

# Aanbesteding



**Leendert van den Berg**  
Severijm Hulshof Advocaten

## Aanbestedingsrecht in beweging

In 2004, inmiddels acht jaar geleden, werden de huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld: Richtlijn 2004/17/EG voor de speciale sectoren (als opvolger van de toenmalige Richtlijn Nutssectoren) en Richtlijn EG/2004/18 voor werken, leveringen en diensten (die drie afzonderlijke richtlijnen verving). Voor de implementatie van de geldende richtlijnen is gebruikgemaakt van het al bestaande vehikel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen waaronder in 2005 door de wetgever het Bao (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten) en het Bass (Besluit aanbestedingen speciale sectoren) werden gehangen. Daarnaast vaardigden de bouwministeries in 2004 het eerste ARW (Aanbestedingsreglement voor Werken) uit dat in 2005 werd opgevolgd door het thans nog altijd toegepaste ARW 2005. Waar het aanbestedingsrecht van vóór 2005 vooral bestond uit het rechtstreeks toepassen van de bepalingen van de toenmalige aanbestedingsrichtlijnen, moest na 2005 Bao of Bass worden toegepast, al dan niet in combinatie met het ARW 2005 of een ander reglement. Dat wil zeggen: voor 'Europese' aanbestedingen ofwel aanbestedingen waarvoor de Europese richtlijnen een aanbestedingsplicht inhielden. Het was echter de ambitie van de wetgever om tot een alomvattend kader voor aanbestedingen te komen, waarin zowel de Europese als de nationale aanbestedingen een plek zouden vinden. Om die reden lanceerde de wetgever in 2006 een voorstel voor een nieuwe aanbe-

stedingswet. Dat voorstel heeft de eindstreep echter niet gehaald en werd in 2008 ingetrokken. In 2010 is een nieuwe poging gedaan, met een wetsvoorstel dat thans nog volop in behandeling is. Een wetsvoorstel dat gelet op de huidige economische omstandigheden mag rekenen op een warme belangstelling van verschillende politieke partijen die bijvoorbeeld bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer begin februari te hoop liepen tegen te hoge (administratieve) eisen en het clusteren van opdrachten waardoor het MKB vaak achter het net zou vissen. De aanbestedingswet heeft dan ook als doelstelling het terugbrengen van de administratieve lasten voor de bij een aanbesteding betrokken partijen en ook het bevorderen van een gelijke toegang van marktpartijen tot overheidsopdrachten. Tot een werkende wet heeft het allemaal echter nog niet geleid. Gelet op het over de laatste tien jaar explosief toegenomen aantal aanbestedingszaken die door de rechter worden behandeld kan voorzichtig geconstateerd worden dat aanbestedingsrecht (nog altijd) voor een goed deel rechtensrecht is, waarbij de wetgever zich weer door de rechter laat inspireren.<sup>1</sup>

Waar het vorige wetsvoorstel voor een aanbestedingswet pas zeer laat in het wetgevende proces strandde, is het moeilijk een goede voorspelling te doen of en wanneer het nu voorliggende voorstel het zal halen. Het is verder de vraag wat de houdbaarheid van de uiteindelijke wet zal zijn in het licht van de Europese ontwikkelingen. Want in de tussentijd heeft ook de Europese Commissie niet stilgezeten, getuige de recent gepubliceerde voorstellen voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Het door de Commissie gehanteerde tijdpad houdt in dat al in 2012 nieuwe richtlijnen aangenomen zouden kunnen worden die dan eind juni 2014 door de lidstaten geïmplementeerd zullen moeten worden. Als de Nederlandse aanbestedingswet nog dit jaar daadwerkelijk van kracht zou worden, zou er dus mogelijk binnen twee jaar alweer een herziening nodig zijn aan de hand van de alsdan geldende Europese regelgeving.

Daarbij geldt overigens dat de onderwerpen die de Nederlandse wetgever bezighouden ook in Europa bijdragen aan de wens tot aanpassing van de bestaande regels. In een recent memo<sup>2</sup> heeft de Commissie de doelstellingen van de nieuwe richtlijnen uiteengezet. Als belangrijkste wijzigingen worden aangegeven dat er meer mogelijkheden moeten komen voor onderhandelingen, dat er minder administratieve lasten moeten komen, dat er veel meer gebruikgemaakt moet worden van elektronische middelen, dat de gehanteerde termijnen bekort moeten worden en dat de publicatieverplichtingen verlicht moeten worden. Ook de Commissie bespreekt daarbij expliciet de belangen van het MKB om te kunnen meedingen naar overheidsopdrachten, tenslotte een markt van 420 miljard Euro breed.<sup>3</sup>

Net als bij de Nederlandse aanbestedingswet is het ook ten aanzien van de Europese vernieuwingsdrang gerechtvaardigd de vraag te stellen of de voorgenomen doelen gehaald zullen worden. Inherent aan het aanbestedingsrecht is immers de knellende verhouding tussen enerzijds de noodzakelijke transparantie om de gelijkheid van inschrijvers te kunnen garanderen en anderzijds de noodzaak van een inhoudelijke dialoog tussen de overheid en de markt die bij een al te grote transparantie nogal oppervlakkig dreigt te zijn. In het kader van deze bijdrage voert het te ver om alle voorstellen daarop na te lopen. Eén voorbeeld is echter genoeg om het spanningsveld aan te geven. Dit voorbeeld betreft de wens van de Commissie om meer onderhandelingen mogelijk te maken terwijl tegelijkertijd de transparantie van de aanbestedingen gehandhaafd zal blijven. Bij eerste lezing van het voorstel voor de nieuwe algemene richtlijn valt echter op dat het aantal gevallen waarin voor onderhandelingsprocedures gekozen mag worden nog altijd niet erg ruim is. Nieuw zijn de (hier verder onbesproken gelaten) innovatiepartnerschappen, maar voor het overige zijn de voorgestelde mogelijkheden oude bekende. Het knelpunt tussen transparantie en marktcontact komt echter pas echt goed naar voren in het voorgestelde artikel 27 lid 3 van de

nieuwe algemene richtlijn. Onderhandelen mag, maar er mogen géén veranderingen worden aangebracht in de beschrijving van de opdracht, de delen van de technische specificaties die de minimumeisen vormen en de gunningcriteria. Vervolgens is dan ook nog eens bepaald dat alle wijzigingen in de technische specificaties die wel zijn toegestaan uniform aan alle inschrijvers worden medegedeeld. Daarmee is de ruimte voor het met een specifieke inschrijver toewerken naar het voor de aanbesteder beste

product mijns inziens wel heel beperkt geworden. Daarmee is het maar zeer de vraag of de voorgestelde regeling aanbesteders daadwerkelijk ruimte tot onderhandeling zal bieden.

Terugkerend bij de titel van deze bijdrage is het mijns inziens ook de vraag of de constante beweging die het aanbestedingsrecht kenmerkt daadwerkelijk voorwaarts gericht is of meer doet denken aan de golven van de zee die almaar weer op dezelfde kust slaan. De tijd zal het leren.

1. Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, onderdeel 4.1; *Kamerstukken II 2009/10*, 32 440, nr. 3.
2. Memo Europese Commissie van 20 december 2011, Frequently Asked Questions, Memo/11/931.
3. Ontleend aan hetzelfde memo. Dit getal ziet alleen op de verplicht bekendgemaakte aanbestedingen en beslaat naar schatting 19% van de totale overheidsuitgaven in de Europese Unie.