

Ministerie van Economische Zaken
T.a.v. de Minister van Economische Zaken
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

J.M. Hebly
advocaat
T 010 217 2604
F 010 217 2752
j.hebly@houthoff.com

Rotterdam, 4 mei 2015
Inzake: reactie internetconsultatie wijziging Aanbestedingswet 2012
Onze ref: 500/7653917.2

Excellentie,

1. Inleiding

- 1.1. Deze reactie op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 bevat de aanbevelingen van de aanbestedingswerkgroep van Houthoff Buruma, waarbij zijn betrokken de reacties van de deelnemers aan twee *breakfast briefings* voor cliënten te Amsterdam en Rotterdam op 29 en 30 april 2015.
- 1.2. Hoewel het conceptwetsvoorstel in hoofdzaak dient ter implementatie van de richtlijnen 2014/23/EU ("**Concessierichtlijn**"), 2014/24/EU ("**Klassieke Richtlijn**") en 2014/25/EU ("**Richtlijn Speciale Sectoren**"), bieden deze richtlijnen de lidstaten een zekere ruimte om bij de implementatie keuzes te maken. Daarnaast heeft de wetgever de mogelijkheid te voorzien in nationale aanbestedingswetgeving in aanvulling op de minimumharmonisatie op basis van de richtlijnen. In het conceptwetsvoorstel is deze ruimte reeds gedeeltelijk ingevuld. Wij zien niettemin goede mogelijkheden om op onderdelen te voorzien in een nadere inkleuring van de Nederlandse aanbestedingswetgeving teneinde de aanbestedingspraktijk verduidelijking te bieden en verder te ontlasten.

2. Reactie op het conceptwetsvoorstel

2.1. Nummering en indeling

- **Nummering artikelen.** In het conceptwetsvoorstel wordt veelvuldig gewerkt met artikelnummering die is voorzien van een letter (bijvoorbeeld artikel 1.10a). Het verdient uit praktisch oogpunt de voorkeur de artikelen in de definitieve wettekst door te nummeren.

Daartoe is ook alle aanleiding aangezien te verwachten valt dat de komende jaren geen nieuwe (integrale) Europese aanbestedingsregelgeving volgt.

- **Nummering delen.** Met het voorgaande punt hangt samen dat het aanbeveling verdient in het voorstel ook de nummering van de delen te laten doorlopen en geen nummer Deel 2a voor concessieopdrachten te gebruiken. In het deel dat betrekking heeft op concessieopdrachten zijn immers ook de speciale sectoren begrepen (geregeld in Deel 3), hetgeen verwarrend werkt.
- **Één coherent kader.** Inmiddels is er een aparte Aanbestedingswet voor defensie en veiligheid. Daarnaast wordt nu een deel over concessieopdrachten aan het wetsvoorstel toegevoegd. Teneinde een nieuwe ‘lappendeken’ te voorkomen, verdient het aanbeveling van de wetswijziging gebruik te maken door ook de Aanbestedingswet voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied daarin op te nemen. Daartoe is te meer aanleiding aangezien het nieuwe deel van het wetsvoorstel over concessieopdrachten ook (gedeeltelijk) voor deze gebieden geldt.
- **Volgorde delen.** In onze visie verdient het aanbeveling de volgorde van de delen in het wetsvoorstel als volgt op te nemen: (Deel 1) Algemene bepalingen, (Deel 2) Overheidsopdrachten en prijsvragen voor overheidsopdrachten (‘Klassieke sectoren’), (Deel 3) Speciale-sectoropdrachten en prijsvragen voor speciale-sectoropdrachten (‘Speciale sectoren’), (Deel 4) Opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied, (Deel 5) Concessieopdrachten, (Deel 6) Overige bepalingen. De regeling van de concessieopdrachten geldt immers in aanvulling op hetgeen reeds in de beoogde delen 2, 3 en 4 is opgenomen.

2.2. Elektronisch aanbesteden

- **Elektronisch aanmelden en inschrijven.** Het conceptwetsvoorstel voorziet expliciet in elektronische inschrijving (artikel 2.107 / artikel 3.72). Hoewel artikel 2.52 / artikel 3.50 (in lijn met artikel 22 Klassieke Richtlijn en artikel 40 Richtlijn Speciale Sectoren) veronderstelt dat alle communicatie en informatie-uitwisseling elektronisch geschiedt, wordt niet specifiek voorzien in elektronische aanmelding. Overwogen kan worden overwogen een dergelijke bepaling in te voegen in de wet.
- **Mondelinge communicatie.** In artikel 2.52b van het conceptwetsvoorstel is bepaald dat mondelinge communicatie mogelijk is voor andere mededelingen dan die betreffende de essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure. Bij de opsomming van de essentiële elementen zijn de “bevestigingen van belangstelling” / “blijken van belangstelling” (vgl. artikel 22 lid 2 Klassieke Richtlijn / artikel 40 lid 2 Richtlijn Speciale Sectoren) niet vermeld. In de memorie van toelichting (pagina 44) worden deze wel genoemd. Het verdient aanbeveling de “bevestigingen van belangstelling” / “blijken van belangstelling” expliciet te vermelden in de wettekst, temeer aangezien de richtlijnen bij de uiteindelijke uitleg van de aanbestedingsverplichtingen leidend zijn.

- **Mondelinge communicatie.** De verplichting tot elektronische communicatie geldt voor de relatie aanbestedder–gegadigde / inschrijver. Het verdient aanbeveling in de memorie van toelichting te verduidelijken dat die verplichting niet ziet op – bijvoorbeeld – een interview in het kader van *Best Value Procurement* (BVP) of op het (mondeling) overleg met een inschrijver ter verduidelijking van zijn inschrijving of naar aanleiding van een gunningsbeslissing.
- **Aanbestedingsplatforms.** De aankondiging dient te worden bekendgemaakt via TenderNed. Voor de overige verplichte digitale communicatie mag de aanbesteder gebruik maken van een aanbestedingsplatform naar eigen keuze. Voor het MKB kan het gebruik van meer aanbestedingsplatforms een lastenverzwaring betekenen en de kans op (onnodige) fouten in inschrijvingen vergroten. Ieder platform heeft immers zijn eigen werkwijze. Het verdient daarom aanbeveling het gebruik van één platform (bijvoorbeeld TenderNed) verplicht te stellen, dan wel in nadere regelgeving zodanige regels voor de opzet van een platform te stellen dat het voor een inschrijver geen verschil maakt welk aanbestedingsplatform wordt gebruikt.
- **Digitale inschrijving.** Bij grote infrastructurele werken is de omvang van sommige in te dienen stukken van dien aard dat digitale indiening tot aanzienlijke (technische) problemen kan leiden. Het verdient aanbeveling voor die (en soortgelijke) gevallen een voorziening in het wetsvoorstel op te nemen.
- **Storingen.** Artikel 109a bevat een aanvullende regeling in geval van storing van het elektronische systeem. Deze regeling komt tegemoet aan de in de praktijk gevreesde problemen met digitaal inschrijven. Het betreft evenwel een aanvullende regeling die niet voortvloeit uit de richtlijnen. In de transponeringstabel staat ten onrechte dat het een implementatie betreft van artikel 36, eerste lid, eerste alinea van de Klassieke Richtlijn. Minst genomen zou dit aanvullende karakter moeten worden onderkend in de memorie van toelichting.
- **Gebruik e-Certis.** Artikel 61 lid 2 Klassieke Richtlijn stelt het gebruik van e-Certis verplicht en verplicht aanbestedende diensten bovendien hoofdzakelijk die typen certificaten of bewijsstukken te hanteren die in e-Certis beschikbaar zijn. De vraag rijst of genoemde verplichtingen volledig en op voldoende duidelijke wijze zijn geïmplementeerd in artikel 2.90 lid 1, waarin is bepaald: “Een aanbestedende dienst kan, *na gebruik van de online-databank van certificaten e-Certis*, geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.” De memorie van toelichting noemt overigens wel expliciet de verplichtingen uit de Klassieke Richtlijn (pagina 60).
- **Gebruik e-Certis.** Artikel 3.65 lid 6 verplicht speciale-sectorbedrijven om gebruik te maken van e-Certis. De Richtlijn Speciale Sectoren bevat een dergelijke verplichting niet (in tegenstelling tot de Klassieke Richtlijn). Mogelijk heeft de Nederlandse wetgever er be-

wust voor gekozen op dit punt verdergaande verplichtingen op te leggen. Dit volgt echter niet expliciet uit de memorie van toelichting en heeft verduidelijking.

- **Gebruik elektronische middelen bij concessies.** De wetgever heeft er blijkens artikel 2a.34 voor gekozen de verplichtingen betreffende het gebruik van elektronische communicatiemiddelen ook op concessieopdrachten van toepassing te verklaren. In het midden blijft of dit tevens een verplichting tot elektronisch inschrijven impliceert (vergelijk artikel 2.107 / 3.72).

2.3. Belangenconflicten

- **Verruiming regeling.** Artikel 1.10b is ruimer dan de regeling in de richtlijnen. De Klassieke Richtlijn noemt niet het voorkomen, onderkennen en oplossen van fraude, bevoordeling en corruptie. De Concessierichtlijn noemt niet het ‘onderkennen en oplossen’ van fraude, bevoordeling en corruptie. Wij kunnen ons vinden in de ruimere regeling, maar deze nationale verruiming heeft wel toelichting in de memorie van toelichting.
- **Proportionaliteit.** De proportionaliteitseis uit artikel 35, laatste alinea van de Concessierichtlijn is niet overgenomen. Deze eis lijkt ons ondervangen door de toepasselijkheid van het proportionaliteitsbeginsel op grond van Deel 1 van de wet. Dit heeft evenwel toelichting in de memorie van toelichting.
- **Ambtenarenwet.** Volgens de memorie van toelichting worden de vereiste passende maatregelen grotendeels al gedekt door artikel 125quater Ambtenarenwet. Wij betwijfelen of die bepaling voldoende specifiek is om te leiden tot de vereiste passende maatregelen inzake aanbestedingen.
- **Betrokken derden.** De formulering in artikel 10b lid 1 wijkt ten onrechte af van de Klassieke Richtlijn. De zinsnede “aanbieder van aanbestedingsdiensten” is omgezet in “instantie die een aanvullende aankoopactiviteit op de markt uitvoert”. Dit heeft aanpassing, nu veelal sprake is van vertegenwoordiging in plaats van aankoopactiviteiten die aanvullend zijn ten opzichte van de uitvraag van de aanbesteder zelf.
- **Voorafgaande betrokkenheid.** Op grond van artikel 2.51 lid 4 moet de gegadigde / inschrijver aantonen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet ‘kan’ verstoren. Dat is onzes inziens een te zware (disproportionele) bewijslast, aangezien deze maatstaf ook hypothetische situaties omvat. Aangetoond zou moeten dat in het betreffende geval de mededinging niet daadwerkelijk wordt verstoord.
- **Voorafgaande betrokkenheid.** In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld genoemd dat een aanbesteder een vooraf ingeschakelde ondernemer contractueel ‘alvast’ kan uitsluiten voor de daaropvolgende aanbesteding. Wij betwijfelen of deze de facto uitsluiting zich verhoudt tot de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.

2.4. Past performance

- **Tekortkoming.** Artikel 2.87 lid 1 sub g spreekt over tekortkoming, daar waar het meer voor de hand ligt deze regeling te beperken tot toerekenbare tekortkomingen. Dit lijkt ook de bedoeling gelet op overweging 101 van de Klassieke Richtlijn waar wordt gesproken over ‘grove wanprestatie’. In de memorie van toelichting (p.59) is bepaald dat onder aanzienlijke tekortkoming in ieder geval die gevallen dient te worden verstaan waarin de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. Strikt genomen kan de door de rechter vastgestelde wanprestatie ook ondergeschikte tekortkoming betreffen. Aanbevolen wordt te heroverwegen of het werkelijk de bedoeling is ook dergelijke kleine tekortkomingen (indien de rechter ter zake wanprestatie heeft vastgesteld) als aanzienlijke tekortkomingen in de zin van dit artikel te kwalificeren.
- **Rechtsbescherming.** De voorgestelde regeling voor de omgang met past performance ontbeert iedere vorm van rechtsbescherming. Er dient in onze visie ten minste één fase van onafhankelijke en volle toetsing te zijn geweest voordat een aanbesteder ten nadele van een ondernemer van past performance gebruik kan maken. In het licht van de huidige onzekerheden ten aanzien van de regeling van past performance dient (vooralsnog) te worden afgezien van het opzetten van een register, zoals genoemd in de memorie van toelichting. Het opzetten van een dergelijk register zou verder gaan dan wat de richtlijnen voorschrijven en kan al snel ontaarden in een ‘zwarte lijst’. Voorkomen dient te worden dat een ongefundeerd negatief oordeel van een aanbesteder reeds tot uitsluiting kan leiden, in welk verband het aanbeveling verdient in de memorie van toelichting te verduidelijken dat het ongegrond opnemen van een onderneming in het register kwalificeert als onrechtmatige daad waarvoor de betreffende aanbesteder schadelijkt is. Verder houdt de voorgestelde regeling geen rekening met de positie van buitenlandse partijen. Die worden immers bevoordeeld ten opzichte van Nederlandse partijen aangezien in Nederland veelal niet bekend is wat de (wellicht negatieve) past performance van een buitenlandse partij is. Overigens zou het bij ‘tekortkomingen’ ten minste moeten gaan om ‘toerekenbare’ tekortkomingen.

2.5. Uniform Europees aanbestedingsdocument

- **Lastenverzwaring.** Wij delen de visie van de wetgever zoals blijkt uit het Consultatiedocument dat het concept UEA moet worden aangepast om te voorkomen dat de administratieve lasten voor gegadigden / inschrijvers zullen toenemen. Niettemin zien wij geen bezwaar tegen een verplichting van inschrijvers om beperkt te omschrijven op welke wijze zij aan de gestelde eisen voldoen, aangezien een dergelijke verplichting inschrijvers dwingt hier aandacht aan te besteden en op die wijze wordt voorkomen dat een ongeldige inschrijving wordt gedaan, bijvoorbeeld doordat wordt vergeten op te geven op welke derden een beroep wordt gedaan (een thans regelmatig terugkerende omissie bij gebruik van de huidige uniforme eigen verklaring).

2.6. Wijziging

- **Aard van de opdracht.** Aanbevolen wordt in de toelichting nader te verduidelijken wanneer sprake zou kunnen zijn van een wijziging van de algemene aard van de overheidsopdracht of raamovereenkomst. Het genoemde voorbeeld (p. 81) is zeer evident en biedt niet de gewenste verduidelijking.
- **Wijziging van opdrachtnemer.** Door de bewoordingen in de toelichting bij artikel 2.163f “hierbij moet gedacht worden aan” en vervolgens de verwijzing naar het pressetext arrest worden feitelijk de in de richtlijnen toegestane uitbreiding van wijzigingen ten opzichte van wat onder het regime van het pressetext arrest aan wijzigingen is toegestaan, ongedaan gemaakt. Aanbevolen wordt om de memorie van toelichting op dit punt aan te passen, bijvoorbeeld eenvoudigweg door een formulering als “hierbij *kan* gedacht worden aan”.

2.7. Verlicht regime voor sociale diensten

- **Voorbehouden gezondheids-, sociale en culturele diensten.** De wetgever heeft de keuze heeft gemaakt artikel 77 Klassieke Richtlijn / artikel 94 Richtlijn Speciale Sectoren betreffende het voorbehouden van specifieke diensten op het gebied van gezondheid en sociale en culturele diensten niet te implementeren. Als reden daarvoor is gegeven dat het artikel ziet op heel specifieke gevallen die in Nederland (nog) niet of nauwelijks bestaan. De vraag kan worden gesteld of dit een voldoende legitieme reden is om de expliciet door de richtlijnen geïntroduceerde mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan organisaties die aan specifieke voorwaarden voldoen, in het geheel niet over te nemen. Indien geen bewuste beleidskeuzes ten grondslag liggen aan een dergelijke beslissing, kan worden overwogen de richtlijnbeplating juist wel over te nemen en het aan de praktijk over te laten om te bepalen of deze al dan niet voorziet in de vervulling van een bestaande behoefte.
- **Vormvrije procedure.** Wij betwijfelen of een vormvrije procedure daadwerkelijk meerwaarde biedt boven toepassing van de mededingingsprocedure met onderhandeling nu laatstgenoemde procedure reeds zeer flexibel is. Aansluiting bij deze procedure kan wildgroei van verschillende procedures voorkomen en biedt zowel aanbesteders als inschrijvers houvast.

2.8. Publiek-publieke samenwerking

- **Toepasselijkheid wet.** Volgens de memorie van toelichting behoeven aanbesteders de wet niet toe te passen bij de geregelde gevallen van publiek-publieke samenwerking. Op grond van artikel 3.23a tot en met 3.23c gelden deze bepalingen echter enkel voor aanbestedende diensten en niet voor overige speciale-sectorbedrijven. Verder bepalen artikel 2.24a tot en met 2.24c, 2a.20 en 3.23a tot en met 3.23c dat de delen 2, 2a en 3 niet

van toepassing zijn. Aanbevolen wordt om in de wet op te nemen dat de gehele wet in die gevallen niet van toepassing is, dan wel in de memorie van toelichting op te nemen dat in die gevallen een keuze voor onderhandse gunning gerechtvaardigd is op basis van artikel 1.4.

- **Onvolledige implementatie.** In artikel 2.24a lid 5 is met betrekking tot de bedrijfsprognoses de zinsnede “met name” ten onrecht niet overgenomen uit de Concessierichtlijn.
- **Verduidelijking.** Een aantal aspecten van publiek-publieke samenwerking blijft nog onduidelijk. Aanbevolen wordt om hierover ten minste een toelichting op te nemen. Het betreft met name: *i)* de 80%-eis en het verbod op privé kapitaal bij omgekeerde en horizontale quasi-inbesteding, *ii)* omgekeerde quasi-inbesteding van kleindochter naar moeder, *iii)* welke omzet meetelt voor de 80%-eis bij gezamenlijke quasi-inbesteding: alleen omzet voor andere rechtspersonen die door *alle* aanbestedende diensten worden gecontroleerd of is controle door één aanbesteder genoeg, *iv)* omgekeerde quasi-inbesteding aan gezamenlijk controlerende aanbestedende diensten, *v)* horizontaal quasi-inbesteden aan een entiteit die door een of meer gezamenlijk controlerende aanbesteders wordt gecontroleerd, *vi)* privékapitaal bij horizontale samenwerking, *vii)* de 20% beperking bij horizontale samenwerking.

2.9. Concessieopdrachten

- **Vormvrije procedure.** Wij betwijfelen of een vormvrije procedure daadwerkelijk meerwaarde biedt boven toepassing van de mededingingsprocedure met onderhandeling nu laatstgenoemde procedure reeds zeer flexibel is. Aansluiting bij deze procedure kan wildgroei van verschillende procedures voorkomen en biedt zowel aanbesteders als inschrijvers houvast.
- **Uitzonderde concessieopdrachten.** Wij betwijfelen of artikel 10 lid 3 van de Concessierichtlijn, zoals de wetgever stelt, naar zijn aard geen implementatie behoeft. Aanbevolen wordt deze uitzondering uitdrukkelijk te implementeren dan wel in de memorie van toelichting op te nemen dat de wet niet van toepassing is op concessies voor luchtvervoerdiensten op basis van de verlening van een exploitatievergunning in de zin van Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad noch op concessies betreffende openbaar personenvervoer in de zin van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

2.10. Verkorting termijnen

- **Minimum termijnen.** Het conceptwetsvoorstel bevat verkorte minimumtermijnen. Aanbesteders vinden deze minimumtermijnen veelal nog te lang, terwijl de meeste inschrijvers deze te kort vinden. Ervan uitgaande dat de voorgestelde minimumtermijnen worden gehandhaafd, verdient het aanbeveling het gebruik van een minimumtermijn te

koppelen aan een verplichting voor de aanbestedende dienst dat gebruik in de aanbestedingsstukken te motiveren. Op die wijze wordt de aanbestedende dienst zich bewust van het minimumkarakter van de termijn, hetgeen het gebruik van de hoofdregel van artikel 2.70 (vaststelling termijn te bepalen naar de omstandigheden van het geval) zou kunnen bevorderen.

- **Verzoeken tot deelname.** Volgens de memorie van toelichting (pagina 8) zijn de termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelname verkort. Uit het conceptwetsvoorstel is ons een dergelijke verkorting niet gebleken.

2.11. Varia

- **Koppeling wetsvoorstel Evaluatie Aanbestedingswet 2012.** Het verdient om praktische redenen aanbeveling de parlementaire behandeling van het onderhavige wetsvoorstel ter zake de implementatie van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen tegelijk te laten plaatsvinden met die van het op handen zijnde wetsvoorstel ter zake de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012.
- **Definitie ‘aanbesteding’.** Het verdient aanbeveling de definitie van ‘aanbesteding’ uit de Klassieke Richtlijn in het wetsvoorstel over te nemen teneinde zeker te stellen dat van een aanbesteding enkel sprake is in geval van een inkoopprocedure waaraan meer dan één ondernemer deelneemt (zie het begrip ‘ondernemers’ in de richtlijndefinitie, die – doorgehaald – eveneens onder artikel 1.1 van de geconsolideerde versie van het conceptwetsvoorstel is opgenomen.
- **Handhaving.** Artikel 83 Klassieke Richtlijn en het vergelijkbare artikel 99 Richtlijn Speciale Sectoren geven een regeling omtrent handhaving. Uit de transponeringstabellen bij het conceptwetsvoorstel blijkt dat de wetgever meent dat deze bepalingen grotendeels geen implementatie behoeven. De artikelen verplichten een lidstaat tot het hebben of instellen van toezichthoudende instanties of structuren die bevoegd zijn specifieke schendingen of systematische problemen bij de toepassing van de regels voor overheidsopdrachten te signaleren aan nationale auditautoriteiten, rechterlijke instanties of andere bevoegde autoriteiten of structuren. De in de transponeringstabel bij artikel 83, tweede lid (jo artikel 99, tweede lid) genoemde instanties bezitten die bevoegdheid evenwel niet. De toegang tot (bijvoorbeeld) rechter of commissie van aanbestedingsexperts staat voor deze instanties in beginsel niet open indien sprake is van specifieke schendingen of systematische problemen. De in de transponeringstabel genoemde ‘grenzen van het procesrecht’ noodzaken derhalve tot de instelling van een autoriteit die daadwerkelijk, overeenkomstig het bepaalde in de genoemde richtlijn bepalingen, deze problemen of schendingen kan aankaarten bij een nationale auditautoriteit, rechterlijke instantie of andere bevoegde autoriteit of structuur. Het wetsvoorstel dient onzes inziens dan ook te worden aangevuld met een bepaling die voorziet in de instelling van een aanbestedings-

autoriteit die bevoegd is uit eigen initiatief, al dan niet naar aanleiding van een klacht, een schending van het aanbestedingsrecht te laten beoordelen door een rechterlijke instantie, de commissie van aanbestedingsexperts, de Ombudsman en / of een andere bevoegde autoriteit.

- **Verschrijving.** In de laatste zin van de toelichting bij artikel 2a.52 dient het woord ‘motivatie’ te worden vervangen door ‘motivering’.
- **Verschrijving.** De verwijzing bij artikel 83, derde lid, tweede alinea, in de transponeringstabel van de Klassieke Richtlijn naar ‘artikel 4.13a’ dient te worden vervangen door een verwijzing naar ‘artikel 4.12a’.
- **Verschrijving.** In artikel 2.87, eerste lid, onder g, dient een komma te worden geplaatst tussen ‘vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht’ en ‘tot schadevergoeding’.
- **Verschrijving.** In artikel 2.114, derde lid, laatste deel van de zin, dienen de woorden ‘de aanbestedende dienst’ te worden verwijderd.
- **Onduidelijkheid.** Het voorbeeld over de advocaat in de toelichting bij artikel 2.92a is onbegrijpelijk.

Hoogachtend,
Houthoff Buruma

J.M. Hebly