

Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale-sectorbedrijven (Aanbestedingswet)

Memorie van Toelichting

Inhoudsopgave

Algemeen

1. Inleiding	4
1.1. Aanleiding	4
1.2. Strekking wetsvoorstel op hoofdlijnen	5
1.3. Flankerend beleid	6
1.4. Visiedocument	7
1.5. Opbouw van de toelichting	7
2. Doelen van het wetsvoorstel	7
2.1. Verplichte toetsing integriteit	8
2.2. Proportionaliteit	8
2.3. Vergroten toegankelijkheid, kenbaarheid en samenhang	8
2.3.1. Andere implementatietechniek	9
2.3.2. Terugdringen versnippering en verkokering aanbestedingsregels	9
2.4. Goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen	11
2.4.1. Basis voor implementatie	11
2.4.2. De algemene beginselen van aanbesteden	14
2.4.3. Gelijke behandeling, concurrentie, transparantie en het terugdringen van uitvoeringslasten	14
2.5. Innovatie	15
3. Randvoorwaarden voor het beleid	16
4. Kwaliteit van het aanbestedingsproces	17
4.1. Vergroting van kennis en professionaliteit	17
4.2. Elektronisch aanbestedingsinstrument	18
4.2.1. TenderNed	18
4.2.2. Simap en aanbestedingskalender	18
4.2.3. Verplicht gebruik van TenderNed	19
4.3. Kwalificatiesysteem	20

5. Naleving van aanbestedingsregels	21
5.1. Naleving laat veel te wensen over	21
5.2. Bevordering naleving	21
5.3. Toezichthouder niet nodig	23
6. Rechtsbescherming en handhaving	23
6.1. Handhaving	23
6.2. Rechtsbescherming	24
6.2.1. Civiele rechter bevoegd in aanbestedingsgeschillen	24
6.2.2. Arbitrage bij aanbestedingsgeschillen	25
6.2.3. Klachten omtrent aanbestedingen	26
7. Administratieve lasten en bedrijfseffecten	27
7.1. Administratieve lasten	27
7.2. Bedrijfseffecten	30
Artikelsgewijs	
Artikelen 1 tot en met 7	32
artikel 1, eerste lid, en artikel 2, eerste lid	32
artikel 1, tweede lid	33
artikel 2	35
artikel 3	36
artikelen 5 en 6	37
artikel 7	38
Artikelen 9 tot en met 13	39
artikelen 10 tot en met 12	40
Artikel 13	41
Artikelen 14 tot en met 16	41
Artikelen 8 en 17	43
artikel 8, en artikel 17, eerste lid	43
artikel 17	44
artikel 17, eerste lid	45
artikel 17, eerste lid, onderdeel c	46
artikel 17, tweede lid	47
Artikel 18	47
Artikelen 19 tot en met 21	48

Artikel 19	50
artikel 19, eerste lid	51
artikel 19, tweede tot en met zesde lid en artikel 7, onderdelen f en g	51
artikel 19, vierde tot en met zevende en negende lid	52
artikel 19, achtste lid	54
overwogen alternatieven	55
Artikel 20	56
Artikel 21	57
de reikwijdte van artikel 21	57
opdrachten buiten het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen	58
eerste en tweede lid	60
Artikel 22	61
Artikel 23	62
Artikel 26	62
Artikel 27	63

Algemeen¹

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Dit wetsvoorstel handelt over het aanbesteden van (overheids)opdrachten. Een belangrijk deel van de opdrachten voor werken, leveringen en diensten door overheid en semi-overheid moet op grond van Europese en internationale aanbestedingsregels plaatsvinden volgens een specifieke aanbestedingsprocedure.

In de aanbestedingspraktijk manifesteert zich een aantal problemen. Onderzoek door de parlementaire enquêtecommissie Bouwnijverheid (verder: PEC) heeft aan het licht gebracht dat de toegankelijkheid van regelgeving, de integriteit van ondernemers en aanbestedende diensten en de professionaliteit van de aanbestedende dienst veel te wensen over laat. Ondernemers(organisaties) klagen over disproportionele eisen, onvoldoende naleving, en over versnippering en verkokering van aanbestedingsregels als gevolg van de verschillende aanbestedingsreglementen. Ook blijkt uit onderzoek dat de naleving van de aanbestedingsregels sterk te wensen overlaat. Voorts wordt gesteld dat innovatief aanbesteden binnen het huidige stelsel moeizaam is en dat de administratieve lasten van het aanbesteden te hoog zijn. Tenslotte is een belangrijk punt van zorg of de huidige wettelijke voorzieningen voldoende zijn om huidige én toekomstige Europees- en internationaalrechtelijke inzichten te vertalen naar de praktijk. De wijze van implementatie in de huidige wetgeving voldoet daarmee niet langer aan de eisen die aan

¹ Dit wetsvoorstel biedt de basis voor de reeds voltooide implementatie in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren 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 L134), en in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten van 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 L134). Voorts biedt dit wetsvoorstel in combinatie met o.a. het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering basis voor de reeds voltooide implementatie van richtlijn nr. 89/665/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, PbEG L 395, en van richtlijn nr. 92/13/EEG van de Raad van de Europese Unie van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG L 76). In paragraaf 2.4.1. is de transponeringstabel opgenomen.

adequate implementatie en uitvoering van de Europese en internationale aanbestedingsverplichtingen gesteld moeten worden. De aard van de problemen vraagt om een geheel nieuwe wettelijke systematiek.

1.2. Strekking wetsvoorstel op hoofdlijnen

Dit wetsvoorstel beoogt Nederland van een modern wettelijk kader voor het aanbesteden van (overheids)opdrachten te voorzien waarmee beter dan voorheen een goede uitvoering van de Europese en internationale aanbestedingsverplichtingen kan worden bereikt. Hiertoe wordt op hoofdlijnen het volgende voorgesteld.

Algemene beginselen van het aanbesteden

Voor een goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen is nodig dat de algemene beginselen ofwel de belangrijkste duurzame normen van de aanbestedingsregels in het wetsvoorstel worden opgenomen. Zij vormen immers de uitgangspunten voor het concrete gedrag van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven (zie de artikelen 9 tot en met 16).

Verplichte toetsing integriteit

Om de integriteit van ondernemers die (overheids)opdrachten uitvoeren te bevorderen wordt in artikel 19 van dit wetsvoorstel een verplichte toetsing van de integriteit van die ondernemers voorgesteld. Een niet-integere ondernemer moet worden uitgesloten.

Proportionaliteit selectiecriteria

Met dit wetsvoorstel wordt voorkomen dat opdrachtgevers disproportioneel zware selectiecriteria stellen aan ondernemers (zie artikel 20 van dit wetsvoorstel).

Vergroting toegankelijkheid, kenbaarheid en samenhang

Er zal een coherent juridisch kader worden gerealiseerd. Dit zal met name worden bevorderd door het terugdringen van de verkokering en versnippering als gevolg van aanbestedingsregels door aanbestedingsreglementen en –beleidsregels alsmede door vergroting van de toegankelijkheid van de aanbestedingsregels. Hiertoe zal o.a. de verplichting opgelegd worden om via een elektronisch aanbestedingsinstrument een overheidsopdracht, opdracht, raam- of concessieovereenkomst die onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen aan te kondigen, waarbij moet worden aangegeven welke (beleids)regels eventueel van toepassing zijn. Voorts zal dit worden bevorderd door (op grond van de artikelen 20 en 21 van dit wetsvoorstel) nadere regels te stellen ter begrenzing van de door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf te stellen eisen, voorwaarden en criteria alsmede ter waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure.

Goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen

Dit wetsvoorstel biedt een stevige basis om richtlijnen, verordeningen en verdragen met betrekking tot het aanbesteden van (overheids)opdrachten te implementeren (artikel 17 van dit wetsvoorstel). Voorts biedt dit wetsvoorstel een basis voor het stellen van nadere regels omtrent gelijke behandeling, concurrentie en transparantie die nodig zijn voor een goede uitvoering van met name de Europese aanbestedingsrichtlijnen en het EG-Verdrag (artikel 21, eerste lid, van dit wetsvoorstel).

Innovatie

Artikel 21, eerste lid, van dit wetsvoorstel maakt het mogelijk dat zonnig regels worden vastgesteld waardoor innovatie bij aanbesteden kan worden bevorderd.

Uitvoeringslasten

De verplichting om via een elektronisch aanbestedingsinstrument een overheidsopdracht, opdracht, raam- of concessieovereenkomst open te stellen voor concurrentie zal een aanzienlijke bijdrage leveren aan de verlaging van uitvoeringslasten van ondernemers en opdrachtgevers. Artikel 21, tweede lid, van dit wetsvoorstel voorziet er voorts in dat de (administratieve) lasten van ondernemers en van opdrachtgevers worden verlaagd door regels te stellen ter stroomlijning van het opvragen van gegevens. Deze regels ter stroomlijning zullen worden verwerkt in het elektronisch aanbestedingsinstrument.

1.3. Flankerend beleid

Niet alle problemen worden het meest effectief opgelost met nieuwe wetgeving. In lijn met het dereguleringsstreven van het kabinet is daarom besloten een aantal knelpunten door flankerend beleid als volgt aan te pakken. Een speciaal daartoe opgericht onderdeel van EZ zal aan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven informatie verstrekken over de toepassing van de aanbestedingsregels en over de mogelijkheden die de aanbestedingsregels bijvoorbeeld bieden voor het stimuleren van innovatie. Voorts zal dit onderdeel de professionaliteit van opdrachtgevers verhogen. Ander flankerend beleid betreft het versterken van het interne toezicht bij provincies en gemeentes. Daarnaast zal een voor iedereen toegankelijk systeem voor elektronisch aanbesteden worden ontwikkeld waarbij aanbestedingsprocedures geheel elektronisch kunnen verlopen en aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven stapsgewijs met de nodige ondersteuning door het aanbestedingsproces worden geloodst.

Dit flankerend beleid leidt tot kwalitatief betere aanbestedingsprocedures, tot innovatiever aanbesteden en tot betere naleving van de aanbestedingsregels. Voorts zal dit bijdragen aan het verlagen van uitvoeringslasten van het aanbesteden voor zowel de ondernemers als voor de opdrachtgevers. Het elektronisch aanbestedingsinstrument en het overige flankerend beleid worden nader toegelicht in paragraaf 4.

1.4. Visiedocument

In juli 2004 heeft de Minister van Economische Zaken een notitie over een nieuw aanbestedingsbeleid aan de Tweede Kamer gezonden: het Visiedocument aanbesteden (Kamerstukken II 2003/04, 29 709 nr. 1). Hierin wordt een aantal beleidsvoorstellen gedaan ter bevordering van de toepassing en naleving van de aanbestedingsregels.

Op 18 november 2004 is over het Visiedocument in de vaste commissie voor Economische Zaken en de vaste commissie voor Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer overleg gevoerd met de Minister van Economische Zaken en de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer. De leden van beide commissies hebben hierbij hun zorg uitgesproken over de naleving van de Europese aanbestedingsregels en het toezicht daarop, het stellen van disproportionele eisen aan ondernemers door aanbestedende diensten, de ondoorzichtigheid van de regelgeving en de hoge kosten van onder andere het gunnen van overheidsopdrachten met een relatief lage waarde. Ook is aandacht gevraagd voor goede regeling van de dagelijkse aanbestedingspraktijk onder de Europese drempelbedragen.

1.5. Opbouw van de toelichting

De doelstellingen van dit wetsvoorstel en de manier waarop deze doelstellingen worden gerealiseerd worden in paragraaf 2 nader toegelicht. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de randvoorwaarden voor het beleid dat ter realisatie van deze doelen wordt voorgesteld. Voorts wordt in paragraaf 4 ingegaan op de kwaliteit van het aanbestedingsproces, in paragraaf 5 op de naleving van de aanbestedingsregels, in paragraaf 6 op de handhaving en de rechtsbescherming en in paragraaf 7 op de administratieve lasten van aanbestedingsregels.

2. Doelen van het wetsvoorstel

De oplossing van de in paragraaf 1.1. geschetste problemen komt neer op het realiseren van twee doelstellingen:

- het waarborgen van een goede uitvoering van de Europese en internationale verplichtingen omtrent aanbestedingen door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, en
- het uitvoeren van het kabinetsstandpunt over de aanbevelingen van de PEC met betrekking tot aanbesteden.

Daartoe worden met dit wetsvoorstel de in paragraaf 1.2. aangekondigde maatregelen genomen. In de hiernavolgende paragrafen worden deze maatregelen nader toegelicht.

2.1. Verplichte toetsing integriteit

Gelet op het door de PEC geconstateerde gebrek aan integer gedrag van overheid en ondernemers in het kader van bouwopdrachten heeft zij de overheid geadviseerd om actiever om te gaan met de door de aanbestedingsrichtlijnen geboden mogelijkheid om niet-integere ondernemers uit te sluiten. Naar aanleiding van de bevindingen van de PEC heeft het kabinet wederom uitgesproken dat de overheid geen zaken dient te doen met niet-integere ondernemers. Sinds 2004 zijn aanbestedende diensten binnen de rijksoverheid om die reden verplicht de integriteit van ondernemers te toetsen bij opdrachten in de sectoren Bouw, ICT en Milieu boven de Europese drempelbedragen (Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren, Stcrt. 2004, nr. 40, p.15, hierna: de beleidsregels integriteit). Op basis van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen was het niet mogelijk om deze integriteitstoets ook aan aanbestedende diensten buiten de rijksoverheid of aan speciale-sectorbedrijven op te leggen. De Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen voorziet immers enkel in een grondslag om de aanbestedingsrichtlijnen te implementeren, en de richtlijnen bevatten niet een verplichting tot het uitvoeren van een integriteitstoets. Met artikel 19 van dit wetsvoorstel wordt het alsnog mogelijk gemaakt om de integriteitstoets op te leggen aan alle aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

2.2. Proportionaliteit

Het waarborgen van een goede uitvoering van Europese en internationale aanbestedingsverplichtingen betekent onder meer dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven proportionele selectiecriteria stellen. Dit wordt uitdrukkelijk in de aanbestedingsrichtlijnen voorgeschreven, maar leidt in de praktijk tot onduidelijkheid en discussie. Ondernemers geven aan dat zij vaak geconfronteerd worden met eisen ten aanzien van technische -of beroepsbekwaamheid of economische of financiële draagkracht die niet in verhouding staan tot de omvang van de opdracht. Hoewel zij de betrokken opdracht kunnen uitvoeren, kunnen zij aan die disproportionele eisen niet of nauwelijks voldoen, hetgeen niet bevorderlijk is voor de marktwerking en concurrentiebevordering. Disproportionele eisen zijn met name een probleem voor nieuwe ondernemingen en het midden- en kleinbedrijf. Teneinde gelijke kansen voor ondernemers te waarborgen en een effectieve mededinging te bevorderen dienen proportionaliteitsnormen vastgesteld te kunnen worden voor overheidsopdrachten. Hiertoe wordt een grondslag geboden in artikel 20 van dit wetsvoorstel.

2.3. Vergroten toegankelijkheid, kenbaarheid en samenhang

Verbetering van de toegankelijkheid en de samenhang van de aanbestedingsregels wordt bereikt door een andere implementatietechniek te gebruiken (zie paragraaf 2.3.1.), door het stimuleren van het gebruik van het elektronisch aanbestedingsinstrument (zie

paragraaf 4) en door de behoefte van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aan het opstellen van eigen aanbestedingsreglementen (beleidsregels) omtrent aanbesteden terug te dringen (zie paragraaf 2.3.2.).

2.3.1. Andere implementatietechniek

In het rapport “De bouw uit de schaduw” van de PEC (Kamerstukken II 2002/03, 28244, nr. 6) heeft de PEC kritiek geuit op de aanbestedingsregelgeving in het bijzonder die betreffende bouwopdrachten. Het gebruik van de verwijzingstechniek voor de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen leidt er volgens de PEC bijvoorbeeld toe dat de concrete voorschriften die door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven moeten worden nagekomen voor hen vaak onduidelijk zijn. Deze techniek is in bovengenoemde besluiten ter implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen (zie noot 1 in paragraaf 1) inmiddels dan ook vervangen door de techniek van omzetting.

2.3.2. Terugdringen versnippering en verkokering aanbestedingsregels

Daarnaast pleitte de PEC ervoor de bestaande versnippering en verkokering van aanbestedingsreglementen tegen te gaan en te komen tot een strakker en eenvormiger juridisch kader voor de opdrachtverlening van werken en een meer coherente wetgeving op het terrein van aanbestedingen in het algemeen. Ook deze kritiek van de PEC is ter harte genomen en in paragraaf 3.1. van de kabinetsreactie op bovengenoemd rapport is toegezegd met een nieuw uniform juridisch kader voor overheidsopdrachten te komen (Kamerstukken II 2002/03, 28244, nr. 24). Overigens hebben ook anderen dan de PEC (onder andere de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, ondernemers(verenigingen) en wetenschaps- en praktijkjuristen) kritiek geuit op het gebrek aan uniformiteit van de aanbestedingsregels en op de praktijk van aanbestedingsreglementen. Deze kritiek houdt met name in dat deze reglementen ofwel beleidsregels (zoals met name het UAR) door hun gedetailleerdheid inflexibiliteit van het aanbestedingsproces in de hand werken.

Als gevolg van deze aanbestedingsreglementen en -beleidsregels is een onwenselijke praktijk van versnippering en verkokering van aanbestedingsregels ontstaan. Teneinde de versnippering en verkokering van aanbestedingsregels als gevolg van de zogenoemde aanbestedingsreglementen terug te dringen, is derhalve in (artikel 21) van dit wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen nadere regels te stellen ter waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure of ter vermindering van administratieve lasten van ondernemers. Voorts is (in artikel 20) van dit wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen bij nadere regeling grenzen te stellen aan de door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf te stellen eisen, voorwaarden en criteria. Het stellen van die nadere regels zal direct tot gevolg hebben dat er minder ruimte bestaat om aanbestedingsreglementen vast te stellen. Overigens hangt de

geconstateerde versnippering en verkokering van aanbestedingsregels als gevolg van de zogenoemde aanbestedingsreglementen in sterke mate samen met de decentrale structuur van het bestuurlijke systeem van Nederland. Kenmerkend voor dat systeem is de ruimte die aanbestedende diensten (o.a. decentrale overheden, rijksoverheden, semi-overheidsinstellingen, zelfstandig bestuursorganen) hebben om ten aanzien van hun bevoegdheden beleid te voeren en dat in beleidsregels vast te leggen.

Het past niet in dit bestuurlijke systeem om met dit wetsvoorstel aanbestedende diensten de vrijheid te ontnemen om beleidsregels op te stellen over bevoegdheden met betrekking tot aanbesteden. Daarnaast is begrijpelijk dat deze reglementen (zoals het Aanbestedingsreglement Werken 2005, hierna: ARW) zijn opgesteld, omdat ze bedoeld zijn om te voorzien in de behoefte van aanbestedende diensten aan informatie over en toelichting op de toepassing van de aanbestedingsregels. Gelet hierop is naast de mogelijkheid om op grond van artikel 21 nadere regels te stellen een aantal flankerende maatregelen nodig waarmee de behoefte aan deze reglementen wordt teruggedrongen door op een andere wijze in de informatiebehoefte van aanbestedende diensten te voorzien.

De maatregelen tot het terugdringen van de versnippering en verkokering van aanbestedingsreglementen zijn gericht op het verminderen van de behoefte bij aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om aanbestedingsreglementen ofwel beleidsregels ten aanzien van het verstrekken van opdrachten op te stellen door daarvoor andere instrumenten aan te bieden, zoals TenderNed. Dit is noodzakelijk omdat de (administratieve) lasten worden teruggedrongen wanneer ondernemers te maken hebben met minder en uniformere aanbestedings(beleids)regels. Totdat deze instrumenten ontwikkeld zijn zal de behoefte blijven bestaan aan de huidige reglementen.

Aanbestedingsreglementen vervullen een drietal functies. Hieronder wordt uiteengezet wat die functies zijn en wordt per functie aangegeven hoe hierin op een andere manier zal worden voorzien.

De eerste functie van deze reglementen is het bieden van informatie over de van toepassing zijnde regels door een stap-voor-stap-beschrijving van de aanbestedingsprocedures die er zijn en van de wettelijke voorschriften waar men per stap mee te maken heeft. Dit stappenplan heeft als voordeel dat het aanbesteden voor de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven routinematiger en daardoor gemakkelijker wordt. Het vermindert de kans op fouten en verlaagt de uitvoeringslasten van een aanbestedingsprocedure. Voor ondernemers heeft deze stappenbeschrijving het voordeel dat zij gemakkelijk kunnen zien hoe een aanbestedingsprocedure precies verloopt en welke eisen aan hen worden gesteld in welke stap.

In deze functie is voor een deel reeds voorzien doordat de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen inmiddels niet meer plaatsvindt door verwijzing naar de artikelen van de aanbestedingsrichtlijnen, maar door het overnemen van de materiële voorschriften uit deze richtlijnen in de implementatieregelgeving (zie paragraaf 2.3.1.). Vanwege de behoefte in de praktijk aan informatie over de stappen in een aanbestedingsprocedure en de daarbij van toepassing zijnde regels zal voorts in deze eerste functie worden voorzien

door het aanbieden van een elektronisch aanbestedingsinstrument. Met dit aanbestedingsinstrument wordt een stappenbeschrijving per procedure gegeven alsmede de wettelijke voorschriften die per stap van toepassing zijn. Bij het opstellen van de toelichting bij dit aanbestedingsinstrument worden de bestaande beleidsregels als vertrekpunt genomen. Daarnaast kunnen in dit aanbestedingsinstrument beproefde alternatieven, voorbeelden en standaarden aangeboden worden die eenvoudig toe te passen zijn. Daardoor blijft de gewenste flexibiliteit behouden en wordt innovatie bij aanbesteden gestimuleerd. Dit aanbestedingsinstrument is inmiddels in gebruik en zal nog verder worden ontwikkeld (zie paragraaf 4).

De tweede functie van aanbestedingsreglementen of -beleidsregels is het geven van aanvullende regels voor het aanbesteden. Dit betreft regels van diverse aard en met verschillende doelstellingen. Sommige regels zijn van administratieve aard en vooral gericht op het stroomlijnen van de procedure. Een voorbeeld daarvan is het gebruik van inschrijfbiljetten. Andere regels zijn gericht op het stellen van eisen aan ondernemers.

In deze tweede functie kan worden voorzien door nadere regels vast te stellen op grond van de artikelen 20 en 21 van dit wetsvoorstel. In het kader van de vaststelling van de concrete aanbestedingsvoorschriften op het niveau van algemene maatregel van bestuur zal worden bezien of en zo ja, hoe bepaalde voorschriften uit de aanbestedingsreglementen of -beleidsregels een plaats moeten krijgen in het nieuwe juridisch kader.

De derde functie van aanbestedingsreglementen of -beleidsregels is het geven van voorschriften voor het verstrekken van (overheids)opdrachten waarvoor geen communautaire of internationale regels gelden, zoals overheidsopdrachten beneden de Europese drempelbedragen. Zo hebben de Ministeries van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, van Verkeer en Waterstaat en van Defensie een beleidsregel voor overheidsopdrachten voor werken vanaf anderhalfmiljoen euro (zie nader onder artikel 21).

Ook in deze derde functie zal worden voorzien door het vaststellen van nadere regels op grond van dit wetsvoorstel (zie de artikelen 19 tot en met 21). Voorts kan hierin worden voorzien door in bovengenoemd elektronisch aanbestedingsinstrument een (of meerdere) modelprocedure(s) op te nemen voor het verstrekken van opdrachten waarvoor geen of beperkte communautaire of internationale regels gelden. Als er in de aanbestedingspraktijk behoefte is aan zo'n modelprocedure, zal PIANOo de totstandkoming van zo'n modelprocedure initiëren. De keuze voor de precieze invulling van deze derde functie is onder meer afhankelijk van de afweging tussen enerzijds de (administratieve) lasten van dergelijke regels en anderzijds de baten van deze regels en van de betrokken alternatieven (zoals een modelprocedure). Zie nader hieromtrent de toelichting op artikel 21 van dit wetsvoorstel.

2.4. Goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen

Voor een goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen is allereerst een basis vereist om onder meer richtlijnen, verordeningen en verdragen te implementeren. Daar is voorts voor nodig dat de hoofdelementen ofwel de belangrijkste duurzame normen van de aanbestedingsregels in het wetsvoorstel worden opgenomen. Daarnaast is voor een goede uitvoering van Europese regelgeving en internationale verdragen tevens een basis nodig voor het stellen van nadere regels omtrent gelijke behandeling, concurrentie en transparantie.

2.4.1. Basis voor implementatie

Teneinde een goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen te waarborgen is het ten eerste nodig om in dit wetsvoorstel een basis te scheppen voor implementatie van Europese en internationale verplichtingen, zowel bestaande als toekomstige verplichtingen.

In het voorjaar van 2004 zijn twee nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld: 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 L134) (hierna: richtlijn nr. 2004/17/EG of aanbestedingsrichtlijn), 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 L134) (hierna: richtlijn nr. 2004/18/EG of aanbestedingsrichtlijn). Met het oog op de implementatietermijn (uiterlijk 31 januari 2006) heeft de implementatie van deze richtlijnen plaatsgevonden op basis van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (hierna: Bass) alsmede door vervanging van de Regeling gegevensverstrekking overheidsaanbestedingen en aanbestedingen nutssector door de Regeling gegevensverstrekking overheidsopdrachten en speciale sectoren.

De Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (Stb. 1993, 212) die tot nu toe als basis diende voor implementatie van Europese aanbestedingsrichtlijnen gaf alleen de mogelijkheid om communautaire maatregelen inzake aanbestedingen te implementeren. Er was geen basis opgenomen voor het stellen van nadere regels, omdat er destijds geen aanleiding was om aan te nemen dat dit nodig was om een goede uitvoering van de aanbestedingsrichtlijnen te waarborgen. Gelet op de beperktere strekking van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen is gekozen voor een wetsvoorstel ter vervanging van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en niet voor een wijziging van deze wet.

Het Bao, het Bass en de Regeling gegevensverstrekking overheidsopdrachten en speciale sectoren zullen na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel gebaseerd zijn op de

Raamwet aanbesteden. In deze regelingen zullen voorts de nadere regels, zoals de regels betreffende integriteit en proportionaliteit worden opgenomen (zie nader hiervoor hoofdstuk 4 van dit wetsvoorstel en de artikelsgewijze toelichting). Ook wijzigingen van de aanbestedingsrichtlijnen, middels een (gedelegeerde) aanbestedingsrichtlijn of gedelegeerde verordening of een beschikking, zullen steeds leiden tot aanpassing van voornoemde regelingen.

In dit wetsvoorstel vindt de implementatie van communautaire en internationale verplichtingen alsook het vaststellen van regels ter uitvoering van het nationale aanbestedingsbeleid in hoofdzaak plaats bij algemene maatregel van bestuur. Op dit uitgangspunt worden twee uitzonderingen gemaakt.

Ten eerste wordt in dit wetsvoorstel een aantal definitiebepalingen uit de communautaire aanbestedingsregelgeving geïmplementeerd. Het betreft de definities die nodig zijn om de reikwijdte en strekking van dit wetsvoorstel te bepalen, zoals de definities van overheidsopdracht, opdracht, raamovereenkomst en aanbestedende dienst. Voorts wordt in dit wetsvoorstel de verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om informatie te verstrekken in het kader van de statistiekverplichting geïmplementeerd (de informatieverplichting voor statistiek: artikel 18 van dit wetsvoorstel). Gelet op het legaliteitsbeginsel dient deze verplichting op het niveau van wet te worden gesteld.

Voor zover dit wetsvoorstel implementatie behelst, wordt in onderstaande transponeringstabel aangegeven welke artikelen van dit wetsvoorstel strekken tot implementatie van (welke) voorschriften uit de aanbestedingsrichtlijnen.

Wetsvoorstel	Richtlijn nr. 2004/17/EG	Richtlijn nr. 2004/18/EG
1, eerste lid	2, eerste lid, onder a	1, negende lid, eerste alinea
1, tweede lid	2, eerste lid, onder a	1, negende lid, tweede alinea, onder a tot en met c
2, eerste lid	2	
2, tweede lid	2	
2, derde lid	2	
3, onder a	2	3
3, onder b	2	3
4	1, zevende lid	1, achtste lid
5		1, eerste en tweede lid
6	1, eerste en tweede lid	
7, onder a tot en met c	1, derde lid	1, derde en vierde lid
7, onder d	1, vierde lid	1, vijfde lid
7, onder e	1, tiende lid	1, elfde lid, onder e
10 en 11	10	2
16		3
18	67	75 en 76

Doordat dit wetsvoorstel voor wat betreft een aantal definities en de statistiekverplichting voorziet in implementatie en deze definities op dit moment zijn opgenomen in Bao en Bass, zullen de besluiten op deze punten worden gewijzigd. De definitie van bijvoorbeeld “overheidsopdracht” moet als gevolg van artikel 5 van dit wetsvoorstel aldus geschrapt worden uit het Bao.

Ten tweede voorziet dit wetsvoorstel bij uitzondering (zie de artikelsgewijze toelichting) in de mogelijkheid om ten aanzien van bepaalde onderwerpen bij ministeriële regeling regels te stellen. Deze uitzonderingen betreffen onderwerpen ter uitvoering van Europese verplichtingen die van administratieve aard zijn, gedetailleerd zijn en die voorts naar verwachting regelmatig en op korte termijn aangepast moeten worden, zoals de Europese drempelbedragen en de standaardformulieren. Voorts betreft dit een aantal aspecten van goede uitvoering van met name de aanbestedingsrichtlijnen, zoals de mogelijkheid om bepaalde overheidsopdrachten aan te wijzen ten aanzien waarvan aanbestedende diensten een integriteitstoets moeten uitvoeren. Zoals hierboven reeds werd vermeld, zullen deze regels en eventuele nieuwe communautaire of internationale verplichtingen worden opgenomen in Bao en Bass, respectievelijk in een op (één van) deze besluiten gebaseerde ministeriële regeling.

2.4.2. De algemene beginselen van aanbesteden

Voor een goede uitvoering van Europese en internationale verplichtingen is voorts nodig dat de hoofdelementen ofwel de belangrijkste duurzame normen van de aanbestedingsregels in het wetsvoorstel worden opgenomen. De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht vormen immers de uitgangspunten voor het concrete gedrag van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven wanneer zij een overheidsopdracht of opdracht verstrekken, een raam- of concessieovereenkomst aangaan, of een prijsvraag uitschrijven, ongeacht of op die opdracht, overeenkomst of prijsvraag specifieke regels (zoals de aanbestedingsrichtlijnen) van toepassing zijn of niet. Zie hiervoor nader de artikelsgewijze toelichting op de artikelen 9 tot en met 16.

2.4.3. Gelijke behandeling, concurrentie, transparantie en het terugdringen van uitvoeringslasten

Zoals gesteld in bovenstaande subparagraaf kende de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen alleen de mogelijkheid om communautaire maatregelen inzake aanbestedingen te implementeren, en was er geen basis opgenomen voor het stellen van nadere regels voor het waarborgen van een goede uitvoering daarvan. Zoals blijkt uit de in paragraaf 1.1. geschetste problemen, zoals de slechte naleving van de aanbestedingsregels, klachten van ondernemers over ongelijke behandeling en over hoge administratieve lasten, alsmede wegens jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) ten aanzien van transparantie maakt dit

wetsvoorstel het daarom mogelijk dat omtrent deze aspecten nadere regels worden vastgesteld. Zie hiervoor nader de artikelsgewijze toelichting op artikel 21.

2.5. Innovatie

Teneinde te waarborgen dat het nieuwe juridisch kader voor aanbestedingsregels voldoende ruimte biedt voor innovatie zijn bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel twee adviezen in overweging genomen. Het advies van het Innovatieplatform “Grenzen zoeken, grenzen verleggen”, d.d. mei 2005 (bijlage bij Kamerstukken II 2004/2005, 27406, nr. 50) bevat twee aanbevelingen met betrekking tot inkopen en aanbesteden. De Regieraad Bouw heeft op 23 september 2005 advies uitgebracht over het juridische kader voor aanbestedingen (Aanbestedingsregels moeten innovatie bouw stimuleren, tussentijdsadvies Regieraad Bouw over juridisch kader aanbestedingen, Gouda 23 september 2005).

Zowel de Regieraad Bouw als het Innovatieplatform zien binnen de aanbestedingsrichtlijnen goede mogelijkheden om de aanbestedingen zodanig in te richten dat innovatie wordt bevorderd. Uit beide adviezen komt naar voren dat het belangrijk is dat opdrachtgevers optimaal gebruik maken van de juridische ruimte in de aanbestedingsregels om innovatiebevorderend in te kopen en aan te besteden. Alhoewel uit de adviezen niet blijkt dat nadere regelgeving ter bevordering van innovatie op dit moment nodig is, wordt de mogelijkheid daartoe wel geboden in dit wetsvoorstel (artikel 21, eerste lid). Dit met het oog op de mogelijkheid dat het in de toekomst alsnog nodig blijkt om hiervoor nadere regels op te stellen.

Aan het advies van de Regieraad Bouw om bij implementatie zo dicht mogelijk bij de aanbestedingsrichtlijnen te blijven is reeds gevolg gegeven bij het opstellen van Bao en Bass. Voorts zal bij het opstellen van de nadere regelgeving op grond van de artikelen 19 tot en met 21 van dit wetsvoorstel gewaarborgd worden dat de juridische ruimte om innovatiebevorderend in te kopen en aan te besteden in beginsel niet wordt beperkt.

Zoals onder meer wordt aangegeven in paragraaf 4 is reeds een aantal initiatieven ingezet om de kennis van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven van de aanbestedingsregels te vergroten en het inkoop- en aanbestedingsbeleid te professionaliseren. Door deze initiatieven (zoals de interdepartementale projectdirectie Professioneel Inkopen en Aanbesteden en het kenniscentrum Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers en het aanbieden en verder ontwikkelen van een elektronisch aanbestedingsinstrument) zal ook de kennis van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven over de mogelijkheden voor innovatiebevorderend inkopen binnen de aanbestedingsregels worden vergroot. De concrete aanbevelingen hieromtrent van de Regieraad Bouw zullen hierbij worden betrokken. In overeenstemming met het advies van het Innovatieplatform zal voorts de toegang tot inkoop- en aanbestedingsprocedures van de overheid worden vergroot door het in paragraaf 4 beschreven elektronisch systeem voor aanbesteden van (overheids)opdrachten.

Innovatief aanbesteden is vooral een kwestie van voldoende bewustzijn van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Zij moeten niet vanzelfsprekend kiezen voor bestaande en uitgeteste methoden, ontwerpen, werken, producten of diensten, maar ondernemers ook de kans geven met iets nieuws te komen. Dit kan al bereikt worden door het voorwerp van de opdracht functioneel te omschrijven in plaats van zelf een oplossing gedetailleerd uit te werken. Ook moet niet vanzelfsprekend gekozen worden voor het gunningscriterium “laagste prijs”. Bij toepassing van het gunningscriterium “economisch meest voordelige aanbidding” bestaat er meer ruimte voor innovatie.

3. Randvoorwaarden voor het beleid

Er zijn randvoorwaarden die bij het opstellen van dit wetsvoorstel gewaarborgd moeten worden. Deze randvoorwaarden gelden overigens te zijner tijd ook bij het voorbereiden en opstellen van de nadere regelgeving.

Allereerst dient dit wetsvoorstel in overeenstemming te zijn met het EG-Verdrag, de aanbestedingsrichtlijnen en de jurisprudentie van het HvJ EG.

Ten tweede dient dit wetsvoorstel te waarborgen dat Europese en internationale verplichtingen ten aanzien van het gunnen van een (overheids)opdracht, het sluiten van een raam- of concessieovereenkomst of het sluiten van een prijsvraag volledig en snel geïmplementeerd kunnen worden. Recente jurisprudentie van het HvJ EG, zoals ten aanzien van inbesteden (zie o.a. HvJ EG inzake Stadt Halle, zaak C-26/03, n.n.g.) en transparantie van (overheids)opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen (zie o.a. HvJ EG inzake Coname, zaak C-231/03, n.n.g.) laat bijvoorbeeld zien dat ontwikkelingen op het gebied van aanbesteden in korte tijd snel kunnen gaan. Het moet daarom mogelijk zijn om aanpassing van de aanbestedingsregelgeving op korte termijn te realiseren.

Ten derde dient het stellen van eisen en voorschriften in aanvulling op en ter verduidelijking van onder meer de aanbestedingsrichtlijnen noodzakelijk te zijn voor het te bereiken doel. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat die aanvullende eisen of voorschriften alleen gelden voor aanbestedende diensten en niet voor de speciale-sectorbedrijven, of dat die eisen of voorschriften alleen betrekking hebben op bepaalde (overheids)opdrachten, overeenkomsten of prijsvragen. Hetzelfde is aan de orde in de aanbestedingsrichtlijnen waarin bijvoorbeeld voor de speciale-sectorbedrijven een lichter aanbestedingsregime is vastgesteld dan voor aanbestedende diensten.

Ten vierde moet er ruimte zijn om nadere regels op te stellen. De aanbestedingsrichtlijnen laten op een aantal aspecten ruimte om nader beleid te voeren. Hierbij gaat het enerzijds om een uitwerking van voorschriften in de richtlijn, zoals de uitsluitingscriteria. De richtlijnen geven in dergelijke gevallen aan de lidstaten soms zelfs de expliciete bevoegdheid tot nadere uitwerking. Anderzijds gaat het om beleid ten aanzien van aspecten of onderwerpen die de richtlijnen niet regelen, zoals opdrachten buiten het regime van de aanbestedingsrichtlijnen (bijvoorbeeld opdrachten met een waarde die minder is dan de Europese drempelbedragen).

Ten vijfde moet ten aanzien van het verbeteren van de naleving en van de toepassing van de aanbestedingsregels gestreefd worden naar het bereiken van de doelen, zoals het voldoen aan Europese en internationale verplichtingen en betere naleving, met zo beperkt mogelijke (administratieve) lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten. Niet kan worden uitgesloten dat bepaald beleid, zoals het verplichten van een integriteitstoets, zodanig wenselijk is dat een stijging van (administratieve) lasten op de koop toegenomen moet worden. In dat geval is het van belang dat in de nadere regelgeving of anderszins voorzieningen worden getroffen om de lasten zo min mogelijk te laten stijgen en om deze lasten voor iedereen inzichtelijk te maken.

4. Kwaliteit van het aanbestedingsproces

4.1. Vergroting van kennis en professionaliteit

Er is een aantal initiatieven gaande om kennis en professionaliteit op het gebied van aanbesteden en inkopen, zowel op rijksniveau als op het niveau van decentrale overheden, te versterken. Zo is in 2001 onder leiding van de Minister van Economische Zaken de interdepartementale projectdirectie Professioneel Inkopen en Aanbesteden (PIA) van start gegaan. Hiermee is een impuls gegeven aan de professionalisering van de inkoop op rijksniveau. PIA stimuleert dat de verschillende overheidsorganisaties binnen de gehele publieke sector beter samenwerken op het gebied van inkopen en aanbesteden.

Voorts is in 2002 mede door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het Kenniscentrum Europa decentraal opgericht. Dit kenniscentrum licht de decentrale overheden voor op het gebied van het Europese recht. Europees aanbesteden is een belangrijk onderwerp van voorlichting.

Tevens hebben de Ministers van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en van Economische Zaken het kenniscentrum PIANOo (Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers) opgericht. Dit kenniscentrum (dat een organisatorisch onderdeel uitmaakt van het ministerie van Economische Zaken) ondersteunt aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het aanbesteden van werken, leveringen en diensten en is sinds september 2005 actief. De aanbestedingsexpertise bij aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zal hierdoor worden vergroot, onder meer door het verspreiden en uitwisselen van bestaande kennis en door het geven van praktische adviezen over de toepassing van de aanbestedingsregels. Dit moet ertoe leiden dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de regels beter naleven. Het is voorts de bedoeling dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven optimaal gebruik leren maken van de mogelijkheden die deze regels bieden, zodat zij efficiënter en effectiever aanbesteden.

4.2. Elektronisch aanbestedingsinstrument

4.2.1. TenderNed

Prorail en Rijkswaterstaat hebben reeds enige tijd goede ervaringen met het gebruik van TenderNed, een systeem van elektronisch aanbesteden van hun (overheids)opdrachten voor werken. Op dit moment wordt dit systeem ook geschikt gemaakt voor het elektronisch aanbesteden van (overheids)opdrachten voor leveringen en diensten. De Nederlandse Staat zal eigenaar worden van TenderNed, naar verwachting op 1 mei 2006. De Minister van Economische Zaken heeft het voortouw bij het verder ontwikkelen van dit systeem voor elektronisch aanbesteden.

Door toepassing van TenderNed kunnen aanbestedingsprocedures geheel elektronisch verlopen. Dit systeem loodst aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven stapsgewijs door het aanbestedingsproces en maakt in elke stap duidelijk welke regels toegepast moeten worden. Dit maakt de aanbestedingsregels beter kenbaar en beter toegankelijk voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. TenderNed voorziet daarmee dus in één van de functies van het huidige ARW (zie paragraaf 2.3.2.).

Dit instrument zal de mogelijkheid bieden tot het administratief vastleggen van de voortgang en de resultaten van lopende aanbestedingen. Ook ondernemers zijn enthousiast over dit systeem. Het instrument stelt ondernemers in de gelegenheid om op elektronische wijze informatie beschikbaar te maken voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, en wel zodanig dat de informatie in meerdere aanbestedingsprocedures gebruikt kan worden. Daarnaast kunnen zij met dit instrument op elektronische wijze hun aanbieding indienen.

Met dit instrument zal aldus een aanzienlijke lastenverlichting worden gerealiseerd voor zowel aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven als voor ondernemers. Voorts verhoogt het gebruik van dit instrument de concurrentie tussen ondernemers en de transparantie van het aanbesteden. Tevens zal met het gebruik van dit instrument de naleving van de aanbestedingsregels worden bevorderd, niet alleen omdat het instrument alle aanbestedingsregels duidelijk weergeeft en uitlegt, maar ook omdat een gedeelte van de regels automatisch wordt gevolgd wanneer het instrument wordt gebruikt. Het aanbestedingsinstrument creëert geen nieuwe regels of verplichtingen maar past uitsluitend bestaande regelgeving toe.

4.2.2. Simap en aanbestedingskalender

(Overheids)opdrachten boven bepaalde (EU) drempelbedragen moeten op grond van Europese regelgeving in Luxemburg worden aangekondigd op de centrale databank voor Europese aanbestedingsopdrachten. Daarvoor zijn 13 standaardformulieren vastgesteld voor de verschillende opdrachten. Aanbestedende diensten kunnen deze standaardformulieren rechtstreeks van de EU website www.simap.eu.cec downloaden en handmatig invullen en verzenden óf elektronisch invullen en verzenden via genoemde

website. Het invullen van de formulieren wordt door aanbestedende diensten als vrij complex ervaren. Daarom is sinds ruim een jaar de overheidsite www.aanbestedingskalender.nl operationeel die aanbestedende dienst door de formulieren helpt, ondermeer door bij de invulling ter ondersteuning standaardteksten aan te reiken. Ook worden de aankondigingen bij toepassing van dit instrument rechtstreeks doorgestuurd naar voornoemde EU databank. In de korte tijd van het bestaan van www.aanbestedingskalender.nl is gebleken dat aanbestedende diensten in toenemende mate gebruik maken van dit instrument om hun opdrachten aan te kondigen, ook voor opdrachten die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen. Dit gratis toegankelijke instrument betekent voor aanbestedende diensten een grote vermindering van lasten en kosten. Het instrument biedt ondernemers die zich aanmelden op heel gemakkelijke wijze toegang tot opdrachten. Het systeem selecteert (zonder kosten voor de ondernemers), voor een ondernemer het type opdrachten waarin een bedrijf zich geïnteresseerd heeft getoond en informeert de ondernemer daarover.

Het elektronisch instrument www.aanbestedingskalender.nl wordt als module in TenderNed opgenomen en verder uitgebouwd met (achtergrond)informatie om de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf in staat te stellen goede keuzes te maken. In deze nieuwe module van TenderNed worden aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven evenals nu bij www.aanbestedingskalender.nl stapsgewijs door de elektronische standaardformulieren geleid. Hierbij worden zij in TenderNed meer dan nu ondersteund met relevante informatie, interpretaties en achtergronden over de verschillende mogelijkheden bij de invulvelden van de verschillende aankondigingen, zoals bij de selectiecriteria, gunningscriteria en de te hanteren termijnen, etc. Voorts worden in deze aankondiging de selectiecriteria, de gunningscriteria en de te hanteren termijnen vermeld. Bij ieder onderdeel van de aankondiging wordt toegelicht waartoe het onderdeel dient en welke regels daarbij van toepassing zijn.

4.2.3. Verplicht gebruik van TenderNed

De ervaring leert dat het gebruik van Simap en aanbestedingskalender de verplichte aankondiging in Luxemburg beter doen verlopen. Dat zal des te sterker gelden voor TenderNed waarin de aanbestedingskalender wordt opgenomen en dat nog wordt voorzien van een aantal hulpmiddelen waarmee de aanbestedingsregels beter kenbaar en beter toegankelijk worden gemaakt voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, en ook voor ondernemers de toegang tot opdrachten wordt vergemakkelijkt. Vanwege de verwachte gunstige effecten van dit instrument voor zowel aanbestedende diensten als voor ondernemers is het wenselijk om aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven voor te schrijven dat de verplichte aankondiging van opdrachten die vallen onder de aanbestedingsrichtlijnen via TenderNed verlopen. De meldingprocedure via Simap wordt daarmee overbodig. Voorts is het gelet op deze effecten wenselijk om daarbij verplicht te stellen dat in deze aankondiging wordt vermeld welke aanbestedingsreglementen of – beleidsregels eventueel van toepassing zijn.

Deze verplichting (op basis van artikel 21) zal uiteraard niet eerder in werking treden dan nadat het instrument volledig functioneel is en uitgetest is. Voorts zal deze verplichting geleidelijk worden ingevoerd voor de verschillende categorieën aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven, (overheids)opdrachten en raam- of concessieovereenkomsten.

Met deze verplichting wordt beoogd de naleving van de aanbestedingsregels te verbeteren. Het wordt de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gemakkelijker gemaakt om de aankondiging op te stellen en zich daarbij beter aan de geldende regelgeving te houden. Het gebruik van TenderNed leidt tot evidente voordelen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Om eventuele aarzelingen om TenderNed te gebruiken weg te nemen, wordt gekozen voor een verplichting tot gebruik van een gedeelte van TenderNed. De voorgestelde verplichting wordt mede ingegeven door de opmerking van de Raad van State over de nieuwe raamwet dat hierin niet voldoende maatregelen worden getroffen tegen het terugdringen van versnippering en verkokering van regelgeving, aan toegankelijkheid van de aanbestedingsregels (waaronder beleidsregels- en reglementen) en aan de slechte naleving. Door bepaalde functies van TenderNed verplicht te stellen zal het elektronisch aanbesteden gestimuleerd worden.

Door een centrale aankondiging en uitnodiging tot mededinging ontstaat er een nationale elektronische marktplaats voor het plaatsen van (overheids)opdrachten en raam- of concessieovereenkomsten. Voorts verhoogt de verplichting tot gebruik van dit instrument de concurrentie tussen ondernemers en de transparantie van het aanbesteden. Daarnaast geeft een verplichting om de aankondigingen via dit nationale ICT instrument te laten lopen inzicht in het aantal opdrachten dat nationaal (en tegelijk op genoemde EU databank) wordt gepubliceerd. Tevens geven deze gegevens inzicht in de naleving van de aanbestedingsregelgeving in Nederland. Daarnaast kunnen deze gegevens als basis dienen voor de statistiekgegevens die jaarlijks aan Brussel geleverd moeten worden en voor te voeren beleid ter bevordering van een betere naleving.

4.3. Kwalificatiesysteem

In het kader van de bevordering van de kwaliteit van het aanbestedingsproces en het beperken van de uitvoerings- en nalevingslasten is onderzocht wat de voor- en nadelen zijn van een (pre-)kwalificatiesysteem voor overheidsopdrachten. Uit het Rapport “Waarom vraagt u dat” (Significant, 8 september 2005) blijkt dat zowel kwalificatie- als registratiesystemen een gunstige kosten/baten verhouding bezitten, waarbij een kwalificatiesysteem de meest gunstige verhouding kent. Echter voor een kwalificatiesysteem waarin kwalificatie geldt als wettelijke voorwaarde voor toelating tot de markt van overheidsopdrachten (een zogenoemd toelatingssysteem of erkenningssysteem zoals in België wordt gebruikt voor de aannemers van werken) lijkt weinig draagvlak bij aanbestedende diensten te bestaan. Dit heeft te maken met de rigiditeit van het systeem en met het verschuiven van de verantwoordelijkheid van een aanbestedende dienst naar een kwalificatie-instelling. De onderzoekers bevelen dan ook

aan te starten met een nationaal systeem voor registratie van ondernemers en daar in een later stadium elementen van kwalificatie aan toe te voegen. Het is in het belang van alle spelers op de markt voor overheidsopdrachten dat er één uniform registratiesysteem wordt ontwikkeld. Dit kan volgens hen worden bereikt door bestaande en voorgenomen initiatieven onder te brengen in één systeem voor elektronisch aanbesteden. Het in paragraaf 4.2. beschreven systeem TenderNed is zo'n systeem. In dat systeem zal het ICT-aanbestedingsinstrument dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven door het aanbestedingsproces loodst, kunnen worden geïntegreerd. Met een nationaal elektronisch aanbestedingssysteem zal een aanzienlijke lastenverlichting worden gerealiseerd voor zowel aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven als voor ondernemers.

5. Naleving van aanbestedingsregels

5.1. Naleving laat veel te wensen over

Uit het eerste nalevingsonderzoek dat de Minister van Economische Zaken heeft laten uitvoeren naar de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in Nederland in 2002 (Significant, 2004), bleek dat de naleving van de aanbestedingsregelgeving bij zowel de rijksoverheid als (met name) bij de decentrale overheden veel te wensen overliet. Een tweede nalevingsonderzoek, uitgevoerd over 2004, wijst uit dat de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in alle gemeten sectoren is verbeterd ten opzichte van 2002, maar dat het tempo van verbetering onvoldoende is om op afzienbare tijd te kunnen spreken van een goede naleving.

Ondernemers klagen wel over het (niet) naleven van de aanbestedingsregelgeving door centrale en decentrale overheden, maar niet zozeer over het (niet) naleven van de aanbestedingsregelgeving door de speciale-sectorbedrijven. Derhalve zijn er vooralsnog geen signalen dat zij de aanbestedingsregels onvoldoende naleven.

5.2. Bevordering naleving

Met het oog op het verbeteren van de naleving is bij de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen in het Bao en het Bass gekozen voor een andere implementatietechniek dan voorheen werd gebruikt bij de implementatie van de aanbestedingsregels. Zoals vermeld in paragraaf 2 wordt in het Bao en het Bass niet meer verwezen naar de voorschriften in de aanbestedingsrichtlijnen. In plaats daarvan zijn in het Bao en het Bass de verplichtingen uit de aanbestedingsrichtlijnen (in beginsel één op één) overgenomen.

Het bevorderen van de naleving van de aanbestedingsregels is ook een belangrijk aandachtspunt bij het opstellen van dit wetsvoorstel en bij de verdere uitwerking in de nadere regelgeving. Bij de afweging over te treffen maatregelen om betere naleving te bereiken is aan de orde geweest of er een toezichthouder moest worden ingesteld. Door

ondernemersorganisaties is hier sterk op aangedrongen. Ook het Adviescollege toetsing administratieve lasten (Actal) heeft in zijn advies van 5 september 2005 geadviseerd om te overwegen om een toezichthouder in te stellen, onder andere omdat een toezichthouder eenvoudiger verbeteringen in het gedrag van aanbestedende diensten zou kunnen afdwingen. Voor het instellen van een toezichthouder op het gebied van aanbestedingen bestaat op dit moment echter onvoldoende aanleiding, omdat er recent ontwikkelingen in gang gezet zijn die naar de verwachting van het kabinet voldoende zijn om de benodigde verbetering van de naleving te bereiken.

De eerste en belangrijkste ontwikkeling betreft de in paragraaf 4 beschreven initiatieven om kennis en professionaliteit op het gebied van aanbesteden en inkopen alsmede de naleving van de aanbestedingsregels te stimuleren, zowel op rijksniveau als op het niveau van decentrale overheden. Vooral het gebrek aan deskundigheid en juiste informatie lijkt namelijk de oorzaak te vormen van de slechte naleving. Daarom krijgt de kenbaarheid, toegankelijkheid en uitleg van de regelgeving en de verhoging van de professionaliteit van het opdrachtgeverschap zoveel aandacht.

De tweede ontwikkeling betreft het versterken van het interne toezicht bij de decentrale overheden door nieuwe maatregelen. Zo is met ingang van de jaarrekening 2004 de accountantscontrole bij gemeenten en provincies verscherpt. De accountant moet nu een rechtmatigheidsverklaring afgeven (of weigeren) en kan niet meer volstaan met het maken van opmerkingen hieromtrent in het verslag van bevindingen. Het al dan niet rechtmatig handelen is daardoor mede bepalend voor de vraag of een decentrale overheid wel of geen goedkeurende accountantsverklaring krijgt. Daardoor komen de Europese aanbestedingsregels en andere Europese regels steeds meer onder de aandacht van de regionale en lokale bestuurders. De accountant zal in het kader van de rechtmatigheidscontrole onder meer controleren of er is gehandeld conform de aanbestedingsregelgeving. Niet-rechtmatig gedane opdrachtverleningen kunnen leiden tot of bijdragen aan een niet-goedkeurende accountantsverklaring bij de jaarrekening.

De versterking van het interne toezicht op aanbestedingen bij de decentrale overheden is vergelijkbaar met de versterking van het interne toezicht op aanbestedingen die eerder op het niveau van de rijksoverheid heeft plaatsgevonden. Uit de ervaring daarmee blijkt dat als dit eenmaal goed is georganiseerd, dit op relatief korte termijn tot verbetering van het aanbestedingsgedrag leidt. Zo heeft de invoering van de verplichte rechtmatigheidscontrole bij de rijksoverheid met als sanctie het niet goedkeuren van de jaarrekening vanwege onder meer het niet naleven van de aanbestedingsregelgeving geleid tot een verbetering van de aandacht voor en het gebruik van de aanbestedingsregels. Het kabinet verwacht dan ook dat door de verscherpte accountantscontrole de naleving van de aanbestedingsregels door de decentrale overheden aanmerkelijk zal verbeteren.

De derde ontwikkeling betreft de voorstellen die naar aanleiding van het kabinetsstandpunt De Europese dimensie van toezicht (Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138) worden voorbereid ter versterking van de toezichtinstrumenten ter afdwinging van de naleving van Europese regels door de decentrale overheden. Hierbij moet onder

meer gedacht worden aan het invoeren van een wettelijke bevoegdheid tot het geven van een bijzondere aanwijzing als door de nationale of Europese rechter of door de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: de Commissie), is vastgesteld dat een decentrale overheid het gemeenschapsrecht heeft geschonden” (Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 23). Vooralsnog wordt in het kader van de uitvoering van dit kabinetsstandpunt gedacht aan een aanwijzingsbevoegdheid in een algemene wet, zoals de Wet toezicht Europese subsidies, in plaats van een aanwijzingsbevoegdheid in specifieke wetten.

5.3. Toezichthouder niet nodig

Gelet op bovenstaande is het kabinet derhalve van mening dat het instellen van een toezichthouder op het gebied van aanbestedingen op dit moment niet nodig is. In de evaluatie, die voor het eerste maal drie jaar na inwerkingtreden van de wet zal plaatsvinden, zal dit punt expliciet aan de orde komen. (zie ook toelichting bij art. 18)

Ondernemers kunnen, in aanvulling op bovenstaande ontwikkelingen, overigens ook de naleving bevorderen. Als zij vinden dat een aanbestedingsprocedure niet volgens de regels verloopt, kunnen zij gebruik maken van de mogelijkheden om te klagen over de gang van zaken in een aanbestedingsprocedure. Voorts kunnen zij een aanbestedingsgeschil aanhangig maken bij de civiele rechter. Deze mogelijkheden worden in paragraaf 6 uiteengezet en toegelicht.

Om een beeld te krijgen van (verbetering van) de naleving van de aanbestedingsregels zal de Minister van Economische Zaken hier periodiek onderzoek naar doen. Indien uit dit onderzoek knelpunten blijken, zal voornoemde minister voorstellen voor het oplossen van die knelpunten doen. In het kader van de evaluatie (zie de toelichting bij artikel 27) zal de (on)tevredenheid van ondernemers over het naleven van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven worden onderzocht.

6. Rechtsbescherming en handhaving

6.1. Handhaving

Evenals de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (die door dit wetsvoorstel wordt vervangen) is ook in dit wetsvoorstel sprake van civielrechtelijke handhaving. Zoals uiteengezet in paragraaf 5, is op grond van recente ontwikkelingen die een betere naleving van de aanbestedingsregels zullen bevorderen, afgezien van het instellen van een toezichthouder.

Aangezien arbitrage in geschillen omtrent de naleving van de aanbestedingsregels als gevolg van (artikel 22 van) dit wetsvoorstel niet meer mogelijk zal zijn, is niet uit te sluiten dat deze aanbestedingsgeschillen in de toekomst meer voor de civiele rechter gebracht zullen worden dan onder de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen het geval is. Onder de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen worden echter relatief

weinig aanbestedingsgeschillen voor de civiele rechter gebracht. Uit onderzoek blijkt dat 3% van de ondernemers ooit een aanbestedingsgeschil voor rechter of arbiter heeft gebracht. Er valt een tendens waar te nemen dat ondernemers eerder naar de rechter stappen met een aanbestedingsgeschil, maar op dit moment is er geen aanwijzing dat het aantal geschillen op korte termijn een hoge vlucht zal nemen. Overigens bestaat de indruk dat op dit moment arbitrage uitsluitend plaats vindt met betrekking tot (overheids)opdrachten voor werken. Juist ten aanzien van deze opdrachten voor werken is arbitrage omtrent aanbestedingsgeschillen voor het Rijk reeds uitgesloten in het ARW 2004. Gelet op bovenstaand zal artikel 22 van dit wetsvoorstel aldus naar verwachting weinig invloed hebben op de belasting van de rechterlijke macht noch op de geschilkosten van bedrijven.

6.2. Rechtsbescherming

6.2.1. Civiele rechter bevoegd in aanbestedingsgeschillen

De rechtsbeschermingsrichtlijnen (richtlijn nr. 89/665/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, PbEG L 395, en richtlijn nr. 92/13/EEG van de Raad van de Europese Unie van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PbEG L 76, hierna: richtlijn nr. 89/665/EEG, respectievelijk richtlijn nr. 92/13/EEG of rechtsbeschermingsrichtlijn) stellen een aantal waarborgen waaraan de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen moet voldoen.

De rechtsbescherming voor aanbestedingsgeschillen valt onder dezelfde regeling als de rechtsbescherming voor overeenkomsten en onrechtmatige-daadsacties in het algemeen. Een ondernemer die meent dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf de aanbestedingsregels niet goed heeft toegepast, kan bij de civiele rechter een vordering uit onrechtmatige daad (artikel 162, Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) instellen.

In alle spoedeisende zaken waarin een onmiddellijke voorziening van de rechter wordt vereist, kan men een civielrechtelijk kort geding voeren. In een kortgedingprocedure kunnen verschillende voorzieningen getroffen worden ter voorkoming van onrechtmatig handelen of tot opheffing van een onrechtmatige toestand, zoals: een bevel tot toelating tot inschrijving, een verbod van gunning (aan een ander dan eiser of een met naam genoemde derde), schorsing van de uitvoering van een overeenkomst of de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, en een bevel tot (her)aanbesteding. De voorzieningenrechter kan deze voorzieningen treffen in de fase waarin nog geen

overeenkomst tot stand is gekomen tussen de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en een gegadigde alsook in de fase waarin zo'n overeenkomst al tot stand gekomen is. In het laatste geval zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (ter uitvoering van de getroffen voorziening) veelal een reeds gesloten overeenkomst moeten opzeggen of de uitvoering ervan moeten opschorten. Het opzeggen van een overeenkomst zal in zijn algemeenheid leiden tot schadeplichtigheid van de betrokken aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf jegens zijn contractspartner.

De beslissing van een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf of een (overheids)opdracht al dan niet wordt aanbesteed overeenkomstig Bao of Bass en beslissingen gedurende een aanbestedingsprocedure zijn naar Nederlands recht niet voor bezwaar en beroep vatbare beslissingen. Voor zover een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf tevens bestuursorgaan is, gaat het immers steeds om voorbereidingshandelingen die vooraf gaan aan het sluiten van een privaatrechtelijke rechtshandeling (te weten het aangaan van een overeenkomst). Ingevolge artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht kan tegen dit soort beslissingen geen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld.

In de literatuur is een aantal kritische vraagtekens geplaatst bij de effectiviteit en toereikendheid van de bestaande rechtsbescherming in aanbestedingszaken. Zo wordt wel gesteld dat de voorzieningenrechter alleen evidente schendingen van het aanbestedingsrecht zelf kan afdoen. In gevallen waarin sprake is van complexere vragen, zouden ondernemers veelal moeten wachten op de uitkomst van de bodemprocedure. Gelet op de gemiddelde duur van een bodemprocedure zou volgens de critici aldus geen sprake zijn van een effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken. Ook de Regieraad Bouw en het Innovatieplatform menen dat (het functioneren van) de rechtsbescherming aandacht behoeft. Het Innovatieplatform heeft voorgesteld om bij twee of drie rechtbanken een aanbestedingskamer te creëren. Ten slotte wordt in de literatuur wel de vraag opgeworpen of zich geen frictie voordoet tussen het Nederlandse systeem van civielrechtelijke rechtsbescherming in aanbestedingszaken en de systematiek van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Hoewel het kabinet van mening is dat de civiele rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen op dit moment voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld in de rechtsbeschermingsrichtlijnen, is het gelet op de aangekondigde herziening van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, de dynamiek van de jurisprudentie over deze richtlijnen en de kritische vragen uit de wetenschap en de praktijk wenselijk om onderzoek te verrichten naar de effectiviteit van de huidige rechtsbescherming in de praktijk.

6.2.2. Arbitrage bij aanbestedingsgeschillen

De PEC heeft in haar rapport kritiek geuit op de praktijk van aanbestedende diensten om geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: de Raad) bij overheidsopdrachten voor werken standaard op te leggen aan ondernemers. Gelet op de samenstelling van de Raad, waarin uitsluitend door de constituerende verenigingen van

opdrachtnemers (het Koninklijk Instituut van Ingenieurs, de Koninklijke Maatschappij tot bevordering der Bouwkunst, Bond van Nederlandse Architecten en de Vereniging Algemeen Verbond Bouwbedrijf) voorgedragen leden zitting hebben, zou geschilbeslechting door de Raad, met name voor niet bij deze verenigingen aangesloten ondernemers en voor de aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven een onvoldoende onafhankelijke geschilbeslechting zijn. Gelet hierop zijn maatregelen getroffen tot het wijzigen van de samenstelling van de Raad, onder andere door ook opdrachtgevers invloed te geven op de samenstelling van de Raad.

Ondanks voornoemde maatregelen is het kabinet evenals de PEC van mening dat het gebruik van een arbitraal beding in het kader van een aanbestedingsprocedure op gespannen voet staat met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Gelet hierop wordt in dit wetsvoorstel bepaald dat geschillen betreffende de naleving van deze wet of de daarop gebaseerde bepalingen niet voorgelegd kunnen worden aan een arbiter, indien daardoor aan ondernemers de gang naar de rechter wordt onthouden. Geschillen omtrent de uitvoering van de overeenkomst kunnen nog wel aan een arbiter worden voorgelegd. Dit uitgangspunt is overigens tevens vastgelegd in het ARW.

6.2.3. Klachten omtrent aanbestedingen

Naast de civiele rechtsingang beschikt de ondernemer over een aantal mogelijkheden om te klagen over de gang van zaken in een aanbestedingsprocedure. Zo kunnen ondernemers op grond van de Algemene wet bestuursrecht bij ieder bestuursorgaan klachten over gedragingen van (een medewerker van) dat bestuursorgaan indienen. Voorts is als gevolg van de Wet extern klachtrecht voorzien in een eenvormige regeling voor de klachtenbehandeling door een onafhankelijke externe partij, zoals de Nationale Ombudsman. Als een ondernemer meent dat het bestuursorgaan zijn klacht niet voldoende heeft behandeld, kan hij aldus een klacht indienen bij een onafhankelijke externe. Ten slotte kan de ondernemer ook een klacht indienen bij de Commissie.

Indien een ondernemer van mening is dat het handelen van een andere onderneming in strijd is met bijvoorbeeld de Mededingingswet of het Wetboek van Strafrecht, dient hij zich te wenden tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit respectievelijk het Openbaar Ministerie.

Ten slotte is het bestaande praktijk dat ondernemers de Minister van Economische Zaken als coördinerend minister voor aanbestedingen benaderen met vragen over de aanbestedingsregels in het algemeen of over de toepassing van die regels in een concrete aanbestedingsprocedure. Deze vragen worden beantwoord. Voorts wordt, indien een ondernemer aangeeft dat hij niet tevreden is over de gang van zaken in een concrete aanbesteding, aangegeven waar deze ondernemer met zijn klacht of vordering terecht kan: bij de betrokken aanbestedende dienst zelf (klacht), bij de rechter (vordering) of bij de Commissie (een klacht die kan leiden tot een inbreukprocedure of ingebrekestelling). Ook de internetsite van het Ministerie van Economische Zaken zal ondernemers van de nodige informatie voorzien.

7. Administratieve lasten en bedrijfseffecten

7.1. Administratieve lasten

Zoals in het Visiedocument Aanbesteden is aangegeven, wordt bij de herziening van het juridisch kader voor aanbestedingen gestreefd naar het voorkomen van nieuwe en het verminderen van bestaande (administratieve) lasten van aanbesteden voor ondernemers, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Administratieve lasten zijn de kosten voor ondernemers om te voldoen aan informatieverplichtingen die voortvloeien uit regelgeving van de overheid. Voor aanbestedende diensten veroorzaakt het volgen van een aanbestedingsprocedure uitvoeringslasten.

Dit wetsvoorstel bevat geen informatieverplichtingen voor ondernemers. Op grond van de nadere regelgeving die op grond van dit wetsvoorstel zal worden vastgesteld zal een aanbestedende dienst en een speciale-sectorbedrijf in het kader van een aanbestedingsprocedure wel een aantal informatieverplichtingen aan ondernemers opleggen. Deze nadere regelgeving bestaat voor het overgrote deel uit voorschriften die in de aanbestedingsrichtlijnen zijn opgenomen en die aldus, uit hoofde van de implementatieverplichting, in de nadere regelgeving opgenomen moeten worden en op dit moment ook al gelden. De (omvang van de) administratieve lasten die voortvloeien uit de nadere regelgeving die strekt tot implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen kan slechts in beperkte mate beïnvloed worden door de wijze van implementatie. Voor zover de nadere regelgeving het gevolg is van het beleid ter waarborging van een goede uitvoering en toepassing van de Europese en internationale aanbestedingsverplichtingen, ligt dat genuanceerder.

Hierbij kan ten eerste worden gedacht aan het beleid ten aanzien van het uitsluiten van niet-integere ondernemers. Op grond van de aanbestedingsrichtlijnen is niet-integer gedrag van een ondernemer een grond om hem uit te sluiten. De aanbestedingsrichtlijnen bevatten echter geen verplichting om de integriteit van ondernemers te toetsen. Het opnemen van een dergelijke verplichting is aldus aanvullend beleid. Tegelijkertijd is dit beleid de facto noodzakelijk om te bereiken dat de verplichting om niet-integere ondernemers uit te sluiten daadwerkelijk en goed wordt uitgevoerd. Dit beleid zal naar verwachting leiden tot nieuwe lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten. De omvang van die lasten is onder meer afhankelijk van de opzet van de toets (welke informatie moet de ondernemer overleggen?) en van de reikwijdte van de verplichting (voor welke aanbestedende diensten, opdrachten en overeenkomsten geldt de verplichting?).

Tegelijkertijd zullen voorzieningen worden getroffen om de lasten van dit integriteitsbeleid zo laag mogelijk te houden. Door ondernemers bijvoorbeeld het recht te geven om tot in een ver stadium van het aanbestedingsproces te volstaan met eigen verklaringen kunnen lasten worden beperkt. Bij gebruikmaking van een eigen verklaring hoeven bedrijven immers in eerste instantie niet alle vereiste verklaringen en bewijzen aan een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf te overleggen, maar hoeft alleen de

beperkte groep ondernemers die in beginsel (op basis van de selectie- of gunningseisen) in aanmerking komt voor de (overheids)opdracht, raam- of concessieovereenkomst of prijs, die vereiste verklaringen en bewijzen te overleggen.

Een tweede voorbeeld betreft het voorkomen van het stellen van disproportionele eisen door aanbestedende diensten aan onder meer de draagkracht en bekwaamheid van ondernemers. De toegang van ondernemers tot de markt voor (overheids)opdrachten wordt beperkt doordat disproportioneel hoge eisen worden gesteld. Door grenzen te stellen aan selectiecriteria wordt voorkomen dat disproportionele eisen worden gesteld. Het stellen van deze grenzen zal tevens de (administratieve) lasten voor ondernemers en wellicht ook de uitvoeringslasten voor aanbestedende diensten laten dalen.

Een derde voorbeeld betreft het voornemen tot verplicht gebruik van TenderNed door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Een vierde voorbeeld betreft de mogelijkheid om op grond van dit wetsvoorstel aanbestedende diensten een zekere uniformering voor te schrijven aangaande de informatie die zij van ondernemers vragen. Hierdoor zal een lastenverlichting worden bereikt voor ondernemers. Ook kunnen door het verregaand toepassen van elektronische informatie-uitwisseling tussen aanbestedende diensten en ondernemers en door elektronisch aanbesteden lasten worden beperkt (paragraaf 4). Derhalve moet worden geconcludeerd dat pas op het moment dat regels vorm krijgen in nadere regelgeving de omvang van de (administratieve) lasten bepaald kan worden.

Uit eerder onderzoek is gebleken dat de naleving van de aanbestedingsregels door een groot deel van de aanbestedende diensten gebrekkig is. Omdat het totaal van nalevinglasten nagenoeg evenredig stijgt met de verbetering in de mate van naleving van de regels zal de nagestreefde verbeterde naleving dus leiden tot een even grote toename in lasten. Ook wordt het aantal ondernemers dat besluit mee te dingen en een offerte uit te brengen onder andere beïnvloed door de mate waarin ondernemers (in een bepaald economisch tij) geïnteresseerd zijn in nieuwe opdrachten. Hoe meer interesse, hoe hoger het totaal van de lasten. Ook door voorgenomen opdrachten breder kenbaar te maken zal het aantal geïnteresseerde ondernemers stijgen en zullen de lasten evenredig daarmee toenemen. Verder bepaalt de financiële ruimte bij de overheid het aantal opdrachten dat de overheid verstrekt, respectievelijk het aantal aanbestedingsprocedures dat wordt gevolgd, en daarmee de totale omvang van lasten voor ondernemers. Aldus fluctueert het totaal van (administratieve) lasten in sterke mate en zijn deze lasten slechts in beperkte mate het gevolg van de regelgeving.

Gelet hierop is het beter om te bezien op welke wijze de regelgeving de gemiddelde kosten van een gemiddelde aanbestedingsprocedure beïnvloedt. Daartoe zijn de gemiddelde kosten van de verschillende aanbestedingsprocedures onderzocht. In de loop van 2004 en 2005 is een nulmeting van de (administratieve) lasten van aanbestedingsprocedures uitgevoerd ter bepaling van (i) de omvang van de administratieve lasten van bedrijven die voortvloeien uit aanbestedingsprocedures van de centrale overheid en (ii) de omvang van de lasten van de centrale overheid die voortvloeien uit aanbestedingsprocedures (Meting lasten van aanbesteden door de

Centrale Overheid, Meting van de lasten voor bedrijven en overheid als gevolg van aanbestedingen van de Centrale Overheid in Nederland, 15 april 2005). Dezelfde metingen zijn in een vervolgonderzoek verricht met betrekking tot aanbestedingsprocedures van de decentrale overheden (Meting lasten van aanbesteden door gemeenten, provincies en waterschappen, SIRA Consulting, 14 november 2005).

De uitgevoerde onderzoeken brengen de (administratieve) lasten van ondernemers en de aanbestedende diensten per aanbestedingsprocedure nauwkeurig in beeld. Het blijkt dat de kosten van de verschillende aanbestedingsprocedures aanzienlijk verschillen. Bij het opstellen van de nadere regelgeving kan op basis van de database uit beide onderzoeken het verwachte effect van nieuwe maatregelen op de (administratieve) lasten in een bepaalde aanbestedingsprocedure goed worden bepaald. Derhalve zullen bij het opstellen van de nadere regelgeving de gemiddelde kosten van de aanbestedingsprocedures onder het oude regime worden vergeleken met de gemiddelde kosten daarvan onder het nieuwe regime.

Voorts volgen uit deze onderzoeken de totale lasten van aanbesteden.

Lasten voor aanbestedende diensten (van de centrale overheid) en ondernemers als gevolg van aanbesteden door de *centrale* overheid in 2004:

Lasten voor aanbestedende diensten		€18,5 miljoen
Lasten voor ondernemers		€48,4 miljoen
- waarvan administratieve lasten	€28,9 miljoen	
- waarvan overige lasten	€19,5 miljoen	
Totaal		€66,9 miljoen

Lasten voor aanbestedende diensten (van de decentrale overheid) en ondernemers als gevolg van aanbesteden door de *decentrale* overheid in 2004:

Lasten voor aanbestedende diensten		€100,5 miljoen
Lasten voor ondernemers		€251,7 miljoen
- waarvan administratieve lasten	€ 33,3 miljoen	
- waarvan overige lasten	€218,4 miljoen	
Totaal		€352,2 miljoen

Lasten voor publiekrechtelijke instellingen en ondernemers als gevolg van aanbesteden door de *publiekrechtelijke instellingen* in 2004:

Lasten voor aanbestedende diensten		€ 33,3 miljoen
Lasten voor ondernemers		€ 80,2 miljoen
- waarvan administratieve lasten	€11,9 miljoen	
- waarvan overige lasten	€68,3 miljoen	
Totaal		€113,5 miljoen

Lasten voor alle aanbestedende diensten en ondernemers

als gevolg van alle aanbesteden (centrale en decentrale overheid en publiekrechtelijk diensten) in 2004:

Lasten voor aanbestedende diensten		€152,3 miljoen
Lasten voor ondernemers		€380,3 miljoen
- waarvan administratieve lasten	€ 74,1 miljoen	
- waarvan overige lasten	€306,2 miljoen	
Totaal		€532,6 miljoen

Bij de vaststelling van de nadere regelgeving zal ingegaan worden op de kwantitatieve wijziging van (administratieve) lasten van aanbesteden voor ondernemers, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

7.2. Bedrijfseffecten

Dit wetsvoorstel regelt in essentie de wijze waarop “de overheid” en “semi-overheden” als opdrachtgevers met de markt omgaan. De voorschriften die op grond van onderhavig wetsvoorstel kunnen worden vastgesteld zijn in hoofdzaak gericht tot aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Een voorschrift dat gericht is op aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven kan indirect gevolgen hebben voor ondernemers die meedingen naar een (overheids)opdracht. Een voorbeeld hiervan is de verplichting voor aanbestedende diensten om een integriteitstoets uit te voeren, hetgeen ertoe leidt dat ondernemers bepaalde informatie moeten verstrekken aan aanbestedende diensten.

Aanbestedende diensten zijn in hoofdzaak “overheden”. Daarentegen bestaat de categorie speciale-sectorbedrijven grotendeels uit ondernemingen. Dit zijn ondernemingen waarop de overheid een overwegende invloed heeft, alsmede ondernemingen die beschikken over een bijzonder of uitsluitend recht. Gelet hierop heeft de bedrijfseffectentoets geen betrekking op aanbestedende diensten, maar wel op speciale-sectorbedrijven en op de ondernemers die meedoen aan een aanbestedingsprocedure.

De categorie speciale-sectorbedrijven betreft bedrijven in de sectoren energie, water, en vervoer. Voorbeelden van speciale-sectorbedrijven zijn luchthaven Schiphol, Tennet, waterleidingbedrijven en de Nederlandse Spoorwegen.

De categorie ondernemers die meedingen naar een (overheids)opdracht is een onbepaalde groep bedrijven waarvan de samenstelling en omvang per aanbestedingsprocedure wisselend zal zijn. Voor een opdracht voor werken zullen bijvoorbeeld ondernemers uit andere sectoren zich melden dan voor een opdracht voor leveringen of diensten. Ook het aantal aanbestedingsprocedures verschilt. Voorts bestaan er al naar gelang de bedrijfssector verschillen tussen het aantal ondernemers dat aan een aanbestedingsprocedure deelneemt. Zo blijkt uit het bovengenoemde onderzoek van Sira Consulting (zie paragraaf 7.1.) dat aan een aanbesteding door de centrale overheid gemiddeld 20 bedrijven deelnemen en dat – al dan niet via voorafgaande selectie - in de sector diensten gemiddeld 3 tot 9 ondernemers een offerte indienen, in de sector

leveringen gemiddeld 3 tot 6 ondernemers en in de sector werken gemiddeld 4 tot 8 ondernemers. Hierbij zijn zowel de zogenoemde onderhandse procedures (waarin slechts om 3 offertes wordt gevraagd) en de openbare en niet-openbare procedures in de zin van richtlijn nr. 2004/18/EG gemiddeld.

Binnen de categorieën bedrijven (speciale-sectorbedrijven en ondernemers) ondervindt niet iedereen in dezelfde mate de effecten van de voorschriften die op grond van dit wetsvoorstel kunnen worden vastgesteld. Zo zal de integriteitstoets zodanig worden opgezet dat de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure in eerste instantie alleen een "eigen verklaring" hoeven te overleggen. Slechts een kleine groep ondernemers zal de officiële bewijsstukken, zoals een integriteitsverklaring aanbesteden, moeten verstrekken (zie toelichting bij artikel 19).

De verplichtingen die op grond van dit wetsvoorstel kunnen worden vastgesteld brengen verschillende kosten en baten met zich mee. Zo veroorzaakt het uitvoeren van de integriteitstoets bijvoorbeeld kosten voor de speciale-sectorbedrijven, omdat zij bepaalde informatie moeten opvragen en beoordelen. Voor ondernemers bestaan de kosten van deze toets uit het moeten aantonen dat zij aan de integriteitseisen voldoen. Gelijksoortige indirecte effecten voor ondernemers zijn gemoeid met het aantonen dat zij voldoen aan de overige door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gestelde selectiecriteria (zoals ervaringseisen).

Tegenover de kosten verbonden aan de uitvoering van de integriteitstoets staat als maatschappelijk voordeel dat een ondernemer die niet aan de integriteitseisen voldoet, van het deelnemen aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten. Het bevorderen van de integriteit van ondernemers die deelnemen aan zodanige procedures is een belangrijke doelstelling van dit wetsvoorstel en zal een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de gewenste "cultuuromslag" in de bouwsector. Omdat ook overtredingen van de milieuwetgeving tot uitsluiting kunnen leiden is er ook een positief milieu-effect te verwachten van dit beleid.

Met name van de voorschriften (a) betreffende het stellen van grenzen aan de eisen die aanbestedende diensten mogen stellen aan de draagkracht en bekwaamheden van ondernemers (artikel 20 van dit wetsvoorstel) en (b) ter bevordering van gelijke behandeling van ondernemers, de concurrentie tussen ondernemers en de transparantie en ter waarborging van uniformiteit van aanbestedingsprocedures en vermindering van administratieve lasten (artikel 21 van dit wetsvoorstel) wordt als effect verwacht dat meer ondernemers met kans op succes kunnen deelnemen aan aanbestedingsprocedures. Indien aanbestedende diensten proportionele selectiecriteria stellen zullen bijvoorbeeld kleine en middelgrote ondernemers gemakkelijker kunnen meedingen naar overheidsopdrachten, waarvoor zij voorheen niet in aanmerking kwamen. Dit wetsvoorstel draagt aldus bij aan een goede werking van de markt.

Dit wetsvoorstel heeft naar zijn aard geen effect op het Nederlandse vestigingsklimaat noch op de concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven.

Artikelsgewijs

Artikelen 1 tot en met 7

Voor de terminologie en bijbehorende definities in dit wetsvoorstel vormen de termen en definities in de aanbestedingsrichtlijnen het uitgangspunt. Van dat uitgangspunt is alleen afgeweken waar dat strikt noodzakelijk was, zoals het geval is ten aanzien van het begrip aanbestedende dienst (zie de toelichting op de artikelen 1 en 2).

Waar de reikwijdte van een definitie in een bepaald geval onduidelijk is, geldt steeds dat zij zo moet worden uitgelegd dat het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijnen niet in gevaar wordt gebracht (zie onder meer HvJ EG inzake Scala, zaak C-399/98, 2001, blz. I-5409, punt 53 e.v.). Voorts zijn de algemene beginselen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het Verdrag) en de uitspraken van het HvJ EG van belang.

In de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen was het aantal definities beperkter dan in dit wetsvoorstel omdat de reikwijdte van eerstgenoemde wet beperkt was tot de algemene bevoegdheid om Europese aanbestedingsregels te implementeren. Doordat in dit wetsvoorstel ook een aantal andere bevoegdheden wordt gecreëerd en er enige concretisering plaats moet vinden in de reikwijdte van die bevoegdheden (om blanco delegatie te voorkomen), moet een aantal termen (en daardoor de definities van die termen) worden overgeheveld van het niveau van algemene maatregel van bestuur (het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren) naar het niveau van wet. Dit betreft onder meer de definities van overheidsopdracht, opdracht, raamovereenkomst en aanbestedende dienst.

artikel 1, eerste lid, en artikel 2, eerste lid

Zowel in richtlijn nr. 2004/17/EG als in richtlijn nr. 2004/18/EG staat de term “aangebestedende dienst” centraal. Hoewel de betekenis van dit begrip en de voorschriften in beide richtlijnen nogal uiteen lopen, was het (in tegenstelling tot in onderhavig wetsvoorstel) niet nodig om in de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen onderscheid te maken tussen de aanbestedende diensten in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG en die van richtlijn nr. 2004/18/EG. Dat onderscheid was pas nodig op het niveau van de besluiten (Besluit aanbestedingen speciale-sectorbedrijven en Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten). De introductie in dit wetsvoorstel van de bevoegdheid om nadere regels vast te stellen, zoals de regels om te voorkomen dat disproportionele eisen worden gesteld, heeft tot gevolg dat in dit wetsvoorstel al onderscheid gemaakt moet worden tussen de aanbestedende diensten in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG en die in de zin van richtlijn nr. 2004/18/EG. Op grond van de huidige inzichten hoeven niet alle nadere regels ook te gelden voor aanbestedende diensten in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG. De regels betreffende proportionaliteit

zullen bijvoorbeeld niet gelden voor aanbestedende diensten in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG.

Het onderscheid tussen de aanbestedende diensten in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG en de aanbestedende diensten in de zin van richtlijn nr. 2004/18/EG is gerealiseerd door in dit wetsvoorstel te spreken van “speciale-sectorbedrijf” wanneer het gaat om een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG, en van “aangebestede dienst” wanneer het gaat om een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn nr. 2004/18/EG.

Onder aanbestedende diensten worden verstaan de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke instellingen. Wanneer een aanbestedende dienst een activiteit uitoefent die is aangewezen bij ministeriële regeling (zoals de exploitatie van vaste netten voor openbare dienstverlening op het gebied van de distributie van gas of elektriciteit), is een aanbestedende dienst (voor zover het die activiteit uitoefent) tevens speciale-sectorbedrijf. Het begrip speciale-sectorbedrijf omvat namelijk een aanbestedende dienst, een overheidsbedrijf, of een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, wanneer deze een bij ministeriële regeling aangewezen activiteit uitoefent (zie nader de toelichting op de artikelen 2 en 3).

Naast de groep van aanbestedende diensten bevat richtlijn nr. 2004/18/EG tevens een aantal voorschriften voor drie categorieën organisaties die niet vallen onder de definitie van aanbestedende dienst. Dit betreft bedrijven of instellingen waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder of uitsluitend recht is verleend (artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG), de subsidie-ontvanger die bepaalde opdrachten voor werken of diensten verleend die voor meer dan 50% rechtstreeks wordt gesubsidieerd door aanbestedende diensten (artikel 8 van richtlijn nr. 2004/18/EG), en een concessiehouder van openbare werken die geen aanbestedende dienst is (artikel 63, e.v. van richtlijn nr. 2004/18/EG). De voorschriften die op deze organisaties van toepassing zijn, zijn geïmplementeerd in de artikelen 3, 8 en 64 tot en met 66 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Dit betreft voorschriften die na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel gebaseerd zijn op artikel 17, eerste lid.

artikel 1, tweede lid

De inhoud en reikwijdte van het begrip publiekrechtelijke instelling is nog sterk in ontwikkeling. Leidend uitgangspunt is dat het begrip steeds functioneel moet worden uitgelegd (zie HvJ EG 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 HvJ EG is inmiddels een aantal concrete uitgangspunten te herleiden. Deze zijn grotendeels neergelegd in de nieuwsbrief nummer 24 van het Interdepartementaal Overleg Europees Aanbesteden (IOEA), d.d. oktober 2002 die is te vinden op de aanbestedingssite van het Ministerie van Economische Zaken (<http://www.aanbesteden.EZ.nl>).

Uit het Mannesmann-arrest (HvJ EG, zaak C-44/96, 1998, blz. I-00073) is duidelijk 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 deze instelling is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. 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, blijft de instelling een publiekrechtelijke instelling. Het maakt geen verschil of de commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon die tot dezelfde groep of hetzelfde concern hoort als de instelling. Van behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard is blijkens onder andere 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, en
- bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en
- ofwel winst oogmerk als hoofddoel heeft,
- ofwel zelf de verliezen draagt die voortvloeien uit zijn activiteiten.

Behoeften van algemeen belang van niet-industriële of -commerciële aard betreffen in het algemeen behoeften die op een andere manier verzadigd worden dan door de beschikbaarheid van goederen of diensten op een markt en waarin bijvoorbeeld de Staat zelf voorziet ofwel er controle op uitoefent. Voorts heeft het HvJ EG in het arrest SIEPSA (HvJ EG 16 oktober 2003, zaak C- 283/00, n.n.g.) beslist dat wanneer een organisatie waarvan de Staat de enige aandeelhouder is een belangrijke rol speelt in de uitvoering van het beleid van de regering, verondersteld moet worden dat sprake is van een publiekrechtelijke instelling. 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 de Staat, maar die volgens het HvJ EG in functionele zin wel geacht moest worden deel uit te maken van de Staat. Dit omdat onder meer 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 artikel 1, tweede lid, sub a tot en met c, 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 gezien 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” waardoor een afhankelijkheidsrelatie wordt gecreëerd of wordt versterkt, anders dan de afhankelijkheid die in normale commerciële relaties bestaat. Onder “in hoofdzaak” verstaat het HvJ EG dat het om 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).

De in bijlage III van richtlijn nr. 2004/18/EG opgenomen lijst van publiekrechtelijke instellingen heeft in het licht van bovenstaande jurisprudentie slechts een indicatieve waarde. Ook de bijlagen I tot en met X van richtlijn nr. 2004/17/EG en bijlage IV van richtlijn nr. 2004/18/EG zijn niet-limitatieve lijsten van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Door reorganisaties, privatisering, verzelfstandiging en dergelijke, kan een organisatie op enig moment ten onrechte niet of wel als aanbestedende dienst op deze lijsten voorkomen. Veranderingen op de betrokken markten kunnen eveneens tot gevolg hebben dat instellingen die geen speciale-sectorbedrijf meer zijn toch op de lijst voorkomen. Gelet hierop maken deze indicatieve lijsten geen onderdeel uit van de aanbestedingsregelgeving, maar zijn ze te vinden op de aanbestedingswebsite van het Ministerie van Economische Zaken (<http://www.aanbesteden.EZ.nl>).

artikel 2

Zoals hierboven al is vermeld, omvat het begrip speciale-sectorbedrijf zowel een aanbestedende dienst als een overheidsbedrijf, of een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, wanneer deze een activiteit uitoefent die is aangewezen bij ministeriële regeling.

Doordat een zekere overlap bestaat tussen de begrippen aanbestedende dienst en speciale-sectorbedrijf is het mogelijk dat een speciale-sectorbedrijf tevens een aanbestedende dienst is. Op grond van artikel 11 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten sluit de toepasselijkheid van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren de toepassing van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten uit. Voorts bevat artikel 8 van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren een regeling voor opdrachten die een speciale-sectorbedrijf gunt in het kader van meerdere activiteiten dan een activiteit die op grond van artikel 2, eerste lid, onderdeel c, bij ministeriële regeling is aangewezen.

De reden om de relevante activiteiten, op grond van artikel 2, eerste lid, onderdeel c, bij ministeriële regeling aan te wijzen is dat vanwege de voortschrijdende liberalisering regelmatig wijzigingen te verwachten zijn. Een dergelijke wijziging zal ingevolge de procedure van artikel 30 van richtlijn nr. 2004/17/EG en de Beschikking van de Commissie van 7 januari 2005 (Beschikking van de Commissie van 7 januari 2005 betreffende de praktische regels voor de toepassing van de procedure van artikel 30 van Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB EG nr. L 7) voorts op korte termijn geëffectueerd moeten kunnen worden. Een beschikking van de Commissie dat richtlijn nr. 2004/17/EG niet langer van toepassing is op een in deze richtlijn aangewezen activiteit heeft tot gevolg dat het toepassingsbereik van de Nederlandse aanbestedingsregelgeving moet worden gewijzigd overeenkomstig die beschikking. Dat dient voorts op het door de Commissie in haar artikel 30-beschikking genoemde tijdstip gerealiseerd te zijn. Dat lukt alleen als het toepassingsbereik bij ministeriële regeling gewijzigd kan worden.

artikel 3

Beide aanbestedingsrichtlijnen kennen de termen bijzondere of uitsluitende rechten. Zo is op grond van richtlijn nr. 2004/17/EG (zie artikel 2, tweede lid) een speciale-sectorbedrijf onder andere een bedrijf of instelling die bijzondere of uitsluitende rechten heeft en een relevante activiteit (ofwel in het kader van dit wetsvoorstel: een aangewezen activiteit) uitoefent. Voor de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten is aangesloten bij artikel 25a, onderdelen b en c, van de Mededingingswet. Met dit artikel is uitvoering gegeven aan artikel 2, eerste lid, onder f en g van richtlijn nr. 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PbEG L 195, hierna: de transparantierichtlijn). Hoewel de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten in richtlijn nr. 2004/17/EG niet volledig overeenkomt met de definitie daarvan in de transparantierichtlijn is mede gelet op het feit dat deze begrippen afkomstig zijn uit artikel 86, eerste lid, van het Verdrag, aannemelijk dat met beide definities eenzelfde afbakening wordt beoogd. Hierbij is tevens van belang dat artikel 2, derde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG in grote mate overeenkomt met artikel 2, eerste lid, onder f en onder g, derde gedachtestreep, van de transparantierichtlijn. Voorts wordt in overweging nr. 25 van richtlijn nr. 2004/17/EG opgemerkt “Ook rechten die in enige vorm, ook via concessieovereenkomsten, door een lidstaat aan een beperkt aantal ondernemingen zijn toegekend op basis van objectieve evenredige en niet-discriminerende criteria die iedereen die daaraan voldoet de mogelijkheid bieden van deze rechten gebruik te maken, kunnen niet worden aangemerkt als bijzondere of uitsluitende rechten”, hetgeen overeenkomt met artikel 2, eerste lid, onder g, eerste gedachtestreep van richtlijn nr. 80/723/EEG. Voor zover met “bijzondere of uitsluitende rechten” in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG een andere afbakening wordt beoogd dan in richtlijn nr. 80/723/EEG, houdt het overnemen van de definitie uit artikel 25a,

onderdelen b en c, van de Mededingingswet slechts het risico in zich dat hierdoor de toepassing van richtlijn nr. 2004/17/EG groter is dan met artikel 2, tweede en derde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG wordt beoogd. In dit licht bezien biedt het uit oogpunt van eenduidigheid en duidelijkheid de voorkeur om voor de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten in dit wetsvoorstel aan te sluiten bij artikel 25a, onderdelen b en c van de Mededingingswet.

artikelen 5 en 6

De in de artikelen 5 en 6 van dit wetsvoorstel opgenomen definitie van de begrippen overheidsopdracht en opdracht bevatten twee belangrijke elementen: “overeenkomst” en “onder bezwarende titel”.

Het onderscheid tussen overheidsopdracht en opdracht is nodig vanwege de wens om ten aanzien van bepaalde overheidsopdrachten nadere regels vast te stellen die niet van toepassing zullen zijn op opdrachten van speciale-sectorbedrijven (zie de toelichting ten aanzien van artikelen 1 tot en met 7). Het enige inhoudelijke verschil tussen deze twee begrippen is dat opdrachten worden verleend door speciale-sectorbedrijven en overheidsopdrachten door aanbestedende diensten. Overigens wordt in richtlijn 2004/17/EG eveneens gesproken van opdrachten in plaats van overheidsopdrachten.

Door te spreken van overeenkomst is duidelijk dat er geen sprake is van een overheidsopdracht of een opdracht in de zin van dit wetsvoorstel wanneer middels een eenzijdige rechtshandeling (indirect) een opdracht wordt verleend, bijvoorbeeld het instellen van een dienst of zelfstandig bestuursorgaan. Van een overeenkomst onder bezwarende titel is niet alleen sprake als de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een geldbedrag betaalt, maar ook als een andersoortige economische tegenprestatie wordt verstrekt, bijvoorbeeld een op geld waardeerbare andere tegenprestatie.

Overheidsopdrachten en opdrachten voor werken in de zin van dit wetsvoorstel betreffen enerzijds het ontwerpen en uitvoeren en anderzijds het laten uitvoeren van in een ministeriële regeling aan te wijzen werkzaamheden of van een werk. Dit wetsvoorstel heeft aldus ook betrekking op overheidsopdrachten waarbij de aanbestedende dienst zowel het ontwerp als de uitvoering of het gehele projectmanagement (inclusief financiering) aanbesteedt. De aangewezen werkzaamheden zullen steeds volledig overeenkomen met de werkzaamheden die in bijlage XII van richtlijn nr. 2004/17/EG, respectievelijk bijlage I van richtlijn nr. 2004/18/EG zijn opgenomen ter definiëring van het begrip overheidsopdracht voor werken. Aangezien deze integraal moet worden overgenomen in de implementatieregelgeving, is gekozen voor aanwijzing van deze werkzaamheden op het niveau van ministeriële regeling (zie nader de toelichting op artikel 17).

De in artikel 5, tweede lid, onderdeel a, sub 2, opgenomen toevoeging “met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet” beoogt ontduiking van de aanbestedingsplicht, bijvoorbeeld door een financiële constructie, te voorkomen. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat een

projectontwikkelaar zich ertoe verbindt een gebouw op te trekken dat aan tevoren door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet, de voorfinancieringslasten te dragen en de eigendom op korte of lange termijn over te dragen aan de aanbestedende dienst. Alleen aankopen van reeds bestaande werken die niet zijn gebouwd om aan tevoren door die aanbestedende dienst vastgestelde eisen te voldoen, vallen buiten de werkingssfeer van dit wetsvoorstel.

Een (overheids)opdracht die betrekking heeft op de aankoop, leasing, huur of huurkoop van producten alsmede de daarbij komende werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van de levering is een (overheids)opdracht voor leveringen in de zin van artikel 5, tweede lid, onder c, en artikel 6, tweede lid, onder b, van dit wetsvoorstel.

Alle (overheids)opdrachten die geen betrekking hebben op werken of leveringen zijn (overheids)opdrachten voor diensten in de zin van dit wetsvoorstel. Wanneer een (overheids)opdracht zowel diensten als leveringen of werken betreft, is de waarde van de verschillende onderdelen doorslaggevend. Net als de werkzaamheden bedoeld in artikel 5, tweede lid, onderdeel a, sub 1, is bij de in artikel 5, tweede lid, onder d, sub 1, bedoelde diensten sprake van een lijst die integraal moet worden overgenomen uit de aanbestedingsrichtlijnen (zie bijlage XVII van richtlijn nr. 2004/17/EG en bijlage II van richtlijn nr. 2004/18/EG). Ook hier is derhalve gekozen voor aanwijzing op het niveau van ministeriële regeling.

artikel 7

Bij een concessieovereenkomst voor openbare werken of een concessieovereenkomst voor diensten (artikel 7, onderdeel a tot en met c) gaat het steeds om een (overheids)opdracht voor werken of diensten. Het verschil is dat de tegenprestatie voor de uitvoering van het werk of de dienst niet bestaat uit een betaling van een geldbedrag ter hoogte van de waarde van het werk of de dienst, maar uit het verlenen van een recht aan de aannemer of dienstverlener om het werk of de dienst te exploiteren. De verlening van het recht kan gepaard gaan met de betaling van een bepaald bedrag.

Een raamovereenkomst in de zin van 7, onderdeel d, van dit wetsvoorstel is niet steeds een overheidsopdracht of een opdracht. Indien een raamovereenkomst geen leverings- of afnameverplichting in het leven roept, is geen bezwarende titel aanwezig, en is aldus geen sprake van een overheidsopdracht noch een opdracht. Wanneer een raamovereenkomst niet overeenkomstig het Bao (respectievelijk de aanbestedingsrichtlijnen) wordt aanbesteed, zijn de nadere opdrachten die op de raamovereenkomst worden gebaseerd in beginsel overheidsopdrachten of opdrachten. Voorts kan het zo zijn dat een raamovereenkomst (overheids)opdrachten betreft 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 aanbesteed moeten worden overeenkomstig de aanbestedingsrichtlijnen (respectievelijk het Bao of het Bass).

Artikelen 9 tot en met 13

Het Verdrag bevat de beginselen van vrij verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal alsmede het beginsel van vrije vestiging. Het toepassen door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven van de daarvan afgeleide beginselen zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie garanderen daadwerkelijke mededinging bij het verstrekken van (overheids)opdrachten en het sluiten van raam- of concessieovereenkomsten. Gelet op het advies van de Raad van State om de hoofdelementen ofwel de belangrijkste duurzame normen van de aanbestedingsregels op te nemen in het wetsvoorstel zijn derhalve in de artikelen 9 tot en met 13 de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht neergelegd. Deze beginselen vormen de uitgangspunten voor het concrete gedrag van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven wanneer zij een overheidsopdracht of opdracht verstrekken, een raam- of concessieovereenkomst aangaan, of een prijsvraag uitschrijven, ongeacht of op die opdracht, overeenkomst of prijsvraag specifieke regels van toepassing zijn of niet. Deze algemene beginselen zijn voor bepaalde typen opdrachten uitgewerkt in specifieke regels. Ook bij de toepassing van specifieke regels zoals die zijn opgenomen in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren dienen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aldus steeds de algemene beginselen in de artikelen 9 tot en met 13 van dit wetsvoorstel in acht te nemen (zie artikel 9). Dat deze algemene beginselen van toepassing zijn op (overheids)opdrachten, raam- of concessieovereenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, volgt uit de jurisprudentie van het HvJ EG inzake Telaustria (zaak C-324/98, 2000, blz. I-10745), Unitron Scandinavia (zaak C-275/98, 1999, blz. I-08291), Coname (zaak C-231/03, n.n.g.) en Parking Brixen (zaak C-458/03, n.n.g.). Hierin overweegt het HvJ EG dat ook wanneer de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, uit de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten voortvloeit dat moet worden voldaan aan de eisen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Het HvJ EG noemt het beginsel van proportionaliteit niet in bovenstaande jurisprudentie. Wel is dit beginsel genoemd in overweging nr. 2 van richtlijn nr. 2004/18/EG als een beginsel dat evenals de beginselen gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie voortvloeit uit de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten. Voorts wordt in de aanbestedingsrichtlijnen met verschillende voorschriften nadere uitwerking gegeven aan dit beginsel. Gelet hierop is in dit wetsvoorstel ook dit beginsel expliciet opgenomen.

De eisen die concreet voortvloeien uit deze beginselen verschillen naar gelang de aard, omvang, waarde, etc. van (het voorwerp van) de opdracht, de overeenkomst of de prijsvraag. Voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn, zijn de concrete eisen voor een groot deel uitgewerkt in voorschriften in die richtlijnen. Zoals hierboven is opgemerkt, blijven de algemene beginselen steeds van toepassing, ook wanneer er concrete voorschriften van toepassing zijn. Voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de

aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts gedeeltelijk van toepassing zijn (zoals op dit moment nog de (overheids)opdrachten onder de Europese drempelbedragen), dient steeds per individuele opdracht, overeenkomst of prijsvraag te worden bezien welke eisen voortvloeien uit de beginselen die zijn opgenomen in de artikelen 10 tot en met 13. Hierbij moet voorts worden bedacht dat van de omstandigheden van het concrete geval afhankelijk is hoe deze beginselen zich in het concrete geval tot elkaar verhouden. Op dit moment biedt bovenvermelde jurisprudentie onvoldoende helderheid over de concrete gevolgen die deze uitspraken hebben voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts gedeeltelijk van toepassing zijn. Bijvoorbeeld is onduidelijk hoe het Coname-arrest uitgelegd moet worden ten aanzien van opdrachten van een zeer geringe economische betekenis.

Mede gelet op de aankondiging van een mededeling van de Commissie omtrent deze materie, is de verwachting dat die helderheid in de nabije toekomst wel zal ontstaan. In het kader van artikel 21 zal nader worden ingegaan op de wenselijkheid om, zodra voorbedeelde helderheid er is, nadere regels te stellen voor het verstrekken van opdrachten buiten het volledige regime van richtlijn nr. 2004/18/EG (zoals overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen) ter bevordering van de gelijke behandeling, de concurrentie en de transparantie en ter waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure of ter vermindering van administratieve lasten.

artikelen 10 tot en met 12

Deze artikelen betreffen de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Het bepaalde in artikel 10 en 11 betreft implementatie van artikel 2 van richtlijn nr. 2004/18/EG en van artikel 10 van richtlijn nr. 2004/17/EG (zie de transponeringstabel in paragraaf 4.2.1.). Artikel 12 bevat een nadere concretisering van de in de artikelen 10 en 11 neergelegde beginselen. Deze concretisering is door het HvJ EG aangebracht in bovengenoemde zaken *Telaustria*, *Unitron Scandinavia*, *Coname* en *Parking Brixen*. Hoewel het in deze jurisprudentie steeds gaat om een casus betreffende opdrachten van aanbestedende diensten, zijn de overwegingen van het HvJ EG in deze zaken van dien aard dat ze ook geacht moeten worden zich uit te strekken tot opdrachten van speciale-sectorbedrijven. Het eerste en tweede lid van artikel 12 hebben daarom zowel betrekking op aanbestedende diensten als op speciale-sectorbedrijven. De begrippen ‘bijzondere omstandigheden’ en ‘objectieve rechtvaardigingsgronden’ moeten vanzelfsprekend beperkt worden uitgelegd en in overeenstemming met het Europese recht worden geïnterpreteerd.

De in artikel 12, derde lid opgenomen uitzondering op de verplichting tot “passende openbaarheid” is daarentegen beperkt tot aanbestedende diensten. Ook deze uitzondering volgt uit de overwegingen van het HvJ EG in bovengenoemde zaken. Hoewel ook deze uitzondering in de jurisprudentie van het HvJ EG naar analogie van toepassing kan worden verklaard op speciale-sectorbedrijven, ligt dat niet voor de hand omdat richtlijn

nr. 2004/17/EG (zie artikel 23) en Bass (zie artikel 20) reeds een specifieke regeling bevatten voor het verstrekken van opdrachten door speciale-sectorbedrijven aan een aan hem verbonden onderneming of aan een gemeenschappelijke onderneming (waarvan hij eventueel onderdeel uitmaakt). Deze specifieke regeling voorziet voor speciale-sectorbedrijven reeds in een gelijksoortige afwijkingsmogelijkheid van de aanbestedingsplicht als voor aanbestedende diensten is voorzien in artikel 12, derde lid. Richtlijn nr. 2004/18/EG kent niet een regeling die vergelijkbaar is met artikel 23 van richtlijn nr. 2004/17/EG. Zie voorts de toelichting op artikel 21 omtrent de grondslag voor het stellen van nadere regels ter uitvoering, waarborging en bevordering van de gelijke behandeling, de concurrentie en de transparantie.

Met de aanduiding “potentieel belanghebbende ondernemers” in artikel 12, eerste lid, wordt beoogd om de groep ondernemers ten aanzien waarvan de waarborg aanwezig moet zijn in redelijkheid te beperken tot die ondernemers die in het concrete geval een behoorlijke aanbieding kunnen of hadden kunnen uitbrengen. Die kring is aldus beperkt tot ondernemers die actief zijn op de markt waarop de (overheids)opdracht, raam- of concessieovereenkomst of prijsvraag betrekking heeft.

Artikel 13

Dit artikel introduceert het beginsel van proportionaliteit als een algemeen beginsel dat moet worden toegepast bij het verstrekken van (overheids)opdrachten, het sluiten van raam- of concessieovereenkomsten en het uitschrijven van prijsvragen. Uitwerkingen van dit beginsel zijn onder meer te vinden in de artikelen 23, tweede lid, 38, eerste lid, 48, tweede lid, en 53, eerste lid, onder a, van richtlijn nr. 2004/18/EG (zie de artikelen 23, tweede lid, 38, eerste lid, 49, tweede lid, en 54, eerste lid, onder a, Bao).

Het proportionaliteitsbeginsel moet in alle fasen van het aanbestedingsproces in acht worden genomen. Dit is noodzakelijk teneinde te voorkomen dat de concurrentie onnodig en ongerechtvaardigd wordt belemmerd. Met name bij het formuleren van de in artikel 13, tweede lid, onder a tot en met c bedoelde eisen en criteria is van belang dat dit beginsel wordt gehonoreerd. Steeds dienen de eisen en criteria die een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt gerelateerd te zijn aan en noodzakelijk te zijn gelet op (a) het doel, (b) de aard en (c) het voorwerp van de overheidsopdracht, opdracht, raam- of concessieovereenkomst of prijsvraag.

Artikelen 14 tot en met 16

De artikelen 14 tot en met 16 hebben betrekking op een categorie opdrachtgevers die hoewel zij geen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn toch bepaalde voorschriften of beginselen in acht moeten nemen wanneer zij een (bepaalde) overeenkomst sluiten. In deze artikelen wordt steeds gesproken van “overeenkomst onder bezwarende titel”, omdat de term “(overheids)opdracht volgens de definitie in de

aanbestedingsrichtlijnen alleen betrekking heeft op een overeenkomst onder bezwarende titel die een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf aangaat.

Artikel 14 betreft de categorie concessiehouders voor openbare werken die geen aanbestedende dienst zijn. Ingevolge de artikelen 63 tot en met 65 van richtlijn nr. 2004/18/EG (zie artikelen 64 tot en met 66 van Bao) rusten op een dergelijke concessiehouder een aantal verplichtingen wanneer hij (in zijn hoedanigheid van concessiehouder) een overeenkomst aangaat. Zo moet deze concessiehouder voordat hij een overeenkomst met een bepaalde waarde aangaat, bekendmaken dat hij van plan is om een overeenkomst te sluiten. Die aankondiging moet aan bepaalde vereisten voldoen. Voorts moet deze concessiehouder bepaalde termijnen in acht nemen opdat ondernemers de tijd hebben een aanbieding te doen. Het doel van deze verplichtingen is te bewerkstelligen dat deze concessiehouders in beginsel pas na concurrentiestelling overgaan tot het sluiten van een overeenkomst. Dat is derhalve het uitgangspunt dat is neergelegd in artikel 14.

Artikel 15 betreft de subsidie-ontvanger die geen aanbestedende dienst is. Op grond van artikel 8 van richtlijn nr. 2004/18/EG (zie artikel 8 Bao) moet een subsidie-ontvanger wanneer hij voor een daarin genoemde opdracht voor 50% of meer wordt gesubsidieerd door een aanbestedende dienst, die opdracht overeenkomstig richtlijn nr. 2004/18/EG aanbesteden. Ook hier is het doel van deze verplichtingen om te bewerkstelligen dat deze subsidie-ontvangers in beginsel pas na concurrentiestelling overgaan tot het sluiten van een overeenkomst. Dat is derhalve het uitgangspunt dat is neergelegd in artikel 15 van dit wetsvoorstel.

Artikel 16 betreft de zogenoemde organisaties met uitsluitende of beperkte rechten die evenals de concessiehouder en subsidie-ontvanger als bedoeld in de artikelen 14 en 15 geen aanbestedende dienst zijn. In artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG is bepaald dat een aanbestedende dienst die bijzondere of uitsluitende rechten verleent aan organisaties die geen aanbestedende dienst zijn, in de akte waarbij deze rechten worden verleend, moet bepalen dat deze organisaties het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit moeten naleven wanneer zij opdrachten voor leveringen plaatsen in het kader van de uitoefening van hun bijzonder of uitsluitend recht. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 3 Bao. Met deze verplichting wordt uiteindelijk beoogd dat deze organisaties het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in acht moeten nemen wanneer zij in het kader van de uitoefening van hun bijzondere of uitsluitende rechten een overeenkomst onder bezwarende titel aangaan. Met artikel 16 wordt aldus een extra waarborg aangebracht om deze doelstelling te bereiken.

In artikel 16 wordt (net als in artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG) gesproken van het beginsel van non-discriminatie van nationaliteit. Artikel 10 ziet daarentegen (net als artikel 2 van richtlijn nr. 2004/18/EG) op het beginsel van non-discriminatie. Uit dit verschil in woordgebruik in richtlijn nr. 2004/18/EG wordt afgeleid dat met artikel 3 van richtlijn nr. 2004/18/EG beoogd wordt een beperktere verplichting op te leggen aan de organisaties met een bijzonder of uitsluitend recht dan aan de aanbestedende diensten. Vooralsnog bestaat er geen jurisprudentie van het HvJ EG op dit punt.

Ter uitvoering van deze algemene beginselen en ter implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen blijven de concrete voorschriften die zijn vervat in de artikelen 3, 8, en 64 tot en met 66 van Bao, nog steeds noodzakelijk.

Artikelen 8 en 17

artikel 8, en artikel 17, eerste lid

Het begrip “aanbestedingsrichtlijn of -verordening” (artikel 8, onderdeel a) ziet niet alleen op de richtlijnen met nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG, maar op alle Europese regelgeving betreffende aanbesteden, voor zover deze gebaseerd is op de in artikel 8, onder a, genoemde bepalingen van het Verdrag. Teneinde nader te concretiseren hoe ver de delegatiebevoegdheid van artikel 17 reikt, is in artikel 17, eerste lid, bepaald dat dit wetsvoorstel alleen basis biedt voor implementatie voor zover de aanbestedingsrichtlijn- of verordening betrekking heeft op procedurevoorschriften, de geschiktheid van ondernemers, het stellen van technische eisen, gunningscriteria, het verstrekken van informatie, de geheimverklaring en de geschilbeslechting. Voorts dient de richtlijn of verordening te zien op het gunnen van een overheidsopdracht of een opdracht, het sluiten van een raam- of concessieovereenkomst, of het houden (uitschrijven) van een prijsvraag.

De bevoegdheid om te implementeren ziet gelet op bovenstaande in beginsel ook op de zogenoemde rechtsbeschermingsrichtlijnen (onder andere Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PbEG L395)). Zoals in het algemene deel van de toelichting uiteen is gezet, is de geschilbeslechting in aanbestedingszaken dezelfde als de civiele rechtsbescherming ten aanzien van overeenkomsten in het algemeen. Er kan echter niet worden uitgesloten dat het in sommige gevallen zal gaan om procedurele of administratieve voorschriften die naar hun aard beter passen bij de aanbestedingsvoorschriften die zijn opgenomen in de richtlijnen met nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG. Een dergelijk voorschrift zal in dat geval worden vastgesteld op basis van artikel 17 van dit wetsvoorstel.

Voorts ziet de bevoegdheid om op basis van dit wetsvoorstel te implementeren op jurisprudentie van het HvJ EG omtrent de implementatie en toepassing van aanbestedingsrichtlijnen of -verordeningen of voornoemde rechtsbeschermingsrichtlijnen. Regelmatig brengt deze jurisprudentie met zich mee dat de regelgeving ter implementatie van deze richtlijnen moet worden gewijzigd of aangevuld. Een voorbeeld is de uitspraak van het HvJ EG inzake Alcatel (HvJ EG, zaak C-81/98, 1999, blz. I-7671). Naar aanleiding van deze uitspraak moest in de regelgeving van de lidstaten een voorziening worden getroffen waardoor het voor ondernemers mogelijk is om de gunningsbeslissing ter discussie te stellen bij de rechter voordat de overeenkomst tot stand komt (zie artikel 55 Bao).

artikel 17

Artikel 17, eerste lid, van dit wetsvoorstel vormt de basis voor het vaststellen van alle regelgeving die ter uitvoering van communautaire en internationale verplichtingen op het gebied van aanbesteden noodzakelijk is. In de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen werd voorzien in implementatie bij algemene maatregel van bestuur. In dit wetsvoorstel blijft implementatie bij algemene maatregel van bestuur het uitgangspunt. Alleen in een aantal bijzondere en specifiek omschreven gevallen wordt ook voorzien in de mogelijkheid om te implementeren bij ministeriële regeling (zie voor dit laatste artikel 2, eerste lid, artikel 5, tweede lid, onderdeel a, sub 1, en onderdeel d, sub 1, artikel 17, tweede lid, artikel 18, eerste lid, artikel 19, eerste lid, artikel 20 en artikel 21, tweede lid, van dit wetsvoorstel).

De in dit wetsvoorstel gekozen uitgangspunten passen in de kabinetsvisie die is neergelegd in de brief van de Minister van Justitie van 27 juli 2004 over versnelde implementatie (Kamerstukken I 2004/05, 29200 VI, nr. F). Zoals in deze brief wordt aangegeven is het belang van tijdige implementatie groot, omdat te late implementatie een formele schending van het gemeenschapsrecht oplevert en in de praktijk de rechtszekerheid schaadt en de juiste werking van de interne markt kan verstoren. Ook moet rekening gehouden worden met mogelijke schadeclaims en boetes. De beschikbaarheid van adequate delegatiegrondslagen is voor tijdige implementatie dan ook van groot belang.

Het eerste uitgangspunt in voornoemde kabinetsvisie is dat voor de aanduiding van onderwerpen in de delegatiegrondslag een zodanig abstractieniveau gekozen moet worden dat nieuwe onderwerpen van toekomstige richtlijnen (of internationale verdragen of overeenkomsten) zoveel mogelijk op het juiste niveau van regelgeving kunnen worden geïmplementeerd.

Het tweede uitgangspunt in de kabinetsvisie is dat voor zover een richtlijn de lidstaten bij de implementatie niet of nauwelijks beleidsruimte laat, en dus geen ingrijpende nationale keuzes vraagt, bij voorkeur gedelegeerd wordt aan de betrokken minister. Dit betekent dat voor zover het gaat om implementatie die geen ingrijpende nationale keuzes vraagt, er ruimer gedelegeerd kan worden dan wanneer het nationaal geïnspireerde regelgeving betreft, omdat de regelgevende bevoegdheid van de wetgever in het eerste geval beperkter is. Naarmate er minder keuze is, is het minder zinvol relatief zware besluitvormingsprocedures te moeten doorlopen.

Zoals in de kabinetsvisie is aangegeven, wordt gehecht aan parlementaire betrokkenheid. Artikel 23 regelt derhalve de formele betrokkenheid van het parlement bij de nadere regelgeving op het niveau van algemene maatregel van bestuur die op grond van de artikelen 17, 19 en 21 van dit wetsvoorstel wordt vastgesteld. Daarnaast zal het parlement worden geïnformeerd omtrent voorgenomen wijzigingen van de aanbestedings- of rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zoals in het algemeen deel van de toelichting is aangegeven is de Commissie in ieder geval op afzienbare termijn van plan om de rechtsbeschermingsrichtlijnen te herzien.

Het derde en laatste uitgangspunt in de kabinetsvisie is dat in noodsituaties, bijvoorbeeld indien in een concreet geval de bestaande delegatiebepalingen tekortschieten, er steeds een maatwerkoplossing voor dat geval zal worden bedacht. In dit wetsvoorstel is dan ook geen algemene noodvoorziening getroffen.

Bovenstaande uitgangspunten vinden hun weerslag in de artikelen 8 en 17 van dit wetsvoorstel en in de in artikel 23 van dit wetsvoorstel getroffen voorhangprocedure.

artikel 17, eerste lid

Gelet op bovenstaande uitgangspunten is er een aantal redenen om in dit wetsvoorstel als uitgangspunt te nemen dat implementatie van Europese en internationale verplichtingen omtrent aanbesteden in beginsel plaatsvindt op het niveau van algemene maatregel van bestuur. Implementatie op het niveau van wet is overwogen, maar is om de volgende redenen niet wenselijk.

Ten eerste bevatten de aanbestedingsrichtlijnen voornamelijk voorschriften van administratieve en procedurele aard, zoals de vaststelling van de drempelbedragen, de regels voor het berekenen van de omvang van de opdracht, en de eisen aan het stellen van technische voorschriften. De aanbestedingsrichtlijnen laten beperkt ruimte voor het maken van beleidsinhoudelijke keuzes en zijn voorts zeer concreet en gedetailleerd van aard. De aard van de materie is aldus weinig beleidsinhoudelijk van aard. Voorzover onderdelen van de aanbestedingsrichtlijnen beleidsinhoudelijk zijn, zijn de keuzemogelijkheden voorts veelal beperkt.

Ingevolge de Aanwijzingen voor de regelgeving (zie aanwijzing 339) is bij de implementatie van communautaire regelgeving het uitgangspunt dat implementatie op het niveau van algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling eerder in aanmerking komt naarmate de te implementeren regelgeving minder ruimte overlaat aan de nationale wetgever voor het maken van keuzes van beleidsinhoudelijke aard en naarmate de regelgeving gedetailleerder van aard is. Implementatie van de aanbestedingsregels dient derhalve ten hoogste plaats te vinden op het niveau van algemene maatregel van bestuur.

Ten tweede is gebleken dat wijzigingen van met name onderwerpen van administratieve of organisatorische aard in de aanbestedingsrichtlijnen steeds vaker en met kortere tussenpozen plaatsvinden. Ook het feit dat de Commissie gedelegeerde aanbestedingsrichtlijnen en gedelegeerde verordeningen kan vaststellen zal naar verwachting leiden tot een groter aantal wijzigingen. De tijd is voorts met name kort wanneer jurisprudentie van het HvJ EG noopt tot wijziging van de aanbestedingsregels.

Implementatie op het niveau van wet is onvoldoende flexibel om tijdig wijziging van de aanbestedingsregels te implementeren. Indien implementatie op het niveau van wet moet plaatsvinden, zal dit naar verwachting structureel leiden tot overschrijding van de implementatietermijn. Dit kan leiden tot ingebrekestelling van de Nederlandse regering wegens onvolledige implementatie en kan tot gevolg hebben dat de Nederlandse regering wordt veroordeeld tot het betalen van een boete of schadevergoeding. Deze risico's zijn

slechts te verminderen door implementatie mogelijk te maken op het niveau van ten hoogste algemene maatregel van bestuur.

Ten derde past implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen op het niveau van wet niet binnen voornoemd kabinetsstandpunt ten aanzien van implementatie van communautaire regelgeving (zie hierboven).

artikel 17, eerste lid, onderdeel c

In artikel 17, eerste lid, onderdeel c, van dit wetsvoorstel is de grondslag opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur internationale verplichtingen inzake aanbesteden te implementeren. Dit betreft door Nederland gesloten verdragen alsmede door de Europese Gemeenschap gesloten verdragen waaruit voor Nederland verplichtingen voortvloeien. Voorts kan op grond van artikel 17, eerste lid, onderdeel c, een besluit van de Commissie op grond van artikel 30 van richtlijn nr. 2004/17/EG worden geïmplementeerd bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

Op dit moment zijn er drie Nederland bindende verdragen:

- de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: EER-Overeenkomst),
- de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van 15 april 1994 (GPA), Tractatenblad 1994, 235,
- de op 21 juni 1999 tot stand gekomen Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat betreffende sommige aspecten van overheidsopdrachten (PbEU 2002 L114) (hierna: Overeenkomst met Zwitserland).

Op grond van artikel 98 van de EER-Overeenkomst kunnen de bijlagen bij de EER-Overeenkomst worden gewijzigd bij besluit van het Gemengd Comité van de EER. Het Gemengd Comité van de EER bestaat uit vertegenwoordigers van de overeenkomstsluitende partijen. Dat zijn naast de Europese Economische Gemeenschap en de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal ook de (toen nog 12) individuele lidstaten van de Europese Gemeenschap. De lidstaat Nederland is dus zelf partij bij deze overeenkomst. Ook bij de GPA is Nederland zelfstandig partij. Nederland is daarentegen geen zelfstandige partij bij de Overeenkomst met Zwitserland.

Bijlage XVI van de EER-Overeenkomst bevat de afspraken omtrent (overheids)opdrachten, raam- en concessieovereenkomsten en prijsvragen. Zoals hierboven al is opgemerkt kunnen deze bijlagen (of de nummering ervan) worden gewijzigd door het Gemengd Comité van de EER. Gelet hierop is er in dit wetsvoorstel vanaf gezien om in artikel 17, eerste lid, specifiek te verwijzen naar de voornoemde bijlage van de EER-Overeenkomst. Een simpele hernummering van de bijlagen zou in dat geval immers al een wetswijziging noodzakelijk maken.

Omdat niet kan worden uitgesloten dat in de toekomst nieuwe internationale verplichtingen betreffende het gunnen van (overheids)opdrachten, het sluiten van raam- of concessieovereenkomsten of het uitschrijven van prijsvragen worden aangegaan door

de Nederlandse regering of de Europese Unie is hiervoor een voorziening nodig. Door de in artikel 17, eerste lid, onderdeel c, van dit wetsvoorstel voorgestelde delegatiebepaling kunnen dergelijke nieuwe internationale verplichtingen volledig en voortvarend bij of krachtens algemene maatregel van bestuur geïmplementeerd worden.

artikel 17, tweede lid

Op grond van de aanbestedingsrichtlijnen is de Commissie bevoegd regelgeving vast te stellen tot wijziging van het bepaalde in deze richtlijnen. Het gaat in dat geval om een gedelegeerde richtlijn, gedelegeerde verordening of beschikking als bedoeld in artikel 8, onderdeel b, van dit wetsvoorstel. De onderwerpen waarvoor de Commissie een gedelegeerde richtlijn, gedelegeerde verordening of beschikking kan vaststellen tot wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen zijn aangewezen in de artikelen 69 en 70 van richtlijn nr. 2004/17 en in de artikelen 78 en 79 van richtlijn nr. 2004/18/EEG. Het betreft hier aldus regels van organisatorische en administratieve aard, zoals wijziging van de drempelbedragen of van modelformulieren, regels voor het opstellen en het verzenden van aankondigingen en de nomenclatuurindeling.

Uit informele wijzigingsvoorstellen blijkt dat de Commissie bij voorkeur, voor zover mogelijk, gebruik maakt van de mogelijkheid om de wijziging bij gedelegeerde verordening vast te stellen. Daarbij gaat zij in beginsel uit van een termijn voor de inwerkingtreding van die verordening van 20 dagen na bekendmaking van die verordening in het Publicatieblad van de Europese Unie (hierna: het Publicatieblad). Hoewel een verordening rechtstreekse werking heeft, is soms aanpassing van de betrokken regelgeving noodzakelijk om discrepantie met de verordening te voorkomen of te verwijderen. In dat geval moet binnen 20 dagen na publicatie van de verordening in het Publicatieblad de betrokken regelgeving zijn aangepast. Indien dergelijke wijzigingen bij algemene maatregel van bestuur gerealiseerd moeten worden, zal dit structureel leiden tot overschrijding van de implementatietermijn, zelfs indien spoedadvies van de Raad van State wordt gevraagd. In het kader van de aanbestedingsregels zal, gelet op de betrokken materie waarvoor verordeningen kunnen worden vastgesteld, naar verwachting regelmatig wijziging van de aanbestedingsregelgeving noodzakelijk zijn. Dit wetsvoorstel gaat daarom uit van de bevoegdheid tot het vaststellen van implementatieregels bij ministeriële regeling, voor zover die regels noodzakelijk zijn ter implementatie van een gedelegeerde richtlijn, gedelegeerde verordening of beschikking.

Artikel 18

Op grond van artikel 18 van dit wetsvoorstel kunnen nadere regels worden gesteld ten aanzien van het verstrekken van informatie door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aan de Minister van Economische Zaken en aan de Commissie. De hier bedoelde informatie betreft de zogenoemde statistische verplichting (artikel 67 van richtlijn nr. 2004/17/EG en artikel 75 van richtlijn nr. 2004/18/EG), en het zogenoemde

correctiemechanisme (artikel 8 van richtlijn nr. 92/13/EEG en artikel 3 van richtlijn nr. 89/665/EEG).

In het kader van de statistiekverplichting dient de Minister van Economische Zaken ieder jaar bepaalde informatie over aanbestedingen te overleggen. Aan deze verplichting kan hij alleen voldoen voor zover de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de betrokken informatie aanleveren. Gelet hierop zijn in de Regeling gegevensverstrekking overheidsopdrachten en speciale sectoren formulieren vastgesteld die jaarlijks door de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven moeten worden ingevuld en opgestuurd.

Het correctiemechanisme betreft de situatie dat de Commissie van oordeel is dat er een duidelijke en kennelijke inbreuk op de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden tijdens een aanbestedingsprocedure. In dat geval kan de Commissie vóór de sluiting van een overeenkomst de procedure van artikel 8 van richtlijn nr. 92/13/EEG of artikel 3 van richtlijn nr. 89/665/EEG hanteren.

Deze procedure verloopt als volgt: de Commissie deelt de betrokken lidstaat en de betrokken aanbestedende dienst of het betrokken speciale-sectorbedrijf mede waarom zij van oordeel is dat er een duidelijke en kennelijke inbreuk op de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden tijdens een aanbestedingsprocedure. Binnen 21 dagen na ontvangst van de hiervoor genoemde kennisgeving, deelt de betrokken lidstaat aan de Commissie het volgende mee:

- a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt, of
- b) een met redenen omklede conclusie waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen, of
- c) een kennisgeving waarin wordt meegedeeld dat de aanbestedingsprocedure hetzij op initiatief van de aanbestedende dienst hetzij in het kader van een kort geding is opgeschort.

Een met redenen omklede conclusie waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen, kan worden gebaseerd op het feit dat tegen de beweerde schending beroep is ingesteld. In dat geval deelt de lidstaat de Commissie het resultaat van deze procedures mee, zodra dit bekend is. In geval van kennisgeving waarbij wordt meegedeeld dat een aanbestedingsprocedure is opgeschort in het kader van een kort geding, stelt de lidstaat de Commissie ervan in kennis dat de opschorting is ingetrokken of dat een andere aanbestedingsprocedure is ingeleid die geheel of gedeeltelijk verband houdt met de voorafgaande procedure. De nieuwe kennisgeving dient te bevestigen dat de beweerde schending ongedaan is gemaakt, of dient een met redenen omklede conclusie te bevatten waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie heeft plaatsgevonden.

Artikelen 19 tot en met 21

Zoals in het algemene deel van de toelichting is opgemerkt, laten de aanbestedingsrichtlijnen op een aantal aspecten enige ruimte om nader beleid te voeren. De aanbestedingsrichtlijnen strekken op sommige aspecten tot minimumharmonisatie,

terwijl zij op andere punten strekt tot volledige harmonisatie. Dat de aanbestedingsrichtlijnen geen gesloten systeem betreffen blijkt uit jurisprudentie van het HvJ EG. Zo heeft het HvJ EG in zaken Beentjes (C-31/87, 1988, p.4635) en CEI en Bellini (gevoegde zaken C-27, -28, en -29/86, 1987, p. 3347) overwogen dat de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn “geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelst, doch dat de lidstaten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedureregels inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten”. In de zaak Nord-Pas-de-Calais (C-225/98, 2000, p. I-07445, zie o.m. r.o. 33 en 35) en de zaak La Cascina Zilch (gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, 2006, n.n.g., zie o.a. r.o. 20-23) gaat het HvJ EG voort op deze lijn. Ten aanzien van een aantal van die aspecten is het vanuit een oogpunt van goede uitvoering van de Europese en internationale aanbestedingsverplichtingen en goede uitvoering van het Verdrag wenselijk om van die ruimte gebruik te kunnen maken. Dat wordt met de artikelen 19 tot en met 21 van dit wetsvoorstel mogelijk gemaakt.

Enerzijds gaat het hierbij om een nadere uitwerking van voorschriften in de richtlijn. Zo betreffen de artikelen 19 en 20 een uitwerking van voorschriften in de aanbestedingsrichtlijnen.

Ten aanzien van artikel 19 (integriteit) is in dit kader van belang dat de ruimte om een nationaal integriteits- of uitsluitingsbeleid te voeren blijkt jurisprudentie van het HvJ EG groot is. Het HvJ EG overweegt in La Cascina Zilch namelijk dat art. 29 van richtlijn nr. 92/50/EG (inmiddels artikel 45, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG) niet voorziet “in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op communautair niveau, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen (...) of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen”. In deze overweging oordeelt het HvJ EG aldus dat het een bevoegdheid van de lidstaten is om ten eerste de uitsluitingsgronden wel of niet in de nationale regeling over te nemen, en ten tweede om te bepalen hoe ver ze daarmee willen gaan. Deze uitspraak moet worden gezien tegen de achtergrond dat richtlijnen instrumenten zijn die op grond van het Verdrag tot de lidstaten zijn gericht en niet tot aanbestedende diensten (artikel 249, van het Verdrag) en dat de lidstaat zelf kan bepalen om de mogelijkheid om de discretionaire bevoegdheid zoals geformuleerd in artikel 45, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, op het niveau van de nationale wetgever uit te oefenen in plaats van op het niveau van de decentrale overheden of de aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven.

Anderzijds gaat het om beleid ten aanzien van aspecten of onderwerpen die de richtlijnen niet regelen maar waarop ingevolge het Verdrag wel een aantal Europese beginselen van toepassing zijn, zoals opdrachten buiten het volledige regime van de

aanbestedingsrichtlijnen. De artikelen 9 tot en met 16 en artikel 21 van dit wetsvoorstel zien hier met name op.

De artikelen 19 tot en met 21 bieden een grondslag voor het stellen van nadere regels (ten aanzien van de daarin genoemde onderwerpen) die van toepassing zijn op zowel aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven. Met uitzondering van het integriteitsbeleid (artikel 19) bestaat er geen voornemen tot het stellen van nadere voorschriften voor speciale-sectorbedrijven. Hiervoor zijn een aantal redenen.

In de eerste plaats heeft de Europese wetgever een lichter regime vastgesteld voor de speciale-sectorbedrijven met meer mogelijkheden voor onderhandelen. In de tweede plaats zijn speciale-sectorbedrijven veelal bedrijven of instellingen die in concurrentie met andere bedrijven op de markt opereren, winst- en verliesrekeningen hanteren en zich daardoor bewust zijn van het belang van concurrentiestelling bij opdrachten. Ten derde is er op grond van de juridische structuur van dergelijke bedrijven (veelal naamloze vennootschappen) controle op het handelen van deze bedrijven door de aandeelhouders. Ten vierde zijn er geen klachten bekend over aanbestedingsprocedures of het aanbestedingsgedrag van speciale-sectorbedrijven.

Het onderwerp integriteit is daarentegen van dien aard dat wenselijk is dat ook speciale-sectorbedrijven niet-integere ondernemers uitsluiten. Zo is naar aanleiding van de bevindingen van de PEC gebleken dat ook bij de uitvoering van een aantal opdrachten van speciale-sectorbedrijven, zoals Schiphol, door de uitvoerende ondernemers niet-integer is gehandeld. Voorts is van belang dat de speciale-sectorbedrijven actief zijn in sectoren die belangrijk zijn voor het dagelijks functioneren van het Nederlands bedrijfsleven en van de overheid in het algemeen, zoals de sectoren elektriciteit, drinkwatervoorziening en (openbaar) vervoer.

Artikel 19

Artikel 19 betreft de beoordeling van de integriteit van ondernemers. Op grond van dit artikel zal in een nadere regeling een invulling worden gegeven aan artikel 45, eerste lid en tweede lid, onder c en d, van richtlijn nr. 2004/18/EG en artikel 54, vierde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG.

Zoals werd vermeld in paragraaf 2.1. heeft het kabinet naar aanleiding van de bevindingen van de PEC wederom uitgesproken dat de overheid geen zaken dient te doen met niet-integere ondernemers. Voorts zijn aanbestedende diensten binnen de rijksoverheid sinds 2004 om die reden verplicht de integriteit van ondernemers te toetsen bij opdrachten in de sectoren Bouw, ICT en Milieu boven de Europese drempelbedragen. Op basis van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen was het niet mogelijk om deze integriteitstoets ook aan aanbestedende diensten buiten de rijksoverheid of aan speciale-sectorbedrijven op te leggen. Met artikel 19 van dit wetsvoorstel wordt dit alsnog mogelijk gemaakt.

De beleidsregels integriteit en de toepassing daarvan zijn in 2005 geëvalueerd (Significant, 8 september 2005, "Waarom vraagt u dat?", implementatieonderzoek nieuw

juridisch kader voor overheidsopdrachten). Uit deze evaluatie blijkt dat de competenties die nodig zijn voor integriteitsbeoordeling specialistisch van aard zijn en over het algemeen geen onderdeel zijn van de competenties van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Dit heeft tot het inzicht geleid dat het oordelen over integriteit het beste overgelaten kan worden aan specialisten. Dit vormt het uitgangspunt van de nadere regeling die op grond van artikel 19 zal worden opgesteld.

artikel 19, eerste lid

In artikel 19, eerste lid, is bepaald dat de aangewezen aanbestedende diensten en aangewezen speciale-sectorbedrijven een integriteitstoets moeten verrichten, en dat zij deze toets moeten uitvoeren voordat (a) een (overheids)opdracht wordt gegund, (b) een raam- of concessieovereenkomst wordt gesloten of (c) een prijsvraag wordt gesloten. Van het sluiten van een prijsvraag is in ieder geval sprake op het moment dat de winnaar bekend wordt gemaakt. In het kader van een prijsvraag moet de toets dus plaatsvinden voordat de winnaar wordt aangewezen en bekend wordt gemaakt. Voor het geval een prijsvraag geen winnaar oplevert, wordt hier gesproken van “het sluiten van een prijsvraag”.

Bij ministeriële regeling zal specifiek worden bepaald voor welke onder a tot en met c genoemde (overheids)opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen deze verplichting geldt.

artikel 19, tweede tot en met zesde lid en artikel 7, onderdelen f en g

Bij nadere regeling zal worden bepaald op welke wijze de integriteit moet worden getoetst en met welke omstandigheden een aanbestedende dienst rekening moet houden bij het uitsluiten van ondernemers. Met het oog hierop wordt in artikel 7, onderdeel f een integriteitsverklaring aanbesteden (hierna: de integriteitsverklaring aanbesteden) in het leven geroepen. Deze verklaring zal worden afgegeven door het Centraal Orgaan Verklaringen omtrent het Gedrag (hierna: COVOG) na toetsing van bepaalde uitsluitingsgronden betreffende integriteit. De regeling waaraan wordt gedacht wordt hieronder in drie stappen uiteengezet.

De eerste stap van de voorgenomen regeling houdt in dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf de ondernemers die meedoen aan een aanbestedingsprocedure vraagt om hun integriteitsverklaring aanbesteden te overleggen of om in een eigen verklaring te verklaren dat zij beschikken over de integriteitsverklaring aanbesteden. Indien een ondernemer geen integriteitsverklaring aanbesteden of een eigen verklaring overlegt zal de aanbestedende dienst die ondernemer moeten uitsluiten.

In een eigen verklaring (artikel 7, onderdeel g) verklaart de ondernemer dat hij in het feitelijke bezit is van de integriteitsverklaring aanbesteden. De tweede stap houdt in dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf van de ondernemers die naar zijn oordeel het meest in aanmerking komen om de overheidsopdracht, raam- of concessieovereenkomst uit te voeren, om de prijsvraag te winnen, of om een uitnodiging

tot inschrijving te krijgen, en die in plaats van de integriteitsverklaring aanbesteden een eigen verklaring hebben overlegd moet vragen om alsnog de integriteitsverklaring aanbesteden te overleggen. Dit moet uiteraard plaatsvinden voordat de gunningsbeslissing wordt genomen en voordat de winnaar van een prijsvraag wordt aangewezen en bekend wordt gemaakt.

Als derde stap beziet de aanbestedende dienst of er een omstandigheid als bedoeld in het 5e lid aanwezig is

Bovenstaande stappen vormen samen de verplichte integriteitstoets. Het voornemen is nader te regelen dat de toets alleen wordt verricht ten aanzien van (overheids)opdrachten, raam- en concessieovereenkomsten en prijsvragen, voorzover deze vallen onder de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen.

Voor de eigen verklaring zal bij ministeriële regeling een modelverklaring worden vastgesteld (artikel 7, onderdeel g). Deze modelverklaring kan op grond van artikel 21, tweede lid, ook de andere selectiecriteria die niet de integriteit betreffen zoals de geschiktheid van de ondernemer of andere mogelijke uitsluitingsgronden uit de aanbestedingsrichtlijnen betreffen. Het gebruik van een eigen verklaring heeft als voordeel dat de ondernemers niet diverse officiële verklaringen hoeven te overleggen, maar kunnen volstaan met één verklaring ten aanzien van zowel de geschiktheids- als de uitsluitingseisen. Dit levert zowel voor de ondernemers als voor een aanbestedende dienst en speciale-sectorbedrijf een vermindering van administratieve lasten op (zie nader paragraaf 7.1.).

artikel 19, vierde tot en met zevende en negende lid

Artikel 19, vierde lid, verplicht de aangewezen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om een ondernemer uit te sluiten wanneer deze geen integriteitsverklaring aanbesteden kan overleggen. De ondernemer dient een aanvraag om afgifte van een integriteitsverklaring aanbesteden in bij de Minister van Justitie (artikel 7, onder f, van dit wetsvoorstel juncto artikel 4:1, van de Algemene wet bestuursrecht). In de praktijk is het COVOG (het Centraal Orgaan Verklaringen omtrent het Gedrag) het bestuursorgaan dat onderzoekt en beslist of aan een ondernemer een integriteitsverklaring aanbesteden wordt verstrekt.

In het vijfde lid van artikel 19 is voorts bepaald dat een aangewezen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf die de integriteitstoets moet uitvoeren onder bepaalde omstandigheden de plicht heeft om een ondernemer die een geldige integriteitsverklaring aanbesteden kan overleggen toch uit te sluiten. Deze verplichting geldt alleen wanneer aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de betrokken ondernemer bij onherroepelijk vonnis of arrest zijn veroordeeld voor een delict op grond waarvan volgens een aanbestedingsrichtlijn uitsluiting van die ondernemer moet volgen. Dat betekent op dit moment aldus dat sprake moet zijn van een delict als bedoeld in artikel 45, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG. De verplichting in het vijfde lid is beperkt tot de situatie dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kennis heeft van een

onder a bedoelde veroordeling. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is dus niet gehouden om daarnaar onderzoek te doen. Ten tweede moet de veroordeling van een latere datum zijn dan de dag waarop de integriteitsverklaring aanbesteden van de betrokken ondernemer is verstrekt. Delicten van voor de datum van afgifte van die verklaring zijn immers reeds meegewogen door COVOG.

Het zesde lid van dit artikel houdt in dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf geen andere integriteitsgrond mag aanvoeren en op grond daarvan mag uitsluiten. Uitsluiten op grond van integriteit mag dus alleen bij het ontbreken van een integriteitsverklaring aanbesteden (artikel 19, vierde lid), of wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kennis heeft van een in het vijfde lid, onder a bedoelde veroordeling die is uitgesproken na afgifte van deze verklaring en die onherroepelijk is geworden.

Met het zevende lid wordt de informatie aangegeven op grond waarvan het COVOG beoordeelt of een integriteitsverklaring aanbesteden kan worden verstrekt aan een onderneming. Via het aanwijzen van de gegevens op grond waarvan wordt beoordeeld of die verklaring kan worden verstrekt wordt de facto invulling gegeven aan de uitsluitingsgronden die zijn genoemd in artikel 45, eerste lid en derde lid, onder c en d, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Het gaat hierbij in ieder geval om de strafvorderlijke gegevens, zoals onherroepelijke strafrechtelijke veroordelingen (artikel 19, zevende lid, aanhef), en om de gegevens waaruit blijkt of een ondernemer een boete als bedoeld in artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet is opgelegd die onherroepelijk is geworden (artikel 19, zevende lid, onder a). Overtreding van de Mededingingswet wordt aangemerkt als een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep als bedoeld in artikel 45, tweede lid, onder d, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Daarnaast gaat het in artikel 19, zevende lid, om nog nader aan te wijzen gegevens waaruit kan worden opgemaakt in hoeverre een onderneming integer is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gegevens waaruit blijkt dat een onderneming op vrijwillige basis aan een aanbestedende dienst (een gedeelte van) de schade heeft vergoed die is ontstaan doordat deze onderneming in strijd met de Mededingingswet heeft gehandeld.

Ten aanzien van andere uitsluitingsgronden zoals het niet hebben betaald van belasting, geldt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zelf overweegt of hij op die grond overgaat tot uitsluiting.

Met de verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om een ondernemer die geen integriteitsverklaring kan overleggen, uit te sluiten wordt tegemoet gekomen aan de aanbeveling van de PEC (zie hieromtrent reeds paragraaf 2.1.) om actiever om te gaan met de door de aanbestedingsrichtlijnen geboden mogelijkheid om niet-integere ondernemers uit te sluiten. Het kabinet heeft in reactie hierop wederom uitgesproken dat de overheid geen zaken dient te doen met, respectievelijk geen algemene middelen dient te besteden bij niet-integere ondernemers.

Voorts wordt via de afweging van het COVOG (die beoordeelt of een integriteitsverklaring aanbesteden kan worden verstrekt aan een ondernemer) bereikt dat de uitsluiting wegens niet-integer gedrag van een ondernemer steeds proportioneel en

niet-discriminatoire is. Dat wil zeggen dat de uitsluiting en de duur van die uitsluiting in verhouding staan tot de ernst van de frauduleuze handeling of de fout in relatie tot de omvang en de aard van de opdracht. Wanneer een natuurlijke -of rechtspersoon verzoekt om een integriteitsverklaring aanbesteden, onderzoekt het COVOG op grond van de gegevens genoemd in artikel 19, zevende lid of met betrekking tot de ondernemer sprake is van een belemmering voor een behoorlijke uitvoering van de (overheids)opdracht, raam- of concessieovereenkomst of voor het toekennen van de prijs. In het kader van deze afweging betreft het COVOG meerdere aspecten, zoals de termijn die is verstreken sinds de niet-integere gedraging heeft plaatsgevonden en de aard van de niet-integere gedraging ten opzichte van het karakter van de overheidsopdracht, raam-of concessie-overeenkomst of prijsvraag waarvoor de integriteitsverklaring wordt gevraagd. Hiervoor zal het COVOG beleidsregels vaststellen en publiceren.

Het al dan niet krijgen van een integriteitsverklaring aanbesteden is afhankelijk van de situatie waarin de ondernemer op dat moment verkeert. Een ondernemer die op enig moment geen integriteitsverklaring aanbesteden krijgt, kan na verloop van tijd opnieuw een verzoek indienen bij het COVOG. Indien uit het onderzoek van het COVOG vervolgens blijkt dat de situatie van die onderneming voldoende is gewijzigd, zal er vervolgens wel een integriteitsverklaring aanbesteden worden verstrekt. Zo kan zich ook de situatie voordoen dat een ondernemer die eerder een integriteitsverklaring aanbesteden heeft gekregen zich op enig moment in de situatie bevindt dat hem geen integriteitsverklaring aanbesteden meer kan worden verstrekt.

Het COVOG is aldus bij uitstek opgericht en toegerust voor het uitvoeren van de complexe afweging die noodzakelijk is om te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten. Voorts wordt met een toetsing door het COVOG gewaarborgd dat de integriteit van alle ondernemers op gelijke en eenvormige wijze wordt getoetst. Een laatste voordeel van dit uitgangspunt is dat de integriteit van medewerkers van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven minder kwetsbaar wordt, doordat de beoordeling in hoofdzaak plaats vindt door het COVOG.

Voor ondernemers die niet in Nederland zijn gevestigd zal overigens gelden dat ze een met de integriteitsverklaring vergelijkbare verklaring moeten overleggen. In de ons omringende lidstaten (België, Frankrijk en Duitsland) bestaan met de integriteitsverklaring vergelijkbare verklaringen. Voor zover een ondernemer die niet in Nederland is gevestigd niet een vergelijkbare verklaring kan overleggen omdat in het land van vestiging niets vergelijkbaars bestaat, kan ingevolge de aanbestedingsrichtlijnen worden volstaan met een door de ondernemer bij een notaris afgelegde verklaring (artikel 19, negende lid).

artikel 19, achtste lid

Van het uitgangspunt dat een ondernemer die geen integriteitsverklaring kan overleggen, moet worden uitgesloten, zal alleen om dwingende redenen van algemeen belang afgeweken kunnen worden. Hierbij wordt aangesloten op het systeem van de

richtlijn nr. 2004/18/EG. Daarin is in artikel 45, eerste lid, bepaald dat de aanbestedende dienst verplicht is om een ondernemer uit te sluiten wanneer deze bijvoorbeeld is veroordeeld wegens deelname aan een criminele organisatie. Vervolgens is in dat artikel bepaald dat de lidstaten kunnen bepalen dat van deze verplichting kan worden afgeweken om dwingende redenen van algemeen belang. De concrete invulling van deze afwijkingsgrond zal in de nadere regelgeving worden bepaald. Hierbij zal onder meer worden aangesloten bij de invulling van “dwingende redenen van algemeen belang” die het HvJ EG heeft gegeven in het kader van de toetsing van inbreuken op het beginsel van vrij verkeer, alsmede de toetsing van de nakoming van richtlijnen waarin “dwingende redenen van algemeen belang” als afwijkingsgrond is opgenomen (zoals richtlijn nr. 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand, PbEG L 103).

overwogen alternatieven

Mede naar aanleiding van de bovengenoemde evaluatie van de beleidsregels integriteit (zie ook de toelichting op artikel 19) is de verplichting in deze beleidsregels om in bepaalde gevallen een advies op grond van de Wet BIBOB te vragen heroverwogen. Uit bovengenoemde evaluatie is gebleken dat sinds het vaststellen van deze verplichting voor de rijksoverheid de beleidsregels integriteit slechts in twee gevallen aanleiding zijn geweest om een advies te vragen. Ook is in aanmerking genomen dat de naleving van deze verplichting slecht controleerbaar is. Ten slotte is het uitgangspunt van de Wet BIBOB zelf een overweging. Deze neemt immers als uitgangspunt dat het de verantwoordelijkheid van aanbestedende diensten is om te bepalen in welk geval zij er verstandig aan doen om van het BIBOB-instrument gebruik te maken. Gelet op voorgaande zal in de regeling die op grond van artikel 19 wordt vastgesteld geen verplichting worden opgenomen om in geval van een vermoeden van fraude een BIBOB-advies te vragen.

Het kabinet heeft niet gekozen voor het opstellen van zogenaamde “zwarte lijsten” (lijsten van bedrijven die fraude hebben gepleegd en daarom op voorhand voor uitsluiting voor een bepaalde periode in aanmerking komen), omdat hieraan een aantal nadelen kleeft. Een dergelijk systeem van registratie van als frauduleus gekwalificeerde bedrijven vereist grote zorgvuldigheid van de opsteller en beheerder van zo’n registratie (onder andere ten aanzien van de onafhankelijkheid en deskundigheid), brengt disproportionele kosten en inspanningen met zich mee en dient voortdurend actueel en uitputtend te zijn om te voorkomen dat een bedrijf ten onrechte wordt opgenomen op of verwijderd van de lijst. Toegang tot de registratie dient op grond van (strafrechtelijke en rechtsstatelijke) beginselen beperkt te zijn tot een kleine groep en dient met de nodige waarborgen te zijn omkleed om te voorkomen dat de informatie voor een ander doel wordt gebruikt en daardoor (commerciële en maatschappelijke) schade ontstaat. In plaats van het instellen van een zwarte lijst kan gelet op bovenstaande beter gebruik gemaakt worden van de reeds bestaande mogelijkheden die de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens

(middels de integriteitsverklaring) en (bijvoorbeeld opdrachten waarvoor geen integriteitstoets is vereist) de Wet BIBOB (middels het BIBOB-advies) bieden om de integriteit van ondernemers te toetsen.

Het uitsluiten van ondernemers op basis van een “zwarte lijst” is overigens enkel in overeenstemming met voornoemde beginselen, voor zover een dergelijke lijst slechts een aanleiding vormt om te bezien of een onderneming uitgesloten moet worden, dus niet als uitsluiting automatisch plaatsvindt enkel op basis van het feit dat de ondernemer op zo’n lijst staat. Er dient uit oogpunt van proportionaliteit steeds afgewogen te worden in hoeverre een onderneming sinds het frauduleuze handelen afdoende maatregelen heeft getroffen om niet-integer gedrag van (werknemers van) de ondernemer intern te bestraffen en om dit gedrag in de toekomst te voorkomen.

Voorts is overwogen om de toetsing aan alle uitsluitingsgronden geheel uit handen te nemen van aanbestedende diensten door dit krachtens wet onder te brengen bij een daarvoor op te richten centraal instituut. Het voordeel daarvan is dat aanbestedende diensten daarmee werk uit handen genomen kan worden omdat zij alleen nog kennis hoeven te nemen van de conclusie van het centrale toetsingsinstituut. De nadelen zijn dat een extra stap in het aanbestedingsproces de procedure langer maakt en de financiering van een dergelijk instituut tot extra lasten leidt. Bovendien zal het deels moeten aanleveren van informatie bij een andere organisatie dan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf leiden tot extra administratieve lasten voor het bedrijfsleven.

Artikel 20

Uit artikel 13 volgt dat eisen, voorwaarden en criteria gerelateerd en noodzakelijk moeten zijn gelet op het doel, de aard en het voorwerp van de overheidsopdracht, opdracht, raam- of concessieovereenkomst of prijsvraag. Wanneer een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf minimumeisen stelt of voorwaarden opstelt moeten deze verband houden met en in redelijke verhouding staan tot het doel, de aard en het voorwerp van de (overheids)opdracht. Artikel 20 biedt de mogelijkheid dat er concrete grenzen worden gesteld aan die eisen, voorwaarden en criteria, hiermee kan disproportionaliteit van die eisen, voorwaarden en criteria worden tegengegaan. Een regelmatig gehoorde klacht van ondernemers is dat een aanbestedende dienst bij een overheidsopdracht, raam- en concessieovereenkomst of een prijsvraag regelmatig ervarings-, technische of financiële eisen stelt die niet in verhouding staan tot de omvang van de opdracht, de raam- of concessieovereenkomst of de prijsvraag. Niet alleen kleine maar ook middelgrote en grote ondernemers worden daardoor soms geconfronteerd met eisen waaraan zij niet of nauwelijks kunnen voldoen.

Het stellen van disproportionele eisen is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en is voorts slecht voor de marktwerking en de concurrentie. Wanneer een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf selectiecriteria hanteert die onevenwichtig zwaar zijn, leidt dat ertoe dat ondernemers ten onrechte niet de kans krijgen om een aanbod uit te brengen. Disproportionele selectiecriteria zijn aldus nadelig voor ondernemers. Met

artikel 20 kan worden voorkomen dat ondernemers benadeeld worden doordat aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven te hoge selectie-eisen stellen.

Het kan lastig zijn om te beoordelen in hoeverre de gestelde selectie-eisen proportioneel zijn. In dit wetsvoorstel is in artikel 20 daarom een grondslag opgenomen voor het stellen van nadere regels aan de hand waarvan beter bepaald kan worden in hoeverre de gestelde selectie-eisen proportioneel zijn.

Aanbestedende diensten stellen soms disproportionele gunningscriteria of disproportionele criteria aan het werk, de levering of de dienst, of zetten deze gunningscriteria of eisen niet in de juiste verhouding tot elkaar. Dit leidt in een gezonde markt niet tot benadeling van ondernemers, maar tot een suboptimale uitkomst voor de aanbestedende dienst. Voorbeelden hiervan zijn te zware eisen aan materialen, garantieverplichtingen of aansprakelijkheden, te hoge boetebedingen of te zware postcontractuele verplichtingen. Deze criteria zullen leiden tot een hogere prijs. De ondernemer krijgt een hogere vergoeding voor een zwaardere prestatie. Met het stellen van dergelijke disproportionele criteria benadeelt de aanbestedende dienst aldus vooral zichzelf. Met flankerende beleid (zie paragraaf 4) kan worden bereikt dat aanbestedende diensten beter leren welke eisen zij stellen opdat ze het werk, de levering of de dienst krijgen die ze nodig hebben en voor een redelijke prijs. Ook contractvoorwaarden die niet in redelijke verhouding staan tot het doel, de aard en het voorwerp van de (overheids)opdracht zijn als disproportioneel te beschouwen.

Het opstellen van concrete, algemeen geldende regels voor het begrenzen van eisen, voorwaarden en criteria is niet eenvoudig. Er is in de praktijk ruimte voor maatwerk nodig. Het is vooral belangrijk dat per overheidsopdracht, raam- of concessieovereenkomst of prijsvraag wordt nagedacht over de eisen die aan ondernemers, de (overheids)opdracht en het contract worden gesteld en dat deze eisen niet eenvoudigweg overgenomen worden uit andere bestekken. Vooralsnog zullen in samenspraak met het bedrijfsleven en opdrachtgevers nadere proportionaliteitsnormen worden ontwikkeld voor economische en financiële draagkracht en technische -of beroepsbekwaamheid bij de verschillende typen en omvang van overheidsopdrachten, raam- en concessieovereenkomsten of prijsvragen. Denkbaar is dat het gaat om regels waaraan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in principe moet voldoen of de verplichting heeft uit te leggen waarom hij er niet aan kan voldoen (“comply-or-explain-principe”).

Artikel 21

de reikwijdte van artikel 21

Artikel 21 van dit wetsvoorstel betreft de mogelijkheid om nadere regels te stellen voor het gunnen van overheidsopdrachten, raam- of concessieovereenkomsten of prijsvragen, die binnen of buiten het volledige regime van richtlijn nr. 2004/18/EG vallen. Het kan

hierbij onder meer gaan om voorschriften die nu nog zijn opgenomen in een aanbestedingsreglement of –beleidsregel (zie paragraaf 2.3.2.).

Bij regels voor overheidsopdrachten, raam- of concessieovereenkomsten of prijsvragen “binnen het volledige regime van richtlijn nr. 2004/18/EG” moet worden gedacht aan regels die betrekking hebben op de overheidsopdrachten, raam- of concessieovereenkomsten of prijsvragen waarop deze richtlijn van toepassing is, maar die een voorschrift behelzen dat deze richtlijn niet bevat of dat verder gaat dan de richtlijn. Doel van deze regels zou moeten zijn het verbeteren van aanbestedingsprocedures zonder dat daarbij mogelijkheden die de aanbestedingsrichtlijnen bieden onnodig worden beperkt. Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het vaststellen van het recht van de ondernemer om bij het indienen van zijn inschrijving vooralsnog te mogen volstaan met een eigen verklaring als bewijs dat hij aan de door de aanbestedende dienst gestelde selectiecriteria voldoet (zie bijvoorbeeld onder artikel 19, tweede en derde lid).

Van regels “buiten het volledige regime van richtlijn nr. 2004/18/EG” is sprake als de regels betrekking hebben op overheidsopdrachten, raam- of concessieovereenkomsten of prijsvragen waarop deze richtlijn niet van toepassing is, zoals een overheidsopdracht met een waarde die lager is dan de Europese drempelbedragen. Voorts vallen hieronder overheidsopdrachten voor diensten van bijlage IIB van richtlijn nr. 2004/18/EG en concessieovereenkomsten voor diensten. Op het gunnen van deze overheidsopdrachten zijn ingevolge richtlijn nr. 2004/18/EG namelijk geen of nauwelijks voorschriften van toepassing.

Bij het opstellen van een nadere regeling voor overheidsopdrachten buiten het volledige regime zal allereerst rekening worden gehouden met de Europese regelgeving, de interpretatie daarvan door de Commissie en uitspraken van het HvJ EG. Daarnaast zal rekening gehouden worden met het uitgangspunt dat gemeenten en provincies autonoom zijn voor wat betreft het bepalen van de regeling en bestuur inzake hun huishouding, het gedachtegoed van het Project Andere Overheid en de afspraken zoals neergelegd in de Code Interbestuurlijke Verhoudingen. Bij het overwegen van nadere regelgeving voor overheidsopdrachten buiten het volledige regime die verder gaat dan de Europese regelgeving vereist zullen de voordelen daarvan worden afgezet tegen de nadelen, waarbij de administratieve lasten en de duur van de aanbestedingsprocedure, belangrijke afwegingspunten zijn. Zoals in het algemene deel van deze toelichting reeds is opgemerkt moet voorts bij het opstellen van een dergelijke regeling gestreefd worden naar een zodanige opzet dat dit leidt tot zo min mogelijk (administratieve) lasten en een zo beperkt mogelijke verlenging van de aanbestedingsprocedure.

opdrachten buiten het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen

Het kabinet heeft de intentie nadere regels op te stellen voor het verstrekken van opdrachten buiten het volledige regime van richtlijn nr. 2004/18/EG en richtlijn nr. 2004/17/EG (zoals (overheids)opdrachten onder de Europese drempelbedragen) ter nakoming van de verplichting tot bevordering van de gelijke behandeling, de concurrentie

en de transparantie en ter waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure of ter vermindering van administratieve lasten. Dit is om een aantal redenen noodzakelijk.

De eerste reden is de jurisprudentie van het HvJ EG ten aanzien van het vereiste van “een passende mate van openbaarheid” bij concessieovereenkomsten, en andere opdrachten zoals overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen en overheidsopdrachten voor diensten van bijlage IIB. Op dit moment is hieromtrent een aantal geschillen aanhangig bij het HvJ EG. Ten aanzien van deze geschillen is van belang de uitspraak van het HvJ EG inzake onder andere Telaustria (zaak C-324/98, 2000, blz. I-10745) en Unitron Scandinavia (zaak C-275/98, 1999, blz. I-08291). Hierin overweegt het HvJ EG dat hoewel de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn op concessieovereenkomsten de algemene beginselen van het Verdrag wel van toepassing zijn. Dit betekent volgens het HvJ EG dat aanbestedende diensten verplicht zijn om “een passende mate van openbaarheid” te betrachten wanneer zij concessieovereenkomsten sluiten. Dit is daarom ook vastgelegd in de artikelen 11 en 12. Wat het HvJ EG hieronder precies verstaat is echter op dit moment nog niet duidelijk. Voorts zijn de gevolgen van deze uitspraken voor andere (overheids)opdrachten, zoals die onder de Europese drempelbedragen, vooralsnog niet helder.

Eenzijds maakt deze jurisprudentie het noodzakelijk dat in dit wetsvoorstel dit algemene beginsel wordt opgenomen, maar ook dat een grondslag wordt opgenomen om nadere regels vast te kunnen stellen omtrent “een passende mate van openbaarheid”. Anderzijds vormen de voornoemde onduidelijkheden een belemmering om op dit punt nu reeds de concrete inhoud van dergelijke regels te kunnen schetsen.

De tweede reden is dat bij het verstrekken van (overheids)opdrachten buiten het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen het nakomen van de algemene beginselen van het Verdrag, met name gelijke behandeling (van ondernemers) en concurrentie, onvoldoende gewaarborgd is. Dit is vooral aan de orde bij (overheids)opdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen. Hierbij is ook van belang dat het op dit moment voor ondernemers niet altijd duidelijk is of, wanneer en hoe deze (overheids)opdrachten worden gegund. Het kabinet meent met een uniforme en eenvoudige regeling met lage administratieve lasten ook voor (overheids)opdrachten buiten het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen te kunnen waarborgen dat de algemene beginselen van het Verdrag worden nagekomen. Voorts kan met die procedure tegemoet gekomen worden aan de oproep van PEC en ondernemers om meer uniformiteit en duidelijkheid van de regels voor dit type (overheids)opdrachten. In aanvulling op deze basisregels wordt gedacht aan een modelprocedure (zie paragraaf 2.3.).

Bij het opstellen van de nadere regeling voor overheidsopdrachten buiten het volledig regime van de aanbestedingsrichtlijnen zal behalve bij bovengenoemde jurisprudentie ook worden aangesloten bij hetgeen andere lidstaten hieromtrent geregeld hebben. De meeste lidstaten kennen reeds een regeling voor deze (overheids)opdrachten.

eerste en tweede lid

De in het eerste en tweede lid van artikel 21 bedoelde voorschriften kunnen onder meer betrekking hebben op:

- het stimuleren van een innovatieve invulling van een aanbestedingsprocedure of overheidsopdracht;
- de procedure die moet worden gevolgd voordat een overheidsopdracht wordt gegund, een raam- of concessieovereenkomst wordt gesloten, of een prijs wordt toegekend;
- het omschrijven van het voorwerp van de overheidsopdracht, raam- of concessieovereenkomst of prijsvraag en de technische specificaties ervan;
- het beëindigen van een lopende aanbestedingsprocedure;
- de selectiecriteria;
- de gunningscriteria;
- de wijze waarop de ondernemer onderbouwt dat hij aan de selectie- en gunningscriteria van de aanbestedende dienst voldoet;
- de door een aanbestedende dienst in acht te nemen termijnen;
- het minimumaantal ondernemers dat een aanbestedende dienst moet uitnodigen;
- redelijke gestanddoeningstermijnen;
- het vaststellen van een model voor een procesverbaal van de selectie- en gunningsprocedure;
- het terugtrekken van aanbiedingen (bijvoorbeeld wegens calculatiefouten);
- bekendmaking van het voornemen om een overheidsopdracht te gunnen, een raam- of concessieovereenkomst te sluiten of een prijsvraag te sluiten;
- het bekend maken van de beslissing dat een overheidsopdracht is gegund, een raam- of concessieovereenkomst is gesloten of een prijs is toegekend;
- het toestaan van varianten.

De aard van de voorschriften die op basis van artikel 21, eerste lid dan wel op basis van artikel 21, tweede lid, van dit wetsvoorstel kunnen worden vastgesteld is verschillend.

Het opstellen van (nadere) regelgeving voor het gunnen van overheidsopdrachten, het sluiten van raam- of concessieovereenkomsten of het uitschrijven van prijsvragen op basis van het eerste lid van artikel 21 moet noodzakelijk zijn voor het oplossen van een specifiek probleem of het bereiken van een bepaald doel betreffende transparantie, innovatie, gelijke behandeling of concurrentie. Zo gaat het bij het bevorderen van het innovatief aanbesteden enerzijds om meer innovatie bij de aanbestedingsprocedure zelf, zoals het bevorderen van nieuwe procedures als het elektronisch veilen en de concurrentie gerichte dialoog. Anderzijds gaat het daarbij om het bevorderen dat meer innovatieve producten of diensten worden verkregen, bijvoorbeeld doordat alternatieven worden gevraagd.

Op grond van artikel 21, tweede lid, kunnen regels worden vastgesteld ter waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure alsmede ter verlaging van de administratieve lasten van ondernemers. In dat geval betreft het vooral

voorschriften van administratieve of procedurele aard. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het standaardiseren van de informatievraag door het vaststellen van een format voor de informatie die veelal aan ondernemers wordt gevraagd in het kader van een aanbestedingsprocedure. Overigens kan een voorschrift ter verlaging van de administratieve lasten van ondernemers als positief neveneffect hebben dat ook de lasten van de aanbestedende dienst dalen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer ondernemers in de selectiefase van een niet-openbare procedure kunnen volstaan met het overleggen van een eigen verklaring omtrent de selectiecriteria. Dit kunnen voorts voorschriften zijn die worden vastgesteld in het kader van het terugdringen van aanbestedingsreglementen of -beleidsregels. Het betreft dan met name regels die zijn gericht op het stroomlijnen van de procedure (zie paragraaf 2.3.2. van het algemene deel van deze toelichting, omtrent de tweede functie van aanbestedingsreglementen). Ook biedt artikel 21, tweede lid, de grondslag om een deel van TenderNed verplicht te stellen (zie paragraaf 4.2.3.).

Zoals is aangegeven in paragraaf 2.4. zal in het kader van de vaststelling van de concrete aanbestedingsvoorschriften op het niveau van algemene maatregel van bestuur worden bezien of en zo ja, hoe bepaalde voorschriften uit de aanbestedingsreglementen of -beleidsregels een plaats moeten krijgen in het nieuwe juridisch kader.

Artikel 22

In het kader van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid is geconstateerd dat het gebruik van een arbitrageovereenkomst of een arbitraal beding in het kader van een aanbestedingsprocedure op gespannen voet staat met de rechtsbeschermingsrichtlijnen (zie hiervoor Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nrs. 5-6, p. 302, Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 11, p. 65-69, en Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 24, p. 13). De spanning bestaat hierin dat een arbitrageovereenkomst of arbitraal beding betekent dat de weg naar de civiele rechter voor ondernemers wordt afgesloten, terwijl zij gelet op hun positie van “aanbieder” niet steeds de ruimte zullen voelen (respectievelijk zullen krijgen) om gedurende de loop van een aanbesteding het sluiten van een arbitrageovereenkomst of een arbitragebeding af te wijzen.

Daarmee wordt een aanbestedende dienst en een speciale-sectorbedrijf de mogelijkheid ontnomen om met ondernemers overeen te komen dat geschillen omtrent een aanbestedingsprocedure moeten worden voorgelegd aan een arbiter, waardoor de civiele rechtsgang wordt uitgesloten. Om dit te bereiken is in artikel 22 bepaald dat artikel 1020 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing is op geschillen betreffende de naleving van deze wet of de daarop gebaseerde bepalingen. Hiermee wordt bereikt dat de civiele rechter steeds bevoegd blijft in aanbestedingsgeschillen, ook als een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een arbitrageovereenkomst of een arbitragebeding zijn aangegaan met een ondernemer.

Deze bepaling sluit niet uit dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf en een ondernemer samen afspreken om een onderling geschil over de naleving van deze wet en het bepaalde op grond van deze wet voor te leggen aan een andere bemiddelaar dan de

arbiter of het scheidsgerecht als bedoeld in het vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, zoals een mediator. Met een dergelijke afspraak blijft de ondernemer (evenals de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf) na de bemiddeling immers nog steeds gerechtigd om hetzelfde geschil voor te leggen aan de civiele rechter. In dat geval wordt de civiele rechtsgang dus niet uitgesloten.

Evenmin sluit dit artikel uit dat geschillen omtrent de uitvoering van de verstrekte (overheids)opdracht, raam- of concessieovereenkomst aan een arbiter of scheidsgerecht als bedoeld in het vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering worden voorgelegd onder uitsluiting van de civiele rechtsgang. Dit wetsvoorstel en de daarop gebaseerde bepalingen hebben immers enkel betrekking op de fase voordat een (overheids)opdracht is gegund, of een raam- of concessieovereenkomst tot stand is gekomen of een prijs is uitgereikt. De rechtsbeschermingsrichtlijnen hebben geen betrekking op geschillen in de uitvoeringsfase. Van spanning met de rechtsbeschermingsrichtlijnen kan in de uitvoeringsfase aldus geen sprake zijn. Voorts wordt in de uitvoeringsfase de relatie tussen een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf enerzijds en een uitvoerende ondernemer anderzijds gekenmerkt door een grotere mate van gelijkwaardigheid dan het geval is in de aanbestedingsfase.

Artikel 23

Artikel 23 regelt de formele betrokkenheid van het parlement bij de nadere regelgeving op het niveau van algemene maatregel van bestuur die op grond van de artikelen 17, 19 en 21 wordt vastgesteld. Zoals hierboven (zie onder andere bij artikelen 8 en 17) reeds is uiteengezet, lenen de aanbestedingsregels uit de richtlijnen met nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG zich vanwege hun sterk technische en concrete karakter, de noodzaak van snelle wijziging en de grote omvang van de regels niet voor regeling op het niveau van wet. Omdat wel wordt gehecht aan parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van aanbestedingsregels wordt in dit artikel een voorhangprocedure ingesteld voor de nadere regelgeving op het niveau van algemene maatregel van bestuur.

Artikel 26

Het Bao, het Bass en de Regeling gegevensverstrekking overheidsopdrachten en speciale sectoren zullen na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel gebaseerd zijn op (artikel 17 van) de Aanbestedingswet. Voornoemde regelingen betreffen immers hetgeen waar de artikelen 17 en 18 van dit wetsvoorstel op zien. In deze regelingen zullen voorts de nadere regels, zoals de regels betreffende integriteit en proportionaliteit worden opgenomen, die op grond van de artikelen 19 toe en met 21 worden vastgesteld.

Dit wetsvoorstel voorziet op een aantal punten in implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen, bijvoorbeeld voor wat betreft een aantal definities (zie ook de toelichting op de artikelen 1 en 2 van dit wetsvoorstel). Op dit moment zijn de aanbestedingsrichtlijnen volledig geïmplementeerd in Bao en Bass. Voornoemde

besluiten zullen aldus als gevolg van dit wetsvoorstel op een aantal punten moeten worden gewijzigd. Zo moet de definitie van “overheidsopdracht” bijvoorbeeld als gevolg van artikel 5 van dit wetsvoorstel geschrapt worden uit artikel 1 van Bao. Voor een overzicht van de bepalingen waarmee in implementatie wordt voorzien wordt verwezen naar de tabel in paragraaf 2.4.1.. Die tabel geeft tevens een overzicht van de aspecten waarop Bao en Bass als gevolg van dit wetsvoorstel zullen worden herzien. Dit wetsvoorstel en de hierboven bedoelde wijzigingen van Bao en Bass zullen gelet op bovenstaande gelijktijdig in werking treden.

Artikel 27

De wet en de daarop gebaseerde regelgeving zullen elke vijf jaar worden geëvalueerd. De evaluatie zal steeds betrekking hebben op de verwerkelijking van de doelstellingen, de toegankelijkheid, de uitvoerbaarheid en de naleving van de aanbestedingsregels. Hierbij zullen zowel de ervaringen van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven als van ondernemers worden onderzocht.

Gelet op de wijziging van de aanbestedingsregels als gevolg van deze wet ten aanzien van onder andere integriteit en proportionaliteit, is het wenselijk om reeds binnen een termijn van drie jaar na inwerkingtreding een eerste evaluatie uit te voeren. In dit artikel is derhalve bepaald dat een eerste evaluatie plaats vindt binnen drie jaar na inwerkingtreding van de wet. Speciale aandachtspunten bij de eerste evaluatie zijn dan ook de regels betreffende integriteit en proportionaliteit. Daarnaast zal deze evaluatie betrekking hebben op de naleving van de aanbestedingsregels, de rechtsbescherming en de (administratieve) lasten van het aanbesteden. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan de vraag of alsnog een toezichthouder moet worden ingesteld.

De Minister van Economische Zaken,