

Vergaderjaar 2011–2012

32 440

Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE ECONOMISCHE ZAKEN, LANDBOUW EN INNOVATIE¹

Vastgesteld 24 april 2012

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel geeft de commissie aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen. De commissie verzoekt de regering om de vragen uiterlijk 22 mei 2012 te beantwoorden.

Algemeen

De leden van de **VVD**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van voorliggend wetsvoorstel. Deze leden beschouwen dit voorstel als een aanzienlijke verbetering in vergelijking met de eerdere versie die door deze Kamer werd verworpen. Het wetsvoorstel bevat nu voldoende inhoudelijke regulering, is sturend en verplichtend voor de betrokken partijen en nodigt uit tot een transparante en innovatieve werkwijze bij het aanbesteden. De leden van de VVD-fractie zijn er ook mee ingenomen dat de wet zich niet alleen richt op aanbestedingen met een EU-dimensie, maar dat de beginselen van transparantie, non-discriminatie en proportionaliteit ook van toepassing zijn voor opdrachten die buiten deze drempelbedragen vallen. Terecht is gekozen voor harmonisatie van alle procedures. Deze leden beschouwen het eveneens als een goede zaak dat de besluiten aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en die voor aanbestedingen speciale sectoren (Bao en Bass) in het voorstel zijn meegenomen. Doordat eveneens eisen uit aanbestedingsrichtlijnen zijn opgenomen, trekken de leden van de VVD-fractie de conclusie, dat de belangrijkste bezwaren die de Eerste Kamer in 2008 opwierp tegen het toen voorliggende voorstel², thans zijn weggenomen. Rest nog de uitwerking van nadere regelingen in het AMvB-traject, alsmede de implementatie van deze wet. Met name op deze punten hebben de leden van de fractie van de VVD nog enkele vragen.

De leden van de **PvdA**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel en stellen vast dat het voorstel een verbetering is ten opzichte van het in 2008 door de Eerste Kamer verworpen voorstel. Anders dan in het vorige wetsvoorstel wordt nu een helder kader

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Kneppers-Heynert (VVD) (*voorzitter*), Terpstra (CDA), Noten (PvdA) (*vice-voorzitter*), Sylvester (PvdA), Essers (CDA) Thissen (GL), Nagel (50PLUS), Elzinga (SP), Koffeman (PvdD), Reuten (SP), Schaap (VVD), Smaling (SP), Flierman (CDA), Hoekstra (CDA), Van Boxtel (D66), Backer (D66), Vos (GL), De Lange (OSF), Schrijver (PvdA), Postema (PvdA), Vlietstra (PvdA), Klever (PVV), Van Strien (PVV), Faber-van de Klashorst (PVV), Ester (CU), Van Rey (VVD), Bröcker (VVD) en Beckers (VVD).

² Kamerstukken 30 501.

geboden, waar aanbestedende overheden en speciale sectorbedrijven aan zijn gehouden. In de Tweede Kamer is het voorstel uitvoerig behandeld en op onderdelen verder aangescherpt. Het wetsvoorstel is niet alleen bedoeld voor opdrachten boven de Europese drempelwaarden, maar ook voor opdrachten waarbij de aanbestedende dienst kiest voor een nationale of meervoudig onderhandse aanbesteding en biedt daarmee een kader voor alle opdrachten van overheden en speciale-sectorbedrijven, met uitzondering van opdrachten op het terrein van defensie. Bij alle aanbestedingen zijn de beginselen van transparantie, non-discriminatie, gelijkheid en proportionaliteit van toepassing. Daarnaast biedt de regering «flankerend beleid» aan om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk te verbeteren. De leden van de PvdA-fractie hebben nog enkele vragen.

De leden van de **CDA**-fractie hebben met veel belangstelling kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel. Aangezien een voorafgaand voorstel door de Eerste Kamer is verworpen, hechten deze leden eraan te constateren, dat de knelpunten van destijds nu zijn weggenomen. Het voorstel biedt het noodzakelijke juridische kader om slechte ervaringen met aanbestedingen te keren en in ieder geval in beginsel innovatie te bevorderen. Er zal nu bovendien kunnen worden ingezet op het verlichten van administratieve lasten waarmee ondernemers worden geconfronteerd en er wordt een halt toegevoegd aan diverse zware eisen en voorwaarden waardoor ondernemers nauwelijks een reële kans maken. Daarnaast beslaat het wettelijk kader niet alleen aanbestedingen boven de Europese drempels, maar ook de situatie dat het om lagere bedragen gaat. Dit kan een einde betekenen aan de lappendeken van decentrale regels en de daarmee gepaard gaande verwarring en kosten. Deze leden hebben toch nog enige vragen.

De leden van de **SP**-fractie hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel en zij hebben daarover een aantal vragen.

De leden van de fractie van **D66** hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorstel. De Nederlandse overheid besteedt immers ongeveer 60 miljard euro per jaar aan overheidsopdrachten. De wetgeving kent een lange voorgeschiedenis en is ingrijpend geamendeerd door de Tweede Kamer. Deze leden maken graag van de gelegenheid gebruik om een vraag te stellen.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel, maar hebben nog een aantal vragen.

VVD

Amendement Schouten/Ziengs¹

Terecht heeft de Tweede Kamer naar het oordeel van de leden van de **VVD**-fractie bij amendement bepaald, dat het afwegingskader voor de aanbestedende diensten, zoals verwoord in de Gids Proportionaliteit, in deze wet wordt verankerd en dat de AMvB van een voorhangprocedure is voorzien. Omdat deze gids tot stand is gekomen in samenspraak tussen overheid en bedrijfsleven en ook nog een intensieve consultatieprocedure heeft doorlopen, is het een normale zaak dat het verplichtende karakter daarvan in de wet wordt verankerd. Deze leden vragen echter wel hoe deze regels evenwichtig in de AMvB zullen worden vastgelegd. Er is immers sprake van een ingebouwde spanning: namelijk door het bijeenbrengen van de nodige flexibiliteit van de gids – te weten het soepel opnemen van nieuwe inzichten en praktijken – en het verplichtende

¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 50.

karakter daarvan. De leden van de VVD-fractie zouden enige bespiegelingen van de regering over de wijze van regulering in de voorziene AMvB op prijs stellen. Dat geeft alvast enig concreet inzicht in de intenties van dit deel van het wetsvoorstel.

Doelstellingen wetsvoorstel

Een ander punt betreft de ruimte die de Aanbestedingswet biedt voor het midden- en kleinbedrijf (MKB). De regering zoekt ook hier evenwicht, bijvoorbeeld door het clusteren van opdrachten aan banden te leggen. Dit neemt niet weg dat clustering, met uiteraard wel voldoende zekerheid van mede aanbesteding door het MKB, efficiency in de uitvoering van projecten kan bevorderen, evenals het optimaliseren van de prijs-kwaliteitsverhouding in het licht van de gunning. Het gaat bij dit laatste om een doelstelling die de wet expliciet noemt en die het gunnen tegen uitsluitend de laagste prijs moet tegengaan. Een dergelijke optimalisatie is niet alleen veilig te stellen door dwingende regels, maar vraagt ook het opbouwen van een gezonde aanbestedingspraktijk. Het domein van openheid, efficiency en vernieuwing is ook een leerproces, iets dat gelukkig al is ingezet. Belangrijker dan het vastpinnen van de aanbestedingprocedures op regels is dan ook het bevorderen van een innovatieve en transparante aanbestedingscultuur. Kan de regering duidelijk maken welke initiatieven de wet van overheid en bedrijfsleven vraagt inzake het bevorderen van deze doelstellingen en het creëren van een gezonde en transparante cultuur in dit werkveld?

Een belangrijke voorwaarde van een dergelijk vernieuwingsproces is een nauwere betrokkenheid van de overheidsorganen bij de aanbestedingspraktijk op bestuurlijk niveau. Teveel afstand van het bestuur en delegatie van het beleid aan de eigen uitvoeringsorganen kan immers fnuikend zijn voor het bestuurlijke inzicht in deze ingewikkelde materie. Onvoldoende bestuurlijk inzicht in de aanbestedingspraktijk leidt er gemakkelijk toe dat besturen weer terugvallen op het koppelen van budgetten en ramingen aan het kale investeringsbedrag alleen. Het directe aanbestedingssucces, te weten de gunning op prijs, dreigt dan weer doorslaggevend te worden dan criteria zoals de kosten van de gehele levenscyclus, de kosten van beheer en onderhoud, de jaarlasten die voortvloeien uit de investering en andere essentiële criteria waarop een aanbidding moet worden beoordeeld. Kan de regering aangeven hoe ook in dit opzicht kan worden geïnvesteerd in een adequate betrokkenheid van de overheidsbesturen bij de aanbestedingspraktijk?

Commissie van aanbestedingsexperts

Wil de regering duidelijk maken wat haar precies voor ogen staat met de commissie van aanbestedingsexperts, zowel de personele invulling van deze commissie als haar juridische status? Duidelijk moge zijn dat deze commissie geen dwingende uitspraken zal mogen doen, dat ze zelfs geen bindende adviezen mag geven, maar dat een uitspraak toch met zoveel gezag moet zijn bekleed dat deze niet geheel vrijblijvend is. Waar ligt dan het kantelpunt tussen een rechterlijke beslissing en een uitspraak van deze commissie? Het gaat er met deze commissie toch om, met zo weinig mogelijk geschillen naar de rechter uit te wijken? Hoe kan worden bevorderd dat uitspraken van deze commissie, die niet dwingend of bindend mogen zijn, toch een dusdanig moreel gezag krijgen, dat een gang naar de rechter wordt voorkomen, zo vragen de leden van de VVD-fractie.

Is de regering op de hoogte van de brief van het advocatenkantoor Nijsingh over het verplicht en gratis gebruik van TenderNed door aanbestedende diensten?¹ Deelt de regering de stelling dat dit onderdeel van het wetsvoorstel in strijd is met Europese en Nederlandse regelgeving inzake staatssteun en mededingingen? Graag krijgen de leden van de VVD-fractie een heldere uiteenzetting over deze kwestie en de juridische houdbaarheid van het beoogde gebruik van TenderNed.

Administratieve lasten

Een laatste punt van deze leden betreft de administratieve lasten. De leden van de VVD-fractie juichen het toe dat het wetsvoorstel hiervoor zeer concrete regelingen bevat, zoals de uniforme eigen verklaring en het beperken van het indienen van de bewijsstukken tot de gunningwaardige ondernemer. Hoe wordt echter voorkomen dat zich in de praktijk van het aanbesteden toch weer spontaan specifieke regelingen ontwikkelen die kostenverhogend werken? Anders gezegd, hoe moet wildgroei, hoe logisch en goed bedoeld ook, worden tegengegaan? Hoe kan worden voorkomen dat aanbestedingen met een relatief laag aanbestedingsbedrag zo open op de markt worden gezet dat ondernemers gedwongen worden relatief hoge offertekosten te maken met als gevolg hoge maatschappelijke lasten? Hoe denkt de regering op dit punt een efficiënte aanbestedingscultuur te bevorderen?

PvdA

Europese richtlijnen

Door de Europese Commissie is recentelijk een nieuwe richtlijn met betrekking tot aanbesteden gepresenteerd. De leden van de **PvdA**-fractie vragen of de regering kan aangeven wanneer de implementatie van deze richtlijn wordt verwacht. Heeft de regering overwogen het nu voorliggende wetsvoorstel aan te houden in afwachting van de behandeling van de nieuwe richtlijn? En kan de regering aangeven hoe de inhoud van deze nieuwe richtlijn zich verhoudt tot voorliggend wetsvoorstel?

De regering geeft aan met een apart wetsvoorstel te komen met betrekking tot inkoop op het terrein van veiligheid en defensie op basis van de Europese richtlijn van 13 juli 2009. Waarom kiest de regering ervoor deze richtlijn in aparte wetgeving te implementeren? Welke regelgeving geldt nu voor deze categorie opdrachten? De regering meldt dat de implementatiedatum van 21 augustus 2011 inmiddels is verstreken. Wanneer kan een wetsvoorstel tegemoet worden gezien, zo vragen deze leden.

Voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden met een duidelijk «grensoverschrijdend belang» is door het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaald dat deze vallen onder de beginselen uit de Europese aanbestedingsrichtlijn. Kan de regering aangeven wanneer sprake is van een «grensoverschrijdend belang»?

Evenwichtige afweging van belangen

Uit de openbare consultatie over het wetsvoorstel bleek dat ondernemers pleiten voor meer wettelijke regels en aanbestedende diensten voor minder. De leden van de fractie van de PvdA constateren dat gekozen is voor een kaderstellend wetsvoorstel aangevuld met «flankerend beleid». De regering kiest er niet voor in de wet dwingende voorschriften op te

¹ Brief ter inzage gelegd onder griffienummer 147069.02.

nemen, maar wil door aanvullend beleid bijdragen aan de professionalisering van aanbestedende diensten.

Uit onderzoek blijkt dat de aanbestedingspraktijk is verbeterd, maar dat het beter kan. Een belangrijk knelpunt is dat niet evenwichtig wordt omgegaan met proportionaliteit, waarmee extra drempels worden opgeworpen voor het MKB en zzp'ers. In het wetsvoorstel is daarom expliciet het proportionaliteitsbeginsel opgenomen voor opdrachten beneden de Europese grens. In de inmiddels ontwikkelde Gids Proportionaliteit is door een schrijfgroep een (concept)handreiking ontwikkeld hoe hiermee om te gaan.

De Tweede Kamer is op dit punt verder gegaan dan de regering en heeft bij amendement¹ besloten dat de Gids gebruikt dient te worden als wettelijk richtsnoer, waarvan alleen gemotiveerd mag worden afgeweken. Daartoe wordt de Gids vastgelegd in een AMvB. Waar de regering in het wetsvoorstel heeft gekozen voor een goed evenwicht tussen de belangen van ondernemers (zoveel mogelijk vastgelegde regels) en aanbestedende diensten (voldoende flexibiliteit en ruimte voor innovatie) lijkt het vastleggen van het uitgangspunt «proportionaliteit» in een AMvB hiermee te wringen. Deelt de regering deze opvatting?

Sociaal aanbesteden

Bij amendement is in de Tweede Kamer als uitgangspunt toegevoegd (artikel 1.4 lid 2) dat de aanbestedende dienst zorg draagt voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst tot het verrichten van werken, leveringen of diensten.² De leden van de PvdA-fractie vragen de regering of onder «zoveel mogelijk maatschappelijke waarde» ook kan worden verstaan het opnemen van voorwaarden tot het inschakelen van een x-percentages langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van een opdracht. Zo ja, waarom heeft de regering er dan niet voor gekozen in het wetsvoorstel een verplicht percentage op te nemen? Zo nee, welke betekenis geeft de regering dan aan het begrip «maatschappelijke waarde». En hoe denkt de regering te voorkomen dat dit belangrijke uitgangspunt een vrijblijvend karakter krijgt? Het succes van de door de regering ingediende Wet werken naar vermogen is in belangrijke mate afhankelijk van de bereidheid van werkgevers langdurig werklozen en arbeidsgehandicapten in dienst te nemen. Is de regering het met de leden van de PvdA-fractie eens dat hier een kans wordt gemist? Zo nee, waarom niet?

Ook artikel 2.80 biedt goede aanknopingspunten. Dit artikel regelt dat bij opdrachten gelijk of boven de Europese drempels de aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden kan verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, bijvoorbeeld met betrekking tot sociale of milieuoverwegingen. Waarom kiest de regering er niet voor dit artikel uit te breiden met het opnemen van de verplichting een x-percentages (bijvoorbeeld vijf procent) langdurig werklozen en arbeidsgehandicapten in te schakelen bij de uitvoering van de opdracht?

Is de regering bereid de voorwaarden die jegens de hoofdaannemer worden gesteld door de aanbestedende dienst van overeenkomstige toepassing te verklaren op de onderaannemer (conform het advies van de SER³)? Zo nee, waarom niet? Het komt regelmatig voor dat door een hoofdaannemer gebruik gemaakt wordt van zzp'ers. Hoe denkt de regering te bevorderen dat ook zij op fatsoenlijke voorwaarden opdrachten kunnen uitvoeren?

¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 50.

² Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 46.

³ Advies Sociaal-Economische Raad, *Overheid én markt: het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, nr. 10/01, maart 2010.

In het flankerend beleid biedt de regering handreikingen aan aanbestedende diensten en ondernemers om de aanbestedingspraktijk te uniformeren en professionaliseren. Welke mogelijkheden ziet de regering om dit ook te doen met betrekking tot sociaal, duurzaam en innovatief aanbesteden?

Verplicht en gratis gebruik TenderNed

Aanbestedende diensten dienen verplicht gebruik te maken van TenderNed, het gratis elektronisch systeem voor bekendmaking van opdrachten. Door Nijsingh advocaten- notarissen N.V. is, namens enkele belanghebbenden, een brief gezonden aan de leden van de Eerste Kamer.¹ Daarin wordt betoogd dat verplicht gebruik van (gratis) TenderNed in strijd is met Europese regelgeving (staatssteun). Deelt de regering deze kritiek? Zo nee, waarom niet?

Klachten

De regering geeft naar het oordeel van de leden van de PvdA-fractie terecht veel aandacht aan een goede klachtenafhandeling. Een van de mogelijkheden die wordt geboden is het oprichten van een expertise-groep. Ondernemers die een klacht hebben en niet tot overeenstemming zijn gekomen met de aanbestedende dienst, krijgen de mogelijkheid hun klacht voor te leggen aan deze experts. Hun adviezen zijn niet-bindend. De regering wil hiertoe een onafhankelijke stichting oprichten. De leden van de PvdA-fractie ontvangen graag nadere informatie over de wijze waarop de regering deze expertisefunctie wil invullen en hoe de regering denkt hiermee de gang naar de rechter zoveel mogelijk te voorkomen.

Evaluatie

Binnen twee jaar na inwerkingtreding doet de minister blijkens artikel 4.29 verslag aan de Staten-Generaal omtrent doeltreffendheid en effectiviteit van de wet, in het bijzonder met betrekking tot de toegang van ondernemers tot opdrachten en de naleving van de wet. De leden van de PvdA-fractie zien graag dat speciaal aandacht wordt gegeven aan de vraag of de aanbestedingspositie van kleine bedrijven en zzp'ers ook daadwerkelijk is verbeterd. Onderdeel van het verslag zou in de ogen van deze leden tevens moeten zijn of en in welke mate aanbestedende diensten hun verantwoordelijkheid nemen voor sociaal, duurzaam en innovatief aanbesteden. Is de regering hiertoe bereid en welke criteria stelt de regering hiervoor op?

CDA

Toestaan van varianten

De leden van de **CDA**-fractie benadrukken dat de Aanbestedingswet slechts een kader schept. Het komt er daarom op aan hoe deze wet in de praktijk zal worden gebruikt. Met name in de ICT-sector, waar innovatie van groot belang is, speelt een belangrijke rol hoe de aanbestedende diensten met de wet in de hand producten en diensten aanschaffen. Hoewel een wet daar geen harde kaders voor kan geven, vragen deze leden zich af waarom er in de wet zo weinig aandacht wordt geschonken aan innovatie. Stimulering van de ruimte die de Richtlijn geeft om varianten toe te staan zou een mogelijkheid daartoe zijn.

Definitie van MKB

Tijdens de behandeling door de Tweede Kamer is de regering bij motie verzocht er voor zorg te dragen dat overheden ten minste 30% van het aantal aanbestedingen naar het MKB laten gaan.¹ De leden van de CDA-fractie zouden graag willen weten welke definitie van MKB de regering hanteert. Geldt trouwens de 30%-regel voor alle overheden gezamenlijk of voor elke aanbestedende dienst afzonderlijk? Hoe moet worden vastgesteld of deze 30%-regel wordt gehaald en welke sancties worden er gesteld als deze streefnorm niet wordt gehaald?

Definitie van maatschappelijke waarde

Tijdens de parlementaire behandeling is als doelstelling aan het aanbesteden toegevoegd dat daarmee maatschappelijke waarde moet worden bereikt. Is het juist dat hiermee wordt bedoeld dat er bij een aanbesteding meer oog moet zijn voor de kwalitatieve aspecten bij gunning en duurzaamheid en innovatie ook moeten worden beloond? Hoe wordt voorkomen dat aanbestedende diensten dit artikel zullen aangrijpen om allerlei externe beleidsdoelen te integreren in het aanbestedingsbeleid als daar geen speciale wettelijke grondslag voor bestaat?

Invulling transparantie-eis

Deze leden zouden graag van de regering vernemen op welke wijze bij de toepassing van onderhandse procedures in het uitnodigingsbeleid aan de transparantie-eis kan, c.q. moet worden voldaan.

Beginselen of uitgangspunten

De vraag doet zich voor waarom bij Europese aanbestedingen (afdeling 1.2.2) van «beginselen» wordt gesproken en bij nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen (afdelingen 1.2.3 en 1.2.4) van «uitgangspunten». De Hoge Raad hanteert een dergelijk onderscheid niet en het kan verwarring scheppen. De leden van de CDA-fractie verzoeken de regering om op deze vraag in te gaan.

Beperkte verplichte toepassing van het ARW (Aanbestedingsreglement Werken)

Artikel 1.22 van het wetsontwerp verplicht aanbestedende diensten om bij de aanbesteding van werken met een waarde beneden het voor dat type opdrachten geldende drempelbedrag, gebruik te maken van een richtsnoer waarin voorschriften zijn opgenomen over de aanbesteding van werken. Dit artikel is aan het oorspronkelijke wetsontwerp toegevoegd bij nota van wijziging van 28 maart 2011², welke bepaling toen nog was genummerd als artikel 1.20a. Blijkens de toelichting op de nota van wijziging, zal als richtsnoer worden aangewezen het Aanbestedingsreglement voor Werken (ARW).

Het huidige, uit 2005 stammende, ARW wordt in de praktijk op zeer ruime schaal toegepast, niet alleen door de centrale overheid, maar ook door decentrale overheden en soms door particuliere opdrachtgevers. Het ARW 2005 regelt zowel de aanbesteding van werken beneden, als boven het drempelbedrag. In het kader van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet wordt door een schrijfgroep met vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en marktpartijen gewerkt aan een nieuwe versie van het ARW, die geheel is afgestemd op de tekst van de Aanbestedingswet 20..

¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 58.

² Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11.

De leden van de CDA-fractie zouden graag vernemen, waarom artikel 1.22 van de Aanbestedingswet 20.. de verplichte toepassing van het ARW beperkt tot opdrachten voor werken beneden de drempel. Het bezwaar van die beperkte verplichting kan niet in het ARW gelegen zijn, omdat het nieuwe ARW, net als het ARW 2005, gedetailleerde regels zal bevatten over de aanbesteding van werken met een waarde boven het Europese drempelbedrag en geheel zal aansluiten bij het voorstel voor de Aanbestedingswet 20..

Proportionaliteit

De wettelijke verankering van het beginsel van proportionaliteit en de uitleg van dit begrip in de Gids Proportionaliteit achten de leden van de CDA-fractie een belangrijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie. Bij de parlementaire behandeling is opgeroepen om de inspraak van het bedrijfsleven op modellen van inkoopvoorwaarden te bevorderen. Deze leden vragen de regering welke acties hij zal ondernemen om te bevorderen dat de huidige modellen inkoopvoorwaarden (zoals ARVODI en ARBIT) in lijn zullen worden gebracht met de proportionaliteitseis en het bedrijfsleven inspraak zal krijgen op de modellen inkoopvoorwaarden.

De Gids Proportionaliteit

Bij amendement is aan deze artikelen (toen nog genummerd 1.7, 1.11 en 1.15) een drietal leden toegevoegd op grond waarvan aanbestedende diensten verplicht zijn om een richtsnoer toe te passen, met het oog op het bij aanbestedingen in acht te nemen proportionaliteitsbeginsel.¹ Als richtsnoer wordt aangewezen de Gids Proportionaliteit, waarvan de inhoud in overleg tussen vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en bedrijfsleven wordt opgesteld. Het concept voor de Gids is enige tijd geleden ter consultatie gepubliceerd. De definitieve versie zal naar verwachting op niet al te lange termijn kunnen worden vastgesteld.

De ter consultatie gepubliceerde versie voorzag in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om, mits deugdelijk gemotiveerd, van de in de Gids opgenomen afwegingskaders en aanbevelingen af te wijken. Nu het vierde lid van de hierboven genoemde artikelen reeds een afwijkingsmogelijkheid bevat, gaan de leden van de fractie van het CDA ervan uit dat de tekst van de Gids zelf niet ook nog een dergelijke afwijkingsmogelijkheid zal bevatten. De leden van de CDA-fractie vragen of de regering dat kan bevestigen.

Gevolgen van toepassing van een bouwteam

Artikel 2150 van het wetsvoorstel kent – in navolging van de Europese aanbestedingsrichtlijn – een bijzondere procedure die kan worden gevolgd bij het ontwerpen en bouwen van een complex van sociale woningen. Het bijzondere van die procedure is dat van meet af aan wordt samengewerkt tussen aanbestedende dienst, deskundigen van de aanbestedende dienst en de aannemer in een team, dat in de praktijk wordt aangeduid als een bouwteam. Door daaraan deel te nemen kan de aannemer zijn specifieke deskundigheid op het terrein van de bouwuitvoering inbrengen bij het door het bouwteam vervaardigen van het ontwerp voor het werk.

De memorie van toelichting bij dit artikel (oorspronkelijk genummerd als artikel 2 149) bevat een passage die in de ogen van de leden van de CDA-fractie in strijd is met de tekst van de bepaling en met de huidige praktijk. In de toelichting wordt namelijk gesteld dat de geselecteerde

¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 50.

aannemer bij het bouwteam betrokken blijft gedurende de ontwikkelfase van de opdracht, zodat de opdracht tot de eigenlijke uitvoering van het werk opnieuw dient te worden aanbesteed.¹

Maar de tekst van de bepaling zelf – zie artikel 2150, eerste lid – luidt dat het team naast afgevaardigden van de aanbestedende dienst en zijn deskundigen, bestaat uit «de aannemer die met de werken wordt belast». De wet gaat er dus vanuit dat de aannemer die geselecteerd is als lid van het bouwteam, ook belast zal worden met de uitvoering. Aldus geeft de wettekst aan dat er bij het selecteren van een bouwbedrijf om deel te nemen aan een bouwteam ten behoeve van de opdracht voor de bouw van een complex van sociale woningen, sprake is van een opdracht voor het mede-ontwerpen en uitvoeren van een werk en niet slechts van een opdracht tot het verrichten van een dienst (namelijk het door de aannemer geven van adviezen over het ontwerp).

De genoemde benadering van de wettekst is ook in overeenstemming met de praktijk van het werken met bouwteams. Want ongeacht of het daarbij gaat om de bouw van een complex van sociale woningen, houdt die in dat de aannemer die is geselecteerd als lid van het bouwteam, in beginsel ook belast zal worden met de eigenlijke uitvoering. De opdracht waarvan hier sprake is, zal dan ook moeten worden gezien als een opdracht voor het tot stand brengen van een werk, zij het onder de voorwaarde dat overeenstemming wordt bereikt over de voor de uitvoering van het ontwerp door de aannemer aangeboden prijs. Te bedenken is daarbij dat aannemers geen financiële vergoeding ontvangen voor het participeren in het bouwteam, maar hun bijdrage aan het bouwteam gehonoreerd weten met de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor de eigenlijke bouw. Wanneer deelname aan een bouwteam evenwel niet een redelijke kans inhoudt om het werk tot stand te kunnen brengen (omdat die opdracht apart wordt aanbesteed), moet gevreesd worden dat bouwbedrijven niet langer bereid zullen zijn om tot een bouwteam toe te treden. Graag vernemen de leden van de CDA-fractie of de regering met hen van mening is dat de toelichting, gezien het bovenstaande, op een misverstand berust.

Aanbestedingspraktijk Bass-bedrijven

Op basis van een feitenonderzoek naar de voorwaarden die door aanbestedende diensten aan ondernemers in de aanbestedingspraktijk worden gesteld, is geconcludeerd dat het MKB slechts een beperkte toegang tot overheidsopdrachten heeft. Dit feitenonderzoek was beperkt tot de klassieke overheid waardoor het geen inzicht biedt in de aanbestedingspraktijk van de Bass-bedrijven. Desondanks worden de Bass-bedrijven met vergaande maatregelen ten aanzien van aanbestedingen geconfronteerd. Is naar de mening van de regering de aanbestedingspraktijk van de Bass-bedrijven – afgezien van de verplichting tot implementatie van de betreffende EU-richtlijn – wel voldoende reden om de in dit wetsvoorstel aan de Bass-bedrijven op te leggen verplichtingen te dragen?

Motiveringsplicht

Kan – zo vragen de leden van de CDA-fractie – de regering een aanwijzing geven hoe de in artikel 1.4 en artikel 1.5 bedoelde motiveringsplicht moet worden vorm gegeven of dient de toetsing van de invulling daarvan geheel aan de rechter te worden overgelaten? Is er bij een ontoereikende motivering sprake van een onrechtmatige daad van de aanbestedende dienst? Welke partijen zijn belanghebbende om tegen het ontbreken van een voldoende motivering op te treden? In artikel 1.4 is sprake van

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, blz. 99.

«objectieve criteria», in artikel 1.5 van «niet onnodig». Hoe dient de laatste omschrijving te worden geduid? Gaat het dan om subjectieve maatstaven, die de aanbestedende dienst hanteert, of ook om «objectieve maatstaven»?

Commissie van aanbestedingsexperts

Bij de mogelijkheid tot klachtenafhandeling wordt een commissie van aanbestedingsexperts voorgesteld. De leden van de CDA-fractie vragen zich af wat de status is van de adviezen van deze commissie. Voorts is onduidelijk hoe de commissie is samengesteld en wie de leden daarvan benoemt. Zijn er waarborgen voor de vertrouwelijke behandeling door de commissie? Zal de commissie naast vragen met betrekking tot de rechtmatigheid en doelmatigheid ook de proportionaliteit in de beoordeling betrekken?

Status van een nieuwe EU-richtlijn

Er wordt aan een nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn gewerkt. Verwacht de regering dat naar aanleiding daarvan de voorgestelde wet binnen zeer korte tijd al weer zal moeten worden vervangen?

Artikelsgewijs commentaar CDA

Artikel 1.1, definitie «aangebestedende dienst»

In deze definitie worden niet alleen publiekrechtelijke instellingen als een aanbestedende dienst bestempeld, maar ook «een samenwerkingsverband» van overheden. In de praktijk komen er in de sfeer van de inkoop vele samenwerkingsvormen van overheden voor. Zo zijn er bijvoorbeeld waterschappen die soms (ad hoc) gezamenlijk in een gemeenschappelijk aanbestedingstraject optreden. Dat is een niet geïstitutionaliseerde vorm van samenwerking. Maar ook zijn er meer geïstitutionaliseerde vormen, zoals inkoopstichtingen (met gemeenten als deelnemers in zo'n stichting) of (coöperatieve) verenigingen met overheden als leden. Vanuit een optiek van bundeling van krachten aan inkoopzijde valt er maatschappelijk gezien dikwijls wel wat voor te zeggen dat overheden samenwerken bij aanbestedingen/inkooptrajecten.

De keerzijde van deze praktijk is echter dat er een complexe driehoeksverhouding ontstaat, met als drie actoren: de publiekrechtelijke instelling (bijvoorbeeld de gemeente), het samenwerkingsverband (bijvoorbeeld een inkoopvereniging waar de gemeente lid van is) en de marktpartijen (ondernemers). In de praktijk treft men bij overheden de gedachte wel aan dat, indien een samenwerkingsverband (bijvoorbeeld de desbetreffende vereniging) een inkoop zelf heeft aanbesteed en (op eigen naam en voor eigen rekening en risico) de desbetreffende producten en diensten bij een marktpartij heeft ingekocht, de achterliggende publiekrechtelijke entiteit (bijvoorbeeld de gemeente die lid is van de vereniging) de desbetreffende producten of diensten vrijelijk – dus zonder het volgen van een eigen aanbestedingsprocedure – van het samenwerkingsverband kan betrekken. Op deze wijze onttrekken gemeenten zich aan hun eigen aanbestedingsplicht. Een dergelijke situatie is – zo lijkt het de leden van de CDA-fractie – discutabel, zij roept althans in de praktijk vragen en onduidelijkheden op. Marktpartijen weten daarom vaak niet goed waar zij in die driehoeksverhouding aan toe zijn. Het zou wenselijk zijn wanneer de regering over dergelijke constructies meer duidelijkheid verschaft.¹

¹ (Deze vormen van samenwerking van aanbestedende diensten moeten overigens worden onderscheiden van de bundeling van opdrachten als bedoeld in artikel 1.5 van het wetsvoorstel.)

Artikel 1.4 lid 2

De Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (NErpe)¹ betreft de naleving van Europese regelgeving door lagere publiekrechtelijke entiteiten. Deze wet geeft – kort gezegd – de Rijksoverheid een aanwijzingsbevoegdheid ingeval een lagere overheid een Europeesrechtelijke regel (bijvoorbeeld op het gebied van aanbestedingen) schendt. Kan NErpe ook worden toegepast als een lagere publiekrechtelijke instantie artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet schendt? Hoe ziet de regering dat voor zich?

Artikel 1.21

In de praktijk levert de terbeschikkingstelling van aanbestedingsstukken soms problemen op. Het komt wel voor dat een aanbestedende dienst de stukken louter wenst te verstrekken aan ondernemers die geacht worden belang te hebben bij de desbetreffende aanbesteding. In een dergelijk geval worden de stukken onthouden aan bijvoorbeeld een journalist die de aanbesteding wenst te volgen. Deze leden achten het gewenst dat de regering uitspreekt dat in beginsel iedereen die dat vraagt de aanbestedingsstukken moet kunnen ontvangen, voor welk doel deze dan ook gevraagd worden.

Hoofdstukken 2 en 3

De leden van de CDA-fractie benadrukken dat waar in het hiernavolgende hoofdstuk 2 is aangegeven, mutatis mutandis ook hoofdstuk 3 wordt bedoeld.

Artikel 2.30 lid 1 sub a

In deze bepaling wordt ruimte gelaten voor onderhandelingen na voorafgaande aankondiging indien eerder in het aanbestedingstraject «inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn». Onduidelijk is naar welke (juridische) maatstaven beoordeeld moet worden of eerdere inschrijvingen die zijn gedaan onaanvaardbaar zijn. Graag vernemen de leden van de CDA-fractie het commentaar van de regering hieromtrent.

Onderhandelingen zijn volgens dit lid ook alleen maar toegestaan als «de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.» Voor ondernemers die eerder in de aanbesteding hebben ingeschreven, maar die zijn afgefallen en dus ook niet aan de onderhandelingen deelnemen, is het achteraf niet toetsbaar of de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk zijn gewijzigd. Immers, aangezien zij niet aan de onderhandelingen deelnemen, onttrekt het zich aan hun zicht of de voorwaarden wel of niet (wezenlijk) worden gewijzigd. De bepaling zet daarmee de deur open naar mogelijk misbruik. Wil de regering zich uitspreken over de vraag hoe misbruik van deze speelruimte kan worden voorkomen en hoe de ondernemers/belanghebbenden die niet aan de onderhandelingstafel zitten een en ander kunnen controleren?

Art 2:54 lid 1

De termijn tussen de laatste Nota van Inlichtingen welke de aanbestedende dienst in de fase voor de inschrijving aan ondernemers verstrekt en de uiterste datum van inschrijving is minimaal zes dagen, aldus deze bepaling. Dat is een minimumtermijn. In de praktijk van omvangrijke en complexe (met name) ICT-projecten is zo'n termijn van zes dagen dikwijls veel te kort. Immers, in de laatste Nota van Inlichtingen kunnen nieuwe

¹ Kamerstukken 32 157.

zaken, standpunten en dergelijke aan de orde komen, die door geïnteresseerde ondernemers niet of nauwelijks in zes dagen opgelost kunnen worden. In de praktijk is die termijn dan dikwijls een ernstig knelpunt, hetgeen bijdraagt aan gebrekkige inschrijvingen en risicovol «last minute» werk. De wet laat ruimte aan de aanbestedende diensten om de termijn langer dan zes dagen te laten zijn, maar de praktijk laat zien dat van die mogelijkheid veelal geen gebruik wordt gemaakt. Het is wenselijk om een impuls te geven aan meer realistische inschrijftermijnen. Hoe denkt de regering dit te bevorderen?

Artikel 2:79

Deze bepaling spreekt louter over «onderaanneming» en spreekt niet over «onderopdrachtneming». Onduidelijk is waarom deze bepaling niet tevens ziet op onderopdrachtneming. De rechtsfiguur van aanneming is immers een andere dan die van de overeenkomst van opdracht (dienstverlening). De leden van de CDA-fractie verzoeken de regering om op dit punt in te gaan.

Artikel 2:91 lid 1

Onduidelijk is of de opsomming van a – c een limitatieve dan wel een enuntiatieve opsomming is. De Europese rechtspraak lijkt te tenderen naar een stelsel dat ruimte laat voor het vragen naar andere middelen waarmee een ondernemer zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen. In de huidige Nederlandse praktijk ziet men met grote regelmaat dat gevraagd wordt naar middelen die niet in de opsomming a – c voorkomen. Er wordt soms gevraagd naar overlegging van liquiditeits- en solvabiliteitsratio's. Ook ziet men wel dat ondernemers/inschrijvers gevraagd worden een rapport van een extern (commercieel) handelsinformatiebureau te overleggen. Gaarne ontvangen deze leden het commentaar van de regering op deze praktijk, bezien in het licht van de opsomming van artikel 2:91 lid 1.

Artikel 2:131 lid 1

De overeenkomst kan pas door de aanbestedende dienst met een ondernemer worden gesloten als – kort verwoord – de rechter een beslissing heeft genomen in een zaak welke door een andere ondernemer is aangespannen. Conform de bestaande praktijk moet een beslissing van de KG-rechter voldoende zijn. Niet is vereist dat de desbetreffende rechterlijke beslissing ook rechtens onaantastbaar is. Met andere woorden: ondanks het instellen van een eventueel hoger beroep kan de aanbestedende dienst toch de overeenkomst aangaan. Acht de regering – zo vragen de leden van de CDA-fractie – dat vanuit een optiek van rechtsbescherming van het bedrijfsleven een aanvaardbare benadering?

Artikel 2:141

In de praktijk komen raamcontracten in de ICT-sector dikwijls terecht bij de grotere marktpartijen en zijn deze meer dan eens problematisch (lees: niet toegankelijk) voor het MKB. De regel van artikel 2:141 is om die reden wenselijk. De leden van de CDA-fractie vragen zich af hoe de controle op deze bepaling plaats kan vinden. Immers, aanbestedende diensten vallen gewoonlijk niet onder de controle van de NMa. De leden van de CDA-fractie leggen de vraag voor of de regel van artikel 2:141 in een dergelijk geval niet veel meer is dan een voorbeeld van symboolwetgeving.

Welke juridische middelen heeft een ondernemer als hij meent dat een raamovereenkomst in een voorkomend geval toch de mededinging dreigt te hinderen, te beperken of te vervalsen? Is er in dat geval sprake van een onrechtmatige daad van de aanbestedende dienst jegens de desbetreffende ondernemer? Kan de (KG-)rechter het aangaan van een dergelijke raamovereenkomst verhinderen? Kan de (KG-)rechter ook de aanbestedingsprocedure op vordering van de gedupeerde ondernemer beëindigen of de aanbestedende dienst gelasten de aanbesteding te staken? Wat is het standpunt van de regering dienaangaande?

Artikel 4:15 lid 2

Jegens wie moet de in dit artikellid bedoelde vordering worden ingesteld: louter jegens de aanbestedende dienst, zo vragen de leden van de fractie van het CDA. Of dient de vordering ook te worden ingesteld tegen de ondernemer die partij is bij de overeenkomst? In de rechtspraak heeft die vraag al tot onduidelijkheid geleid. Gaarne ontvangen deze leden het commentaar van de regering.

SP

Algemene Aanbestedingswet

De leden van de **SP**-fractie hebben een aantal vragen over het brede kader van de aanbestedingswetgeving. Het voorliggende wetsvoorstel regelt aanbestedingsprocedures voor (semi-)overheidsinstellingen. Die instellingen worden daarbij gebonden aan een vrij uniform kader dat thans niet vigeert voor private aanbestedende bedrijven. Bij deze laatste lijkt evenzeer te gelden dat sommige partijen (bijvoorbeeld uit het MKB) zich benadeeld kunnen voelen door de huidige (op onderdelen ontbrekende) regels. Heeft de regering overwogen om een «Algemene Aanbestedingswet» in te stellen die binnen het kader daarvan eventueel nader gespecificeerd zou kunnen worden voor overheidsinstellingen? Welke voor- en nadelen ziet de regering voor zo'n Algemene Aanbestedingswet? De leden van de SP-fractie vragen de regering daarbij tevens aandacht te geven aan de punten van non-discriminatie en transparantie en van kostenefficiëntie. In het bijzonder vernemen deze leden graag de opvatting van de regering over de vraag of in het geval van aanbesteding – en mogelijk ook op andere te specificeren terreinen – kostenefficiëntie bij de overheid lagere prioriteit dient te hebben dan bij private bedrijven. Omgekeerd vernemen deze leden graag of de regering van mening is dat non-discriminatie en transparantie bij private bedrijven hogere prioriteit zou dienen te hebben dan thans het geval is. (Het is deze leden uiteraard bekend dat de overheid belastingen uitkeert en dit behoort bij de beantwoording van de bovenstaande vragen dus niet te worden betrokken.)

Delegatie van kernelementen

De leden van de SP-fractie hebben vragen over de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 en voorts 1.22, betreffende de «eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding [dienen te] staan tot het voorwerp van de opdracht». Naar het oordeel van de leden van de SP-fractie betreft dit een kernkwestie van de aanbestedingsprocedure. Het is dan ook onbegrijpelijk dat deze hoofdzaak in het wetsvoorstel gedelegeerd wordt. Tenminste de hoofdlijnen van deze eisen, voorwaarden en criteria, alsmede criteria voor de betreffende redelijkheid, behoren te zijn opgenomen in de wet. De leden van de SP-fractie nemen aan dat tenminste deze hoofdlijnen inmiddels (dat wil zeggen sedert de behandeling van wetsvoorstel 30 501 in 2008) door de regering uitgewerkt

zijn. Is deze veronderstelling correct? Zo ja, waarom staan tenminste deze hoofdlijnen niet in het wetsvoorstel? Zo nee, deelt de regering dan de opvatting van de leden van de SP-fractie dat het wetsvoorstel nog onvoldragen is? Indien de eerder genoemde veronderstelling correct is, dan vragen de leden van de SP-fractie de regering om de in de betreffende artikelen genoemde algemene maatregelen van bestuur bij de memorie van antwoord te voegen.

Geschillen, onder andere aangaande de artikelen 1.10, 1.13, 1.16 en 1.22

De leden van de SP-fractie hebben vragen over het derde lid van de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 en het tweede lid van artikel 1.22. Dit stelt: «De aanbestedende dienst past de ... bedoelde voorschriften [die uit de AMvB] toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.» Dit lijkt een nogal formeel vereiste aangezien aan de adequaatheid van de motivering geen criteria zijn gesteld. Is de regering van mening dat bij een geschil over de adequaatheid uiteindelijk de rechter een oordeel moet vellen? Zo ja, levert dit geen overbelasting van de rechter op? Hoe hoog schat de regering de kosten van deze, en andere uit het wetsvoorstel voortvloeiende, procedures voor de Staat? Houdt de regering er rekening mee dat minder bemiddelde partijen (bijvoorbeeld uit het MKB) in het nadeel zijn bij dergelijke procedures en dat zij gezien de kosten mogelijk zelfs op voorhand afzien van dergelijke procedures? Heeft het in dit verband niet de voorkeur om de tekst van de wet aan te scherpen? Zo ja, waarom heeft de regering hiervan afgezien?

Overeenkomstige vragen betreffen artikel 1.5, lid 2 en 3, aangaande samenvoeging van opdrachten en het niet indelen van opdrachten in percelen.

Onderaanneming

De leden van de SP-fractie hebben een vraag over artikel 2.79, luidende: «De aanbestedende dienst kan in de aanbestedingsstukken bepalen dat een inschrijver in zijn inschrijving aangeeft welk gedeelte van de overheidsopdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.» Waarom is ervoor gekozen dit artikel niet toe te passen op inschrijvingen onder de richtlijn-grens¹ van artikelen 2.1 en 2.2?

Arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden

De leden van de SP-fractie hebben een aantal vragen over arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding. Artikel 2.81, lid 2 stelt: «Een aanbestedende dienst verzoekt de inschrijvers of de gegadigden aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen uit hoofde van de bepalingen inzake de arbeidsbescherming en de arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de verrichting wordt uitgevoerd.» Welke middelen heeft de aanbestedende dienst om, nadat aan het verzoek voldaan is en nadat de aanbesteding gegund is, de effectuering van deze verplichtingen af te dwingen? De leden van de SP-fractie gaan ervan uit dat het voorschrift van dit verzoek eveneens geldt voor, en betrekking heeft op, het geval dat een inschrijvende of gegadigde aannemer gebruik maakt, of later gebruik gaat maken, van een of meerdere onderaannemers. Immers, zou dit niet het geval zijn, dan kan de inschrijver of gegadigde zich onttrekken aan de bedoeling van dit artikel. Sluit de regering zich aan bij deze interpretatie van dit artikel?

¹ Richtlijn nr. 2004/18/EG.

Relatie tot Europese regelgeving

Op 20 december 2011 heeft de Europese Commissie haar voorstellen voor herziening van de huidige aanbestedingsrichtlijnen¹ bekend gemaakt. Deze richtlijnen zullen op korte termijn worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De leden van de fractie van **D66** vragen zich af waarom de regering – mede gezien de voorgeschiedenis en de lange tijd die het traject inmiddels heeft geduurd – er voor gekozen heeft om nu complexe wetgeving in te voeren die zo lang na-ijlt en tegelijkertijd al weer vooruitloopt op de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen. Het komt deze leden voor dat zeker in deze tijd Nederland te winnen heeft bij een goed functionerende Europese interne markt met zoveel mogelijk uniforme wetgeving.

In dat kader vragen deze leden waarom de regering ervoor gekozen heeft op de oude richtlijn «een kop» te zetten, die zowel voor de komende tijd als bij implementatie van nieuwe richtlijnen verstorend kan gaan werken. Deze leden zouden graag van de regering vernemen in hoeverre zij in het wetsvoorstel geanticipeerd heeft op de hiervoor genoemde richtlijnen, en zo niet, waarin de belangrijkste afwijkingen zijn gelegen en de reden waarom deze keuzes zijn gemaakt (inclusief de keuze om het gewijzigde voorstel door te zetten).

ChristenUnie*De status van de AMvB*

Door de Tweede Kamer is de keuze gemaakt om de inhoud van de Gids Proportionaliteit, na een «redactionele slag», bij AMvB als richtsnoer aan te wijzen bij aanbestedingsprocedures. Gezien de inhoud van de Gids Proportionaliteit zal de AMvB belangrijke onderdelen van het wetsvoorstel regelen en zou het naar de mening van de leden van de **ChristenUnie**-fractie betrokken moeten kunnen worden bij het beoordelingsproces in deze Kamer. Deze leden vernemen graag of deze redactionele slag inmiddels gemaakt is en op welke termijn de AMvB gereed is.

Volgens de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 moeten bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst de eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Daarbij dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf acht te slaan op hetgeen in lid 2 van deze artikelen vermeld staat. Ook komt de minister blijkens lid 3 met een AMvB op basis van de Gids Proportionaliteit die zal dienen als richtsnoer voor de eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en inschrijvingen. Kortom, zowel lid 2 als lid 3 spelen een rol in de toepassing van lid 1 van deze drie artikelen. De in lid 3 genoemde AMvB zal, blijkens het artikel, als richtsnoer gelden voor de toepassing van lid 1. Wat betekent dat precies? En wat is de functie van lid 2? Ziet dit lid bijvoorbeeld op gevallen waar de AMvB niet op zal zien? De leden van de fractie van de ChristenUnie worden hierover graag geïnformeerd.

Als een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een rechtens juiste aanbestedingsprocedure wil volgen dient deze volgens artikel 1.4 op basis van objectieve criteria te bepalen op welke wijze deze de overeenkomst tot stand wil brengen, en welke ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. In de nota van wijziging van 28 maart 2011² stelt de regering in de toelichting onder meer dat de procedure afgestemd dient te zijn «op de aard en omvang van de opdracht». Voorts

¹ Richtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG.

mag krachtens artikel 1.5 een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf opdrachten niet onnodig samenvoegen. De leden van de ChristenUnie-fractie hebben naar aanleiding hiervan een aantal vragen. Zien artikel 1.4 en artikel 1.5 op dezelfde situaties als de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16, zeker in het licht van lid 2 van de laatstgenoemde drie artikelen, en in het licht van de onderwerpen van de AMvB die worden genoemd in de brief van 2 februari 2012¹? Bepaalt de AMvB daardoor de facto de objectieve criteria waar artikel 1.4 over spreekt? Bepaalt de AMvB daardoor de facto wanneer een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een opdracht onnodig samenvoegt, waar artikel 1.5 op ziet?

De aanbestedende diensten kunnen slechts gemotiveerd afwijken van de dwingende voorschriften van de AMvB. Wat betekent dit voor de flexibiliteit van de aanbestedende dienst om – voor opdrachten zonder Europese dimensie – zelf op een efficiënte wijze overheidsopdrachten te vervullen? Leidt, naar het oordeel van de regering, de nadruk in de Gids Proportionaliteit op het creëren van een *level playing field* met name voor het MKB, op dwingende voorschriften en op uniformiteit tot te knellende procedures voor kleinere aanbestedende diensten? Wat zijn de gevolgen voor de efficiency van de inkopers tijdens de aanbesteding?

Sociale en duurzame innovatie

Met het geld dat de aanbestedende diensten te besteden hebben, kunnen duurzaamheid en innovatie worden bevorderd. Het staat de aanbestedende diensten daarbij vrij om gunningscriteria te stellen met dit doel, mits ze daarbij de proportionaliteit in acht nemen. De leden van de ChristenUnie-fractie vernemen graag of de AMvB die de Gids Proportionaliteit als uitgangspunt heeft, ook invloed heeft op duurzaamheids- en innovatiecriteria?

Op vragen of er gemeenten teruggefloten zijn op basis van Europese regelgeving omdat zij bij de gunningsvoorwaarden duurzame eisen stelden, verzekert de regering dat dit niet het geval is.² Hoe komt het dat duurzaamheidscriteria nauwelijks tot problemen leiden? Worden ze nooit gesteld? Of zijn gemeenten zeer bedreven in het proportioneel vaststellen van deze criteria? Geldt dit ook voor andere aanbestedende diensten? En hoe zit het met gunningscriteria die innovatie trachten te verbeteren: worden aanbestedende diensten teruggefloten vanwege innovatiecriteria? En waarom (niet)?

De regering stelt dat in het kader van Duurzaam Inkopen met diverse sectoren convenanten zijn gesloten.³ Deze leden willen graag verduidelijking verkrijgen over de impact van deze convenanten. Ziet de regering een duidelijke toename in het aantal aanbestedende diensten die duurzaamheid en innovatie een rol laten spelen bij de gunningscriteria? En, indien er sprake is van een grotere rol voor duurzaamheids- en innovatiecriteria, is er een waarneembaar verband met de opgestelde convenanten?

Naleving en handhaving

De regering stelt dat met het wetsvoorstel wordt beoogd een duidelijk en eenvormig kader te bieden. Wat is de invloed van de AMvB op deze duidelijkheid? Zijn er regels die in de AMvB komen, die overlappen met wat er in de wet zelf geregeld wordt? Wordt hiermee rekening gehouden?

Naleving hangt ook nauw samen met handhaving. De regering stelt dat accountants, gemeenteraden, staten en parlementen, de Europese Commissie en de civiele rechter toezien op de naleving van de aanbestedende

¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 64

² Kamerstukken II 2010/11, 32 440 nr. 10, p. 22.

³ Kamerstukken II 2010/11, 32 440 nr. 10, p. 23.

dingsregels. Als deze actoren constateren dat de regels niet nageleefd zijn, welke instrumenten of mechanismen hebben ze dan om te handhaven?

De regering stelt voorts geen voorstander te zijn van een toezichthouder die regels handhaaft. Volgens de regering is het een te ingrijpende stelselwijziging die bovendien onwenselijk is «aangezien binnen het bestaande systeem voldoende mogelijkheden zijn om de door ondernemers gewenste verbeteringen te bewerkstelligen. Zo zou met toezicht alleen achteraf worden geconstateerd of het aanbesteden goed is verlopen.» Op welke door de ondernemers gewenste verbeteringen doelt de regering?

In de beantwoording omtrent de wenselijkheid van een toezichthouder, houdt de regering geen rekening met een andere belanghebbende: de samenleving als geheel. Is de regering het met de leden van de ChristenUnie-fractie eens dat de samenleving ook belanghebbende is wanneer het gaat om de handhaving van de aanbestedingsregels? Heeft de samenleving er volgens de regering – in tegenstelling tot ondernemers – wel belang bij te weten dat een aanbesteding goed is verlopen? Is het wenselijk, met het oog op de belangen van de samenleving, om een toezichthouder in te stellen? Of vindt de regering dat de samenleving er – net als de ondernemers – geen belang bij heeft dat er een toezichthouder wordt ingesteld?

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,
Landbouw en Innovatie,
Kneppers-Heynert

De griffier van de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw
en Innovatie,
De Boer