lid	Artikel 75 lid 2
Artikel 49, eerste volzin	Artikel 102
Artikel 49, tweede en derde volzin	Artikel 102
Artikel 50	Artikel 103
Artikel 51	Artikel 143
Artikel 52 eerste lid	wordt niet geïmplementeerd
Artikel 52, tweede lid	amvb op basis van art. 176
Artikel 52, derde lid	amvb op basis van art. 176
Artikel 52, vierde lid	amvb op basis van art. 176

Artikel 52, vijfde lid	amvb op basis van art. 176
Artikel 52, zesde lid	amvb op basis van art. 176
Artikel 52, zevende lid	amvb op basis van art. 176
Artikel 52, achtste lid	amvb op basis van art. 176
Artikel 53, eerste lid	Artikel 113, Artikel 114
Artikel 53, tweede lid	Artikel 115 lid 3, lid 4
Artikel 54, eerste lid	Artikel 132
Artikel 54, tweede lid, eerste alinea	Artikel 132
Artikel 54, tweede lid, tweede alinea	Artikel 132
Artikel 54, tweede lid, derde alinea	Artikel 132
Artikel 54, derde lid, eerste alinea	Artikel 132
Artikel 54, derde lid, tweede alinea	Artikel 132
Artikel 54, vierde lid, eerste alinea	Artikel 132
Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, eerste zin	Artikel 132
Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, tweede zin	Artikel 132
Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, derde zin	Artikel 132
Artikel 54, vierde lid, tweede alinea, vierde zin	Artikel 132
Artikel 54, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 132 lid 11
Artikel 54, vijfde lid, tweede alinea	Artikel 132 lid 12
Artikel 54, vijfde lid, derde alinea	Artikel 132 lid 13
Artikel 54, zesde lid	Artikel 132 lid 14, lid 15, lid 16
Artikel 54, zevende lid, eerste alinea	Artikel 132 lid 17
Artikel 54, zevende lid, tweede alinea	Artikel 132 lid 17, lid 18
Artikel 54, achtste lid, eerste alinea	Artikel 132 lid 19
Artikel 54, achtste lid, tweede alinea	Artikel 132 lid 20
Artikel 55, eerste lid	Artikel 116 lid 1, lid 2
Artikel 55, tweede lid	Artikel 116, lid 3
Artikel 55, derde lid	Artikel 116 lid 4, lid 5
TITEL III (CONCESSIES VOOR OPENBARE WERKEN)	
Artikel 56, eerste alinea	artikel 20
Artikel 56, tweede alinea	artikel 36, eerste lid
Artikel 57, aanhef en onder a	artikel 37, onderdelen b, c, e en f
Artikel 57, aanhef en onder b, eerste alinea	artikel 26
Artikel 57, aanhef en onder b, tweede alinea	behoeft geen implementatie
Artikel 58, eerste lid	Artikel 162 lid 1. Bekendmaking via Tendered
Artikel 58, tweede lid	Artikel 162 lid 2

Artikel 58, derde lid	Geen implementatie
Artikel 58, vierde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 59, eerste alinea	Artikel 163
Artikel 59, tweede alinea	Artikel 163
Artikel 60	Artikel 164 lid 1
Artikel 61	Artikel 39
Artikel 62	Behoeft geen implementatie
Artikel 63, eerste lid, eerste alinea	Artikel 164 lid 2
Artikel 63, eerste lid, tweede alinea	Artikel 165 lid 1
Artikel 63, eerste lid, derde alinea	Artikel 165 lid 2
Artikel 63, tweede lid, eerste alinea	Artikel 165 lid 3
Artikel 63, tweede lid, tweede alinea	artikel 165, vierde lid, en artikel 10
Artikel 63, tweede lid, derde alinea	Artikel 165, vijfde lid
Artikel 64, eerste lid	Artikel 166 lid 1
Artikel 64, tweede lid	Artikel 166 lid 2
Artikel 64, derde lid	behoeft geen implementatie
Artikel 64, vierde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 65	Artikel 169
TITEL IV (PRIJSVRAAG)	
Artikel 66, eerste lid,	Artikel 168
Artikel 66, tweede lid, onderdeel a	artikelen 13 en 14
Artikel 66, tweede lid, onderdeel b	Artikel 140, eerst lid
Artikel 67, eerste lid, onderdeel a	artikel 21, eerste lid
artikel 67, eerste lid, onderdeel b	artikel 22
artikel 67, eerste lid, onderdeel c	artikel 21, tweede lid
Artikel 67, tweede lid	artikel 6 en artikelen 21 en 22
Artikel 68, onderdeel a, eerste alinea	artikel 26, eerste lid
Artikel 68, onderdeel a, tweede alinea	behoeft geen implementatie
Artikel 68, onderdeel b	artikel 37, onderdelen b, c, e en f
Artikel 69, eerste lid	Artikel 169 lid 1
Artikel 69, tweede lid, eerste alinea	Artikel 169 lid 2
Artikel 69, tweede lid, tweede alinea	Artikel 169 lid 3
Artikel 69, derde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 70, eerste lid	Artikel 171
Artikel 70, tweede lid	Artikel 171
Artikel 71, eerste lid	amvb op basis van artikel 176
Artikel 71, tweede lid	amvb op basis van artikel 176
Artikel 71, derde lid	amvb op basis van artikel 176
Artikel 72	Artikel 170
Artikel 73	artikel 172
Artikel 74, eerste lid	Artikel 173 lid 1
Artikel 74, tweede lid	Artikel 173 lid 2
Artikel 74, derde lid	Artikel 173 lid 3
Artikel 74, vierde lid	Artikel 173 lid 4

Artikel 74, vijfde lid	Artikel 173 lid 5
Artikel 74, zesde lid	Artikel 173 lid 6
TITEL V. STATISTISCHE VERPLICHTINGEN, UITVOERINGSBEVOEGDHEDEN EN SLOTBEPALINGEN	
Artikel 75 en 76	artikel 8.1.1 en 8.1.2 en feitelijke uitvoering door de Minister van Economische zaken
Artikel 77	Behoeft geen implementatie
Artikel 78	Behoeft geen implementatie
Artikel 79	Behoeft geen implementatie
Artikel 80	Behoeft geen implementatie
Artikel 81, eerste alinea	behoeft geen implementatie
Artikel 81, tweede alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 82	Behoeft geen implementatie
Artikel 83	Behoeft geen implementatie
Artikel 84	Behoeft geen implementatie
BIJLAGEN	
Bijlagen I-XII	implementatie voor zover nodig door middel van dynamische verwijzing in de desbetreffende artikelen en door beschikbaarstelling van formulieren door middel van Tendered

<u>Richtlijn</u>	<u>wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..</u>
<u>2004/17/EG</u>	
TITEL I (DEFINITIES & ALGEMENE BEGINSELEN.)	
Artikel 1, eerste lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 1, tweede lid, onderdeel a	Artikel 5
Artikel 1, tweede lid, onderdeel b, eerste volzin	Artikel 5
Artikel 1, tweede lid, onderdeel b, tweede volzin	Artikel 5
Artikel 1, tweede lid, onderdeel c	Artikel 5
Artikel 1, tweede lid, onderdeel d	Artikel 5
Artikel 1, derde lid, onderdeel a	Artikel 7
Artikel 1, derde lid, onderdeel b	Behoeft geen implementatie
Artikel 1, vierde lid	Artikel 7
Artikel 1, vijfde lid	Artikel 7
Artikel 1, zesde lid	Artikel 7

Artikel 1, zevende lid, eerste alinea	Artikel 3
Artikel 1, zevende lid, tweede alinea	Artikel 3
Artikel 1, zevende lid, derde alinea	Niet geïmplementeerd
Artikel 1, achtste lid	Artikel 2
Artikel 1, negende lid	Artikel 6
Artikel 1, tiende lid	Artikel 6
Artikel 1, elfde lid	Artikel 8
Artikel 1, twaalfde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 1, dertiende lid, eerste alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 1, dertiende lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 2, eerste lid, onderdeel a	Artikel 2, eerste lid
Artikel 2, eerste lid, onderdeel b	Artikel 2, tweede lid
Artikel 2, tweede lid	Artikel 2, eerste lid
Artikel 2, derde lid	Artikel 9
Artikel 3, eerste lid	Artikel 2, eerste lid
Artikel 3, tweede lid	Artikel 2, eerste lid, artikel 177
Artikel 3, derde lid	Artikel 178
Artikel 3, vierde lid	Artikel 178
Artikel 4, eerste lid	Artikel 2, eerste lid, artikel 179
Artikel 4, tweede lid	Artikel 179
Artikel 4, derde lid	Artikel 179
Artikel 5, eerste lid Artikel 5, tweede lid	Artikel 2, eerste lid
Artikel 6, eerste lid	Artikel 2, eerste lid, artikel 171
Artikel 6, tweede lid, onderdeel a	Artikel 2, eerste lid, artikel 171
Artikel 6, tweede lid, onderdeel b	Artikel 2, eerste lid, artikel 171
Artikel 6, tweede lid, onderdeel c	Artikel 2, eerste lid, artikel 171
Artikel 7, onderdeel a	Behoeft geen implementatie (zie artikel

	24)
Artikel 7, onderdeel b	Artikel 2, eerste lid, Artikel 172
Artikel 8, eerste volzin	Behoeft geen implementatie
Artikel 8, tweede volzin	Niet geïmplementeerd.
Artikel 9, eerste lid	Artikel 178, eerste en tweede lid
Artikel 9, tweede en derde lid	Artikel 178, derde lid onderdeel a , onderdeel b
Artikel 10	Artikel 13, 14
TITEL II OPDRACHTEN	
Artikel 11, eerste lid	Artikel 245, Artikel 140
Artikel 11, tweede lid	Artikel 245, Artikel 140
Artikel 12	Artikel 175
Artikel 13	Artikel 142
Artikel 14, eerste lid	Artikel 214
Artikel 14, tweede lid	Artikel 215
Artikel 14, derde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 14, vierde lid	Artikel 216
Artikel 15, eerste lid	Artikel 217
Artikel 15, tweede lid	Artikel 246, artikel 155 lid 2, lid 3, lid 4, artikel 156 lid 1
Artikel 15, derde lid	artikel 156 lid 2
Artikel 15, vierde lid	Artikel 157
Artikel 15, vijfde lid	Artikel 158
Artikel 15, zesde lid	Artikel 159
Artikel 15, zevende lid	Artikel 160
Artikel 16	Artikel 183

Artikel 17, eerste lid	Artikel 196
Artikel 17, tweede lid	Artikel 196
Artikel 17, derde lid	Artikel 196
Artikel 17, vierde lid	Artikel 196
Artikel 17, vijfde lid	Artikel 196
Artikel 17, zesde lid Artikel 17, zevende lid	Artikel 196
Artikel 17, achtste lid	Artikel 196
Artikel 17, negende lid	Artikel 196
Artikel 17, tiende lid	Artikel 196
Artikel 17, elfde lid	Artikel 196
Artikel 18	Artikel 205, artikel 206
Artikel 19, eerste lid	Artikel 199 lid 1
Artikel 19, tweede lid	Artikel 199 lid 2, lid 3
Artikel 20, eerste lid	Artikel 199
Artikel 20, tweede lid	Artikel 199
Artikel 21	Artikel 198
Artikel 22, onderdelen a	Artikel 198
Artikel 22, onderdeel b	Artikel 198
Artikel 22, onderdeel c	Artikel 198
Artikel 23, eerste lid	Artikel 200 lid 4
Artikel 23, tweede en derde lid, eerste alinea	Artikel 200 lid 1
Artikel 23, derde lid, tweede alinea	Artikel 200
Artikel 23, derde lid, derde alinea	Artikel 200
Artikel 23, vierde lid	Artikel 201
Artikel 23, vijfde lid	Artikel 202
Artikel 24	Artikel 203

Artikel 25	Behoeft geen implementatie artikel 204
Artikel 26	Artikel 205, artikel 206
Artikel 27	[PM]
Artikel 28	Artikel 224, artikel 82
Artikel 29	Artikel 186
Artikel 30	[PM]
Artikel 31	Artikel 213
Artikel 32	Artikel 213
Artikel 33	artikel 213, artikel 54
Artikel 34, eerste lid	Artikel 235, artikel 108
Artikel 34, tweede lid	Artikel 235, artikel 108
Artikel 34, derde lid	Artikel 235, artikel 108
Artikel 34, vierde lid eerste alinea	Artikel 235, artikel 108
Artikel 34, vierde lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie (in nota van toelichting opgenomen)
Artikel 34, vijfde lid, derde alinea	Behoeft geen implementatie (in nota van toelichting opgenomen)
Artikel 34, zesde lid, eerste alinea	Artikel 235
Artikel 34, zevende lid, eerste alinea	Artikel 235
Artikel 34, zevende lid, tweede alinea	Artikel 235
Artikel 34, achtste lid	Artikel 235
Artikel 35	Artikel 236
Artikel 36	Artikel 239
Artikel 37	Artikel 141
Artikel 38	Artikel 245
Artikel 39, eerste lid	Artikel 245

Artikel 39, tweede lid, eerste alinea	Artikel 245
Artikel 39, tweede lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit)
Artikel 40, eerste lid	Artikel 208
Artikel 40, tweede en derde lid	Artikel 209, artikel 216
Artikel 41, eerste lid, eerste alinea, onderdelen a, eerste alinea, tot en met c	Artikel 218
Artikel 41, eerste lid, eerste alinea, onderdeel a, tweede alinea	Artikel 218
Artikel 41, eerste lid, tweede alinea	Artikel 218
Artikel 41, eerste lid, derde alinea	Artikel 218
Artikel 41, eerste lid, vierde alinea	Artikel 218
Artikel 41, eerste lid, vijfde alinea	Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit)
Artikel 41, eerste lid, zesde alinea	Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit)
Artikel 41, tweede lid	Artikel 220
Artikel 41, derde lid	Artikel 221
Artikel 42, eerste lid	[PM]
Artikel 42, tweede lid	[PM]
Artikel 42, derde lid, onderdelen a tot en met c, eerste volzin	[PM]
Artikel 42, derde lid	[PM]
Artikel 42, derde lid, onderdeel c, tweede volzin	Behoeft geen implementatie (zie artikel 46)

Artikel 43, eerste lid	Artikel 242
Artikel 43, tweede lid	Artikel 242
Artikel 43, derde lid	Artikel 242 lid 2, lid 3
Artikel 43, vierde lid Artikel 43, vijfde lid)	Artikel 242 Behoeft geen implementatie (norm is gericht tot de Commissie)
Artikel 44, eerste lid en tweede lid, tweede alinea	Niet geïmplementeerd
Artikel 44, tweede lid, eerste alinea	Niet geïmplementeerd
Artikel 44, derde lid	Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit)
Artikel 44, vierde lid	Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit)
Artikel 44, vijfde lid	Artikel 222
Artikel 44, zesde lid en zevende lid, laatste volzin	Niet geïmplementeerd
Artikel 44, zevende lid, eerste volzin en achtste lid	Behoeft geen implementatie (volgt reeds uit het besluit)
Artikel 45, eerste lid	Artikel 226
Artikel 45, tweede lid	Artikel 227 lid 1
Artikel 45, derde lid	Artikel 227 lid 2, lid 3, lid 4
Artikel 45, vierde lid, eerste alinea	Artikel 228 lid 1
Artikel 45, vierde lid, tweede alinea	Artikel 228 lid 1
Artikel 45, vijfde lid	Artikel 228 lid 1
Artikel 45, zesde lid	Artikel 228 lid 1
Artikel 45, zevende lid	Artikel 228 lid 1

Artikel 45, achtste lid	Artikel 228 lid 5
Artikel 45, negende lid	Artikel 228 lid 6
Artikel 45, tiende lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 46	Artikel 222, artikel 223
Artikel 47, eerste lid	Artikel 237, artikel 119
Artikel 47, tweede lid	Artikel 222, artikel 81
Artikel 47, derde lid	Artikel 222, artikel 80
Artikel 47, vierde lid	Artikel 237, artikel 120
Artikel 47, vijfde lid	Artikel 238
Artikel 48, eerste lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 48, tweede lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 48, derde lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 48, vierde lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 48, vijfde lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 48, zesde lid, aanhef en onder a en b lid	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 48, zesde lid, onder c	Amvb op basis van artikel 176
Artikel 49, eerste lid	Artikel 229
Artikel 49, tweede lid	Artikel 240
Artikel 49, derde lid	Artikel 234
Artikel 49, vierde lid	Artikel 234
Artikel 49, vijfde lid	Artikel 234
Artikel 50, eerste lid	[PM]

Artikel 50, tweede lid	[PM]
Artikel 51	Artikel 230
Artikel 52, eerste lid, onderdeel a	Artikel 231
Artikel 52, eerste lid, onderdeel b	Artikel 231
Artikel 52, tweede lid	Artikel 231
Artikel 52, derde lid	Artikel 231
Artikel 53, eerste lid, en tweede lid, eerste alinea	Artikel 233
Artikel 53, tweede lid, tweede en derde alinea	Artikel 233
Artikel 53, derde lid	Artikel 233
Artikel 53, vierde lid, eerste alinea	Artikel 233
Artikel 53, vijfde lid, eerste alinea	Artikel 233
Artikel 53, vierde lid, tweede alinea en vijfde lid, tweede alinea	Artikel 233
Artikel 53, zesde lid, eerste alinea	Artikel 233
Artikel 53, zesde lid, tweede alinea	Artikel 233
Artikel 53, zevende lid	Artikel 233
Artikel 53, achtste lid	Behoeft geen implementatie (zie artikelen 41, 50 en 52)
Artikel 53, negende lid	Artikel 233
Artikel 54, eerste tot en met derde lid	Artikel 232
Artikel 54, vierde tot en met zesde lid	Artikel 232
Artikel 55	Artikel 239

Artikel 56, eerste en tweede lid	Artikel 243
Artikel 56, derde lid	Artikel 243
Artikel 56, vierde lid	Artikel 243
Artikel 56, vijfde lid	Artikel 243
Artikel 56, zesde lid	Artikel 243
Artikel 56, zevende lid	Artikel 243
Artikel 56, achtste lid	Artikel 243
Artikel 57, eerste lid	Artikel 239
Artikel 57, tweede lid	Artikel 239
Artikel 57, derde lid	Artikel 239
Artikel 58	Artikel 241
Artikel 59, eerste lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 59, tweede tot en met derde en vijfde lid	Behoeft geen implementatie
TITEL III PRIJSVRAAG OP HET GEBIED VAN DIENSTEN	
Artikel 60, eerste lid	Artikel 247, artikel 218, artikel 168
Artikel 60, tweede lid	Artikel 247, artikel 218, artikel 13, artikel 14, artikel 140 eerste lid
Artikel 61	Artikel 185
Artikel 62	Artikel 247, artikel 218, artikel 26, artikel 37
Artikel 63, eerste lid	Artikel 247, artikel 218, artikel 168, artikel 169
Artikel 63, tweede lid	Artikel 247, artikel 218, artikel 168, artikel 169
Artikel 64	amvb op basis van artikel 176
Artikel 65, eerste lid	Behoeft geen implementatie

Artikel 65, tweede lid	Artikel 218, artikel 170
Artikel 65, derde lid	Artikel 218, artikel 172
Artikel 66	Artikel 218, artikel 173
TITEL IV STATISTISCHE VERPLICHTINGEN, UITVOERINGSBEVOEGDHEDEN EN SLOTBEPALINGEN	
Artikel 67	Behoeft geen implementatie
Artikel 67, derde lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 68	Behoeft geen implementatie
Artikel 69	Behoeft geen implementatie
Artikel 70	Behoeft geen implementatie
Artikel 71, eerste lid, eerste, derde en vierde alinea en tweede lid	Behoeft geen implementatie
Artikel 71, eerste lid, tweede alinea	Behoeft geen implementatie
Artikel 72	Behoeft geen implementatie
Artikel 73	Behoeft geen implementatie
Artikel 74	Behoeft geen implementatie
Artikel 75	Behoeft geen implementatie
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 TenderNed

De Minister van Economische Zaken,

