



MEMO

Datum: 5 mei 2015

Van: Matthijs Mutsaers en Arnold Appelman,¹ mede namens de overige leden van NVvA-deelwerkgroep 2²

Aan: het Ministerie van Economische Zaken

Inzake: reactie op de consultatie i.v.m. het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 i.v.m. de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

I. Inleiding

Op 28 maart 2014 zijn in het Publicatieblad van de Europese Unie drie nieuwe aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd (2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU). Deze nieuwe richtlijnen vervangen de huidige aanbestedingsrichtlijnen (2004/17/EG en 2004/18/EG). In het kader van de implementatie van de nieuwe richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde (uiterlijk op 18 april 2016) zal de Nederlandse wetgever moeten bezien in hoeverre de Aanbestedingswet 2012 dient te worden aangepast. Dit implementatiemoment biedt de Nederlandse wetgever ook de gelegenheid om - daar waar nodig - rekening te

¹ Matthijs Mutsaers is advocaat bij Nysingh advocaten - notarissen N.V., tevens bestuurslid van de NVvA (secretaris). Arnold Appelman is advocaat bij De Haan Advocaten & Notarissen.

² NVvA-deelwerkgroep 2 bestaat verder uit de volgende personen: de heer E.W.J.M. Bastiaan (Ministerie van Veiligheid & Justitie), de heer J.W. Bergevoet (Boot Advocaten), de heer J. Fijneman (Bouwend Nederland), mevrouw G. Hoof-Sattler (Tendercoach), de heer W.A. Janssen (Universiteit Utrecht), mevrouw M.L.C. de Jonge (UWV), mevrouw K. Kliphuis (Gemeente Amsterdam), mevrouw D. van Laerhoven (BIZOB), mevrouw S. Mutluer (Stichting Rijk) en de heer P.J. Velthuizen (Ten Holter Noordam Advocaten).

houden met de ervaringen die in de afgelopen jaren met de Aanbestedingswet 2012 zijn opgedaan.

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) wenst een bijdrage te leveren aan dit herzieningsproces. Daartoe heeft het bestuur van de vereniging drie deelwerkgroepen gevormd met het doel om enerzijds de werking van de Aanbestedingswet 2012 tot nu toe te evalueren en anderzijds hun visie te formuleren op de vraag welke onderdelen van de nieuwe richtlijnen wel en welke niet in het Nederlandse recht dienen te worden geïmplementeerd en zo ja, in welke vorm. De nieuwe richtlijnen geven de lidstaten immers op tal van terreinen keuzemogelijkheden.

Deelwerkgroep 1 heeft zich gericht op het identificeren van de noviteiten die de Aanbestedingswet 2012 ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG heeft geïntroduceerd en heeft zich de vraag gesteld of die noviteiten kunnen en moeten worden gehandhaafd.

Deelwerkgroep 2 heeft zich gericht op de keuzemogelijkheden die Richtlijn 2014/24/EU de lidstaten biedt en heeft zich de vraag gesteld welke keuzemogelijkheden Nederland wel en niet zou moeten overnemen.

Deelwerkgroep 3 heeft zich gericht op de veranderingen die door de Aanbestedingswet 2012 voor de speciale-sectorbedrijven zijn doorgevoerd en heeft zich de vraag gesteld of de nieuwigheden gehandhaafd moeten worden bij de implementatie van de nieuwe richtlijn betreffende de speciale-sectorbedrijven (2014/25/EU).

De bevindingen van de drie deelwerkgroepen zijn vastgelegd in een drietal gebundelde rapportages. Deze zijn bij brief van 8 december 2014 door het bestuur van de NVvA aangeboden aan het Ministerie van EZ. Daarbij is aangegeven dat er over deze rapportages geen ledenraadpleging heeft plaatsgevonden, zodat deze rapportages niet het (formele) standpunt van de leden en/of het bestuur van de NVvA vertegenwoordigen: de rapportages geven enkel de visie (grootste gemene deler) weer van de leden die aan de betreffende deelwerkgroep hebben deelgenomen. Desalniettemin is het bestuur van de NVvA van mening dat de rapportages een waardevolle bijdrage kunnen leveren bij de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 en de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.

De rapportages van de drie deelwerkgroepen zijn ook gepubliceerd op de website van de NVvA en toegelicht tijdens een ledenvergadering van de NVvA.³

Op 3 april jl. heeft het Ministerie van EZ de internetconsultatie gepubliceerd ten aanzien van het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.⁴

Op 16 april jl. heeft er een informerende bespreking plaatsgevonden tussen leden van het bestuur van de NVvA en vertegenwoordigers van voornoemde deelwerkgroepen enerzijds, en vertegenwoordigers van het Ministerie van EZ anderzijds. Directe aanleiding voor dit

³ Zie: <http://www.aanbestedingsrecht.org/bijeenkomsten-en-activiteiten/werkgroepen>

⁴ Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen>

gesprek vormden de hiervoor genoemde rapportages. Tijdens deze bijeenkomst is er van de kant van het Ministerie onder meer een toelichting gegeven op het implementatie- en herzieningsproces en is er geïnformeerd naar aspecten die aan de orde komen in het Consultatiedocument dat onderdeel uitmaakt van de onderhavige internetconsultatie.

Naar aanleiding van het voorgaande heeft het bestuur van de NVvA aan deelwerkgroep 2 gevraagd om een reactie te geven op de keuzes die in het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zijn gemaakt en deze keuzes te vergelijken met de bevindingen zoals neergelegd in de hiervoor genoemde deelrapportage 2.

Omdat de reactietermijn (erg) kort is (uiterlijk 5 mei a.s.), bleek het helaas niet reëel om nog een keer met de hele deelwerkgroep bij elkaar te komen en een gezamenlijke reactie te schrijven. Daarom is gekozen voor een praktische oplossing: de zogenaamde 'kartrekkers' van deelwerkgroep 2 hebben graag de taak aanvaard om de gevraagde reactie voor hun rekening te nemen. Getracht is om deze zo veel mogelijk in de geest van de bevindingen in deelrapportage 2 op te stellen. Onderstaande reactie vormt dan ook niet noodzakelijkerwijs steeds de persoonlijke mening van de opstellers en/of van de individuele leden van deelwerkgroep 2. Maar ook overigens geldt ten aanzien van deze reactie het hiervóór weergegeven voorbehoud dat het bestuur van de NVvA destijds maakte bij het aanbieden van de rapportages aan EZ.

Met inachtneming van het voorgaande geven wij u, mede namens de overige leden van NVvA-deelwerkgroep 2, graag het volgende in overweging.

II. Algemene opmerkingen

Reactietermijn (veel) te kort

1. Allereerst moet ons van het hart dat wij de reactietermijn van een maand (veel) te kort vinden om een goed onderbouwde reactie te kunnen opstellen. Dit gaat ten koste van de kwaliteit van het consultatie- en herzieningsproces en is daarmee mogelijk ook van invloed op de kwaliteit van het uiteindelijke wetsvoorstel. Wij bevelen u daarom van harte aan om in de toekomst een proportionele reactietermijn te hanteren; het belang, de aard en de omvang van dit herzieningsproces rechtvaardigen een redelijke reactietermijn.

Ook consultatie t.a.v. resultaten evaluatie Aanbestedingswet 2012?

2. In het Consultatiedocument wordt expliciet aangegeven dat dit (concept-) wetsvoorstel alleen de implementatie bevat van de nieuwe richtlijnen. Wij vragen ons daarom af of er ook nog een consultatieronde zal worden georganiseerd ten aanzien van de resultaten van de lopende evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 en de mogelijk daaruit

voortvloeiende (aanvullende) aanpassingen van deze wet. Wij zouden het een gemiste kans vinden als een dergelijke consultatie achterwege zou worden gelaten. Want zoals uit de rapportage van deelwerkgroep 1 blijkt, valt er het nodige te zeggen over de noviteiten die in de Aanbestedingswet 2012 zijn geïntroduceerd. Met de bevindingen in die rapportage en een ook in dat kader te organiseren consultatie zou de wetgever zijn voordeel kunnen doen en zou de praktijk gebaat zijn. Overigens vinden wij het niet erg praktisch en efficiënt om - voor zover dat de bedoeling is - twee consultatierondes te organiseren, althans het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in twee achtereenvolgende rondes vorm te geven.

III. Reactie op specifieke consultatiepunten

(1) Ingangsdatum verplicht e-aanbesteden

3. Het Ministerie kiest ervoor om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om verplicht elektronisch aanbesteden uit te stellen tot uiterlijk 18 oktober 2018.⁵ Dit – kort samengevat – omdat e-aanbesteden de bekendmaking van opdrachten aanzienlijk kan vereenvoudigen en de efficiëntie en transparantie van aanbestedingsprocedures kan verbeteren. Het Ministerie vindt het daarom wenselijk dat de verplichting tot e-aanbesteden zo snel als mogelijk wordt ingevoerd.
4. Wij merken op dat het onderwerp verplicht e-aanbesteden niet aan de orde komt in deelrapportage 2. Desalniettemin plaatsen wij de volgende kanttekeningen bij deze keuze van het Ministerie.
5. Hoewel wij kunnen onderschrijven dat e-aanbesteden de bekendmaking van opdrachten aanzienlijk kan vereenvoudigen en de efficiëntie en transparantie van aanbestedingsprocedures kan verbeteren, vragen wij ons toch af of het niet verstandiger is om wél gebruik te maken van de in de nieuwe richtlijnen geboden mogelijkheid om de verplichting tot e-aanbesteden uit te stellen.
6. Hoewel wij daar zelf geen wetenschappelijk onderzoek naar hebben gedaan en niet zelf over de nodige statistische gegevens beschikken om dit goed te kunnen onderbouwen, vragen wij ons toch af of het niet te ambitieus is om alle aanbestedende diensten al per 18 april 2016 te verplichten om het hele aanbestedingsproces langs elektronische weg te laten verlopen. Dat is over minder dan een jaar en wij betwijfelen of alle aanbestedende diensten daar al voldoende op voorbereid zijn, zowel in technische als organisatorische zin. Overigens is ons wél een onderzoek van E-proQure uit 2014 bekend.⁶ Daaruit blijkt

⁵ Zie art. 90 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU en art. 106 lid 2 Richtlijn 2014/25/EU.

⁶ Zie: <http://www.e-proquire.nl/>

dat maar liefst tweederde van de publieke organisaties e-aanbesteden op dat moment nog niet had geïmplementeerd.⁷

" Bij maar liefst 65% van de organisaties is e-aanbesteden nog niet geïmplementeerd. 61% heeft nog geen besluit genomen over implementatie en bij 22% wordt het zelfs niet overwogen."

7. Wij kunnen ons voorstellen dat een te snelle invoering van de verplichting tot e-aanbesteden bijvoorbeeld tot de volgende problemen zou kunnen leiden: een onvoldoende weloverwogen keuze voor een bepaald systeem met als gevolg dat het betreffende systeem niet genoeg wordt 'omarmd' binnen de organisatie van de aanbestedende dienst; technische (incompatibiliteits-) problemen waardoor het toch niet lukt om het hele aanbestedingsproces langs elektronische weg te laten verlopen, met alle mogelijke gevolgen van dien. Door dit soort mogelijke problemen bestaat het risico dat de beoogde doelstellingen (o.a. een eenvoudiger, efficiënter en transparanter aanbestedingsproces) mogelijk niet (op tijd) worden gerealiseerd.
8. Wij beschikken over onvoldoende kennis van deze materie om goed te kunnen beoordelen wat een redelijke uitsteltermijn is. Wij kunnen ons echter voorstellen dat een uitstel tot bijvoorbeeld 1 januari 2017 voldoende zou moeten zijn om een verantwoorde overgang mogelijk te maken. In eerder genoemd onderzoek van E-proQure wordt aangegeven dat de doorlooptijd voor het invoeren van e-aanbesteden korter dan verwacht is:

"Van de respondenten die zich in de beginfase van het e-aanbestedingstraject bevinden, verwacht het merendeel volledige ingebruikname binnen 12-24 maanden of 24 maanden te bereiken. De respondenten die e-aanbesteden al hebben ingevoerd, geven een totale doorlooptijd van 1 – 6 maanden aan."

9. Tot zo ver onze reactie op het eerste specifieke consultatiepunt.

(2) Verkorting van de termijnen

10. Het Ministerie kiest ervoor om de in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen verkorting van de minimumtermijnen voor het doen van inschrijvingen te implementeren. Zo wordt bijvoorbeeld de minimuminschrijftermijn voor deelname aan een openbare procedure verkort van 45 dagen naar 35 dagen. Echter, onverminderd geldt uiteraard dat de gestelde termijnen proportioneel moeten zijn. Aldus de toelichting van het Ministerie.
11. Hoofdstuk 3 van deelrapportage 2 gaat over procedures. Daarin wordt echter niet specifiek ingegaan op het door het Ministerie aangehaalde art. 27 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU: de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen in het kader van een openbare procedure bedraagt ten minste 35 dagen vanaf de verzenddatum van de

⁷ Een samenvatting van het rapport "E-aanbesteden in Nederland: de tijd dringt!" is te vinden via: <http://www.tenderned.nl/sites/default/files/EPQaanbestedeninNederland2014.pdf>

aankondiging van de opdracht. Het is daarom lastig om aan te geven hoe de leden van deelwerkgroep 2 precies tegen de 'keuze' van het Ministerie aankijken om deze specifieke bepaling te implementeren. Echter, vermoedelijk zullen zij daartegen, net als wij, géén bezwaren hebben. Immers, in de praktijk bestaat er wel degelijk behoefte aan om in sommige gevallen kortere termijnen te kunnen/mogen hanteren, terwijl de te hanteren (minimum-) termijnen uiteindelijk altijd proportioneel moeten zijn.⁸

12. In hoofdstuk 3 van deelrapportage 2 wordt daarentegen wél specifiek ingegaan op de keuzemogelijkheid van art. 28 lid 4 Richtlijn 2014/25/EU (i.h.k.v. de niet-openbare procedure): de lidstaten kunnen bepalen dat alle of bepaalde categorieën niet-centrale aanbestedende diensten de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen in onderlinge overeenstemming met de geselecteerde gegadigden kunnen bepalen, mits alle geselecteerde gegadigden evenveel tijd krijgen om hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen; is er geen overeenstemming over de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen, dan bedraagt deze ten minste tien dagen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.
13. Wij constateren dat deze specifieke mogelijkheid (en de gelijkkluidende optie ten aanzien van de mededingingsprocedure met onderhandeling) wordt overgenomen en wel in art. 2.74a van het concept-wetsvoorstel. Leden van NVvA-deelwerkgroep 2 staan kritisch tegenover deze keuze van het Ministerie, omdat zij zich afvragen of het verstandig is om aparte regels in te voeren voor decentrale aanbestedende diensten. In dat kader wordt in hoofdstuk 3 van deelrapportage 2 verwezen naar de reactie van het Nederlandse kabinet, de VNG, UvW en IPO op de vragen 27 en 28 in het Groenboek betreffende de modernisering van het EU beleid inzake overheidsopdrachten uit 2011. Bovendien was één van de beweegredenen voor de totstandkoming van de Aanbestedingswet 2012 sinds de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid nu juist om de 'lappendeken' aan aanbestedingsregels te verminderen.
14. Tot slot roept de toelichting op art. 2.74a vragen bij ons op. De Memorie van Toelichting spreekt bijvoorbeeld over dat geselecteerde gegadigden bij niet-openbare procedures van niet-centrale aanbestedende diensten doorgaans hun inschrijvingen ruim voor de gestelde datum gereed hebben en dat inschrijvers en aanbestedende diensten vervolgens onnodig moeten wachten tot het einde van de termijn. Wij vragen ons af in hoeverre dit is onderzocht door het Ministerie, aangezien de ervaringen van leden van de NVvA-deelwerkgroep 2 anders zijn.
15. Kortom, leden van NVvA-deelwerkgroep 2 kunnen zich om genoemde redenen niet vinden in de keuze van het Ministerie om de specifieke optie van art. 28 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU over te nemen.

⁸ Zie o.a. art. 18 Richtlijn 2014/24/EU.

(3) Rechtstreekse betaling van onderaannemers

16. Het Ministerie kiest ervoor om de in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen mogelijkheid om rechtstreekse betaling van onderaannemers door aanbestedende diensten niet te implementeren.⁹ Dit - kort samengevat - omdat deze figuur niet past binnen het Nederlandse systeem van het verbintenissenrecht, de rechtstreekse betaling aan een onderaannemer in geval van faillissement van de hoofdaannemer nadelig kan zijn voor de schuldeisers van de hoofdaannemer en dit gevolgen kan hebben in relatie tot art. 42 Faillissementswet, en omdat rechtstreekse betaling aan onderaannemers direct raakt aan de wijze waarop de financieringsstromen in het bedrijfsleven lopen.
17. Op deze keuzemogelijkheid in de nieuwe richtlijnen wordt ingegaan in hoofdstuk 8 van deelrapportage 2. Leden van deelwerkgroep 2 staan (zeer) kritisch tegenover de eventuele invoering van de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om rechtstreeks aan onderaannemers te betalen via een aanpassing van de Aanbestedingswet 2012, omdat dit niet spoort met het Nederlandse wettelijk systeem. Wij kunnen ons daarom goed vinden in de keuze van het Ministerie om deze optie niet te implementeren en de overwegingen die daaraan ten grondslag worden gelegd.

(4) Voorbehouden opdrachten

18. Het Ministerie kiest ervoor om de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voor te behouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits dit tenminste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn, over te nemen in het concept-wetsvoorstel.
19. Dit specifieke onderwerp (zie o.a. art. 20 Richtlijn 2014/24/EU) wordt niet besproken in deelrapportage 2. Voor ons is het daarom niet mogelijk om inhoudelijk op dit aspect te reageren. Wij gaan er niettemin van uit dat met de implementatie van deze bepaling tegemoet wordt gekomen aan een behoefte die in de praktijk bestaat.

(5) Voorbehouden opdrachten voor specifieke diensten

20. Het Ministerie kiest er vooralsnog voor om geen gebruik te maken van de keuzemogelijkheid om opdrachten voor specifieke diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten voor te behouden aan bepaalde organisaties.¹⁰

⁹ Zie art. 71 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU en art. 88 lid 3 Richtlijn 2014/25/EU.

¹⁰ Zie art. 77 Richtlijn 2014/24/Eu en art. 94 Richtlijn 2014/25/EU.

Reden hiervoor is dat deze optie ziet op heel specifieke gevallen die in Nederland (nog) niet of nauwelijks bestaan.

21. Wij constateren dat het Ministerie en de leden van deelwerkgroep 2 op dit punt op één lijn zitten. In hoofdstuk 3 van deelrapportage 2 wordt op dit onderwerp ingegaan en aangegeven dat en waarom men van mening is dat deze optie beter niet kan worden overgenomen.
22. Tot zo ver onze reactie op de vijf specifieke consultatiepunten.

IV. Reactie op enkele overige punten

23. Dan volgt hieronder nog onze reactie op enkele andere keuzes die ook in deelrapportage 2 aan de orde komen.

Algemene beginselen

24. Art. 18 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen nemen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of CAO's of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Deze nieuwe/uitgebreidere bepaling noopt tot aanpassing van het huidige art. 2.81 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Het Ministerie doet dit door middel van een aanpassing van art. 2.81 en de introductie van een nieuw art. 2.81a.
25. Wat ons allereerst opvalt, is dat in art. 2.81a "slechts" wordt geregeld dat een aanbestedende dienst de niet-naleving van de toepasselijke verplichtingen op het gebied van arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden bij de uitvoering van een overheidsopdracht meldt bij de inspectie SZW en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Hier mist dus de verwijzing naar de niet-naleving van verplichtingen op het gebied van het milieurecht.
26. Verder valt ons op dat in art. 2.81 lid 2 "slechts" wordt geregeld dat een aanbestedende dienst de inschrijvers of de gegadigden verzoekt aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, etc. Dit terwijl art. 18 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat lidstaten passende maatregelen moeten nemen om te waarborgen dat ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten aan de genoemde toepasselijke verplichtingen voldoen.
27. Tot slot vragen wij ons af in hoeverre art. 2.81a een werkbare verplichting oplevert: hoe kan/moet de aanbestedende dienst de naleving van genoemde verplichtingen in de

praktijk controleren en hoe actief moet hij zich daarin opstellen? En: wat betekent dit voor de administratieve lasten voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer?

28. Voor het overige verwijzen wij naar hoofdstuk 2 in de deelrapportage, waarin wordt ingegaan op het onderwerp algemene beginselen.

Sociale en andere specifieke diensten

29. De nieuwe richtlijnen bevatten een nieuwe lichte regeling voor sociale en andere specifieke diensten. Zie de artt. 74 t/m 77 Richtlijn 2014/24/EU en de artt. 91 t/m 94 Richtlijn 2014/25/EU. Deze artikelen bevatten enkele keuzemogelijkheden. Het Ministerie geeft hier onder andere invulling aan in art. 2.39 lid 2 van het concept-wetsvoorstel. Kort samengevat kiest het Ministerie ervoor om het B-regime te handhaven met toevoeging van een verplichte (voor)aankondiging en ook om de EMVI niet te verplichten als gunningscriterium.
30. Op dit onderwerp wordt ingegaan in hoofdstuk 4 van de deelrapportage.
31. Wij constateren dat wij op één lijn zitten met het Ministerie daar waar ervoor is gekozen om aansluiting te zoeken bij de procedurele stappen die op grond van de huidige Aanbestedingswet 2012 voor de B-procedure gelden.
32. Wél vinden wij het opmerkelijk dat in afwijking van art. 2.114 Aanbestedingswet 2012 het Ministerie voor sociale en andere specifieke diensten er niet voor kiest om aanbestedende diensten bij wijze van uitgangspunt te verplichten te gunnen op basis van de 'EMVI, tenzij', maar het bij deze categorie volledig vrij te laten welk gunningscriterium wordt gehanteerd. En dat terwijl wij ons juist bij dit soort dienstverlening kunnen voorstellen dat het van belang wordt gevonden om niet alleen naar de prijs te kijken. Zie ook art. 2.6.4 lid 2 Wmo 2015 en art. 2.11 lid 2 Jeugdwet, waarin juist is vastgelegd dat als er wordt aanbesteed, de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die naar het oordeel van het college de EMVI heeft aangeboden. Hoe verhouden die bepalingen zich tot de regeling inzake sociale en andere specifieke diensten in het voorliggende concept-wetsvoorstel?

Publiek-publieke samenwerking

33. Dit onderwerp is geregeld in onder andere de artt. 11 (alleenrecht) en 12 (overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector) Richtlijn 2014/24/EU en wordt besproken in hoofdstuk 5 van deelrapportage 2.
34. Wij constateren dat het Ministerie art. 11 niet nader implementeert en art. 12 vrijwel woordelijk overneemt in de artt. 2.24a t/m 2.24c van het concept-wetsvoorstel. Daarbij heeft het Ministerie ervoor gekozen om bepaalde begrippen niet nader in te kleuren. Dit kennelijk om een balans aan te brengen tussen de behoefte aan meer duidelijkheid over de mogelijkheden voor 'PPS' enerzijds en de mogelijkheid om in de praktijk de nodige speelruimte te behouden anderzijds. Wij kunnen ons die keuze op zich goed voorstellen, maar menen toch dat een nadere verduidelijking van bepaalde begrippen tot meer

rechtszekerheid zou kunnen leiden. Zie hetgeen daarover is opgemerkt in hoofdstuk 5 van de deelrapportage.

Percelen

35. In art. 46 Richtlijn 2014/24/EU is het onderwerp percelen grotendeels geregeld. Het Ministerie kiest ervoor om deze regeling op te nemen in een nieuw art. 2.10. Opvallend hierbij is dat het Ministerie ervoor kiest om nagenoeg alle keuzemogelijkheden die art. 46 Richtlijn 2014/24/EU biedt, over te nemen in het concept-wetsvoorstel.
36. De deelwerkgroep is in hoofdstuk 5 van deelrapportage 2 uitgebreid ingegaan op deze keuzemogelijkheden. Het merendeel van deze keuzemogelijkheden zijn omarmd door de deelwerkgroep, omdat zij grotendeels aansloten bij de keuzes die het Ministerie bij de invoering van art. 1.5 Aanbestedingswet 2012 al had gemaakt. Wel plaatste de deelwerkgroep de kanttekening om kritisch te blijven kijken naar de uitwerking van in het bijzonder de mogelijkheid om een maximaal aantal percelen aan één inschrijver te gunnen en om te mogen werken met combinatie inschrijvingen.
37. In de Memorie van Toelichting geeft het Ministerie een duidelijke set spelregels hoe aanbestedende diensten dienen om te gaan met combinatie inschrijvingen. Deze set van spelregels geven naar onze mening de praktijk voldoende handvatten om hier praktisch mee om te gaan. Wel blijft ons bezwaar bestaan dat niet voldoende duidelijk is hoe dergelijke beoordelingen van combinatie inschrijvingen in de praktijk gaan uitpakken en hoe dit zich verhoudt tot de doelstelling van meer toegang van het MKB tot overheidsaanbestedingen. Wij adviseren daarom deze mogelijkheid in de toekomst te blijven evalueren.
38. Verder valt ons op dat het Ministerie niet uitlegt hoe een regeling van een maximaal aantal te winnen percelen per inschrijver, zich verhoudt tot het gunningscriterium EMVI. In het geval een inschrijver het maximaal aantal te gunnen percelen overschrijdt, zal dit automatisch tot gevolg hebben, dat één van deze percelen vervolgens gegund zal worden aan een inschrijver die niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend. Wel merkt het Ministerie in de Memorie van Toelichting op dat met deze mogelijkheid terughoudend omgegaan moet worden. Deze opmerking omarmen wij ten volle. Wij adviseren het Ministerie om in de toekomst de uitwerking en toepassing van deze mogelijkheid te blijven evalueren.

Uitsluiting

39. Het onderwerp uitsluiting van gegadigden/inschrijvers wordt onder andere geregeld in art. 57 Richtlijn 2014/24/EU. Dit artikel kent een aantal keuzemogelijkheden. De door het Ministerie ter zake gemaakte keuzes zijn te vinden in onder andere art. 2.86, art. 2.87 en art. 2.87a van het concept-wetsvoorstel. In hoofdstuk 7 van deelrapportage 2 is per keuzeoptie aangegeven of deze wel of juist niet zou moeten worden geïmplementeerd.

40. Wij constateren dat keuzeoptie 1 (art. 57 lid 2, 2^e alinea) niet wordt overgenomen door het Ministerie. Deelwerkgroep 2 zit op dezelfde lijn.
41. Keuzeoptie 2 (art. 57 lid 3, 1^e alinea) hoeft niet opnieuw te worden geïmplementeerd. Zie immers art. 2.88 sub a Aanbestedingswet 2012.
42. Keuzeoptie 3 (art. 57 lid 3, 2^e alinea) wordt geïmplementeerd in art. 2.86a van het concept-wetsvoorstel. Een en ander is in overeenstemming met de visie van deelwerkgroep 2.
43. Keuzeoptie 4 (art. 57 lid 4, aanhef) wordt niet geïmplementeerd. Deelwerkgroep 2 heeft dezelfde visie.
44. Keuzeoptie 5 (art. 57 lid 4, nahef) wordt, anders dan geadviseerd door deelwerkgroep 2, niet geïmplementeerd. Wij blijven ons – gelet op het proportionaliteitsbeginsel - afvragen waarom niet. De Memorie van Toelichting geeft daarover geen duidelijkheid. Let wel: bij andere uitsluitingsgronden kan uitsluiting op basis van een evenredigheidstoets wél achterwege blijven.
45. Keuzeoptie 6 (art. 57 lid 4, nahef) wordt, in lijn met het advies van deelwerkgroep 2, niet geïmplementeerd.
46. Keuzeoptie 7 (art. 57 lid 5, 2^e alinea) wordt, anders dan geadviseerd door deelwerkgroep 2, niet geïmplementeerd, althans de aanbestedende dienst behoudt ter zake beleidsvrijheid. Gelet op de uniforme toepassing zou het in de rede liggen om ook de facultatieve uitsluitingsgronden gedurende de hele procedure consequent te blijven toepassen.

V. Afsluiting

Tot zo ver onze - gelet op de korte termijn onvolledige - reactie op het consultatiedocument en het voorliggende concept-wetsvoorstel.

Tot een nadere toelichting vindt u ons gaarne bereid.

Zwolle, 4 mei 2015

MJM/AA
