



Veelgestelde vragen Bao Juni 2007

Waarom deze publicatie?

Decentrale overheden hebben bij het vergeven van hun overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken te maken met de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Deze richtlijnen bestaan al sinds de jaren '70 van de vorige eeuw, en zijn voor het laatst geactualiseerd in 2004. Belangrijkste richtlijn voor decentrale overheden is Richtlijn 2004/18/EG over de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze richtlijn is in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten, het Bao. Het Bao is eind 2005 in werking getreden.

Decentrale overheden zijn bij het vergeven van overheidsopdrachten verplicht de regels uit het Bao en de Richtlijn toe te passen. Er leven echter veel vragen over de interpretatie en de toepassing van die regels. Europa decentraal publiceert regelmatig veelgestelde vragen over aanbesteden op haar website. Speciaal over het Bao heeft Europa decentraal nu een overzicht gemaakt van de meest gestelde vragen. Dit overzicht wordt indien daarvoor aanleiding is uitgebreid en geactualiseerd. De eerste versie kwam uit in januari 2007.

Voor vragen of opmerkingen over deze Veelgestelde vragen Bao kunt u contact opnemen met Ann-Marie Kühler van het kenniscentrum Europa decentraal (a.kuhler@europadecentraal.nl/ 070 - 3381096).

Vragenoverzicht

Vragen over actuele ontwikkelingen van het wettelijk kader aanbesteden:

1. Wat is het Bao?

2. De nieuwe nationale Aanbestedingwet

- 2.1 Wanneer komt de nieuwe Aanbestedingswet?
- 2.2 Wat is de achtergrond van de nieuwe wet?
- 2.3 Wat verandert er met de nieuwe wet?

3. Regels voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de Europese aanbestedingsrichtlijn vallen

- 3.1. Geldt voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de richtlijn vallen ook een aanbestedingsregime?
- 3.2 Mag een opdracht tegenwoordig nog zomaar aan één willekeurige partij, zonder enige concurrentiestelling vooraf (enkelvoudig onderhands), worden gegund?
- 3.3 Zijn er uitzonderingen?
- 3.4 In hoeverre worden deze uitgangspunten in de nieuwe Aanbestedingswet vastgelegd?
- 3.5 Waar is meer informatie te vinden over de Interpretatieve Mededeling?

Vragen over interpretatie van specifieke onderwerpen in het Bao (in artikelsgewijze volgorde):

4. Bijzondere-, uitsluitende- en alleenrechten

- 4.1 Wat is een uitsluitend en een bijzonder recht?
- 4.2 Wat zegt het Bao over uitsluitende en bijzondere rechten?

5. De (nieuwe) Europese drempels

- 5.1 Waar worden de Europese drempelwaarden geregeld?
- 5.2 Wat zijn de drempelbedragen voor werken, leveringen en diensten?

6. Contractsduur en waardebeoordeling van een opdracht

- 6.1 Geldt er bij de berekening van de drempelwaarde een minimum of maximum looptijd van een contract?
- 6.2 Welke algemene berekeningsregels zijn er voor de waardebeoordeling van een opdracht?
- 6.3 Zijn er specifieke berekeningsregels voor werken, leveringen en diensten?
- 6.4 Welke berekeningsregels gelden voor repeterende contracten bij leveringen en diensten?
- 6.5 Mogen contracten verlengd worden zonder Europese aanbesteding?
- 6.6 Hoe valt bij de berekening van de waarde te bepalen of er sprake is van één of meerdere opdrachten?

7. Vallen gesubsidieerde opdrachten onder het werkingsgebied van het Bao?

8. Kunnen opdrachten worden voorbehouden aan sociale werkplaatsen?



- 9. Welke ruimte biedt het Bao voor het stellen van sociale- en milieucriteria?**
 - 9.1 Wat zijn sociale- en milieucriteria en hoe kunnen zij worden toegepast?
 - 9.2 Mag door een (sociale) gunningseis een bepaalde doelgroep bevoordeeld worden (bijvoorbeeld door een minimum aantal in te schakelen werklozen bij de uitvoering van de opdracht te eisen)?
 - 9.3 Mag een aanbestedende dienst een milieukeurmerk of een sociale keur vereisen?
- 10. Aandachtspunten bij aanbesteden van raamovereenkomsten in het Bao**
 - 10.1 Vallen raamovereenkomsten onder het Bao?
 - 10.2 Welke regels zijn van toepassing op de aanbesteding van raamovereenkomsten?
 - 10.3 Welke looptijd geldt voor raamovereenkomsten?
 - 10.4 Kunnen raamovereenkomsten worden gesloten met meerdere ondernemers?
- 11. Schept het Bao nieuwe motiveringsverplichtingen?**
- 12. Wat regelt het Bao over het uitsluiten van inschrijvers of gegadigden bij aanbestedingen?**
 - 12.1 Wat zijn verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden?
 - 12.2 Welke bewijsstukken gelden om aan te tonen dat (niet) aan de uitsluitingsgronden wordt voldaan?
 - 12.3 Wat is de rol van de VOG-verklaring of de Bibob-toets bij uitsluiting?

1. Wat is het Bao?

Bao staat voor het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten en betreft de Nederlandse implementatie van de nieuwste Europese aanbestedingsrichtlijn nr. 2004/18/EG die in 2004 is vastgesteld. De regels uit deze nieuwe aanbestedingsrichtlijn zijn herzien ten opzichte van de oude aanbestedingsrichtlijnen om de volgende verbeteringen aan te brengen:

- flexibilisering (bijvoorbeeld door het opnemen van nieuwe procedures zoals concurrentiegerichte dialoog en raamovereenkomsten);
- modernisering (bijvoorbeeld door de gecreëerde mogelijkheden voor elektronisch aanbesteden en daarmee de mogelijkheid tot verkorting van termijnen);
- vereenvoudiging (bijvoorbeeld door samenvoeging van richtlijnen en versimpeling van het systeem van drempelwaarden);
- verduidelijking (bijvoorbeeld door meer helderheid over het opnemen van milieu- en sociale criteria in aanbestedingsprocedures).

Het Bao implementeert de Richtlijn voornamelijk door middel van omzetting dan wel overschrijving. Dit wil zeggen dat de teksten uit de Richtlijn zoveel mogelijk letterlijk zijn overgeschreven. Alleen voor de modellen voor aankondigingen en de drempelbedragen (uit de Richtlijn 2004/18) wordt nog gebruik gemaakt van de methode van verwijzing naar de Richtlijn. In het Bao wordt steeds zo dicht mogelijk bij de tekst en de volgorde van de artikelen van de richtlijn gebleven. Waar het voor de duidelijkheid van de verplichtingen noodzakelijk werd geacht, is van de tekst en volgorde van de richtlijn afgeweken, zo stelt paragraaf 4 van de Memorie van Toelichting op het Bao. Decentrale overheden moeten bij overheidsaanbestedingen het Bao in acht nemen. Het is raadzaam bij de interpretatie van het Bao ook de richtlijntekst na te slaan. Bij eventuele strijdigheid tussen het Bao en de richtlijntekst zal de richtlijntekst dienen te prevaleren.

2. De nieuwe nationale Aanbestedingwet

2.1 Wanneer komt de nieuwe Aanbestedingswet?

De nieuwe Aanbestedingswet treedt naar verwachting in de loop van 2008 in werking.

2.2 Wat is de achtergrond van de nieuwe wet?

De aanbevelingen van de parlementaire enquête naar de bouwfraude zijn onder meer aanleiding geweest voor de nieuwe Aanbestedingswet. Op 20 september 2006 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het wetsvoorstel.

De Aanbestedingswet zal de huidige Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen vervangen. Het Bao zal ook onder de nieuwe Aanbestedingswet fungeren als de Algemene Maatregel van Bestuur (AMVB) waarbij binnen de Nederlandse rechtsorde de Richtlijn 2004/18 wordt geïmplementeerd.

In november 2006 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel behandeld. De vaste Commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer is van mening dat, gezien de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG en de interpretatie door de Europese Commissie van de aanbestedingsrichtlijnen, een eigen standpunt van de regering voor wat betreft de nationale opdrachten of opdrachten waarop de aanbestedingsregelgeving niet van toepassing is, nodig is. De Kamercommissie stelt dat het wenselijk is dat er op korte termijn regels komen voor de aanbesteding van dergelijke opdrachten beneden de drempelwaarde. Het is nu afwachten wat de gevolgen van deze wensen zijn voor het wetsvoorstel en de nadere invulling daarvan. In het wetsvoorstel is nog geen openbare aanbestedingsplicht voor IIB-diensten opgenomen. De meest recente berichtgeving over (de voortgang van) de Aanbestedingswet, treft u op onze website onder <http://www.europadecentraal.nl/menu/498/Aanbestedingswet.html>

2.3 Wat verandert er met de nieuwe wet?

Door de wet verandert onder meer het besluit Bao. De Aanbestedingswet kondigt namelijk nadere regels aan onder andere op het gebied van integriteit, proportionaliteit, vermindering van administratieve lasten, transparantie en innovatie. Zo worden er nationale (beleids)regels geformuleerd en geïncorporeerd in het Bao. De herziening van de wetgeving is naar verwachting in 2008 voltooid. De ontwikkelingen zijn te volgen (via het dossier aanbestedingen) op www.europadecentraal.nl en (het dossier Aanbestedingswet) op www.minez.nl.

Zie voor meer informatie over vraag 2 ook:

Artikel mr. G.W. van der Meent 'De eerste kennismaking met de nieuwe Aanbestedingswet' – Tijdschrift aanbestedingsrecht (Sdu) 2006, pag. 145

3. Regels voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de Europese aanbestedingsrichtlijn vallen

3.1. Geldt voor opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de richtlijnen vallen ook een aanbestedingsregime?

Ja. Ook bij deze opdrachten van decentrale overheden en andere aanbestedende partijen zijn de algemene EG-beginselen van toepassing. Denk hierbij onder meer aan transparantie, objectiviteit en non-discriminatie. Dit blijkt in toenemende mate uit diverse jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en uitingen van de Europese Commissie. Concreet houdt dit in dat bij iedere overheidsopdracht enige mate van transparantie dan wel concurrentiestelling zou moeten gelden.

3.2 Mag een opdracht tegenwoordig nog zomaar aan één willekeurige partij, zonder enige concurrentiestelling vooraf (enkelvoudig onderhands), worden gegund?

Nee. Zowel bij opdrachten onder de aanbestedingsdrempel als bij IIB-diensten is onderhandse enkelvoudige gunning niet meer toegestaan. De *Interpretatieve Mededeling over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02)** van de Europese Commissie wordt als zodanig uitgelegd. Deze verscheen in juli 2006 aangaande opdrachten onder de drempel of voor IIB diensten. Dit zou specifiek voor de Nederlandse situatie meebrengen dat ook voor nationale aanbestedingen enige aanbestedingsprocedure zou dienen te worden toegepast. De Mededeling geeft aan dat 'als basisnorm voor het plaatsen van opdrachten de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie leiden tot een verplichting tot transparantie die inhoudt dat aan iedere potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend'. Hieruit wordt dus enige verplichte mate van concurrentiestelling afgeleid.

3.3 Zijn er uitzonderingen?

Ja. De enige beperking die de Interpretatieve Mededeling stelt is 'dat de aan het EG-Verdrag ontleende normen alleen gelden voor opdrachten die voldoende verband houden met de werking van de interne markt en dat het dientengevolge de *verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst is om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn in een beoogde opdracht*. Derhalve zal de aanbestedende dienst de relevantie van de opdracht voor de interne markt in het licht van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie dienen te beoordelen'.

Voor de wijze waarop dat dient te gebeuren geeft paragraaf 1.3 van de Mededeling enige handvatten. Indien de aanbestedende dienst concludeert dat de opdracht relevant is voor de interne markt, moet deze worden gegund volgens de aan het EG-recht ontleende basisnormen en dient een aanbestedende dienst derhalve ook de ondernemingen uit andere lidstaten kansen te bieden. Indien de aanbestedende dienst tot de conclusie komt dat dit niet het geval zou zijn, geldt ingevolge de Mededeling dat beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit in acht moeten worden genomen, ook ten aanzien van aanbestedingen die niet onder de werking van de richtlijn vallen.

3.4 In hoeverre worden deze uitgangspunten in de nieuwe Aanbestedingswet vastgelegd?

De Nederlandse benadering van transparantie onder de drempel wordt (naast ook andere beginselen) de komende tijd uitgewerkt in nadere regels die onder de Aanbestedingswet worden gehangen. Het Ministerie van Economische Zaken denkt op dit moment na over een nationaal aanbestedingsregime waarbij drempels kunnen gaan gelden voor bepaalde aanbestedingsprocedures. De voorlopige invulling hiervan wordt naar verwachting rond de zomer van 2007 bekend. Tot de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet dient de discussie van transparantie onder de drempel/ voor opdrachten buiten toepassing van de richtlijn dus in elk geval met in acht name van de Mededeling en de jurisprudentie te worden geïnterpreteerd.

Het is overigens voor decentrale overheden van belang te beseffen dat bij (nationale) aanbestedingen ingevolge het Nederlandse rechtsstelsel op besluiten, beschikkingen en beleidsregels van een overheidsorgaan in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht altijd al de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Hierdoor hebben de beginselen van het Nederlandse bestuursrecht, waaronder het verbod op willekeur, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, sowieso reeds gelding in de Nederlandse rechtsorde.

3.5 Waar is meer informatie te vinden over de Interpretatieve Mededeling?

De Interpretatieve Mededeling heeft inmiddels geleid tot diverse artikelen in aanbestedingsrechtelijke publicaties. Enkele voorbeelden daarvan zijn:

[Artikel](#) mr. T.H.G. Robbe 'Aanbestedingsrecht meets Mededingingsrecht: de Commissiemededeling over opdrachten onder de drempelwaarde en bij 2B diensten'

Artikel mr. P.J. Kreijger 'Drempels overboord? Een volgende stap naar Verdragsaanbestedingsrecht' in Tijdschrift aanbestedingsrecht, 2006, pag. 289

Artikel mr. G. Verberne en mr. P. Jutmann 'Overheidsopdrachten buiten het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen' – Tender nieuwsbrief, oktober 2006, nr. 6 (Reed Business)

Zie voor meer informatie ook praktijkvraag 42 op de website van Europa decentraal
http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/42_Toepasselijke_aanbestedingsregime_bij_IIB_diensten.pdf

4. Bijzondere-, uitsluitende- en alleenrechten

Het Bao definieert uitsluitende en bijzondere rechten. Richtlijn 2004/18/EG niet. Het Bao is niet - of is op bijzondere wijze- van toepassing op opdrachten voor leveringen, diensten of werken welke gepaard gaan met de verlening van een bijzonder of uitsluitend recht (zie de artikelen 3, 17 en 31 van het Bao).

4.1 Wat is een uitsluitend en een bijzonder recht?

Een **uitsluitend recht** betreft een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan *een onderneming* wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen (artikel 1 sub bbb van het Bao). Een **bijzonder recht** is een dergelijk recht maar wordt in plaats van aan één aan *een beperkt aantal ondernemingen* verleend (artikel 1 sub ccc van het Bao). Daarnaast gelden bij een bijzonder recht verdere voorwaarden die weer zijn te vinden onder het genoemde artikellid 1 sub ccc.

4.2 Wat zegt het Bao over uitsluitende en bijzondere rechten?

Artikel 3 van het Bao betreft het verlenen van een bijzonder of uitsluitend recht *door een aanbestedende dienst aan een natuurlijke- of rechtspersoon om openbare diensten te verlenen*. Indien een aanbestedende dienst een dergelijk recht verleent, dient deze natuurlijke- of rechtspersoon bij de *overheidsopdrachten voor leveringen* die het in het kader van deze activiteit aan derden gunt het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit na te leven. Een voorbeeld van een dergelijk verleend uitsluitend recht is het geval waarin een gemeente een marktpartij een uitsluitend recht verleend tot openbare dienstverlening (bijvoorbeeld vuilophaaldiensten voor huishoudelijk afval). In de akte waarin dit uitsluitende recht wordt verleend, dient een bepaling te worden opgenomen die erop toeziet dat, indien deze marktpartij bijvoorbeeld vuilnisbakken (een levering in het kader van de activiteit bij derden te plaatsen) zou dienen aan te schaffen, de marktpartij bij die aanschaf niet discriminatoir mag handelen jegens deze derden.

Artikel 17 van het Bao betreft (één van de) van de toepassing van aanbestedingsrichtlijn 2004/18 uitgesloten opdrachten, namelijk in het geval er een uitsluitend recht is verleend bij diensten-opdrachten. Dit artikel bepaalt dat het Bao niet van toepassing is op *overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst* of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten, op basis van een uitsluitend recht dat deze aanbestedende dienst geniet, mits dit uitsluitend recht met het EG-Verdrag verenigbaar is. Als voorbeeld kan dienen het geval waarin gemeente A aan het gemeentelijke afvalbedrijf van gemeente B het uitsluitend recht verleend om vuilophaaldiensten voor huishoudelijk afval te verrichten. Artikel 18 van de aanbestedingsrichtlijn 2004/18 (de basis van artikel 17 Bao) spreekt hier over een **alleenrecht** (deze term wordt niet gedefinieerd in de richtlijn) dat de andere aanbestedende dienst/samenwerkingsverband uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen met het EG-Verdrag verenigbaar zijn. Onder wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen kunnen bijvoorbeeld vallen de wet, een raads- of collegebesluit, een vastgestelde gemeentelijke verordening. Uit jurisprudentie blijkt dat bij de 'bepalingen die met het EG-Verdrag verenigbaar zijn' gedacht moet worden aan de beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit. Bij de verlening van een alleenrecht geldt in zijn algemeenheid dat rekening moet worden gehouden met het op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze verlenen van het alleenrecht. Met alleenrecht wordt bedoeld op een recht op grond



waarvan de opdrachtnemer de enige is die een dienstverrichting binnen een bepaalde geografische zone mag uitvoeren en tot slot moet een alleenrecht ook specifiek zijn verleend voor de betreffende activiteit. Een voorbeeld van een bij wet verleend alleenrecht is artikel 2.3.4 van de Wet Educatie Beroepsonderwijs, waaruit kan worden opgemaakt dat gemeenten (aanbestedende diensten) aan de ROC's (andere aanbestedende dienst) opdrachten mogen gunnen zonder een openbare Europese aanbestedingsprocedure te volgen. Zie voor meer informatie hierover ook <http://www.europadecentraal.nl/menu/500/Alleenrecht.html>

Tot slot is relevant te melden dat artikel 31 lid 1 sub b van het Bao stelt dat een aanbestedende dienst gebruik kan maken van een beperktere aanbestedingsprocedure, namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking 'wanneer de overheidsopdracht om ... redenen van bescherming van uitsluitende rechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd'

5. De (nieuwe) Europese drempels

5.1 Waar worden de Europese drempelwaarden geregeld?

De drempelwaarden worden geregeld in artikel 7 Bao. De inwerkingtreding van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen is gekoppeld aan een Europese verordening met nieuwe drempelwaarden.

Deze verordening is in te zien via de website van Europa decentraal:

http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/voorpagina/Verordening_2083_2005_drempels.pdf

De drempelwaarden worden elke twee jaar aangepast. De laatste herziening dateert van december 2005.

Meer informatie over de herziening van de drempelwaarden is te vinden op de website van Europa decentraal.

5.2 Wat zijn de drempelbedragen voor werken, leveringen en diensten?

Kort samengevat gelden voor de periode 1/1/2006 tot en met 31/12/2007 de volgende bedragen exclusief BTW. Boven deze bedragen moet dus Europees worden aanbesteed.

	Centrale overheid	Decentrale overheid
Werken	5 278 000 EURO	5 278 000 EURO
Leveringen	137 000 EURO	211 000 EURO
Diensten	137 000 EURO	211 000 EURO
Prijsvragen algemeen	137 000 EURO	211 000 EURO
Overheidsopdrachten op het gebied van onderzoeks- en ontwikkelingsopdrachten en telecommunicatiediensten, en diensten vallend onder bijlage IIB	211 000 EURO	211 000 EURO
Opdrachten voor leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Nuts)	422 000 EURO	422 000 EURO
Opdrachten voor werken in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Nuts)	5 278 000 EURO	5 278 000 EURO

6. Contractsduur en waardebepaling van een opdracht

Bij de juiste waardebepaling van een opdracht speelt onder meer de contractsduur een rol.

6.1 Geldt er bij de berekening van de drempelwaarde een minimum of maximum looptijd van een contract?

Nee, Richtlijn 2004/18/EG en het Bao verplichten aanbestedende diensten niet om een bepaalde minimum- of maximum- looptijd voor een contract aan te gaan. In de berekeningswijze voor de drempelbedragen wordt in enkele gevallen wel aansluiting gezocht bij de looptijd van contracten.

Het is in principe een stuk contractsvrijheid van de aanbestedende dienst om de looptijd van het voorgenomen contract zelf te bepalen. De overheid dient – indien zij voornemens is voorgenomen contracten op den duur te verlengen- deze verlengingen in te calculeren bij de waardeberekening.

Expliciete jurisprudentie met een sluitend antwoord op het gebied van toegestane looptijd van een contract bestaat niet. Wel is vermeldenswaard de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake Commissie/ Spanje aangaande een concessie voor veer- personenvervoersdiensten voor 20 jaar ten gunste van één exploitant (9 maart 2006, zaak C-323/03). Het Hof stelde daarin dat een nationale maatregel die de zeevervoersdiensten aan één onderneming voorbehoudt door de verlening van een concessie voor twintig jaar, die met tien jaar kan worden verlengd, de verrichting van die diensten door ondernemingen uit andere lidstaten belemmert en zelfs verbiedt en derhalve beperkt in het vrij verrichten van diensten. Reden voor de Spaanse regering bij de keuze van 20 jaar, werd door Spanje rechtvaardig geacht gezien de noodzaak om aanzienlijke investeringen niet verloren te doen gaan. Voor de toelaatbaarheid van deze beperkingen moet worden herinnerd dat de vrijheid van dienstverrichting, als fundamenteel beginsel van het Verdrag, slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is (overwegingen 44 en 45).

6.2 Welke algemene berekeningsregels zijn er voor de waardebepaling van een opdracht?

Voor de waardeberekening van opdrachten en de vraag in hoeverre deze waarden de Europese drempelwaarden benaderen, staat de stelregel beschreven in artikel 9 lid 1 van het Bao: het totale bedrag exclusief BTW, zoals geraamd door de aanbestedende dienst is het uitgangspunt. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met eventuele opties en verlengingen van het contract. De raming moet gelden op het tijdstip van verzending van de aankondiging of het tijdstip waarop de procedure voor gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid (lid 3).

6.3 Zijn er specifieke berekeningsregels voor werken, leveringen en diensten?

Ja. Voor de waardeberekening van werken-, leveringen- en dienstenopdrachten bevatten respectievelijk de leden 5, 12 en 13 en 15 van artikel 9 nadere bepalingen ten aanzien van de berekening. Met name de daarin genoemde 1 jaars- en 4 jaarstermijnen leiden nog wel eens tot verwarring aangaande de beantwoording van vraag 6.1 naar de minimum- of maximumduur van een contract.

Specifiek voor werken stelt lid 5 dat bij de berekening van de geraamde waarde voor werken de aanbestedende dienst rekening houdt met de waarde van de werken, en met de geraamde totale waarde van de voor de uitvoering van het werk noodzakelijke goederen die door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer zijn gesteld. Denk bijvoorbeeld aan vrachtwagens of een hijskraan. De in aanmerking te nemen prijs daarvoor is niet de aankoopprijs maar de prijs die op de markt normaal voor het huren van het materieel wordt gevraagd. Zie voor meer informatie de handleiding van de Europese Commissie bij de oude richtlijn Werken (http://www.europadecentraal.nl/menu/143/Info_Service.html).

Specifiek voor leveringen maakt lid 12 voor de waardeberekening een onderscheid tussen opdrachten met een vaste looptijd (sub a) en opdrachten voor onbepaalde duur/waarvan looptijd niet kan worden bepaald (sub b).

Bij een vaste looptijd geldt: voor contracten waarvan de gehele looptijd maximaal 1 jaar bedraagt, dient waarde berekening op basis van de totale geraamde waarde van de gehele looptijd van de overeenkomst te geschieden. Wanneer de looptijd langer dan 1 jaar bedraagt, geldt voor de berekening de totale waarde van de opdracht met inbegrip van de geraamde restwaarde van de producten bij het einde van de overeenkomst. Derhalve zal een aanbestedende dienst die wenst een contract voor leveringen voor bijvoorbeeld een vaste looptijd van 6 jaar af te sluiten, de waarde te berekenen over die 6 jaar (met inbegrip van de restwaarde). Bij opdrachten voor leveringen voor onbepaalde duur (of waarvan de looptijd niet kan worden vastgesteld) geldt dat het uitgangspunt is het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48. Ingevolge deze bepaling kan dus worden geconcludeerd dat bij opdrachten voor leveringen voor onbepaalde duur een waardeberekeningsmaximum geldt van 4 jaar. Dit betekent niet dat een opdracht voor onbepaalde duur impliciet voor maximaal 4 jaar zou mogen worden aangegaan, immers door een dergelijke interpretatie zou het een opdracht voor bepaalde duur worden.

Specifiek voor diensten maakt lid 15 voor de waardeberekening een onderscheid tussen opdrachten waarin geen totale prijs is vermeld en die een vaste looptijd hebben van 4 jaar of korter (sub d) en opdrachten waarin geen totale prijs is vermeld en die voor onbepaalde duur zijn of een looptijd langer dan 4 jaar (sub e). Een reden voor het niet vermelden van de totale prijs kan bijvoorbeeld zijn omdat er geen reële raming van de te betalen kosten (zie uitgangspunt in lid 1 van artikel 9) is te maken, bijvoorbeeld omdat de prijsontwikkelingen in de betreffende dienstensector voor komende jaren niet duidelijk zijn.

Bij opdrachten zonder totale prijs met een looptijd van 4 jaar of korter geldt dat de waarderaming geschiedt over de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd.

Bij opdrachten zonder totale prijs met een onbepaalde duur/ looptijd langer dan 4 jaar geldt voor de waarderaming: het maandelijks te betalen bedrag maal 48.

Voor dienstenopdrachten waarvoor wel een totale prijs kan worden vermeld, valt men voor de waardeberekening dus weer terug op het algemene uitgangspunt uit lid 1.

Artikel 30 lid 1 sub b van richtlijn 2004/18 (en Bao) bepaalt overigens dat, in buitengewone gevallen, wanneer het leveringen, diensten of werken betreft waarbij door de aard en onzekere omstandigheden van de opdracht de totale prijs niet vooraf kan worden vastgesteld, een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking mag volgen.

Specifiek voor raamovereenkomsten verwijzen wij voor de waardeberekening en looptijden naar artikel 9 lid 16 en 32 lid 5 van het Bao. Zie ook vraag 10.3 van dit overzicht.

6.4 Welke berekeningsregels gelden voor repeterende contracten bij leveringen en diensten?

Lid 13 van artikel 9 van het Bao bevat een specifieke waardeberekeningsbepaling voor opdrachten voor diensten en leveringen die met zekere regelmaat worden verleend of gedurende een bepaalde periode worden vernieuwd. Het gaat hierbij om de zg. specifieke contractvorm van *repeterende contracten*. Een voorbeeld hierbij is wanneer een aanbestedende dienst bij voorbaat beslist om 3 keer achtereenvolgens voor 2 jaar het schilderonderhoud aan bijvoorbeeld het eigen gemeentelijk onroerend goed te verlenen. Voor de waardeberekening van deze opdrachten wordt ook aangesloten bij de looptijden van de contracten. In de aanbestedingsliteratuur wordt toegelicht dat het onder sub a van lid 13 lijkt te gaan om de categorie aanvullende opdrachten die terug zien op een (soortgelijke!) opdracht tijdens het voorafgaande (boek)jaar. Onder sub b van lid 13 gaat het om aanvullende (soortgelijke!) opdrachten die vooruitlopen op het komende jaar (die voor het eerst in repeterende vorm worden gegeven).

6.5 Mogen contracten verlengd worden zonder Europese aanbesteding?

Ja, in sommige gevallen mag dat. Deze stelregel staat beschreven in artikel 9 lid 1 van het Bao: het totale bedrag exclusief BTW, zoals geraamd door de aanbestedende dienst is het uitgangspunt voor de berekening van de waarde van het contract. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met eventuele opties en verlengingen van het contract. De raming moet gelden op het tijdstip van verzending van de aankondiging of het tijdstip waarop de procedure voor gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid (lid 3). Indien dus de aanbestedende dienst voornemens is voorgenomen contracten op den duur te verlengen dient zij deze verlengingen in te calculeren bij de waardeberekening.

Voor de vraag naar mogelijkheden tot verlenging van contracten bij de huidige contractant zonder een nieuwe Europese openbare of niet-openbare aanbesteding te hoeven houden, is vervolgens relevant hetgeen wordt bepaald in de richtlijn 2004/18 in artikel 31 lid 2 sub b (aanvullende leveringen), lid 4 sub a (aanvullende werken of diensten) en lid 4 sub b (nieuwe werken of diensten bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken/diensten) van het Bao. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag in deze gevallen worden gevolgd indien wordt voldaan aan de in deze leden genoemde voorwaarden.

Voor leveringen geldt dat deze onderhandelingsprocedure mag worden gebruikt voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die:

- bestemd zijn voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, of
- voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, wanneer verandering van leverancier de aanbestedende dienst ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid ontstaat of zich bij gebruik en onderhoud onevenredige technische moeilijkheden voordoen, mits de looptijd van deze overheidsopdrachten voor leveringen en nabestellingen niet langer is dan drie jaar.

Voor diensten en werken geldt dat deze onderhandelingsprocedure mag worden gebruikt voor:

- a. aanvullende werken of diensten die noch in het oorspronkelijke gegunde ontwerp, noch in de oorspronkelijk gegunde overheidsopdracht voor werken of diensten waren opgenomen. Er gelden dan wel een aantal voorwaarden: de aanvulling is als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk, gunning geschied aan de oorspronkelijke opdrachtnemer, het bedrag van de aanvulling is niet hoger dan 50% van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht en de aanvulling is technisch of economisch niet los van oorspronkelijke opdracht uit te voeren zonder overwegende bezwaren of de aanvulling kan wel worden gescheiden maar is strikt noodzakelijk om de oorspronkelijke opdracht te vervolmaken.
- b. herhaling van soortgelijke werken of diensten die door dezelfde aanbestedende diensten worden toevertrouwd aan de oorspronkelijke opdrachtnemer, mits deze werken of diensten overeenstemmen met een basisproject dat het voorwerp vormde van de oorspronkelijke opdracht die volgens een (niet-) openbare procedure is gegund en mits reeds in de aankondiging van de aanbesteding van het basisproject is vermeld dat deze onderhandelingsprocedure kan worden toegepast en de aanbestedende diensten hierbij het totale voor de herhalingswerken of diensten geraamde bedrag in aanmerking zijn genomen bij de waardebepaling van de opdracht (ingevolge artikel 7 van het Bao). Bovendien kan deze procedure slechts gedurende drie jaar volgend op de oorspronkelijke opdracht worden gebruikt.

Meer informatie is te vinden op www.europadecentraal.nl onder het dossier aanbestedingen.

6.6 Hoe valt bij de berekening van de waarde te bepalen of er sprake is van één of meerdere opdrachten?

Artikel 9 van het Bao maakt duidelijk in hoeverre een opdracht voor (meerdere) werken, leveringen of diensten dient te worden aangemerkt als één (Europees aanbestedingsplichtige) opdracht. Lid 1 bepaalt dat het voor de berekening van de waarde van de opdracht moet gaan om het geraamde totaal. Wat de aanbestedende dienst derhalve als één opdracht wenst aan te besteden is in eerste instantie leidinggevend. Lid 4 bepaalt dat een opdracht niet mag worden gesplitst om onder de werking van de richtlijn uit te komen. De percelenbepalingen uit leden 6 tot 9 (voor werken en diensten) en 9 tot 11 (voor leveringen) spelen een rol.

De definities van werk, levering en dienst geven daarbij nog enige richting aan de invulling van de vraag wat nog als een werk, levering of dienst wordt beschouwd.

Een werk is ingevolge de definitiebepaling (artikel 1 sub g) het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. Het gaat daarbij om het functionele geheel. Zie de handleiding van de Europese Commissie bij de oude richtlijn werken. In de definitie van overheidsopdracht voor werk (art. 1 sub h) wordt bovendien nog bepaald dat werkzaamheden op bijlage I (de zg. NACE-lijst) werken-werkzaamheden zijn en dat daarnaast ook opdrachten voor ontwerp én uitvoering gezamenlijk als één opdracht voor werken gelden. Overigens betekent dit laatste niet dat er geen sprake kan zijn van percelen.

Een levering omvat ingevolge de definitiebepaling van overheidsopdracht voor leveringen (artikel 1 sub i) tevens de nodige bijkomstige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering.

Een dienst omvat ingevolge de definitiebepaling van overheidsopdracht voor diensten (artikel 1 sub j) ook het leveren van in de overheidsopdracht opgenomen producten indien de waarde van

de diensten (benoemd in bijlage II) hoger is dan die van de producten. Ook werkzaamheden uit bijlage I (NACE-lijst) die bijkomstig zijn ten opzichte van het verrichten van bijlage II-diensten vallen onder diensten.

De algemene samenloopregeling bepaalt dat op een opdracht die meerdere elementen (werken, leveringen en/of diensten) bevat, dát regime van de richtlijn van toepassing is dat de grootste waarde van deze samengestelde opdracht betreft. Gemengde opdrachten voor bijvoorbeeld enerzijds werken en anderzijds leveringen/diensten zullen ofwel gezamenlijk (één opdracht voor werk/levering/dienst) ofwel afzonderlijk (meerdere opdrachten voor een werk, een levering/ een dienst) Europees moeten worden aanbesteed indien het drempelbedrag wordt gehaald. Er dient dan te worden bepaald in hoeverre deze concrete leveringen/diensten onlosmakelijk zijn verbonden met het werk. Is dat het geval, dan is er sprake van één opdracht (voor waarschijnlijk een werk, omdat deze component is gemengde opdrachten vaak de hoogste waarde heeft). Indien de leveringen/diensten niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het werk, mag de waarde van deze levering/dienst niet worden opgeteld bij de waarde van het werk, maar moeten de waarden voor levering/dienst naast die van het werk worden geplaatst en moet voor zowel de waarde voor de levering/dienst als voor het werk de vraag worden beantwoord of deze de Europese drempelwaarde van respectievelijk 211.000 en 5.278.000 halen.

Voor de zogenaamde aggregatie van opdrachten (het samenvoegen van opdrachten van diverse diensten binnen één aanbestedende dienst), verwijzen wij naar de nieuwsbrief van het IOEA (Interdepartementaal Overleg Europese Aanbestedingsvoorschriften; inmiddels opgeheven) nummer 24 (2002). IOEA nieuwsbrieven zijn te verkrijgen via het Ministerie van Economische Zaken, PIANOo of via Europa decentraal.

Achtergrondinformatie over vraag 6 treft u ook via:

Artikel mr. H.J. Derksen en mr. A.W. van Wijngaarden 'De homogene levering' – Tender nieuwsbrief, oktober 2005, nr 6

Artikel mr. J. Bergevoet 'De zaak: de duur van een overeenkomst' – Tender nieuwsbrief, juni 2006, nr. 4

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/5_Samenloop_1A- en 1B-diensten.pdf

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/6_Samenhang_werken en diensten.pdf

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/13_Samenloop_werk en levering.pdf

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/25_Diensten_wat_is_de_geraamde_waarde_van_de_opdracht.pdf

7. Vallen gesubsidieerde opdrachten onder het werkingsgebied van het Bao?

Gesubsidieerde opdrachten kunnen onder het Bao vallen. Vaak wordt de vraag gesteld: moeten wij subsidiëren of moeten wij aanbesteden? Zeker bij opdrachten op het gebied van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) of welzijn hebben gemeenten veel met te subsidiëren opdrachten of opdrachtnemers te maken. In principe is er geen sprake van een zwart-wit situatie van subsidiëren of aanbesteden. Er zijn echter wel een aantal raakvlakken met bijzondere bepalingen in de richtlijn/Bao, die een rol kunnen spelen bij opdrachten die de gemeente met subsidie vergeeft.

Om te beginnen geeft artikel 8 Bao een expliciete regeling voor opdrachten voor civieltechnische werkzaamheden en een aantal specifiek genoemde werken alsmede voor daaraan gerelateerde diensten die voor meer dan 50% door de aanbestedende dienst gesubsidieerd worden. Lid 2 van artikel 8 bepaalt dat de subsidieontvanger het Bao ook dient toe te passen.

Daarnaast kan een partij die door de gemeente gesubsidieerd wordt, hoewel in principe geen publiekrechtelijke partij, door een grote mate van publieke geldverstrekking wel gaan voldoen aan de definitie van publiekrechtelijke instelling/ aanbestedende dienst, waardoor deze subsidieontvanger - wanneer zij opdrachten vergeeft- de aanbestedingsrichtlijn in acht dient te nemen. De definitie van publiekrechtelijke instelling in artikel 1 sub q van het Bao bepaalt onder andere dat een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang (niet zijnde van industriële of commerciële aard), die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, een publiekrechtelijke instelling, en daarmee aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn is (zie sub r van artikel 1 Bao).

Aanbestedende diensten dienen zich ervan bewust te zijn dat zij ook de toepassing van artikel 18 van de Richtlijn/ artikel 17 van het Bao kunnen raken, indien zij bijvoorbeeld bij subsidieverlening (bestuursrechtelijke bepalingen) een andere aanbestedende dienst een alleenrecht verlenen waarbij tevens een overheidsopdracht voor een dienst wordt toegekend. De subsidieverstrekking/ bestuursrechtelijke bepaling waarbij het alleenrecht wordt verleend dient dan wel in overeenstemming te zijn met de EG-Verdragsbeginselen. Zie hiervoor verder vraag 4.

Tot slot kan het natuurlijk zijn dat een gemeente wel een subsidie geeft maar geen overheidsopdracht in de zin van de richtlijn verleent, bijvoorbeeld omdat er geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Het is dan verstandig wel de Europese regels van staatssteun in acht te nemen. Meer informatie over staatssteun treft u via:

<http://www.europadecentraal.nl/menu/113/Voorpagina.html>

Achtergrondinformatie over vraag 6 treft u ook via:

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/10_Aanbesteden_en_subsidieontvangers.pdf

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/30_Gesubsidieerde_instellingen_en_Europees_aanbesteden.pdf

Artikel Mr. B.S. ten Kate en Mr. T.A.M. van der Ende – ‘Subsidie of opdracht?’ in de Gemeentestem (Gst. 2006, 7261/149), 4 november 2006

8. Kunnen opdrachten worden voorbehouden aan sociale werkplaatsen?

Ja. Het Bao (artikel 19) heeft de bepaling over het voorbehouden van opdrachten aan sociale werkplaatsen praktisch één op één overgenomen uit de Richtlijn 2004/18 (artikel 19). Hiermee heeft Nederland deze optionele bepaling ook laten gelden binnen de nationale rechtsorde. In de toelichting van het Bao staat geen aanvullende informatie over de toepassing van deze bepaling. Het Bao spreekt over het voorbehouden van overheidsopdrachten aan sociale werkvoorzieningen. Dit betekent in de praktijk dat de concurrentiestelling (middels het plaatsen van een aankondiging) bij dergelijke opdrachten – onder voorwaarden - beperkt mag worden tot sociale werkvoorzieningen.

Bij de toepassing van artikel 19 Bao kan de opdracht niet worden voorbehouden aan één specifieke sociale werkplaats, maar aan sociale werkplaatsen in het algemeen. Er is met andere woorden in artikel 19 geen vrijbrief geschapen om opdrachten (onderhands) aan de eigen lokale SW-voorziening te gunnen. Op de opdracht kunnen dus ook sociale werkplaatsen uit andere gemeenten inschrijven aan wie vervolgens de opdracht zou kunnen worden gegund. De opdracht kan na concurrentiestelling onder de diverse werkplaatsen dus ook aan een andere sociale werkplaats dan de lokale gegund moeten worden na beoordeling van de inschrijvingen op de objectieve en non-discriminatoire selectie en gunningscriteria die gesteld zijn. Daarnaast dient een voorbehoud van een opdracht te voldoen aan de in artikel 19 gestelde voorwaarde dat de meerderheid van de bij de uitvoering van de betreffende overheidsopdracht betrokken werknemers personen met een handicap zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen.

Het toepassen van het voorbehoud-artikel 19 Bao betreft een andere procedure dan de toekenning van een alleenrecht via bijvoorbeeld een artikel 17 Bao-procedure. Zie vraag 4.

In de vraagstelling over voorbehouden opdrachten aan SW-bedrijven wordt ook vaak een link gelegd met het toepassen van sociale criteria in een aanbestedingsprocedure (bijvoorbeeld de vraag naar de mogelijkheid tot het stellen van eisen in de aanbesteding betreffende bevordering van moeilijk in het werkproces te integreren personen), waarover artikel 26 van het Bao nadere regels stelt.

9. Welke ruimte biedt het Bao voor het stellen van sociale- en milieucriteria?

9.1 Wat zijn sociale- en milieucriteria en hoe kunnen zij worden toegepast?

Art 26 Bao presenteert één van de nieuwe aspecten uit de aanbestedingsrichtlijn 2004/18, die met name vanuit het onderhandelingsproces tussen de Europese Commissie en het Europees Parlement een prominente rol in het aanbestedingsproces hebben gekregen. Waren in 2001 al twee interpretatieve mededelingen verschenen over het integreren van milieu (COM 2001/274) en sociale criteria (COM 2001/566) in het aanbestedingsproces (naast een toenemende mate van jurisprudentie op dit vlak), in de nieuwe richtlijn en het Bao heeft de mogelijkheid tot het stellen van deze criteria dus ook een expliciete bepaling gekregen.

Het verdient aanbeveling om bij het toepassen van milieu- en sociale criteria in ieder geval de interpretatieve mededelingen uit 2001 na te slaan (en deze met inbegrip van latere jurisprudentie te interpreteren), alsmede voor de toepassing van milieucriteria ook de informatie uit het handboek van de Europese Commissie Groen kopen uit 2005 toe te passen. De interpretatieve mededelingen, het Handboek Groen kopen en jurisprudentie zijn in te zien via:
<http://www.europadecentraal.nl/emc.asp?pageld=126>
<http://www.europadecentraal.nl/menu/125/Jurisprudentie.html>

Als algemene voorwaarde voor het verbinden van sociale of milieuoverwegingen aan de uitvoering van een overheidsopdracht geldt dat die voorwaarden verenigbaar moeten zijn met het EG-Verdrag (transparant, non-discriminatoire, objectief, proportioneel, maar ook in overeenstemming met het vrij verkeer van diensten en personen etc.) en dat zij in de aankondiging of het bestek zijn vermeld. In de toelichting op artikel 26 van het Bao wordt aangegeven dat de sociale of milieuoverwegingen met name ten doel hebben de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het werkproces te integreren personen te bevorderen, de werkloosheid te bestrijden of het milieu te beschermen. Als voorbeeld wordt genoemd 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.

Milieu- of sociale criteria kennen verschillende verschijningsvormen binnen het aanbestedingsproces, en zullen naar hun aard en toepassing dan ook binnen de context van die procedurefase beoordeeld dienen te worden. Zo kan als sociale overweging gelden de toepassing van artikel 19 (voorbehoud aan SW-voorziening, zie vraag 7), en kunnen sociale- en milieuoverwegingen terugkomen bij toepassing van artikel 27 Bao (aangeven waar informatie is te halen over verplichtingen die gelden ten aanzien van milieu- en arbeidsvoorwaarden) bescherming, artikel 23 Bao (technische specificaties), artikel 24 Bao (varianten) en deels in selectie- (artikelen 45 Bao e.v.) en gunningsfase (artikel 53 richtlijn). De interpretatieve mededelingen en het handboek lopen ook al deze fasen en de mogelijkheden tot het toepassen van sociale/milieucriteria na.

9.2 Mag door een (sociale) gunningseis een bepaalde doelgroep bevoordeeld worden (bijvoorbeeld door een minimum aantal in te schakelen werklozen bij uitvoering van de opdracht te eisen)?

Tot op zekere hoogte bestaat er ruimte voor een aanbestedende dienst om dergelijke eisen te stellen.

In het kader van opnemen van percentages in te schakelen personen bij een aanbesteding is een verwijzing naar het arrest Beentjes (zaak 31/87) een vermelding waard. In die zaak werd gesteld dat 'het betreffende project diende te worden uitgevoerd door tenminste 70 % langdurig werklozen ...'. Deze eis werd door het Hof van Justitie niet als onverenigbaar met de aanbestedingsrichtlijn geacht, maar het stellen van dergelijke aanvullende bijzondere voorwaarden werd toegestaan 'mits zij alle relevante bepalingen van gemeenschapsrecht eerbiedigen ... en met name de verboden die voortvloeien uit de in het EG-Verdrag neergelegde beginselen inzake vrije vestiging en vrij verkeer van diensten'.

Op het arrest is veel kritiek gekomen en inmiddels is getracht latere interpretaties op dit terrein vast te leggen in de nieuwste aanbestedingsrichtlijn uit 2004.

Bij dit vraagstuk kan als naslag dienen de Interpretatieve mededeling van de Commissie inzake de toepassing van sociale aspecten (2001/C 333/08). Deze mededeling is weliswaar geschreven onder de oude Europese aanbestedingsrichtlijnen (van voor 2004), maar kan – naast jurisprudentie- nog wel helpen bij de interpretatie van een aantal in de nieuwe richtlijnen (en het Bao) vastgelegde beginselen. Een afschrift van deze mededeling kunt u downloaden via <http://www.europadecentraal.nl/myDocuments/01/001%2F003%2Fmededeling%5Faanbestedingen%5Fen%5Fsociale%5Faspecten%2Epdf>

In paragraaf 1.4.1 aangaande het gunningscriterium van de voordeligste aanbieding (nu bekend als 'economisch voordeligste inschrijving') geeft de mededeling aan 'dat onverenigbaar is met de aanbestedingsrichtlijnen het voorbehouden van een gedeelte van de opdrachten aan een bepaalde categorie leveranciers... Hetzelfde geldt voor criteria die betrekking hebben op de mate waarin de inschrijvers een bepaalde categorie personen inzetten, m.a.w. sociale preferentiecriteriën die niets van doen hebben met het voorwerp van een bepaalde opdracht. Een dergelijk criterium dat niet bijdraagt tot de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving (emvi) is volgens de aanbestedingsrichtlijnen in strijd met het doel hiervan, dat erin bestaat de beoordeling van de intrinsieke kwaliteiten van een product of dienst mogelijk te maken. *Conclusie is dat sociale aspecten kunnen worden opgenomen in gunningscriteria om de emvi aan te wijzen wanneer deze aspecten voor de aanbestedende dienst een economisch voordeel inhouden dat kan worden toegeschreven aan het product of de dienst waarop de opdracht betrekking heeft.*'

Deze bepaling dient inmiddels te worden gelezen met in achtnaam van latere jurisprudentie, onder andere het arrest Wienstrom (2003), zie onze website

http://www.europadecentraal.nl/menu/336/Sociale_en_milieucriteria.html

Bij deze jurisprudentie handelde het om de mogelijkheden tot het stellen van milieucriteria (deze mogelijkheid is ook gebaseerd op artikel 26 van de richtlijn en Bao) bij de gunning, waarbij werd overwogen dat de criteria inhoudelijk moeten aansluiten bij het onderwerp van aanbesteding, geen ongelimiteerde vrijheid van keuze in de aanbesteding mogen opleveren, uitdrukkelijk moeten zijn genoemd tijdens de inschrijvingsprocedure en moeten voldoen aan alle beginselen

van gemeenschapsrecht met name het non-discriminatie-beginsel. Daarnaast moet het gunningscriterium altijd verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Ten aanzien van het huidige gebruik van artikel 19 (voorbehouden opdracht aan sociale werkvoorzieningen) en 26 (stellen van sociale of milieuoverwegingen) van het Bao wijzen wij nog op het volgende:

Specifiek ten aanzien van overheidsopdrachten die niet onder het richtlijn-regime vallen en waarvan het aan lidstaten zelf is gelaten om te beslissen over deze overheidsopdrachten mogen/moeten worden gebruikt om andere doelen te bereiken dan de beste prijs-kwaliteitsverhouding, bepaalt paragraaf 2 van de mededeling het volgende:

‘De praktijk om bij de gunning van deze opdrachten een preferentie te verlenen aan bepaalde categorieën personen, bijvoorbeeld gehandicapten (sociale werkplaatsen) of werklozen, kan worden toegestaan. Deze praktijk mag echter geen directe of indirecte discriminatie inhouden ten aanzien van inschrijvers uit andere lidstaten, noch het handelsverkeer op ongerechtvaardigde wijze beperken. Indien opdrachten worden voorbehouden aan binnenlandse inschrijvers, zou dit namelijk indruisen tegen de bepalingen en algemene beginselen van het EG-Verdrag. Indien deelneming aan de aanbestedingsprocedures echter voor sociale werkplaatsen van andere lidstaten open staat, hoeft er geen sprake te zijn van discriminatie’. De interpretatieve mededeling voor aanbestedingen onder de drempel/ IIB diensten uit 2006 (zie ook vragen 3 en 8) gaat deze zelfde richting op.

Zie voor meer informatie over deze vraag ook praktijkvraag 37:

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/37_Lokale_partijen_in_een_Europese_aanbesteding.pdf

9.3 Mag een aanbestedende dienst een milieukeurmerk of een sociale keur vereisen?

Ja, indien een aanbestedende dienst rekening houdt met een aantal (onderstaande) voorwaarden. Zie voor een antwoord op deze vraag ook:

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/32_Mag_ik_vragen_naar_een_bepaald_keurmerk.pdf

Algemeen gesproken staat het iedere aanbestedende dienst vrij, wanneer hij vastlegt welke producten of diensten hij wil aanschaffen, te kiezen voor de aankoop van goederen, diensten of werken die overeenkomen met zijn sociale doelstellingen, eveneens door het gebruik van varianten. Deze keuze mag echter niet leiden tot een beperkte toegang van de markt tot de desbetreffende opdracht, die ten koste gaat van inschrijvers uit andere lidstaten. Het beginsel van non-discriminatie stelt dus beperkingen aan het stellen van sociale vereisten. Dit ziet u ook terug in de richtlijn, artikel 26 Bao (sociale overwegingen moeten verenigbaar zijn met het EG-recht), alsmede in de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie betreffende de mogelijkheden om sociale aspecten te integreren in overheidsopdrachten. Zie voor een afschrift van deze mededeling

http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/wetenregelgeving/Interpretatieve_mededeling_sociale_criteria.pdf

In deze mededeling worden tevens de mogelijkheden toegelicht om in selectie- dan wel gunningsfase sociale overwegingen te integreren. Specifiek voor de selectiefase is in dit kader van belang dat specifieke deskundigheid kan worden gevraagd als criterium voor technische bekwaamheid en kennis om de geschiktheid van gegadigden te bewijzen. Doel van de selectie is om inschrijvers aan te wijzen die volgens de aanbestedende dienst in staat zijn de opdracht uit te voeren; de verschillende eisen moeten derhalve direct verband houden met het voorwerp van de opdracht. In de selectiefase kan de aanbestedende dienst verlangen om aangetoond te krijgen of om referenties betreffende de ervaring en vakkundigheid van de inschrijvers te vragen, teneinde zich ervan te verzekeren dat deze over voldoende geschoold personeel en middelen beschikt om de opdracht correct uit te voeren.

De in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen referenties voor de beoordeling van de technische bekwaamheid staan alleen toe rekening te houden met de 'sociale draagkracht of verantwoordelijkheid' van een onderneming, indien hiermee de technische bekwaamheid van de onderneming om een opdracht uit te voeren wordt aangetoond (noot 42 van de mededeling noemt een aantal voorbeelden van welke referenties betreffende technische bekwaamheid sociale aspecten zouden kunnen betreffen; in noot 43 wordt de term 'sociale draagkracht of verantwoordelijkheid' nader uitgelegd).

Ten aanzien van referentie-eisen geldt in zijn algemeen dat deze zien op de beoordeling van de aanbieder (geschiktheids/selectiecriteria), terwijl een gunningscriterium ziet op de aanbieder. Hoofregel is dat geschiktheids- en selectiecriteria niet als gunningscriterium mogen worden gehanteerd. In de literatuur (Handboek Aanbestedingsrecht (van Pijnacker Hordijk van der Bend van Nouhuys, 3^e druk, 2004, Sdu) wordt wel een uitzondering op deze hoofregel gerechtvaardigd geacht, met name waar het betreft opdrachten voor dienstverlening, waarbij toch vaak de individuele kwaliteiten van de dienstverlener zodanig cruciaal zijn, dat het mogelijk moet worden geacht ook in de inschrijvingsfase criteria, die op diens individuele kwaliteiten betrekking hebben, een rol te laten spelen. Voor die jurisprudentie komt u onder andere terecht

bij het eerder genoemde (vraag 9.2) arrest Wienstrom. Met inachtnaam van die jurisprudentie bent u in ieder geval in staat om referentie-eisen in de selectiefase te stellen en hierop een zekere mate van beoordeling (binnen de kaders van de jurisprudentie) via de wegingsfactoren in de gunningsfase toe te passen.

10. Aandachtspunten bij aanbesteden van raamovereenkomsten in het Bao

10.1 Vallen raamovereenkomsten onder het Bao?

Ja. Was er onder de oude aanbestedingsrichtlijnen nog onduidelijkheid over de aanbesteding van raamovereenkomsten (en specifiek voor de Nederlandse rechtssystematiek: raamcontracten) omdat de richtlijn nutssectoren wel een regeling kende en de richtlijnen voor de klassieke sectoren niet, in de nieuwe richtlijn voor de klassieke sectoren is een specifieke regeling opgenomen voor raamovereenkomsten.

‘Raamovereenkomsten’ worden anders gedefinieerd dan ‘overheidsopdrachten’. Artikel 1 sub n Bao stelt dat een raamovereenkomst een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer ondernemers is met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen. De definitie in de richtlijn 2004/18 artikel 1 lid 5 luidt: een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.

De definitie in het Bao verwijst dus naar (te gunnen) overheidsopdrachten (derhalve schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel), de definitie in de richtlijn rept hierover niet. De toelichting van het Bao stelt (zie pagina 72) echter dat indien het gaat om schriftelijke overeenkomsten tussen aanbestedende dienst en bedrijven over te gunnen overheidsopdrachten over een bepaalde periode zonder dat daaraan een leverings- of afnameverplichting ten grondslag ligt, er geen sprake is van een overheidsopdracht omdat er geen bezwarende titel is. Vervolgens stelt de toelichting dat overheidsopdrachten die voortvloeien uit raamovereenkomsten volgens de normale procedures van de richtlijn moeten worden aanbesteed als voor de raamovereenkomst niet de procedures uit artikel 32 zijn gevolgd.

Aangenomen moet worden dat de bepaling voor raamovereenkomsten ziet op overeenkomsten waarbij voor de aanbestedende dienst geen afname verplichting geldt/ geen bezwarende titel aanwezig is. Zodra in raamovereenkomsten enige afname wordt vastgelegd, zal er sprake zijn van een raamcontract (in Nederlandse zin) en deze dienen te worden behandeld als een ‘overheidsopdracht’ in de zin van de richtlijn. In wezen maakt het dus niet zoveel uit of een overeenkomst een raamovereenkomst in de zin van artikel 32 is (want dan is ingevolge artikel 32 het regime van de richtlijn van toepassing) of een raamcontract (want dat is een overheidsopdracht waarop regime van de richtlijn ook van toepassing is). Overigens, al geldt er voor een raamovereenkomst in pure zin geen afname verplichting, op de gesloten raamovereenkomst zijn natuurlijk wel de gewone algemene beginselen van behoorlijk bestuur en contractuele beginselen van redelijkheid en billijkheid van toepassing, zodat niet zonder meer (zonder mogelijke schadeposten) geheel kan worden afgezien van de gemaakte afspraken.



10.2 Welke regels zijn van toepassing op de aanbesteding van raamovereenkomsten?

Artikel 32 Bao/richtlijn 2004/18 geeft een uitgewerkte regeling voor de aanbesteding van raamovereenkomsten. Op het sluiten van een raamovereenkomst overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 6 (betreffende non-discriminatie, toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten en openbaarheid van vertrouwelijke informatie), 18 tot en met 31 (betreffende specifieke situaties, IIA en B diensten, voorschriften betreffende aanbestedingsstukken en technische specificaties en procedures) of 33 tot en met 57 (betreffende termijnen, verstrekking van informatie, uitsluiting, selectie en gunning en de elektronische veiling) van de Bao kan een aanbestedende dienst op basis van die raamovereenkomst overheidsopdrachten gunnen. Daarvoor zijn dan de procedures uit leden 7 tot en met 10 van toepassing.

Artikel 32 van de richtlijn stelt het aldus, dat de in de richtlijn bedoelde procedureregels in alle fasen tot de gunning van de opdrachten die op de overeenkomst zijn gebaseerd, van toepassing zijn.

De aangehaalde regels uit het Bao en de richtlijn zijn op raamoverkomsten van toepassing voor zover de gezamenlijke waarde van de te plaatsen opdrachten gelijk is aan of hoger is dan de van toepassing zijnde aanbestedingsdrempels. De raming van raamovereenkomsten vindt plaats conform art 9 lid 16 Bao/ 9 lid 9 richtlijn: er moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde (exclusief BTW) van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen opdrachten.



10.3 Welke looptijd geldt voor raamovereenkomsten?

Ingevolge lid 5 van artikel 32 van het Bao mag de looptijd van een raamovereenkomst niet langer zijn dan 4 jaar. Behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijke gemotiveerd zijn, mag de looptijd langer zijn.

Uit de Explanatory note over raamovereenkomsten van de Commissie (zie voor afschrift van deze notitie hieronder) uit 2005 blijkt dat die 4 jaar looptijd ook geldt voor de opdrachten die zijn gebaseerd op de raamovereenkomst. In een noot bij deze bepaling staat tevens bepaald dat de raamovereenkomst gecontinueerd kan worden tot vlak voor het einde, zelfs als de uitvoering van een specifiek contract dat gebaseerd is op de raamovereenkomst na het verloop van de raamovereenkomst zal plaatsvinden. Zo zou het bij een 3 jarige raamovereenkomst over de levering van kopieerpapier goed mogelijk zijn om 2 weken voor aflopen van de raamovereenkomst de concurrentie voor levering te heropenen, zelfs als het papier 2 weken na verloop van de raamovereenkomst geleverd zou worden. De Explanatory note bepaalt dat in uitzonderingsgevallen een langere looptijd mogelijk is: 'Echter, raamovereenkomsten mogen ook een langere looptijd hebben in uitzonderingsgevallen die deugdelijk zijn gemotiveerd, in het bijzonder door het onderwerp van de raamovereenkomst. Zo kan bijvoorbeeld een langere looptijd worden gerechtvaardigd om eerlijke concurrentie voor het betreffende contract te waarborgen indien de uitvoering daarvan een investering zou vergen met een langere afschrijvingsduur dan 4 jaar'.

Omdat ten aanzien van raamovereenkomsten expliciet wordt bepaald dat de algemene (procedure)regels van de richtlijn/Bao van toepassing zijn, is verdedigbaar dat raamovereenkomsten ook ingevolge artikel 9 en 31 verlengd kunnen worden (zie verder onder vraag 6 voor de voorwaarden waaronder opdrachten verlengd kunnen worden).

10.4 Kunnen raamovereenkomsten worden gesloten met meerdere ondernemers?

Artikel 32 van het Bao geeft aan dat raamovereenkomsten zowel met één, als met meerdere ondernemers gesloten kunnen worden.

Leden 7 en 8 regelen dat indien de raamovereenkomst met één ondernemer is gesloten, de op die raamovereenkomst gebaseerde opdrachten worden verstrekt aan die ondernemer onder de in de raamovereenkomst gestelde (gunnings)voorwaarden; er wordt dan een zogenaamde afroep gedaan. Voorafgaand aan het plaatsen van de nadere opdracht *kan* de opdrachtgever de opdrachtnemer schriftelijk raadplegen en hem, indien dat nodig is, verzoeken zijn inschrijving (offerte) aan te vullen. Er mogen echter geen substantiële wijzigingen worden aangebracht in de voorwaarden, maar het kan wel gaan om uitwerking van de voorwaarden of de praktische invulling van bijvoorbeeld leveringstermijn, facturering, etc.

Artikel 32 leden 9 en volgende van het Bao regelen de raamovereenkomsten met meerdere (dat dienen er minimaal 3 te zijn) ondernemers. Het minimum aantal van 3 geldt voorzover het aantal ondernemers dat aan de selectiecriteria voldoet of het aantal inschrijvingen dat aan de gunningscriteria voldoet (de drie beste scorende), voldoende groot is.

Ingevolge lid 10 kunnen raamovereenkomsten met meerdere ondernemers op twee wijzen worden gegund:

- 1) Door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden: indien er op basis van de in de raamovereenkomst genoemde (gunnings)voorwaarden een duidelijke winnaar kan worden aangewezen, kan bij deze leverancier/dienstverlener/aannemer een afroep worden geplaatst. In dit geval zijn alle voorwaarden in de raamovereenkomst (prijs en hoeveelheid) al voldoende (objectief) bepaald om op basis daarvan de nadere opdracht direct bij één van de partijen te plaatsen.
- 2) Indien niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald en door toepassing van de basis gunningsvoorwaarden in de raamovereenkomst geen duidelijke winnaar kan worden onderscheiden, worden de betrokken partijen ('de ondernemers die in staat zijn de opdracht uit te voeren') schriftelijk uitgenodigd om een nadere offerte in te dienen. Er wordt dan een mini-competitie gehouden tussen de betreffende opdrachtnemers in de raamovereenkomst. Indien nodig kunnen de oorspronkelijk gestelde voorwaarden enigszins nader worden verfijnd (denk aan leveringstermijnen, betalingsvoorwaarden, specifieke prijs/kwaliteitsverhoudingen etc.). Over de basisbepalingen uit de raamovereenkomst mag niet worden onderhandeld. De offerteaanvraag dient gebaseerd te zijn op de in de raamovereenkomst opgenomen voorwaarden, dan wel op de voorwaarden opgenomen in het bestek dat onderdeel uitmaakt van de raamovereenkomst. Daarbij dient de aanbestedende dienst een redelijke inschrijfstermijn in acht te nemen. Wat redelijk is hangt af van bijvoorbeeld de complexiteit van de opdracht. De inschrijvingen blijven geheim totdat de indieningstermijn is verstreken. De opdracht dient te worden gegund op basis van de oorspronkelijke gunningscriteria, na toepassing van de verfijnde voorwaarden.

Meer informatie over raamovereenkomsten treft u via:

De 'Explanatory note on framework agreements' van de Europese Commissie (2005)

http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/wetenregelgeving/explanatory_note_framework_agreements.pdf



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

Factsheet Europa decentraal over raamovereenkomsten en EG ontwikkelingen (januari 2005), inclusief literatuurlijst <http://www.europadecentraal.nl/menu/163/Factsheets.html>

Europa decentraal, praktijkvraag 41 aanbesteden

http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/41_Meerdere_partijen_in_raamovereenkomst.pdf

Nieuwsbrief nummer 29 (2004) over Raamovereenkomsten - IOEA (Interdepartementaal Overleg Europese Aanbestedingsvoorschriften; inmiddels opgeheven). IOEA nieuwsbrieven zijn te verkrijgen via het Ministerie van Economische Zaken, PIANOo of via Europa decentraal.

Artikel mr. Anne Fischer-Braams 'Raamovereenkomsten en overheidsopdrachten' - Tijdschrift aanbestedingsrecht 2004, pag. 52

Publicatie van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) ' Een nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren' – Hoofdstuk 6 (Raamovereenkomsten), 2007, Sdu

11. Schept het Bao nieuwe motiveringsverplichtingen (Alcatel)?

In het Bao zijn de motiveringsverplichtingen voor de aanbestedende dienst verscherpt ten opzichte van vroeger. De motiveringsverplichtingen in artikelen 41 en 55 van het Bao houden rechtstreeks verband met de EG-rechtsbeschermingsrichtlijn nr. 89/665/EEG. Het uitgangspunt van deze richtlijn is dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit, waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval een rechtsmiddel kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen. Met ander woorden: iedere inschrijver of gegadigde die geëcarteerd wordt bij een aanbestedingsprocedure moet de mogelijkheid hebben om deze beslissing ongedaan te maken. Strikt juridisch gesproken, zal een verkeerd (of niet) uitgevoerde aanbestedingsprocedure in Nederland niet leiden tot nietigheid van de overeenkomst. In het zogenaamde Alcatel-arrest heeft de Europese rechter daarom uitgesproken dat er een redelijke termijn moet zijn waarbinnen partijen alsnog de gunningsbeslissing kunnen aantasten, waardoor er geen overeenkomst tot stand komt. De aanbestedende dienst moet ingevolge artikel 55 van het Bao daarom een mededeling van de voorlopige gunningsbeslissing aan de deelnemers in de aanbestedingsprocedure laten voorafgaan aan de definitieve gunningsbeslissing. In beginsel kan het uitgangspunt uit de rechtsbeschermingsrichtlijn ook worden doorgetrokken naar andere momenten in een procedure waarbij partijen afvallen (zie immers ook de motiveringsverplichting in artikel 41 Bao). Te denken valt aan de selectiefase, maar ook aan het besluit om een aanbesteding stop te zetten.

Volgens artikel 55 lid 3 van het Bao bevat de mededeling van de gunningsbeslissing van de aanbestedende dienst ten minste de gronden van de gunningsbeslissing. De Nota van Toelichting van het Bao spreekt terzake over een motivering van de gunningsbeslissing die het feitelijk mogelijk maakt om een rechtsmiddel aan te wenden. Het Bao bevat verder nog een uitgebreide bepaling over de informatieverstrekking inzake de besluiten van gunning en niet-gunning (zie artikel 41 Bao). De manier waarop het artikel 55 lid 3 zich verhoudt tot het artikel 41 lid 1 t/m 5 van het Bao kan in de praktijk tot verwarring leiden.

In beginsel gaat het hier om twee verschillende motiveringsverplichtingen die los van elkaar kunnen worden toegepast. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de motivering ex artikel 55 lid 3 met name in het leven is geroepen om partijen rechtsgronden aan te bieden in een kort-geding. Veel aanbestedende diensten zullen daarom proberen om deze motivering zo 'sober' mogelijk te houden om een eventuele dagvaarding te voorkomen. De informatie ex artikel 41 lid 1 t/m 5 Bao hoeven aanbestedende diensten in aanvulling hierop slechts (reactief) binnen 15 dagen te geven. Kortom, het ligt voor de hand om een summiere motivering te geven ex artikel 55 lid 3 Bao en pas over te gaan tot een informatieverplichting ex artikel 41 lid 1 t/m 5 indien afgevallen partijen hier ook nadrukkelijk om vragen Bao.

In de praktijk ligt een nuancering op het bovenstaande echter voor de hand. Een (te) gebrekkige motivering ex artikel 55 lid 3 kan er namelijk toe leiden dat er nog geen sprake is van een gunningsbeslissing die de Alcatel termijn van 15 dagen 'doet laten ingaan'. Een (zuivere) reactieve houding ten aanzien van de informatieverplichting ex artikel 41 lid 1 t/m 5 kan ertoe



leiden dat een aanbestedende dienst tot twee keer toe een motivering moet sturen. Het verdient dan ook de aanbeveling om artikel 55 lid 3 te combineren met artikel 41 lid 1 t/m 5 Bao. Een sterke en transparante motivering in de eindfase van een (Europese) aanbesteding zal doorgaans niet tot meer gerechtelijke stappen leiden.

De toepassing van de Alcatel termijn heeft inmiddels geleid tot legio jurisprudentie. Zie voor een actueel overzicht hiervan onder andere:

Artikel mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers en mr. E.E. Zeelenberg 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht deel I' - Tijdschrift aanbestedingsrecht 2007, nr.2, pag. 90

Zie voor meer informatie over toepassing van de Alcatel-bepaling en modelbrieven:

<http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=144705&rid=145083>

Nieuwsbrief nummer 27 over het Alcatel arrest - IOEA (Interdepartementaal Overleg Europese Aanbestedingsvoorschriften; inmiddels opgeheven). IOEA nieuwsbrieven zijn te verkrijgen via het Ministerie van Economische Zaken, PIANOo of via Europa decentraal.

12. Wat regelt het Bao over het uitsluiten van inschrijvers of gegadigden bij aanbestedingen?

In de selectiefase beoordeelt de aanbestedende dienst onder andere de uitsluitingsgronden die in de aanbestedingsrichtlijn worden benoemd, ingevolge welke zich redenen kunnen voordoen om een deelnemer in de aanbestedingsprocedure uit te sluiten van verdere deelneming.

12.1 Wat zijn verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden?

Artikel 45 en 46 van het Bao wijken in die zin af van de vorige aanbestedingsrichtlijn, dat met de nieuwe richtlijnen en het Bao de verplichte uitsluitingsgronden zijn geïntroduceerd.

Ingevolge lid 1 van artikel 45 Bao dient een aanbestedende dienst in beginsel *verplicht* uit te sluiten iedere gegadigde of inschrijver van wie de aanbestedende dienst kennis heeft dat jegens hem/haar bij een overeenkomstig het nationale recht uitgesproken onherroepelijk vonnis of arrest een veroordeling is uitgesproken ten aanzien van gedragingen die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht. Het gaat daarbij om gedragingen betreffende de deelneming aan een criminele organisatie, omkoping van ambtenaren, valsheid in geschrifte, valse opgave in authentieke akte en verstrekking van onjuiste gegevens, valselijk aanwenden van een subsidie van de EG, steekpenningen, heling en witwassen.

Van deze verplichte uitsluiting kan slechts worden afgezien wanneer dat om dwingende redenen van algemeen belang noodzakelijk is. Het Handboek Aanbestedingsrecht (van Pijnacker Hordijk van der Bend van Nouhuys, 3^e druk, 2004, Sdu) noemt daarbij het voorbeeld dat nagenoeg alle ondernemingen binnen een bepaalde sector zouden moeten worden uitgesloten en de aanbestedende diensten van de betrokken lidstaat daarom geen mogelijkheid meer zouden hebben opdrachten in concurrentie op de markt te brengen.

In gevolge lid 3 van artikel 45 van het Bao *kan* een aanbestedende dienst een ondernemer uitsluiten van deelneming aan een overheidsopdracht:

- a. indien die in staat van faillissement of liquidatie of surseance van betaling verkeert;
- b. indien diens faillissement, liquidatie of surseance is aangevraagd;
- c. indien jegens hem een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde is gedaan waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
- d. indien hij in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan;
- e. indien hij niet aan zijn sociale zekerheidsbijdragen-betalingsverplichtingen heeft voldaan;
- f. indien hij niet heeft voldaan aan zijn belastingbetalingsverplichtingen;
- g. indien hij in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen of die inlichtingen helemaal niet heeft verstrekt.

Alvorens tot uitsluiting over te gaan dient een aanbestedende dienst zich er van te vergewissen of de uitsluiting proportioneel en niet-discriminatoire is.



12.2 Welke bewijsstukken gelden om aan te tonen dat (niet) aan de uitsluitingsgronden wordt voldaan?

Lid 4 van artikel 45 van het Bao stelt dat een aanbesteder in verband met de toepassing van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden de gegadigden of inschrijvers kan verzoeken om bewijsstukken of verklaringen. In artikel 46 Bao wordt aangegeven welke instanties in Nederland die documenten kunnen afgeven. Middels deze documenten kunnen zij aantonen dat zij niet verkeren in een van de omstandigheden genoemd ten aanzien van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. De aanbestedende dienst dient deze stukken ook te aanvaarden als voldoende bewijs.

In de praktijk vragen aanbestedende diensten vaak Eigen Verklaringen van inschrijvers, waarin inschrijvers bijvoorbeeld verklaren dat zij integer zijn, dat er geen overtredingen van bijvoorbeeld de Mededingingswet hebben plaatsgevonden (zie bijvoorbeeld de Model K-verklaring in het ARW 2005) of dat zij voldoen aan voorwaarden voor het verkrijgen van bewijsstukken die zij ook binnen een door de aanbesteder bepaalde redelijke termijn kunnen leveren, indien nodig (zie bijvoorbeeld artikel 2.14 ARW 2005).

Indien een aanbestedende dienst dergelijke Eigen Verklaringen toestaat of wenst te gebruiken moet dat duidelijk worden aangegeven in de aanbestedingsstukken.

Achtergrondinformatie over vraag 12 vindt u ook in:

Artikel M. Beeker 'Uitsluitingsgronden in het Bao' - Tender nieuwsbrief, maart 2006, nr. 2

Artikel M. Beeker 'Eigen verklaring versus officiële verklaringen bij uitsluitingsgronden' – Tender nieuwsbrief, 2005, nr. 2

12.3 Wat is de rol van de VOG-verklaring of de Bibob-toets bij uitsluiting?

VOG-verklaring

In artikel 46 lid 2 Bao wordt expliciet de zogenaamde Verklaring omtrent gedrag (VOG-verklaring) geïntroduceerd als bewijsstuk dat de verplichte uitsluitingsgronden en de zogenaamde sub c en d-facultatieve gronden (rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde betreffende een delict inzake beroepsgedragsregels alsmede een ernstige beroepsfout) niet op de gegadigde/inschrijver van toepassing zijn. Het Rijk gebruikt de VOG verklaring regelmatig in het kader van de uitsluitingen-toets. Ook decentrale overheden kunnen inschrijvers/gegadigden vragen een VOG-verklaring te overleggen.

De VOG betreft een Verklaring Omtrent het Gedrag die bij het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (COVOG) kan worden aangevraagd. Het COVOG heeft voor aanbestedingsprocedures aparte profielen opgesteld voor afgifte van een VOG. Het COVOG kan een vergaand onderzoek verrichten naar het strafrechtelijke verleden van een natuurlijke of rechtspersoon. Dit onderzoek kan verder gaan dan de sub c en d-facultatieve gronden. Indien een aanbieder de VOG niet kan leveren, kan dit dus ook zijn door gronden die niet gelieerd zijn aan de uitsluitingsgronden sub c en d. Let daarom weer expliciet op de algemene proportionaliteits- en non-discriminatoire toets die dient plaats te vinden alvorens daadwerkelijk uit te sluiten.

Zie voor meer informatie over (CO)VOG:

http://www.justitie.nl/onderwerpen/opsporing_en_handhaving/verklaring_omtrent_het_gedrag/index.aspx

Nieuwsbrief nummers 30 en 31 (2004) over VOG en over Uitsluiting - IOEA (Interdepartementaal Overleg Europese Aanbestedingsvoorschriften; inmiddels opgeheven). IOEA nieuwsbrieven zijn te verkrijgen via het Ministerie van Economische Zaken, PIANOo of via Europa decentraal.

Bibob-toets

De toelichting van het Bao stelt dat artikel 45 niet de verplichting voor aanbestedende diensten bevat om onderzoek te doen naar de omstandigheden van de inschrijver of gegadigde en het al dan niet bestaan van de uitsluitingsgronden. Voor het Rijk geldt die verplichting wel nu zij zich in hun Beleidsregels integriteit en uitsluiten bij aanbestedingen in Bibob-sectoren (2004) wel hebben opgelegd onderzoek te doen naar integriteit van gegadigden of inschrijvers, waar het gaat om opdrachten boven de Europese drempels in de sectoren bouw, milieu en ICT. Voor decentrale overheden geldt dat zij zich ook in hun beleid kunnen conformeren aan een dergelijke Bibob-toets en onderzoeksverplichting. Voor meer informatie over de Wet Bibob (Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur):

<http://www.justitie.nl/onderwerpen/criminaliteit/bibob/index.aspx>

Voor aanbestedingen is de Wet Bibob van kracht in de branches bouw, milieu en ICT. Aanbestedende diensten kunnen ervoor kiezen de Wet Bibob toe te passen ten aanzien van onder andere overheidsaanbestedingen. Voor aanbestedingen gelden gewoon de uitsluitingsgronden uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Deze worden niet verruimd door de (invoering van artikel 3 van de) Wet Bibob. Maar aanbestedende diensten kunnen wel gebruik maken van het Bureau Bibob. Door het aanvragen van een Bibob-advies krijgen zij toegang tot informatie uit gesloten bronnen. Deze informatie kunnen aanbestedende diensten



gebruiken bij de toepassing van de uitsluitingsgronden. Uit praktijkinformatie blijkt dat decentrale overheden de Wet Bibob bij aanbestedingen niet veelvuldig toepassen.

Ingevolge het wetsvoorstel Aanbestedingswet (zie vraag 2) zal een aanbestedende dienst verplicht worden ondernemers een integriteitsverklaring aanbesteden te laten overleggen alvorens hij een opdracht gunt (zie artikel 19 van het wetsvoorstel). Naar verwachting zal deze verplichte, verbijzonderde VOG-verklaring voor aanbesteden via de COVOG gaan lopen. Of de integriteitstoets via de Wet Bibob bij aanbestedingen hierdoor zal veranderen of verdwijnen zal duidelijker blijken uit de ontwerp AMVB (onder de toekomstige Aanbestedingswet) betreffende integriteit, die waarschijnlijk in het najaar van 2007 bekend zal worden (zie vraag 2.3). Via de website van Europa decentraal kunt u op de hoogte blijven van de voortgang van dit dossier.

Meer informatie over Bibob treft u ook:

Artikel mr. M. Beeker 'Beleidsregels Bibob' - Tijdschrift aanbestedingsrecht, 2004, pag. 58

Nieuwsbrief nummer (2004) over Uitsluiting - IOEA (Interdepartementaal Overleg Europese Aanbestedingsvoorschriften; inmiddels opgeheven). IOEA nieuwsbrieven zijn te verkrijgen via het Ministerie van Economische Zaken, PIANOo of via Europa decentraal.