NOTA VAN TOELICHTING

(22-6-2012)

I. ALGEMEEN

1. Doel en aanleiding

In de Aanbestedingswet 20.. (hierna: wet) worden enkele onderwerpen gedelegeerd naar het niveau van algemene maatregel van bestuur. Het betreft onderwerpen die door hun technische en gedetailleerde aard, zich niet lenen voor het niveau van wet. Daarnaast wordt in deze algemene maatregel van bestuur uitvoering gegeven aan de delegatiebepalingen van de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16. In deze artikelen wordt bepaald dat een richtsnoer dient te worden aangewezenwaarin voorschriften zijn vervat die betrekking hebben op de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het in de wet opgenomen proportionaliteitsbeginsel. In artikel 1.22 van de wet is een vergelijkbare verplichting opgenomen inzake een richtsnoer waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijzen waarop aanbestedende diensten overheidsopdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarde aanbesteden. Deze richtsnoeren worden in dit besluit aangewezen. Zoals in de genoemde bepalingen is geregeld dienen de voorschriften in de desbetreffende richtsnoeren te worden nageleefd. Afwijkingen van een of meer van die voorschriften dienen in de aanbestedingsstukken te worden gemotiveerd.
Daarnaast zijn in deze algemene maatregel van bestuur enkele technische bepalingen opgenomen over de inhoud van het model van de eigen verklaring en de wijze van communicatie tussen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en ondernemers. Ten slotte worden de delicten aangewezen, die relevant zijn voor de afgifte van de gedragsverklaring aanbesteden.

2. Gids proportionaliteit

De hiervoor al genoemde verplichting om een richtsnoer aan te wijzen waarin invulling wordt gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel is in de wet opgenomen als gevolg van aanvaarding van het amendement Schouten/Ziengs (Kamerstukken II, 2011/12, 32 440, nr. 50). Voordien was reeds een concept opgesteld voor een Gids proportionaliteit, waarbij uitgegaan was van een gids met het karakter van een niet-bindend instrument. Deze gids was opgesteld door een schrijfgroep bestaande uit twee vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en twee vertegenwoordigers van ondernemers. Concepten van de Gids proportionaliteit zijn besproken in een klankbordgroep waarin een brede vertegenwoordiging van aanbestedende diensten en ondernemers zitting had. In september 2011 is een concept van de Gids proportionaliteit in consultatie gegeven. De Gids proportionaliteit geeft hiermee een breed gedragen invulling van het proportionaliteitsbeginsel.
Als gevolg van het genoemde amendement heeft de Gids een redactieslag ondergaan en heeft een aantal aanpassingen plaatsgehad van wetstechnische aard. Dat was nodig omdat de Gids thans op grond van de genoemde bepalingen wordt aangewezen als richtsnoer en de daarin vervatte voorschriften, zoals in paragraaf 1 al is vermeld, in beginsel moeten worden nageleefd. Afwijkingen van een of meer voorschriften moeten in de aanbestedingsstukken worden gemotiveerd. Een en ander heeft ertoe geleid dat deze voorschriften uit de tekst van de Gids zijn gedestilleerd, met het oog op de kenbaarheid en uitvoerbaarheid ervan. Op deze wijze is voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven duidelijk wat voorschriften zijn (afwijking waarvan moet worden gemotiveerd) en wat overweging en toelichting is. Hieraan zij toegevoegd dat de Gids proportionaliteit een afgewogen geheel is, en de voorschriften in de context van de volledige tekst van de Gids proportionaliteit gelezen dienen te worden. Het proportionaliteitsbeginsel en de toepassing daarvan gelden ook voor de delen van de Gids waar geen voorschriften voor geformuleerd zijn.

3. Aanbestedingsreglement voor werken

De nieuwe Aanbestedingswet maakt een herziening van het reeds bestaande Aanbestedingsreglement werken, het ARW 2005 noodzakelijk. De herziening van het ARW 2005, heeft geleid tot het Aanbestedingsreglement Werken 20.. (hierna: ARW) dat is uitgevoerd door een schrijfgroep bestaande uit twee vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en twee vertegenwoordigers van ondernemers. Concepten van het ARW zijn besproken in een klankbordgroep waarin een brede vertegenwoordiging van aanbestedende diensten en ondernemers zat. Het ARW bestaat uit procedurevoorschriften voor opdrachten voor werken, waar de aanbestedende diensten zich bij het plaatsen van opdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarde aan moeten houden. Het ARW is tevens geschikt gemaakt voor toepassing op aan werken gerelateerde leveringen en diensten, waarmee uitvoering wordt gegeven aan de motie Schouten (Kamerstukken II 2010/11 nr. 55). Met de procedurevoorschriften van het ARW zal bij opdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarde uniformiteit in de wijze van aanbesteden optreden. Ondernemers worden hierdoor niet meer geconfronteerd met procedures, die steeds op een andere manier worden uitgevoerd. Hierdoor worden de lasten verminderd, en wordt de toegang van met name kleinere ondernemers verbeterd. Bovendien wordt hiermee uitvoering gegeven aan de motie-Van Vliet (Kamerstukken II 2010/11, 32500 XIII, nr. 105).

4. Administratieve lasten

Het Aanbestedingsbesluit bevat een aantal technische bepalingen die geen invloed hebben op de lasten. Enkele voorschriften uit het aanbestedingsbesluit hebben wel invloed op de lasten. Het gaat om het aanwijzen van twee richtsnoeren en de bepalingen omtrent de eigen verklaring.

Op basis van het amendement Schouten/Ziengs (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 50) wordt de Gids proportionaliteit in het Aanbestedingsbesluit aangewezen als richtsnoer. De Gids Proportionaliteit bevat voorschriften. Voor deze voorschriften geldt het principe van pas toe of leg uit. In het onderzoek ´Lasteneffecten van de Gids proportionaliteit´ is onderzocht wat de effecten van het opnemen van de voorschriften zijn voor de administratieve en overige lasten voor het bedrijfsleven en de uitvoeringslasten van aanbestedende diensten. Zoals in het onderzoek staat leidt De Gids proportionaliteit tot een lastenreductie van 200.000 euro van de administratieve lasten en 12,6 miljoen euro van de overige lasten. De lastenreductie komt voornamelijk voort uit het gebruik van minder zware aanbestedingsprocedures. Ook de uitvoeringlasten voor aanbestedende diensten nemen af met 5,4 miljoen euro. Het uitgangspunt van `pas toe of leg uit` leidt tot een lichte lastenverzwaring voor aanbestedende diensten. Aanbestedende diensten zullen wanneer zij zich niet aan een voorschrift houden vooraf in de aanbestedingsstukken moeten motiveren waarom afwijken in dat geval proportioneel is. Op het moment dat het wetsvoorstel en Aanbestedingsbesluit van kracht worden, zullen aanbestedende diensten voor het eerst dergelijke toelichtingen moeten opstellen. De tijd die aanbestedende diensten nodig hebben om deze toelichtingen op te stellen zal uiteindelijk afnemen, omdat er meer ervaring wordt opgedaan in het opstellen van de teksten. Ook zal er meer duidelijkheid komen over in welke gevallen van de voorschriften kan worden afgeweken, door jurisprudentie en de op basis van het wetsvoorstel in te stellen Commissie van Aanbestedingsexperts. Hierdoor is de lastenverzwaring beperkt tot 262.500 euro. Deze lastenverzwaring valt echter weg tegen de lastenreductie die hoofdzakelijk voortkomt uit het gebruik van minder zware aanbestedingprocedures.

Naar aanleiding van het amendement Ziengs (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 23) verklaart een ondernemer dat hij voldoet aan de gestelde eisen ten aanzien van milieu, dierenwelzijn of eisen die zijn gebaseerd op sociale overwegingen. Dat betekent dat ook voor die eisen alleen bewijsstukken overlegd hoeven te worden door de winnende of geselecteerde ondernemer(s). Dit leidt tot een aanvullende administratieve lastenreductie van 0,3 miljoen euro voor ondernemers.

Zoals ook in toelichting bij de nota van wijziging (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11) is aangegeven zijn de gevolgen voor de lasten van het aanwijzen van het Aanbestedingsreglement Werken als richtsnoer niet te kwantificeren. Door uniformering kost het zowel aanbestedende diensten als ondernemers minder tijd en moeite om een specifieke aanbestedingsprocedure te doorgronden en te volgen. In 92% van overheidsopdrachten voor werken wordt momenteel het Aanbestedingsreglement Werken gebruikt, maar er wordt vaak van bepalingen afgeweken. Onduidelijk is hoe groot het effect van de verdere uniformering zal zijn op de lasten.

II. ARTIKELEN

Artikel 2

In dit artikel worden de onderwerpen genoemd die in de eigen verklaring aan de orde komen. Het specifieke model wordt bij ministeriële regeling vastgesteld omdat deze technisch en gedetailleerd is.

Artikel 3 en 4

Deze artikelen betreffen de keuze die de aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven hebben tussen de verschillende communicatiemiddelen. In de meeste gevallen kunnen ze kiezen tussen communicatie per post, per fax en via elektronische weg. Voor de uitnodiging tot deelneming komt daar ingevolge artikel 4, tweede lid, van dit besluit de mogelijkheid van communicatie per telefoon bij. In dat geval moet de aanvraag schriftelijk worden bevestigd, zie artikel 4, tweede lid.
Voor het verkrijgen van een wettelijk bewijs is het niet nodig de ontvangst van een per fax ingediende inschrijving of ingediend verzoek tot deelneming per post te bevestigen.

Artikel 5

In artikel 42, vijfde lid, onderdeel d, van richtlijn nr. 2004/18/EG is opgenomen dat een inschrijver of gegadigde zich verbindt de bewijzen voor het op hem van toepassing zijn van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen of beroepsbevoegdheid bij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in te dienen voor het verstrijken van de uiterste termijn. Dit richtlijn-artikel is van toepassing indien de inschrijving of het verzoek tot deelneming elektronisch moet worden ingediend.
De artikelen 2.85 en 2.102 van de wet bepalen dat het bewijsstuk voor wat betreft de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen of beroepsbevoegdheid bestaat uit de eigen verklaring. De achterliggende bewijsstukken hoeven juist niet toegezonden te worden bij het indienen van de verzoeken tot deelname of de inschrijving, maar kunnen pas opgevraagd worden door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bij de selectie of gunning. Bewijsmiddelen die geen betrekking hebben op de eigen verklaring, en waarvan het wel toegestaan is dat ze door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf worden opgevraagd, worden uiteraard wel ingediend voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn. Bovenstaande is geïmplementeerd in artikel 5, vierde lid.

De procedures voor de gunning van overheidsopdrachten en de regels voor prijsvragen voor diensten vereisen een hoger niveau van veiligheid en vertrouwelijkheid dan het niveau vereist in richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (PbEG L 13) en richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt («Richtlijn inzake elektronische handel») (PbEG L 285). Daarom moeten de middelen voor de elektronische ontvangst van inschrijvingen, verzoeken tot deelneming, alsmede van plannen en ontwerpen, voldoen aan specifieke aanvullende eisen. Deze zijn opgenomen in artikel 5, vijfde lid, van dit besluit.

In artikel 42, zesde lid, onderdeel c, van richtlijn nr. 2004/18/EG is de mogelijkheid opgenomen dat aanbestedende diensten van verzoeken tot deelneming die per fax zijn ingediend een bevestiging per post of langs elektronische weg vereisen wanneer dat volgens de nationale wetgeving nodig is om over een wettig bewijs te beschikken. Nu een zodanige eis in de Nederlandse regelgeving niet is gesteld, is deze mogelijkheid niet in dit besluit opgenomen.

Waar in de toelichting bij dit artikel verwezen wordt naar artikel 42 van richtlijn nr. 2004/18/EG kan voor zover het speciale-sectorbedrijven betreft ook gelezen worden artikel 48 van richtlijn nr. 2004/17/EG.

Artikel 6

Dit artikel vormt de implementatie van artikel 42, vijfde lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG en artikel 48, vijfde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG. Op grond van dit artikel kan een aanbestedende dienst een elektronische handtekening vragen die een hoger betrouwbaarheidsniveau heeft, zoals de geavanceerde elektronische handtekening gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat.

Artikel 7

Artikel 7 verplicht het speciale-sectorbedrijf om een dossier bij te houden over een aanbestedingsprocedure, zodat naderhand de gemaakte keuzes gemotiveerd kunnen worden. Dit artikel betreft implementatie van artikel 50 van richtlijn nr. 2004/17/EG. Dit artikel geldt niet voor aanbestedende diensten; zij hebben een verplichting om van een procedure een proces-verbaal op te maken op grond van artikel 2.132 van de wet.

Artikel 8

In artikel 8 wordt uitvoering gegeven aan artikel 4.7, eerste lid, onderdeel b, van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... In dit artikel worden de misdrijven opgesomd die naast de in de artikel 4.7, eerste lid, onderdeel a, bedoelde veroordelingen worden betrokken bij de oordeelsvorming omtrent het afgeven van een gedragsverklaring aanbesteden. Artikel 4.10, eerste lid, onderdeel b, bepaalt op welke wijze deze misdrijven worden meegewogen.

De opsomming in artikel 8, onderdeel a, van misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht heeft betrekking op misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht, misdrijven tegen het openbaar gezag, doodslag, moord, dood door schuld, diefstal, afpersing, verduistering, bedrog in allerlei vormen (zoals bedrog bij de bouwerij, bij militaire leveranties en met de jaarstukken), benadeling van schuldeisers, vernieling en begunstiging. De genoemde misdrijven zijn deels ernstige feiten die in de economische sfeer spelen (zoals verduistering, vormen van bedrog en benadeling van schuldeisers) en voor een ander deel misdrijven die qualitate qua alleen kunnen worden gepleegd door natuurlijke personen, zoals moord en vernieling. Het is in zo'n geval aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om te bepalen of bij een veroordeling wegens het plegen van een misdrijf in de privé-sfeer, ondanks het feit dat geen gedragsverklaring aanbesteden is afgegeven, de ondernemer toch niet wordt uitgesloten.

De in de onderdelen b, c en d opgesomde misdrijven betreffen het opzettelijk of door grove schuld te weinig belasting opgeven of betalen en het opzettelijk verstrekken van onjuiste gegevens aan de fiscus, het handelen, transporteren en dergelijke van wapens zonder vergunning en het overtreden van verboden inzake de productie, import enz. van verboden middelen. Ook in dergelijke gevallen dient de gedragsverklaring aanbesteden te worden geweigerd.

Opgemerkt wordt dat een aantal van de opgesomde misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht en de Wet wapens en munitie ook staat vermeld in artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht, dat aangeeft wat onder terroristische misdrijven moet worden verstaan. In die gevallen is naast de overtreding van het artikel als zodanig ook een terroristisch oogmerk vereist en valt het misdrijf onder artikel 4.7, eerste lid, onderdeel a, jo. artikel 4.10, eerste lid, onderdeel a, van de wet. De gedragsverklaring aanbesteden wordt dan geweigerd. Indien dezelfde misdrijven zonder

terroristisch oogmerk worden gepleegd, is artikel 4.7, eerste lid, onderdeel b, dat de basis vormt voor deze algemene maatregel van bestuur, van toepassing. Daarom worden deze misdrijven in artikel 8 genoemd.

Artikel 9

In artikel 4.6 van de wet is artikel 39 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit maakt het mogelijk om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur een vergoeding te vragen voor het in behandeling nemen van een gedragsverklaring aanbesteden. Op grond van dit artikel kan de Minister van Veiligheid en Justitie het bedrag van de vergoeding bij ministeriële regeling bepalen.

Artikel 10

In de paragrafen 1 en 2 van het algemeen deel van de toelichting is reeds ingegaan op het richtsnoer waarnaar in dit artikel wordt verwezen. Dit richtsnoer zal worden gepubliceerd in de Staatscourant. Het gaat hierbij om een statische verwijzing naar de Gids zoals weergegeven in die publicatie. Indien de Gids in de toekomst wordt gewijzigd, zal opnieuw moeten worden bezien of ook de nieuwe versie als richtsnoer kan worden aangewezen.
Hier zij er nog op gewezen dat het proportionaliteitsbeginsel als zodanig altijd moet worden nageleefd. In alle gevallen moeten de eisen, voorwaarden en criteria proportioneel zijn. De Gids proportionaliteit biedt een handvat voor het maken van de afweging wat proportioneel is en wat niet. Afwijken van de voorschiften in de Gids mag alleen als dat in het betreffende geval proportioneel is. Bij een grotere mate van afwijking van een voorschrift, dient de motivering uitgebreider in te gaan op de vraag waarom die afwijking gerechtvaardigd is en waarom de afwijking proportioneel is.
Bij brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (Kamerstukken II, 2011/12, 32 440, nr. 64) is aangekondigd dat ingeval het amendement Schouten-Ziengs (Kamerstukken II, 2011/12, 32 440, nr. 50) werd aangenomen, in de Gids zelf per onderwerp een voorschrift uit de bestaande tekst moest worden gelicht, zodat aanbestedende diensten weten waar ze precies aan moeten voldoen. De afwegingen in de Gids zouden daarbij blijven staan als afwegingen en toelichtingen die relevant zijn om te komen tot goede toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Die aangekondigde redactionele slag is gemaakt en voorts heeft een aantal aanpassingen plaatsgehad van wetstechnische aard.

Artikel 11

In dit artikel wordt het ARW aangewezen als richtsnoer, bedoeld in artikel 1.22 van de wet. In het ARW zijn procedurevoorschriften opgenomen met betrekking tot de wijze waarop aanbestedingen voor werken moeten verlopen. Ook hier is, net als bij artikel 10, sprake van een statische verwijzing naar het ARW zoals dat is gepubliceerd in de in het artikel genoemde publicatie in de Staatscourant.
Aanbestedende diensten zijn gehouden, op grond van artikel 1.4 van de wet, op basis van objectieve criteria een keuze voor een bepaalde procedure te maken. Deze keuze kan desgewenst in een beleidsregel worden vastgelegd, zoals bijvoorbeeld in de (aan te passen) Beleidsregel aanbesteding werken 2005.

III. Transponeringstabel

Richtlijn 2004/17/EG	*Geïmplementeerd in dit besluit, tenzij anders aangegeven*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte*
Artikel 48, eerste lid	Artikel 3, eerste lid		
Artikel 48, tweede lid	Artikel 3, tweede lid		
Artikel 48, derde lid, eerste volzin	Artikel 3, derde lid		

Richtlijn 2004/17/EG	*Geïmplementeerd in dit besluit, tenzij anders aangegeven*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte*
Artikel 48, derde lid, tweede volzin	Artikel 3, vierde lid		
Artikel 48, vierde lid	Artikel 3, vijfde lid		
Artikel 48, vijfde lid, aanhef, onderdeel a en bijlage X	Artikel 5, eerste, tweede en vijfde lid		
Artikel 48, vijfde lid, aanhef en onderdeel b	Artikel 5, derde lid	lidstaten kunnen een geavanceerde elektronische handtekening eisen	De aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen deze eis stellen
Artikel 48, vijfde lid, aanhef en onderdeel c	Artikel 6	lidstaten kunnen vrijwillige toelatingsregelingen instellen	
Artikel 48, vijfde lid, aanhef en onderdeel d	Niet geïmplementeerd, de in dit onderdeel genoemde verplichting strookt niet goed met artikel 2.85, derde lid en artikel 2.101 van de wet		
Artikel 48, zesde lid, aanhef en onder a en b	Artikel 4		
Artikel 48, zesde lid, onder c	Niet geïmplementeerd	Zie toelichting bij artikel 5	
Artikel 50, eerste lid	Artikel 7, eerste en tweede lid		
Artikel 50, tweede lid	Artikel 7, derde lid		

Richtlijn 2004/18/EG	*Geïmplementeerd in dit besluit, tenzij anders aangegeven*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte*
Artikel 42, eerste lid	Artikel 3, eerste lid		
Artikel 42, tweede lid	Artikel 3, tweede lid		
Artikel 42, derde lid, eerste zinsdeel	Artikel 3, derde lid		
Artikel 42, derde lid, tweede zinsdeel	Artikel 3, vierde lid		
Artikel 42, vierde lid	Artikel 3, vijfde lid		
Artikel 42, vijfde lid, aanhef, onderdeel a en bijlage X	Artikel 5, eerste, tweede en vijfde lid		
Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel b	Artikel 5, derde lid	lidstaten kunnen een geavanceerde elektronische handtekening eisen	De aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen deze eis stellen
Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel c	Artikel 6	lidstaten kunnen vrijwillige toelatingsregelingen instellen	
Artikel 42, vijfde lid, aanhef en onderdeel d	Niet geïmplementeerd, de in dit onderdeel genoemde verplichting strookt niet goed met artikel 2.85, derde lid en artikel 2.101 van de wet		

Richtlijn 2004/17/EG	*Geïmplementeerd in dit besluit, tenzij anders aangegeven*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op keuze bij invulling beleidsruimte*
Artikel 42, zesde lid, aanhef en onderdeel a en b	Artikel 4		
Artikel 42, zesde lid, onderdeel c	Niet geïmplementeerd	Zie toelichting bij artikel 5	
Artikel 52	Niet geïmplementeerd	Lidstaten kunnen een erkenningsregeling instellen	In afwachting van de resultaten van de herziening van de richtlijnen, wordt er geen nationale erkennings-regeling opgezet. Een meer versnipperde aanpak, waarbij aanbestedende diensten een eigen erkenningsregeling opzetten, leidt evenmin tot de gewenste lastenverlaging, vandaar dat de implementatie van deze bepaling vooralsnog achterwege blijft.

De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,