

1.0 WAAROM SPECIALE REGELS VOOR HET PLAATSEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN?

1.1. Aanschaffingen

1. Vindt u dat het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten beperkt moet blijven tot aanschaffingen van de aanbestedende dienst zelf? Moet daarbij zonder meer het door het Hof gehanteerde criterium van het rechtstreekse economische belang wettelijk worden verankerd of moeten bijkomende/alternatieve voorwaarden en begrippen worden ingevoerd?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG (“**de Richtlijnen**”) beperkt moet blijven tot aankopen van de aanbestedende dienst en niet moet worden uitgebreid voor opdrachten die niet in rechtstreeks verband staan met inkopen van de aanbestedende dienst, zoals bijvoorbeeld verkoop of subsidieovereenkomsten.

Ten eerste heeft een brede toepassing van de Richtlijnen het gevaar dat een verdere overlap kan ontstaan tussen enerzijds de Richtlijnen en anderzijds andere Europees rechtelijke regelgeving zoals de staatssteunregels en de Dienstenrichtlijn. Op dit moment bestaat reeds veel onduidelijkheid over het toepassingsbereik van de verschillende Europeesrechtelijke instrumenten en worden (lokale) overheden in de praktijk met kluwen Europese regelgeving geconfronteerd die een onderling verschillend toepassingsbereik hebben en niet altijd even coherent zijn.

Daarnaast is het de vraag in hoeverre een uitbreiding van het toepassingsbereik van de Richtlijnen bijdraagt aan meer transparantie en gelijkheid voor die overeenkomsten die op dit moment niet onder het bereik van de richtlijnen vallen. Deze overeenkomsten komen immers niet in een ongereguleerde omgeving tot stand. Vaak worden dergelijke overeenkomsten gereguleerd door Europese en nationale beginselen van behoorlijk bestuur.¹ Evenals de Richtlijnen garanderen ook deze beginselen dat overheden een bepaalde mate van transparantie en gelijkheid in acht dienen te nemen.

Het begrip rechtstreeks economisch belang kan worden verankerd als criterium voor het toepassingsgebied van de Richtlijnen.² Wel moet ook bij de invulling van het begrip rechtstreeks economisch belang een afweging worden gemaakt tussen enerzijds de effectiviteit van de Richtlijnen en anderzijds het voorkomen dat een situatie ontstaat waarin (in de woorden van Advocaat Generaal Mengozzi) “ook de – weliswaar absurde – hypothese moet worden aanvaard dat elke [...] activiteit onder de richtlijn valt.”³

¹ HR 27 maart 1987, AB 1987 (IKON/A'dam).

² HvJ EU, zaak C -453/08 (Helmut Müller).

³ Conclusie AG Mengozzi bij HvJ EU, zaak C -453/08 (Helmut Müller).

1.2. Overheidsopdrachten

2. Acht u het behoud van de huidige structuur van het materiële toepassingsgebied, met zijn indeling in opdrachten voor werken, leveringen en diensten, wenselijk? Zo niet, welke alternatieve structuur zou u voorstellen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het behoud van de huidige structuur van het materiële toepassingsgebied van de Richtlijnen, met zijn indeling in opdrachten voor werken, leveringen en diensten wenselijk is. Veel van de huidige decentrale regelgeving is specifiek geënt op één van de genoemde categorieën. Bovendien zijn inkopers, aanbestedingsjuristen en ondernemers in de praktijk gewend geraakt aan het gehanteerde onderscheid.

Op twee onderdelen kan de Commissie wel een verduidelijking geven aan de thans toepasselijke structuur.

Ten eerste is in bepaalde gevallen behoefte aan verduidelijking of sprake is van een werk, een dienst of een levering. Dit is van belang omdat de drempels voor opdrachten voor werken en voor leveringen en diensten verschillend zijn en omdat voor II-B diensten slechts een beperkt aanbestedingsregime geldt. Het Nederlandse kabinet verzoekt de Commissie te verduidelijken op welke wijze het voorwerp van de opdracht moet worden bepaald bij gemengde opdrachten waarbij een combinatie van werken, leveringen en/of diensten wordt aanbesteed. Op dit moment is namelijk alleen de hoofdregel vastgelegd dat wanneer een opdracht die elementen bevat die binnen de toepassingsfeer van meer dan een soort opdracht vallen, deze onderworpen is aan het aanbestedingsregime dat de betrekking heeft op het gedeelte van de opdracht dat relatief de grootste waarde vertegenwoordigt. Voor gemengde overeenkomsten met werken geldt op basis van jurisprudentie de uitzondering dat het voorwerp van de overeenkomst doorslaggevend is. Dit zou in de regelgeving kunnen worden opgenomen.⁴

In de praktijk blijkt het bovendien vaak lastig te identificeren wat het hoofdvoorwerp van de opdracht is, in het bijzonder wanneer geen sprake is van een specifieke CPV-code. Daarnaast blijkt dat de hoofdregel die bepaalt dat de omvang van de opdracht doorslaggevend is, in sommige gevallen tot onbegrip leidt over het toepasselijke aanbestedingsregime. Deze regeling leidt ertoe dat een opdracht voor II-B diensten, soms toch moet worden aanbesteed vanwege de omvang van de levering, terwijl het hoofdvoorwerp van de overeenkomst duidelijk een dienst is.

Het tweede onderdeel waar behoefte aan verduidelijking bestaat is het begrip “soortgelijke opdracht”. Onduidelijkheid bestaat welke criteria maatgevend zijn bij het beoordelen of twee opdrachten soortgelijk zijn.

3. Vindt u dat de definitie van een "opdracht voor werken" moet worden aangepast en

⁴ HvJ EG, zaak C-331/92 (*Gestión Hotelera Nacional*).

vereenvoudigd? Zo ja, zou u de verwijzing naar een specifieke lijst in een bijlage bij de richtlijn liever weglaten? Welke elementen moeten volgens u in de definitie voorkomen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het onderscheid tussen de drie verschillende soorten werk uit de definitie van “opdracht voor werken” uit de Richtlijnen in de praktijk aan relevantie heeft verloren. De belangrijkste vraag in de praktijk is of sprake is van het uitvoeren dan wel het laten uitvoeren van een werk dat aan de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Daarnaast kan het begrip “eisen” worden ingevuld aan de hand van de jurisprudentie. In het arrest *Helmut Müller* is immers bepaald dat een aanbestedende dienst slechts eisen in de zin van een “opdracht voor werken” heeft gesteld wanneer deze maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of, in het uiterste geval, een beslissende invloed op het ontwerp uit te oefenen.⁵

In ieder geval dient toekomstige wetgeving de inconsistenties tussen de verschillende taalversies te herstellen, omdat deze verschillen geen enkel juridisch effect hebben.⁶

4. Vindt u dat het onderscheid tussen A- en B-diensten moet worden herbekeken?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het onderscheid tussen A en B- diensten zoals dat is opgenomen in de huidige Richtlijnen moet worden gehandhaafd. Oorspronkelijk is het onderscheid tussen II-A en II-B diensten onder andere in de Richtlijnen opgenomen omdat bepaalde diensten weinig grensoverschrijdend potentieel hadden, vanwege de impact van aanbestedingsregelgeving op de openstelling van markten en vanwege de praktische toepasbaarheid van de regels.⁷ Dit blijft onverkort van toepassing. Zo blijven gezondheidsdiensten en maatschappelijke dienstverlening of arbeidsbemiddeling voor bijvoorbeeld re-integratie sectoren waarin de procedures uit de Richtlijnen vaak niet goed toepasbaar zijn.

5. Vindt u dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing moeten zijn op alle diensten, eventueel op basis van een versoepelde algemene regeling? Zo niet, welke dienst of diensten moeten volgens u onder de thans voor B-diensten geldende regeling blijven vallen, en waarom?

Zoals in de vorige vraag is aangegeven is het Nederlands kabinet geen voorstander van wijziging van het onderscheid tussen A- en B- diensten. In dat verband is van belang dat het onderscheid tussen beide soorten diensten in de praktijk relevant blijft. Sinds het *An Post*-arrest zijn aanbestedende diensten namelijk verplicht “een passende mate van openbaarheid” in acht te nemen wanneer zij II-B diensten met “een duidelijk grensoverschrijdend belang” in de markt zetten.⁸ In de praktijk heeft onduidelijkheid over de interpretatie van “een duidelijk

⁵ HvJ EU, zaak C -453/08, (*Helmut Müller*), ov. 67.

⁶ HvJ EU, zaak C -399/98, (*Ordine degli Architetti e.a.*), ov. 90, zaak C-220/05 (*Auroux*), ov. 44 en zaak C -451/08, (*Helmut Müller*), ov. 61.

⁷ COM (90) 372.

⁸ HvJ EU, zaak C - 532/03, (*Ann Post*).

grensoverschrijdend belang” en *“passende mate van openbaarheid”* geleid tot de situatie waarin aanbestedende diensten zekerheidshalve het regime voor A-diensten volgen in plaats van het beperktere regime voor B-diensten, terwijl dit niet verplicht is en dit gelet op de lasten niet evenredig is.

6. Zou u ervoor pleiten de drempels voor de toepassing van de EU-richtlijnen te verhogen, hoewel dit op internationaal niveau de hierboven beschreven gevolgen zou meebrengen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat in de Richtlijnen rekening moet worden gehouden met de kosten van Europese aanbestedingsprocedures. De transactiekosten voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers zijn vaak relatief hoog. Dit geldt in het bijzonder voor opdrachten die net boven de Europese drempelwaarden voor leveringen en diensten uitkomen. Het kabinet pleit daarom voor verhoging van de drempelwaarden voor leveringen en diensten, waarmee een betere balans tussen de baten en lasten ontstaat.

7. Voldoen de huidige bepalingen inzake uitgesloten opdrachten aan uw verwachtingen? Vindt u dat de desbetreffende bepalingen moeten worden herschikt of dat bepaalde uitsluitingen moeten worden verduidelijkt?

Nederland is geen voorstander van wijziging van het huidige systeem van uitgesloten opdrachten. Zoals de Commissie al aangeeft in het Groenboek is het huidige systeem van uitgesloten opdrachten zeer divers en is het moeilijk om in het algemeen aan te geven of het systeem aan uitzonderingen in stand moet blijven. In ieder geval kan de Commissie inzetten op verduidelijking van de bestaande uitzonderingen.

Dit geldt bijvoorbeeld voor de specifieke uitsluitingen in artikel 16a (verwerving van grond of bestaande gebouwen), 16f (onderzoek en ontwikkeling) en 16d (financiële diensten) van Richtlijn 2004/18/EG waarvoor duidelijker kan worden wat de reikwijdte van de uitzondering is.

8. Vindt u dat bepaalde uitsluitingen moeten worden afgeschaft, herbekeken of geactualiseerd? Zo ja, welke? Wat zou u voorstellen?

Zie het antwoord op vraag 7.

1.3. Aanbestedende diensten

9. Beantwoordt de wijze waarop inkopers in de publieke sector thans worden gedefinieerd aan uw verwachtingen ter zake? Bent u meer bepaald van mening dat het begrip "publiekrechtelijke instelling" in het licht van de jurisprudentie van het Hof moet worden verduidelijkt en geactualiseerd? Zo ja, wat voor actualisering acht u passend?

De definitie van publiekrechtelijke instelling is volgens het Nederlandse kabinet voldoende werkbaar, maar kan op specifieke punten nog worden verduidelijkt. In het bijzonder het onderdeel van de definitie in artikel 1 lid 9 sub c van Richtlijn 2004/18/EG waarin staat

beschreven op welke wijze een instelling moet zijn gefinancierd door een aanbestedende dienst of op welke wijze zeggenschap door een aanbestedende dienst moet kunnen worden uitgeoefend om te kunnen kwalificeren als publiekrechtelijke instelling.

In de Nederlandse praktijk heeft deze bepaling tot interpretatieproblemen geleid ten aanzien van de vraag welke instellingen aanbestedingsplichtig zijn. Dit geldt in het bijzonder met betrekking tot het verschil tussen enerzijds het financieren van een bepaalde instelling door een aanbestedende dienst en anderzijds het verstrekken van een concrete tegenprestatie, in welk geval volgens de jurisprudentie van het Hof geen sprake is van financiering door de aanbestedende dienst omdat er geen afhankelijkheidsrelatie ontstaat en dus geen sprake is van een publiekrechtelijke instelling.⁹

Daarnaast zou het begrip “in hoofdzaak” uit de definitie van publiekrechtelijke instelling kunnen worden verduidelijkt in die zin dat wordt aangegeven dat dit volgens vaste jurisprudentie inhoudt dat meer dan de helft van de financiering via overheidswege moet worden verstrekt.¹⁰

Ten slotte is onduidelijk in hoeverre de zeggenschap die door de aanbestedende dienst kan worden uitgeoefend per concrete opdracht moet worden vastgesteld. Deze zeggenschap zou moeten worden gekoppeld aan de zeggenschap over de onderneming en niet aan de individuele opdracht.

Openbare nutsvoorzieningen

10. Denkt u dat er nog steeds behoefte is aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in deze sectoren? Motiveer uw antwoord

Het Nederlandse kabinet is van mening dat behoefte blijft bestaan aan specifieke regelgeving voor het plaatsen van opdrachten door openbare nutsbedrijven.

Ten eerste is de overheid nog steeds volop actief in deze sectoren. Dit gebeurt bijvoorbeeld door deelneming in het kapitaal en/of vertegenwoordiging in de directie of in andere bestuurs- of toezichtsorganen. Een tweede reden waarom handhaving van de Richtlijnen in deze sectoren noodzakelijk blijft, is gelegen in het feit dat in veel gevallen nog sprake blijft van gesloten markten waarop deze ondernemingen actief zijn. De openstelling voor mededinging voor overheidsopdrachten in deze sectoren moet zodoende via Richtlijnen worden afgedwongen.

Daarom blijft het Nederlandse kabinet voorstander van het behouden van het verlichte regime uit Richtlijn 2004/17/EG dat thans van toepassing is, maar wijst wel op het behoud van “*level playing field*”.

10.1. Zo ja: moeten bepaalde sectoren die momenteel onder de richtlijn vallen worden uitgesloten of, omgekeerd, moeten andere sectoren aan de voorschriften worden onderworpen? Leg uit welke sectoren volgens u onder de regels moeten vallen, en waarom.

⁹ HvJ EU, zaak C-380/98, (*University of Cambridge*). HvJ EU, zaak C-300/07 (*Oymanns*).

¹⁰ HvJ EU, zaak C-337/06, (*Bayerischer Rundfunk*).

De Europese Commissie heeft op basis van artikel 30 van Richtlijn 2004/17/EG reeds de bevoegdheid vrijstellingen te verlenen van de aanbestedingsplicht. Het Nederlandse kabinet is van mening dat dit artikel voldoende voorziet in de mogelijkheid vrijstellingen te vragen van de aanbestedingsplicht. Van deze mogelijkheid kan gebruik worden gemaakt “indien de activiteit in de lidstaat waar zij wordt uitgevoerd voldoende bloot staat aan mededinging op marktgebieden tot welke de toegang niet is beperkt”.

Zie ook het antwoord op vraag 13.

11. Momenteel wordt het toepassingsgebied van de richtlijn omschreven op basis van de activiteiten die de betrokken entiteiten uitvoeren, hun juridische status (publiek- of privaatrechtelijk) en, als het om particuliere ondernemingen gaat, de vraag of al dan niet bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend. Acht u die criteria relevant of moeten andere criteria worden gebruikt? Motiveer uw antwoord.

Het Nederlandse kabinet acht de genoemde criteria nog steeds relevant, omdat aan de hand van deze criteria kan worden getoetst in hoeverre er sprake is van een zeker overheidsprerogatief.

12. Mag worden aangenomen dat het winststreven of de commerciële ethiek van particuliere ondernemingen toereikend is om te garanderen dat zij bij hun aanschaffingen objectief en eerlijk te werk gaan (zelfs wanneer ze hun activiteiten uitoefenen op basis van bijzondere of uitsluitende rechten)?

Zie het antwoord op vraag 10.

13. Vormt de huidige bepaling in artikel 30 van de richtlijn een doeltreffende methode om het toepassingsgebied van de richtlijn aan te passen aan de veranderde patronen van regulering en mededinging op de relevante (nationale en sectorale) markten?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat artikel 30 een nuttig instrument is. Wellicht dat praktische uitvoerbaarheid van dit artikel nog eens kan worden bekeken.

2. VERBETERING VAN HET INSTRUMENTARIUM VOOR AANBESTEDENDE DIENSTEN

14. Vindt u de gedetailleerdheid van de huidige EU-aanbestedingsregels passend? Zo niet, zijn ze te gedetailleerd of niet gedetailleerd genoeg?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het huidige regelgevende kader zeer gedetailleerd is en weinig flexibiliteit biedt. Daardoor kan verlies aan effectiviteit en efficiëntie optreden. De drempels moeten worden verhoogd en toegang tot bestaande kosteneffectieve en innovatieve procedures moet worden verbeterd.

Het Nederlandse kabinet verwijst naar de antwoorden op de vragen 15-21 voor meer specifieke voorstellen.

2.1. Modernisering van de procedures

Algemene procedures

15. Denkt u dat de aanbestedende diensten met de procedures van de huidige richtlijnen de best mogelijke aanbestedingsresultaten kunnen boeken? Zo niet: hoe kunnen de procedures worden verbeterd om de administratieve lasten en de transactiekosten te verminderen en/of de duur van de procedures te verkorten, terwijl toch wordt gewaarborgd dat de aanbestedende diensten de beste kwaliteit/prijsverhouding krijgen?

16. Kunt u andere soorten procedures bedenken dan die waarin de huidige richtlijnen voorzien en die volgens u de kosteneffectiviteit van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zouden kunnen verbeteren?

17. Denkt u dat de procedures en instrumenten waarin de richtlijn voorziet om tegemoet te komen aan specifieke behoeften en om de deelneming van particulieren aan publieke investeringen via publiek-private partnerschappen te bevorderen (bijvoorbeeld dynamische aankoopssystemen, concurrentiegericht dialogo, elektronische veilingen, prijsvragen) dienen te worden gehandhaafd in hun huidige vorm, gewijzigd (zo ja, hoe) of afgeschaft?

18. Zou u, op basis van uw ervaringen met het gebruik van de versnelde procedure in 2009 en 2010, voorstander zijn van een veralgemening van deze mogelijkheid tot verkorting van de termijnen onder bepaalde voorwaarden? Zou dit volgens u mogelijk zijn zonder de kwaliteit van de inschrijvingen in het gedrang te brengen?

19. Zou u het een goede zaak vinden als meer ruimte werd geschapen voor onderhandelingen in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en/of als het gebruik van onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking werd veralgemeend?

20. Als u op dit laatste positief antwoordt, vindt u dan dat die mogelijkheid moet worden geboden voor alle categorieën van opdrachten en aanbestedende diensten, of alleen onder bepaalde voorwaarden?

21. Bent u het ermee eens dat een veralgemeend gebruik van onderhandelingsprocedures bepaalde risico's van misbruik/discriminatie zou meebrengen? Moeten er, naast de garanties die met betrekking tot onderhandelingsprocedures reeds in de richtlijnen zijn opgenomen, nog extra waarborgen voor transparantie en non-discriminatie komen om een tegenwicht te bieden voor de grotere keuzevrijheid? Zo ja, waarin zouden die extra waarborgen kunnen bestaan?

Bij de hervorming van de Richtlijnen moet de nadruk liggen op het verbeteren van de toegang tot bestaande kosteneffectieve en innovatieve procedures. Daarnaast heeft het Nederlandse kabinet enkele suggesties die kunnen bijdragen aan het efficiëntere verloop van de procedures zelf. Inzet daarbij is dat de lasten voor zowel aanbestedende diensten als ondernemingen worden verminderd.

Verbeteren gebruik bestaande procedures

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking breder toepassen

Het Nederlandse kabinet is voorstander van het verbreden van de toepassingsmogelijkheden van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Deze procedure is effectief en

kostenefficiënt omdat aanbestedende diensten en ondernemers meer ruimte hebben voor communicatie om vraag en aanbod goed op elkaar te laten aansluiten. Van belang is wel dat een regeling voor de onderhandelingsprocedure voldoende waarborgen bevat waarmee de gelijke behandeling van inschrijvers wordt gegarandeerd.

De waarborgen zitten deels in het vooraf publiceren van de opdracht. Waarborgen zijn verder gelegen in de beginselen van non-discriminatie, transparantie en gelijkheid die op deze opdrachten van toepassing zijn. Daarnaast kan worden gedacht aan waarborgen zoals deze zijn geformuleerd in artikel XIV General Procurement Agreement. Daarin is onder andere aangegeven dat een aanbestedende dienst vertrouwelijk met de verkregen gegevens dient om te gaan en dat bij afronding van de onderhandelingen alle overblijvende deelnemers de gelegenheid krijgen om binnen eenzelfde termijn een definitieve offerte in te dienen. De waarborgen dienen echter niet zodanig te zijn dat de aantrekkelijkheid van de procedure daarmee verloren gaat.

Dynamisch aankoopstelsel vereenvoudigen

Het dynamisch aankoopstelsel biedt de mogelijkheid een geheel elektronisch proces in te richten voor gangbare aankopen. Het dynamisch aankoopstelsel zou een kostenefficiënte procedure kunnen zijn wanneer niet elke opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel separaat moet worden aangekondigd. De procedure wordt daardoor omslachtig en wordt in Nederland daarom vrijwel niet gebruikt.

Van belang is dat aanbestedende diensten het stelsel permanent open stellen voor nieuwe toetreders, zodat er waarborgen zijn dat ondernemers zich ook tussentijds kunnen aanmelden en de markt niet wordt afgesloten.

Concurrentiegericht dialoog

Het Nederlandse kabinet stelt voor dat de concurrentiegericht dialoog toe te staan voor complexe opdrachten en niet slechts voor bijzonder complexe opdrachten. Bij grote opdrachten moet de mogelijkheid bestaan dat de overheid met de markt in overleg kan treden. Dit is één van de randvoorwaarden voor het succesvol uitvoeren van publiek-private partnerschappen. De concurrentiegericht dialoog biedt in dergelijke gevallen vaak een effectieve oplossing.

De huidige concurrentiegericht dialoog is bijzonder geschikt voor complexe procedures, maar de toepassing wordt op dit moment beperkt tot bijzonder complexe opdrachten. Dit betekent dat het gebruik van deze procedure wordt bemoeilijkt wanneer een aanbestedende dienst hetzelfde type opdracht al een aantal maal heeft uitgevoerd. Het is in een dergelijk geval lastig te onderbouwen dat het voor de aanbestedende dienst nog altijd een bijzonder complexe opdracht is, terwijl wel behoefte bestaat aan het gebruik van deze procedure. Er zal bij het gebruik van de concurrentiegericht dialoog daarom veel meer gekeken moeten worden naar het type opdracht. Het kan bijvoorbeeld vanwege de grootte en het belang van de opdracht wenselijk zijn deze procedure te hanteren.

Vergroot de efficiëntie van de procedures zelf.

Marktconsultatie

Een van de manieren om te komen tot een efficiënter verloop van aanbestedingen en tot reductie van transactiekosten is het vooraf in kaart brengen van de relevante inkoopmarkt. Dit kan door middel van een marktconsultatie. Tot nu toe wordt deze mogelijkheid onvoldoende gebruikt. Een mogelijkheid om het gebruik van marktconsultaties te vergroten is om in de Richtlijnen uitdrukkelijk te bepalen dat een marktconsultatie mogelijk is, zodat aanbestedende diensten zich bewuster worden van het bestaan van deze mogelijkheid. De marktconsultatie is breder dan de reeds in de Richtlijnen opgenomen mogelijkheid tot technische dialoog. De technische dialoog moet betrekking hebben op het bestek of het programma van eisen. Een marktconsultatie heeft ook ten doel de behoefte scherper te krijgen en de structuur van de markt te verkennen teneinde de opdracht op de meest passende wijze in de markt te zetten.

Gefaseerde niet-openbare procedure

Het is wenselijk voor opdrachten met hoge ontwikkelkosten in de inschrijffase de mogelijkheid te creëren om procedures gefaseerd te laten verlopen. Met name de niet-openbare procedure biedt hiervoor mogelijkheden. Bij deze procedure nodigt een aanbestedende dienst na selectie tenminste vijf gegadigden uit om in te schrijven. Het Nederlandse kabinet stelt voor na de uitnodiging tot inschrijving de mogelijkheid te bieden om de gunning te faseren. Een aanbestedende dienst kan in dat geval de geselecteerde gegadigden bijvoorbeeld eerst een plan van aanpak vragen en alleen de drie geselecteerde gegadigden met de beste plannen van aanpak verzoeken het plan uit te werken tot een volledige inschrijving.

Deze fasering is vooral geschikt om de lasten bij aanbestedingen met aanzienlijke inschrijvings- en beoordelingskosten significant te verminderen. Hierbij kan gedacht worden aan veelgebruikte *design-&-construct* opdrachten. Op dit moment gaan bij de toepassing van de niet-openbare procedure tenminste vier inschrijvingen verloren. Alleen de winnende aanbidding wordt immers uitgevoerd. Dit remt de innovatie en de bereidheid tot inschrijving bij dit soort opdrachten.

Commerciële goederen en diensten

22. Acht u het wenselijk vereenvoudigde procedures in te voeren voor de aanschaf van commerciële goederen en diensten? Zo ja, welke vormen van vereenvoudiging zou u voorstellen?

Het Nederlandse kabinet stelt voor kortere termijnen in te voeren voor de aanschaf van commerciële goederen en diensten om hiermee de duur van procedures te verkorten. Dit komt overeen met de regeling zoals ook in Artikel XI:7 GPA is vastgesteld. De aanschaf van dergelijke goederen en diensten is relatief eenvoudig doordat prijs, kwaliteit en verkoopsvoorwaarden in ruime mate vastliggen. Hierdoor zijn ondernemers in staat binnen een korter tijdsbestek in te schrijven voor een opdracht en kunnen aanbestedende diensten de procedure versnellen.

Selectie en gunning

23. *Bent u voorstander van een soepeler aanpak van de wijze waarop en de volgorde waarin de selectie- en gunningscriteria worden getoetst in het kader van de aanbestedingsprocedures? Zo ja, vindt u dat het mogelijk moet zijn de gunningscriteria vóór de selectiecriteria te toetsen?*

24. *Vindt u dat het in uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd kan zijn aanbestedende diensten toe te staan in de gunningsfase rekening te houden met criteria die op de inschrijver zelf betrekking hebben? Zo ja, in welke gevallen, en welke extra waarborgen zouden volgens u nodig zijn om het eerlijke en objectieve verloop van de gunning in een dergelijk systeem te garanderen?*

In de praktijk worden bij een openbare procedure met gunningscriterium laagste prijs, de gunningscriteria vaak voor de selectiecriteria getoetst zonder dat dit uitdrukkelijk is beschreven in de Richtlijnen. Deze manier van toetsen vermindert de lasten en daarom is het Nederlandse kabinet voorstander van beschrijving van deze mogelijkheid in de Richtlijnen. De strikte scheiding tussen gunnings- en selectiecriteria moet hierbij wel blijven bestaan. Het moet voorkomen worden dat selectiecriteria worden meegenomen in de gunning.

25. *Vindt u dat de richtlijn uitdrukkelijk moet toestaan dat rekening wordt gehouden met eerder opgedane ervaringen met een of meer inschrijvers? Zo ja, welke waarborgen zijn noodzakelijk om discriminatie te voorkomen?*

Het Nederlandse kabinet vindt inderdaad dat de Richtlijnen uitdrukkelijk moeten toestaan dat rekening kan worden gehouden met eerder opgedane ervaringen met één of meer inschrijvers. Volgens artikel 48 lid 2 sub a onderdeel i Richtlijn 2004/18/EG mag de aanbestedende dienst certificaten verlangen met betrekking tot de belangrijkste werken die de gegadigde of inschrijver de voorafgaande vijf jaren verrichtte. Uit de certificaten moet blijken of deze werken zijn uitgevoerd “volgens de regels der kunst”. Dit laatste begrip biedt volgens het Nederlandse kabinet nu al de ruimte voor aanbestedende diensten om eerder opgedane ervaringen met inschrijvers bij werken mee te nemen. Het criterium “volgens de regels der kunst” is echter tot nu toe nauwelijks verder ingevuld en objectief meetbaar gemaakt.

In Nederland is een aantal grote aanbestedende diensten vergevorderd met het ontwikkelen van een systeem van prestatieketen om dit criterium te objectiveren en operationeel te maken. Eerdere prestaties van inschrijvers kunnen zo meewegen bij het bepalen van hun geschiktheid. De aanbestedende dienst zorgt voor transparantie door de criteria bij de aankondiging bekend te maken en tegen een beoordeling van de prestatie van de opdrachtnemer zal rechtsbescherming openstaan waardoor een aanbestedende dienst ook in rechte zijn oordeel zal moeten kunnen motiveren. Op Europees niveau zou het wenselijk zijn als de mogelijkheid om reeds opgedane ervaringen mee te nemen uitdrukkelijker wordt beschreven en nadere invulling wordt gegeven aan het criterium “volgens de regels der kunst”. Bovendien zou het wenselijk zijn dit ook voor leveringen en diensten mogelijk te maken. Dit criterium is te onderscheiden van het criterium “tot een goed einde gebracht” dat wel ziet op het eindresultaat, maar niet op de wijze waarop dit eindresultaat tot stand is gekomen, zoals bijvoorbeeld de situatie waarin bij de uitvoering van een bepaalde opdracht buitensporig veel toezicht nodig is geweest.

Van belang daarbij is dat nieuwkomers voldoende kansen krijgen. Het voorgestelde stelsel betreft slechts een nadere invulling en objectivering voor het vragen van referenties.

Ondernemingen die reeds goede referenties hebben zullen eerder geschikt worden geacht. Dit is conform het geldende aanbestedingsrecht. Nieuwkomers worden voor wat betreft eerdere prestaties neutraal ingeschaald, omdat zij geen goede maar ook geen slechte eerdere beoordeling hebben.

2.2. Specifieke instrumenten voor kleine aanbestedende diensten

27. Denkt u dat een onverkorte toepassing van de aanbestedingsregels beantwoordt of juist niet beantwoordt aan de behoeften van kleinere aanbestedende diensten? Kunt u uw antwoord toelichten?

28. Zo ja, bent u voorstander van vereenvoudigde aanbestedingsregels voor relatief kleine opdrachten die worden geplaatst door lokale en regionale aanbestedende diensten? Wat moeten volgens u de kenmerken zijn van een dergelijke vereenvoudigde regeling?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de Richtlijnen op dit moment zeer gedetailleerd zijn en daarom niet aan de behoeften van (kleine) aanbestedende diensten beantwoorden. Het Nederlandse kabinet is daarom voorstander van vereenvoudiging van de regelgeving zodat aanbesteden (ook) voor kleine aanbestedende diensten makkelijker wordt. Een nadere invulling daarvan is te vinden in de reactie bij paragraaf 2.1.

Een dergelijke vereenvoudiging moet zijn gericht op alle aanbestedende diensten. Het is onwenselijk om vereenvoudiging te koppelen aan het soort aanbestedende dienst. Dit kan beter worden gekoppeld aan het soort opdracht. Kleine aanbestedende diensten kunnen immers hele grote opdrachten uitzetten. Ook bij deze opdrachten is het van belang dat de aanbestedingsregels in acht worden genomen en alle ondernemers een eerlijke kans maken. Het belang van toegang van ondernemers kan niet anders worden gewogen naar gelang de grootte van de aanbestedende dienst.

In het kader van de vereenvoudiging kan ook worden bekeken in hoeverre meer ruimte kan worden gegeven aan digitale marktplaatsen. Dit zijn systemen waarbij via een prekwalificatiesysteem leveranciers worden geselecteerd en waarbinnen vervolgens mini-competities worden georganiseerd met korte termijnen waaraan geselecteerde inschrijvers kunnen deelnemen. Beneden de Europese aanbestedingsdrempels en bij 2-B diensten worden deze systemen al vaak toegepast. Boven de Europese aanbestedingsdrempels zorgt de regelgeving voor beperkingen. Mogelijk kan deze systematiek een plek krijgen door in de Richtlijnen door aanpassing van de regelingen voor raamovereenkomsten of het dynamisch aankoopstelsel.

29. Vindt u dat de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals die is uitgelegd in de interpretatieve mededeling van de Commissie, voldoende rechtszekerheid biedt voor het plaatsen van opdrachten beneden de drempels van de richtlijnen? Of bent u van mening dat nadere richtsnoeren, bijvoorbeeld over de vraag welke factoren wijzen op een mogelijk grensoverschrijdend belang, of een ander initiatief van de EU gewenst zijn? Met betrekking tot welke punten acht u dit wenselijk of noodzakelijk?

Een invulling van het begrip duidelijk grensoverschrijdend belang is gewenst, waarbij een verdere invulling niet moet leiden tot een verenging van de bewegingsruimte van aanbestedende diensten voor opdrachten die buiten het bereik van de Richtlijnen vallen. Het is onwenselijk de werking van de Richtlijnen uit te breiden. Het Nederlands kabinet juist pleit voor verhoging van de drempels.

In het kader van het beginsel van subsidiariteit ziet het Nederlandse kabinet geen noodzaak voor interpretatieve mededelingen.

2.3. Publiek-publieke samenwerking

30. Acht u het in het licht van het bovenstaande nuttig op EU-niveau wetgeving vast te stellen betreffende de werkingssfeer en de criteria voor publiek-publieke samenwerking?

Het Nederlandse kabinet ziet geen noodzaak tot specifieke aanvullende wetgeving op het gebied van publiek-publieke samenwerking. Samenwerking tussen verschillende overheden bij de uitvoering van haar taken van algemeen belang wordt in Nederland gezien als een manier om de overheid efficiënter te laten functioneren. Het is aan de overheid om te bepalen of zij deze taken zelf uitvoert dan wel aan de markt uitbesteedt. Voor het Nederlandse kabinet staat voorop dat publiek-publieke samenwerking in veel omstandigheden mogelijk is zonder dat het Europese (aanbestedings-) recht hier nadere voorwaarden aan stelt.

31. Bent u het ermee eens dat een concept met bepaalde gemeenschappelijke criteria voor de vrijstelling van bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking dient te worden ontwikkeld? Wat zouden volgens u belangrijke elementen van dat concept moeten zijn?

Het Nederlandse kabinet is geen voorstander van de ontwikkeling van een concept met bepaalde gemeenschappelijke criteria voor de vrijstelling van publiek-publieke samenwerking. Voorop staat dat veel gevallen van publiek-publieke samenwerking buiten het bereik van het Europese Verdrag vallen en dat daarmee een vrijstellingsregime niet aan de orde is.

Buiten het bereik van het Europese Verdrag vallen bijvoorbeeld:

- Samenwerking tussen overheden die plaats vindt om gezamenlijk een bepaalde taak van algemeen belang uit te voeren waarbij geen onderlinge vergoeding via een overeenkomst in rekening wordt gebracht.
- Een overdracht van bevoegdheden van de ene overheid naar de andere overheid.

De laatste jaren heeft het Hof van Justitie echter verschillende arresten gewezen waarin de vraag aan bod kwam in hoeverre andere vormen van publiek-publieke samenwerking dan hierboven genoemd wel onder het toepassingsbereik van het EU-recht vielen. Het Hof heeft geoordeeld dat samenwerking die buiten de juridische entiteit van de aanbestedende dienst zelf plaatsvindt en die tegen vergoeding via een overeenkomst wordt verricht onder het toepassingsbereik van het EU-(aanbestedings-)recht valt. Daarbij hanteert het Hof een onderscheid tussen samenwerking

via een rechtspersoon (geïstitutionaliseerde samenwerking) en samenwerking via een overeenkomst (niet-geïstitutionaliseerde samenwerking).

Het Hof heeft eveneens aangegeven dat deze vormen van publiek-publieke samenwerking weliswaar onder het toepassingsbereik van het EU-(aanbestedings-)recht vallen, maar onder bepaalde voorwaarden alsnog niet aanbestedingsplichtig kunnen zijn.¹¹

De voorwaarden waaronder deze vormen van publiek-publieke samenwerking kunnen worden uitgeoefend zijn op dit moment onvoldoende duidelijk ingevuld in de rechtspraak zodat op basis hiervan geen gemeenschappelijke criteria ontwikkeld kunnen worden voor publiek-publieke samenwerking. Dit komt doordat bij niet-geïstitutionaliseerde samenwerking moment slechts één arrest is geweest door het Hof van Justitie en de criteria waaronder deze vorm van samenwerking kan worden uitgeoefend moeten nog verder in de rechtspraak worden ontwikkeld.¹² De reeds langer bestaande voorwaarden met betrekking tot geïstitutionaliseerde publiek-publieke samenwerking zijn wel voldoende duidelijk en kunnen worden vastgelegd.

32. Of zou u de voorkeur geven aan specifieke regels voor verschillende vormen van samenwerking, in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie (bv. "in-house" en horizontale samenwerking)? Zo ja, kunt u nader toelichten waarom en wat die regels zouden moeten zijn?

Zie het antwoord op vraag 31.

33. Moeten er voor overdrachten van bevoegdheden ook EU-regels komen? Leg uit waarom.

Zie het antwoord op vraag 31.

2.4 Geschikte instrumenten voor het bundelen van de vraag / Gezamenlijke inkoop

34. Bent u in het algemeen voorstander van een grotere bundeling van de vraag / meer gezamenlijke aanbestedingen? Wat zijn daarvan volgens u de voordelen en/of nadelen?

Het Nederlandse kabinet is voorstander van het bundelen van kennis bij met name kleine aanbestedende diensten. Dit kan onder meer in de vorm van inkoopsamenwerking waarin gezamenlijk wordt aanbesteed. Zie ook het antwoord op vraag 36.

35. Bestaan er volgens u hinderpalen die aan een efficiënte bundeling van de vraag / gezamenlijke aanbestedingen in de weg staan? Vindt u dat de instrumenten die in de bestaande richtlijnen zijn opgenomen voor het bundelen van de vraag (aankoopcentrales, raamovereenkomsten) goed functioneren en toereikend zijn? Zo niet, hoe dienen deze instrumenten te worden aangepast? Welke andere instrumenten of bepalingen zijn volgens u noodzakelijk?

¹¹ HvJ EU, zaak C-26/03 (Stadt Halle).

¹² HvJ EU, zaak C-480/06 (Commissie/Duitsland).

Het Nederlandse kabinet ziet geen hinderpalen die gezamenlijke aanbestedingen in de weg staan. Het zou wel wenselijk zijn expliciet in de regelgeving de mogelijkheid op te nemen een raamovereenkomst te sluiten voor een bepaald volume waarbij van tevoren nog niet volledig duidelijk is welke aanbestedende diensten afnemers zullen zijn. Andere aanbestedende diensten kunnen zich dan later bij deze raamovereenkomst aansluiten, op voorwaarde dat vooraf duidelijk is welke aanbestedende diensten zich in een dergelijk geval kunnen aansluiten.

36. Denkt u dat een grotere bundeling van de vraag / gezamenlijke aanbestedingen bepaalde risico's zouden kunnen meebrengen, meer bepaald door de mededinging te beperken en de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten te belemmeren? Zo ja, hoe kunnen de eventuele risico's worden verkleind?

Het Nederlandse kabinet ziet een risico wanneer sprake is van ongelimiteerde bundeling van de vraag. Bij bundeling moet een aanbestedende dienst altijd rekening houden met de structuur en de concurrentie in de markt. Anders worden opdrachten steeds groter en wordt de toegang van het midden- en kleinbedrijf beperkt. Op korte termijn leidt dit tot een vermindering van de concurrentie op de relevante markt en op langere termijn kan ook bijvoorbeeld de innovatie hieronder lijden. Daarom is van belang dat aanbestedende diensten bij het organiseren van aanbestedingen acht slaan op de relevante structuur in de markt. Uitgangspunt bij vraagbundeling moet zijn dat aanbestedingen zoveel mogelijk worden opgedeeld in onderlinge percelen.

37. Vindt u dat gezamenlijke aanbestedingen voor sommige specifieke productgebieden beter geschikt zijn dan voor andere? Zo ja, kunt u aangeven welke gebieden en waarom?

Zoals aangegeven bij de vorige vraag zal gezamenlijk aanbesteden bij de ene opdracht meer passend zijn dan bij de andere. Opdrachten die betrekking hebben op homogene producten lenen zich vaak beter voor gezamenlijk aanbesteden dan andere opdrachten. Maar of gezamenlijk aanbesteden wenselijk is, is niet alleen afhankelijk van de productgroep, maar ook van de grootte van de opdracht die de afzonderlijke aanbestedende diensten hebben. Het is naar de mening van het Nederlandse kabinet niet wenselijk om in zijn algemeenheid vast te leggen bij welke productgroepen gezamenlijke aanbestedingen wel mogelijk zijn en bij welke niet.

38. Ziet u specifieke problemen voor grensoverschrijdende gezamenlijke aanbestedingen (bijvoorbeeld in termen van de toepasselijke wetgeving en beroepsprocedures)? Denkt u meer bepaald dat uw nationale recht zou toelaten dat in een andere lidstaat een beroepsprocedure wordt ingesteld tegen een aanbestedende dienst?

Het Nederlandse kabinet is niet bekend met uitvoeringsproblemen in verband met grensoverschrijdend aanbesteden. Een mogelijke vraag kan zijn welk recht van toepassing is. Er zijn in het Nederlandse nationale recht geen belemmeringen tegen het instellen van een beroepsprocedure tegen een aanbestedende dienst in een andere lidstaat.

2.5. Problemen in verband met de uitvoering van de opdracht aanpakken

39. *Moeten de richtlijnen inzake overheidsopdrachten de kwestie van ingrijpende wijzigingen in een lopend contract regelen? Zo ja, welke elementen ter verduidelijking stelt u voor?*

Het Nederlandse kabinet onderschrijft de opvatting van de Commissie dat problemen in verband met de uitvoering van de opdracht ernstige gevolgen kunnen hebben voor de gelijke behandeling van inschrijvers. Bekend voorbeeld is de situatie waarin een aanbestedende dienst een aanbesteding uitschrijft op basis van bepaalde specifieke eisen en uiteindelijk tijdens de looptijd van de overeenkomst hiervan afwijkt. In dat geval kan de situatie ontstaan waarin inschrijvers die aanvankelijk niet hadden ingeschreven vanwege het feit dat ze niet aan de eisen voldeden toch in aanmerking hadden kunnen komen. De *Presstext*-jurisprudentie zou hier uitkomst kunnen bieden.¹³

Uitgangspunt dient te blijven dat contractuele verhoudingen worden overgelaten aan de betrokken partijen binnen de context van het toepasselijke nationale recht. Indien nadere regelgeving al nodig zou blijken te zijn, dan dient die beperkt te blijven tot het strikt noodzakelijke, omdat dit het bestaande Nederlandse privaatrecht ernstig kan verbrokkelen.

Een tweede actueel vraagstuk is in hoeverre het voor aanbestedende diensten mogelijk is wijzigingen door te voeren tijdens het verloop van de aanbestedingsprocedure. Dit leidt in de praktijk tot veel juridische procedures. Op dit moment bevatten de Richtlijnen hiervoor nog geen expliciete regeling. In Nederland heeft het Hof Leeuwarden geoordeeld dat de *Presstext*-criteria ook kunnen worden toegepast op de mogelijkheid tot wijziging van de inhoud van de opdracht voor gunning, mits alle mogelijk geïnteresseerde partijen maar van de voorgenomen wijziging in kennis worden gesteld.¹⁴ Dit schept veel duidelijkheid omdat op deze manier de aanbestedende dienst de zekerheid heeft dat tijdens een aanbestedingsprocedure bepaalde niet wezenlijke wijzigingen doorgevoerd kunnen worden via een nota van inlichtingen.

40. *Wanneer na een wijziging van een of meer wezenlijke voorwaarden een nieuwe procedure moet worden opgestart om tot mededinging op te roepen, zou het dan gerechtvaardigd zijn een soepeler procedure te volgen? Wat voor procedure zou dat kunnen zijn?*

Het zou wenselijk zijn dat indien wordt overgegaan tot heraanbesteding een soepelere procedure kan worden doorlopen dan de reguliere procedure. Voor een wezenlijk gewijzigde opdracht tijdens het verloop van een aanbestedingsprocedure kan wellicht worden volstaan met een passende termijnverlenging gecombineerd met de mogelijkheid om vragen hierover te stellen en een verkorte publicatie van de wijziging.¹⁵ Op deze manier kunnen geïnteresseerde ondernemingen die van deelname hebben afgezien alsnog deelnemen na de wijziging van de opdracht. De aanbestedende dienst kan in dat geval vooraf aangeven of zij voor een dergelijke optie kiest. Wel is van belang dat nieuwe inschrijvers een gelijke kans op een opdracht maken als inschrijvers die reeds betrokken zijn geweest bij de eerdere aanbestedingsprocedure. In ieder

¹³ HvJ EU, zaak C-454/06 (*Presstext*).

¹⁴ Hof Leeuwarden, 12 mei 2009, www.rechtspraak.nl, LJN BI5096.

¹⁵ Vgl. standaardformulier 14 1564/2005.

geval moet de mogelijkheid in de Richtlijnen worden gegeven om een overeenkomst te verlengen wanneer voor de afloop van de looptijd van de overeenkomst een aanbestedingsprocedure is gestart, maar vanwege omstandigheden die niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten, nog niet is afgerond (bijvoorbeeld vanwege juridische procedures)

41. Denkt u dat EU-voorschriften met betrekking tot wijzigingen in het kader van de uitvoering van de opdracht een meerwaarde zouden hebben? Zo ja, wat zou die meerwaarde van regels op EU-niveau zijn? Moeten de EU-regels met name voorzien in de uitdrukkelijke verplichting of het uitdrukkelijke recht van aanbestedende diensten om van leverancier te veranderen / het contract in bepaalde gevallen te beëindigen? Zo ja, in welke gevallen? Moet de EU ook in concrete procedures vastleggen hoe de nieuwe leverancier moet / kan worden gekozen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het vaststellen van Europese regelgeving voor de uitvoering van de opdracht geen meerwaarde heeft. De EU kan vastleggen dat wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging tijdens de looptijd van een overeenkomst of tijdens een aanbestedingsprocedure een verkorte procedure kan worden doorlopen wanneer tot heraanbesteding moet worden overgaan. Wel is van belang dat nieuwe inschrijvers een gelijke kans op een opdracht maken als inschrijvers die reeds betrokken zijn geweest bij de eerdere aanbestedingsprocedure.

42. Bent u het ermee eens dat de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten de lidstaten ertoe moeten verplichten in hun nationale wetgeving te voorzien in het recht om contracten op te zeggen die in strijd met de aanbestedingsregels zijn toegewezen?

Volgens het Nederlandse kabinet is het niet noodzakelijk om bovengenoemd aspect in de Richtlijnen op te nemen. Het Nederlandse kabinet is van mening dat de handhaving van de aanbestedingsregels primair door het nationale recht gereguleerd moet worden. In het Nederlandse recht is voorzien in de mogelijkheid dat een aanbestedende dienst een overeenkomst in opdracht van een rechter moet ontbinden.

Daarnaast heeft Nederland richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtsbescherming aanbestedingen. Hierin wordt de rechter de mogelijkheid gegeven om in bepaalde gevallen een overeenkomst te vernietigen.

43. Vindt u dat sommige aspecten van de uitvoering van de opdracht op EU-niveau moeten worden geregeld? Welke aspecten? Gelieve dit toe te lichten.

Volgens het Nederlandse kabinet is deze regeling te verstrekkend om in de Richtlijnen te worden opgenomen. Zie het antwoord op vraag 42.

Onderaanneming

44. Vindt u dat aanbestedende diensten meer mogelijkheden moeten hebben om invloed

uit te oefenen op het in onderaanneming geven van delen van de opdracht door de winnende inschrijver? Zo ja, welke instrumenten zou u voorstellen?

Het Nederlandse kabinet wil erop wijzen dat het aanbestedingsrecht ziet op de relatie tussen de inkopende overheid (aanbestedende diensten/speciale-sectorbedrijven) en de ondernemer. Een dergelijke verplichting zou treden in de relatie tussen bedrijven onderling en zou daarmee een ongewenste uitbreiding van de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht betekenen. Hoe bedrijven onderling met elkaar omgaan wordt gereguleerd door onder meer het mededingings- en contractenrecht.

3. EEN TOEGANKELIJKER EUROPESE AANBESTEDINGSMARKT

45. Denkt u dat ondernemingen met de huidige richtlijnen ten volle gebruik kunnen maken van de mogelijkheden om mee te dingen naar overheidsopdrachten binnen de interne markt? Zo niet: welke bepalingen beantwoorden volgens u niet aan de behoeften van ondernemingen, en waarom?

De Europese aanbestedingswetgeving heeft gezorgd voor meer concurrentie tussen ondernemers binnen de lidstaten, maar het aantal grensoverschrijdende inschrijvers is nog steeds gering.

Belemmeringen voor grensoverschrijdend inschrijven kunnen worden weggenomen door het verminderen van de administratieve lasten voor buitenlandse inschrijvers. Het Nederlandse kabinet is in dat verband voorstander van de invoering van een eigen verklaring, zodat de lasten van inschrijvers gereduceerd worden. Zie vraag 49-50 voor een uitgebreide toelichting.

3.1. Betere toegang voor het midden- en kleinbedrijf en voor starters

46. Vindt u dat de EU-regels inzake overheidsopdrachten reeds voldoende kmo-vriendelijk zijn? Of vindt u daarentegen dat sommige bepalingen van de richtlijn moeten worden aangepast of dat extra maatregelen moeten worden ingevoerd om de deelneming van kmo's aan aanbestedingen te bevorderen? Kunt u uw keuze toelichten?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de bepalingen in de Richtlijnen voldoende ruimte bieden om midden- en kleinbedrijf vriendelijk te handelen, maar dat de toegang tot overheidsopdrachten verder kan worden verbeterd door bestaande procedures effectiever en efficiënter in te zetten. Wanneer de kosten voor deelname aan een aanbesteding verminderen wordt het voor kleine ondernemingen aantrekkelijker om deel te nemen.

De toegang van het midden- en kleinbedrijf tot overheidsopdrachten wordt vaak beperkt door onredelijke of te hoge eisen. Het Nederlandse kabinet pleit dan ook voor bijzondere aandacht voor het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel zou prominenter in toekomstige EU aanbestedingsregelgeving naar voren moeten komen. Dit mag evenwel niet leiden tot gedetailleerde Europese normen. Wat bij een specifieke aanbestedingsopdracht als proportioneel

kan worden beschouwd, is onlosmakelijk verbonden met de inhoud van die opdracht. Daarom is het van belang dat maatwerk mogelijk blijft.

47. Bent u van mening dat sommige van de in de code van goede praktijken beschreven maatregelen bindend zouden moeten zijn voor de aanbestedende diensten, bijvoorbeeld (onder bepaalde voorwaarden) de verdeling van de opdracht in percelen?

De code goede praktijken bevat een aantal nuttige bepalingen zoals de bepaling dat contracten in principe in percelen moeten worden opgedeeld.¹⁶ Het Nederlandse kabinet is evenwel niet van mening dat de maatregelen uit de code van goede praktijken bindend in Europese regelgeving moet worden vastgelegd.

Het Nederlandse kabinet pleit dan ook voor bijzondere aandacht voor het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel zou prominenter in toekomstige EU aanbestedingsregelgeving naar voren moeten komen. Dit mag evenwel niet leiden tot gedetailleerde Europese normen. Wat bij een specifieke aanbestedingsopdracht als proportioneel kan worden beschouwd, is onlosmakelijk verbonden met de inhoud van die opdracht. Daarom is het van belang dat maatwerk mogelijk blijft.

Een ander instrument om de lasten te verminderen is het gebruik van een eigen verklaring, hierop wordt bij vraag 49/50 nader ingegaan.

48. Vindt u dat de regels betreffende de keuze van de inschrijver buitensporige administratieve lasten meebrengen voor kmo's? Zo ja, hoe kunnen deze regels versoepeld worden zonder dat de garanties voor transparantie, non-discriminatie en een kwalitatief hoogstaande uitvoering van de opdracht op losse schroeven worden gezet?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de procedures vereenvoudigd kunnen worden zodat lastenverlichting voor ondernemers kan worden bereikt. Voor een nadere invulling daarvan wordt verwezen naar de antwoorden bij paragraaf 2.1.

49. Bent u er voorstander van dat alleen van geselecteerde gegadigden / de winnende inschrijver de bewijsstukken moeten worden overgelegd en gecontroleerd?

50. Vindt u dat eigen verklaringen een geschikt middel zijn om de administratieve belasting in verband met het bewijs dat aan de selectiecriteria is voldaan te verminderen, of zijn die niet betrouwbaar genoeg om getuigschriften te vervangen?

Voor welke aspecten zouden eigen verklaringen dienstig kunnen zijn (vooral feiten in verband met de onderneming zelf) en voor welke niet?

Het Nederlandse kabinet is voorstander van opname van de verplichting in de Richtlijnen dat aanbestedende diensten bij hun aanbestedingsstukken een eigen verklaring ter beschikking stellen die ondernemers bij hun inschrijving kunnen indienen.

¹⁶ SEC (2008) 2193

Een ingevulde eigen verklaring van een onderneming volstaat om deel te nemen aan een aanbesteding. De aanbestedende dienst kan alleen de bewijsstukken opvragen en verifiëren van de winnende ondernemer of van de geselecteerde gegadigden. Hierbij hoeft niet met een uniform Europees model gewerkt te worden.

Dit vormt een belangrijke lastenverlichting voor ondernemers, omdat alleen de geselecteerde gegadigden of de winnende inschrijver bij een aanbesteding bewijsstukken moeten overleggen. Uit onderzoek blijkt dat in Nederland de lasten met 30,4 miljoen euro gereduceerd worden als een (uniforme) eigen verklaring gehanteerd gaat worden bij Europese aanbestedingen.¹⁷

51. Bent u het ermee eens dat al te strenge omzetvoorwaarden als bewijs van financiële draagkracht problematisch zijn voor kmo's? Moet in de EU-wetgeving een maximumniveau worden vastgesteld om de evenredigheid van de selectiecriteria te waarborgen (bijvoorbeeld: de verlangde omzet mag niet meer dan een bepaald veelvoud van de waarde van de opdracht bedragen)? Zou u andere instrumenten voorstellen om ervoor te zorgen dat de selectiecriteria in verhouding staan tot de waarde en de inhoud van de opdracht?

Het Nederlandse kabinet onderschrijft dat te strenge omzetvoorwaarden als bewijs van financiële en economische draagkracht problematisch kunnen zijn voor het midden- en kleinbedrijf. Het is belangrijk dat omzetvoorwaarden worden teruggebracht.

Het Nederlandse kabinet is geen voorstander van het vastleggen van maxima in de Richtlijnen voor bepaalde selectiecriteria. Een maximumniveau kan in de praktijk tot gevolg hebben dat minder ervaren aanbestedende diensten dit maximumniveau gaan hanteren, waardoor juist het tegenovergestelde effect wordt bereikt.

Het Nederlandse kabinet pleit dan ook voor bijzondere aandacht voor het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel zou prominenter in toekomstige EU aanbestedingsregelgeving naar voren moeten komen. Dit mag evenwel niet leiden tot gedetailleerde Europese normen. Wat bij een specifieke aanbestedingsopdracht als proportioneel kan worden beschouwd, is onlosmakelijk verbonden met de inhoud van die opdracht. Daarom is het van belang dat maatwerk mogelijk blijft.

52. Wat zijn de voor- en nadelen van een keuzemogelijkheid voor de lidstaten om hun aanbestedende diensten toe te staan c.q. op te leggen dat zij de winnende inschrijver verplichten een bepaald percentage van de opdracht aan derden uit te besteden?

Het Nederlandse kabinet vindt het niet wenselijk een verplichting of een optie in de Richtlijnen op te nemen waarmee aanbestedende diensten de winnende inschrijver kunnen dwingen een bepaald gedeelte van de opdracht aan derden uit te besteden. Zie ook het antwoord op vraag 44.

3.2. Een eerlijke en daadwerkelijke concurrentie waarborgen

53. Bent u het ermee eens dat overheidsopdrachten een belangrijke invloed kunnen

¹⁷ Lastenontwikkeling aanbestedingsbeleid, SIRA/Significant 2009.

hebben op de marktstructuren en dat inkopers, waar mogelijk, hun inkoopstrategieën moeten trachten aan te passen om concurrentiebeperkende marktstructuren te bestrijden?

Het Nederlandse kabinet onderschrijft het standpunt van de Commissie dat overheden een belangrijke invloed kunnen hebben op de marktstructuren. Dit geldt in het bijzonder in markten waar aanbestedende diensten de enige vrager zijn en waar voor het overige toetredingsbarrières bestaan. Een voorbeeld in Nederland zijn de ontwikkelingen op de schoolboekenmarkt voor het voortgezet onderwijs. In ieder geval is een mogelijkheid in kleinere percelen aan te besteden om de onderlinge concurrentie te bevorderen.

54. Vindt u dat in het kader van het Europese recht en beleid inzake overheidsopdrachten moet worden voorzien in (facultatieve) instrumenten om dergelijke concurrentiebevorderende inkoopstrategieën aan te moedigen? Zo ja, welke instrumenten zou u voorstellen?

Zie het antwoord op vraag 53.

55. Bent u van mening dat er in dit verband meer specifieke instrumenten of initiatieven vereist zijn om de deelneming van inschrijvers uit andere lidstaten aan te moedigen? Zo ja, beschrijf deze instrumenten of initiatieven.

Door het vooraf aankondigen van overheidsopdrachten, het stellen van proportionele eisen aan inschrijvers en het verlagen van de lasten van aanbestedingen kan de toegang van inschrijvers tot de markt van overheidsopdrachten worden vergemakkelijkt. Het Nederlandse kabinet is van mening dat geen specifieke instrumenten of initiatieven zijn vereist om het vooraf aankondigen van overheidsopdrachten te verbeteren.

56. Vindt u dat de wederzijdse erkenning van getuigschriften moet worden verbeterd? Zou u voorstander zijn van de invoering van een systeem van voorafgaande erkenning voor heel Europa?

Het Nederlandse kabinet zou de randvoorwaarden van een dergelijk voorstel eerst willen afwachten om te bezien of dit daadwerkelijk bijdraagt aan effectievere aanbestedingsprocedures.

57. Hoe zou volgens u het probleem van de taalbarrières moeten worden aangepakt? Bent u van mening dat aanbestedende diensten ertoe verplicht moeten worden het bestek voor opdrachten met een grote waarde in een tweede taal op te stellen of om inschrijvingen in vreemde talen te aanvaarden?

Het Nederlandse kabinet is hier geen voorstander van. Dit leidt tot onevenredige lastenverzwaring voor aanbestedende diensten.

58. Welke instrumenten kunnen in het kader van de wetgeving inzake overheidsopdrachten worden ingesteld om te voorkomen dat er dominante leveranciers komen? Hoe kunnen aanbestedende diensten beter worden beschermd

tegen de macht van dominante leveranciers?

Zie het antwoord op vraag 53.

59. Vindt u dat in de EU-regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten moet worden voorzien in extra maatregelen ter bescherming tegen concurrentieverstorende gedragingen? Zo ja, welke instrumenten/bepalingen zou u voorstellen?

Zie antwoord op vraag 53.

3.3. Plaatsen van overheidsopdrachten bij ontbreken van mededinging / ingeval er uitsluitende rechten gelden

60. Kan de toekenning van uitsluitende rechten volgens u de eerlijke mededinging op de aanbestedingsmarkten in gevaar brengen?

Het Nederlandse kabinet is niet van mening dat uitsluitende rechten in alle gevallen de mededinging in gevaar brengen. Uit het Werkingsverdrag van de EU volgt dat ook de verdragsluitende partijen deze opvatting niet delen aangezien artikel 106 lid 2 VWEU en het Protocol bij het Verdrag van Lissabon expliciet bepalen dat ondernemingen belast met diensten van algemeen belang slechts gebonden zijn aan de bepalingen uit het EU-Verdrag voor zover deze de uitvoering van de bijzondere taak niet verhinderen.

61. Zo ja, welke instrumenten stelt u voor om dat risico te verminderen / eerlijke concurrentie te waarborgen? Vindt u dat de EU-regels inzake overheidsopdrachten de gunning van opdrachten zonder aanbestedingsprocedure zouden moeten toestaan op basis van uitsluitende rechten, op voorwaarde dat het betrokken uitsluitende recht zelf is toegekend op basis van een transparante en op mededinging gebaseerde procedure?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de EU-regels de gunning van overheidsopdrachten op basis van uitsluitende rechten moeten blijven toestaan zonder dat daarvoor een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Een aanbestedingsprocedure niet de enige manier is waarop een overheid verplicht kan worden transparant te handelen. De uitgifte van exclusieve rechten worden doorgaans geregeld via een vergunningsprocedure (soms wordt die vergunningprocedure zelfs door het EU-recht voorgeschreven, zoals bij frequentieverdeling) of via een alleenrecht dat wordt vastgelegd in wet- en regelgeving. De voornemens worden voor inwerkingtreding openbaar gemaakt. Bij vergunningen kan hiertegen via een bezwaarprocedure in beroep worden gekomen.

Ten aanzien van de overweging van de Commissie dat een dergelijke recht moet worden toegekend op basis van transparantie en mededinging, geldt dat in een voorkomend geval een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU of een rechtvaardigingsgrond uit het vrij verkeer kan gelden als rechtvaardiging om geen transparante en op mededinging gebaseerde procedure te doorlopen.¹⁸

¹⁸ HvJ EU, zaak C-203/08 (*Sporting Exchange*)

4. STRATEGISCH GEBRUIK VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN BIJ NIEUWE UITDAGINGEN

4.1. "Hoe aanschaffen" om de Europa 2020-doelstellingen te bereiken

62. Vindt u dat de voorschriften inzake technische specificaties voldoende ruimte laten om overwegingen in aanmerking te nemen die verband houden met andere beleidsdoelstellingen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat in het algemeen voldoende ruimte bestaat voor aanbestedende diensten om de gewenste eisen en specificaties in verband met andere beleidsdoelstellingen in een aanbesteding terug te laten komen. Er zijn echter enkele punten die verduidelijking behoeven. Ten eerste is niet altijd helder of bepaalde voorschriften als technische specificaties of als aanvullende voorwaarden gekwalificeerd moeten worden. Een voorbeeld zijn eisen die gesteld kunnen worden in het kader van een bouwopdracht omtrent de herkomst van het te gebruiken hout, of eisen die gesteld kunnen worden omtrent de controle op de herkomst van hout.

Het is bovendien wenselijk dat objectieve en controleerbare eisen gesteld kunnen worden aan aspecten van het productieproces waarbij specifiek die producten betrokken zijn die voorwerp van een aanbesteding zijn. Zo zou bijvoorbeeld de CO₂ uitstoot van de productie, het gebruik en het recyclen van een autoband in de beoordeling van het beste aanbod betrokken moeten kunnen worden.

Ten slotte is het wenselijk dat in artikel 23 lid 6 Richtlijn 2004/18/EG 'milieukeur' vervangen wordt door 'keurmerk'. Zo nodig moet in artikel 23 lid 8 duidelijk worden opgenomen dat van een verwijzing naar een algemeen toegankelijk keurmerk, waarvan de toegangscriteria gepubliceerd zijn, gebruik kan worden gemaakt. Uiteraard moet met betrekking tot artikel 23 lid 6 Richtlijn 2004/18/EG blijven gelden dat de aanbestedende dienst naast een certificaat van een keurmerk waarnaar verwezen wordt, ook elk ander passend bewijsmiddel van conformiteit aan de technische specificaties dient te aanvaarden.

63. Bent u van mening dat de mogelijkheid om technische specificaties in de vorm van prestatie- of functionele vereisten vast te leggen aanbestedende diensten beter in staat stelt hun beleidsdoelstellingen te bereiken dan wanneer ze in de vorm van gedetailleerde technische vereisten worden gedefinieerd? Zo ja, bent u ervoor om prestatie- en functionele vereisten onder bepaalde omstandigheden verplicht te stellen?

Aanbesteden aan de hand van functionele specificaties laat de ruimte voor innovatie bij het uitvoeren van de opdracht bij de ondernemer. Het toepassen van functionele specificaties draagt bij aan het scheppen van ruimte voor ondernemers bij het vinden van innovatieve oplossingen voor het vraagstuk van de aanbestedende dienst.

Het verplicht toepassen van functionele specificaties bij bepaalde aanbestedingen beperkt de keuzeruimte voor de aanbestedende dienst en maakt de aanbestedingsregels ingewikkelder, ook

wanneer dit slechts in bepaalde gevallen gebeurt. Dat is niet wenselijk. Voor bepaalde aanbestedingen liggen technische specificaties meer voor de hand, bijvoorbeeld wanneer het voorwerp van de opdracht in een reeds bestaande omgeving ingepast moet worden zoals wanneer voor onderhoud alleen een bepaald onderdeel nodig is.

64. Om een voorbeeld te noemen: meent u dat aanbestedende diensten in voldoende mate gebruik maken van de mogelijkheden die artikel 23 van Richtlijn 2004/18/EG biedt met betrekking tot toegankelijkheidscriteria voor personen met een handicap of ontwerpen voor iedereen? Zo niet, wat moet er volgens u veranderen?

Het Nederlandse kabinet heeft geen data ter beschikking waaruit blijkt in hoeverre eisen met betrekking tot toegankelijkheid voor personen met een handicap of ontwerpen voor iedereen in de praktijk worden toegepast. Deze eisen zouden, mits niet discriminatoir, ook gesteld kunnen worden zonder dat artikel 23 Richtlijn 2004/18/EG deze uitdrukkelijk benoemt.

65. Vindt u dat sommige van de procedures waarin de huidige richtlijnen voorzien (bv. de concurrentiegerichte dialoog, prijsvragen) bijzonder geschikt zijn om rekening te houden met beleidsoverwegingen op het gebied van milieu, sociaal beleid, toegankelijkheid en innovatie?

66. Zijn er wijzigingen in de procedures van de bestaande richtlijnen die u zou willen voorstellen om het mogelijk te maken ten volle rekening te houden met de bovengenoemde beleidsdoelstellingen, terwijl toch de beginselen van non-discriminatie en transparantie in acht worden genomen, zodat gelijke concurrentievoorwaarden voor Europese ondernemingen gegarandeerd zijn? Hebben inkopers specifiek baat bij het gebruik van innovatieve informatie- en communicatietechnologieën als het om de verwezenlijking van de Europa 2020-doelstellingen gaat?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking breder moet worden ingezet. Zie ook het antwoord op vraag 15-21. Dit schept meer mogelijkheden tot communicatie tussen aanbestedende dienst en ondernemer waarmee vraag en aanbod beter op elkaar kunnen worden afgestemd. Derhalve kan ook beter ingespeeld worden op de externe beleidsdoelen van een aanbestedende dienst. Het toepassen van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging vergroot de mogelijkheden om rekening te houden met duurzaamheid en innovatie bij het verstrekken van overheidsopdrachten.

Ook de concurrentiegerichte dialoog en het uitschrijven van een prijsvraag lenen zich in het bijzonder voor het verkrijgen van innovatieve oplossingen. De concurrentiegerichte dialoog moet wel ruimer toegankelijk worden dan nu het geval is. Zie het antwoord op vraag 21.

67. Ziet u gevallen waarin een beperking tot lokale of regionale leveranciers gerechtvaardigd zou kunnen worden door rechtmatige en objectieve redenen die niet gebaseerd zijn op louter economische overwegingen?

Het is volgens het Nederlandse kabinet niet wenselijk om voor overheidsopdrachten die onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, de toegang te beperken tot lokale of regionale leveranciers.

68. Als het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking als standaardprocedure zou worden toegestaan, zou dat er volgens u toe kunnen bijdragen dat beter rekening wordt gehouden met beleidsgerelateerde overwegingen op het gebied van milieu, sociale rechten, innovatie enz.? Of zou het risico van discriminatie en beperking van de mededinging te groot zijn?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het goed zou zijn om de onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging breder in te zetten. Voor een nadere beantwoording van de vraag wordt naar vraag 15-21 verwezen.

69. Kunt u nuttige voorbeelden noemen van technische bekwaamheden of andere selectiecriteria die kunnen bijdragen tot de verwezenlijking van doelstellingen als bescherming van het milieu, bevordering van sociale insluiting, verbetering van de toegankelijkheid voor personen met een handicap of versterking van innovatie?

Het Nederlandse kabinet verwijst voor voorbeelden naar het Duurzaam Inkoopbeleid zoals te vinden op <http://www.piano.nl/dossiers/duurzaam-inkopen>

70. Het criterium van de economisch voordeligste inschrijving is waarschijnlijk het meest geschikt om ook andere beleidsdoelstellingen te verwezenlijken. Bent u van mening dat het, om beter rekening te kunnen houden met dergelijke beleidsdoelstellingen, goed zou zijn om de bestaande regels te wijzigen (voor bepaalde soorten opdrachten /sommige specifieke sectoren /in bepaalde omstandigheden), door:

70.1.1. het criterium van enkel de laagste prijs te schrappen;

70.1.2. beperkingen op te leggen aan het gebruik van het prijscriterium of aan het gewicht dat de aanbestedende dienst kan toekennen aan de prijs;

70.1.3. naast de laagste prijs en de economisch voordeligste aanbidding een derde categorie gunningscriteria te introduceren? Zo ja, welk ander criterium zou u dan voorstellen dat ervoor zorgt dat andere beleidsdoelstellingen doeltreffender kunnen worden verwezenlijkt en dat tevens gelijke concurrentievoorwaarden en eerlijke mededinging tussen Europese bedrijven garandeert?

Het Nederlandse kabinet acht het niet wenselijk het gunningscriterium laagste prijs te schrappen, ook niet voor enkele specifieke opdrachten.

In het algemeen verdient het gebruik van EMVI de voorkeur boven selectie uitsluitend op prijs, omdat naast de prijs ook de kwaliteit van een product of de uitvoering van een opdracht een belangrijk aspect is bij overheidsopdrachten. Aangezien prijs echter evenzeer van belang is moet het gebruik van dit criterium niet worden ingeperkt.

Het is niet nodig om een derde categorie te introduceren. Bij goed gebruik van EMVI kunnen kwaliteit, innovatie en duurzaamheid voldoende worden meegenomen.

71. Bent u van mening dat de score die bijvoorbeeld aan ecologische, sociale of

innovatieve criteria wordt toegekend, dient te worden beperkt tot een bepaalde maximumwaarde, zodat het criterium niet belangrijker wordt dan prestatiecriteria of kosten?

Nee, zie het antwoord op vraag 70.

72. Bent u van mening dat de mogelijkheid om sociale of milieucriteria in de gunningsfase te laten meespelen voldoende bekend is en benut wordt? Zou deze mogelijkheid volgens u beter moeten worden uitgelegd in de richtlijn?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat in Nederland de mogelijkheden hiervoor bekend zijn en ook worden benut. De Commissie kan wel verduidelijking bieden met betrekking tot de wijze waarop bestaande sociale- en milieucriteria kunnen worden ingezet, omdat de complexiteit van de regelgeving nu een drempel kan vormen voor toepassing.

73. Moet volgens u bij het bepalen van de economisch voordeligste aanbidding verplicht rekening worden gehouden met levenscycluskosten, inzonderheid bij grote projecten? Zo ja, acht u het nodig/gepast dat de diensten van de Commissie een methode ontwikkelen om de levenscycluskosten te berekenen?

Het is wenselijk de levenscycluskosten mee te kunnen nemen als onderdeel van de beoordeling van de inschrijvingen. Dit kan op langere termijn tot kostenbesparingen leiden en biedt ondernemers meer ruimte om innovatieve oplossingen aan te bieden. Een verplichting is evenwel een te grote inperking van de mogelijkheden om op een doelmatige wijze in te kopen. Per aanbesteding moet kunnen worden afgewogen of de voordelen van het in overweging nemen van de levenscycluskosten opwegen tegen de nadelen, zoals de mogelijk extra (administratieve) lasten voor zowel aanbestedende dienst als ondernemer. Bovendien moet de markt waarop een opdracht geplaatst wordt ook klaar zijn voor een uitvraag waarbij de levenscycluskosten worden meegenomen; ondernemers moeten feitelijk in staat zijn om de levenscycluskosten van hun producten te berekenen.

Het zou behulpzaam zijn als de Commissie een model voor de berekening van de levenscycluskosten ontwikkelt en dat ter beschikking stelt aan aanbestedende diensten en ondernemers. Een verplichting tot het gebruik van één Europees model is niet wenselijk.

74. De uitwerking van contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht is het meest geschikte stadium in de procedure om rekening te houden met sociale overwegingen betreffende de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van werknemers die bij de uitvoering van de opdracht betrokken zijn. Bent u het daarmee eens? Zo niet, geeft u alstublieft aan welke andere oplossing volgens u het best zou zijn.

Bij sociale overwegingen betreffende arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden gaat het om uitvoeringseisen ter bescherming van werknemers. Een voordeel van het opnemen van uitvoeringsvoorwaarden ten opzichte van selectiecriteria is dat ook ondernemingen die op het moment van de publicatie van de aankondiging nog niet aan de eisen voldoen in aanmerking

kunnen komen voor de uitvoering van de opdracht als zij hun bedrijfsprocessen aan de gestelde eisen kunnen aanpassen.

75. Welke contractuele bepalingen betreffende de uitvoering zijn naar uw mening bijzonder geschikt om rekening te houden met overwegingen op het gebied van sociale rechten, milieu of energie-efficiëntie?

De volgende elementen zijn geschikt om in contractuele bepalingen te vatten:

- Verplichtingen om bij de uitvoering van de opdracht internationale sociale normen te respecteren, of (door eventuele onderaannemers) te doen respecteren, zoals bijvoorbeeld het verbod van kinderarbeid. Indien een norm zich daarvoor leent, kan de verplichting worden opgelegd om zich in te spannen voor verbeteringen in de keten.
- Verplichtingen om een onderhoudsplan te maken en actueel te houden.
- Verplichtingen om niet gebruikte producten of afval terug te nemen en te verwerken.
- Verplichtingen tot of bonus voor het komen tot verdere verbeteringen op het gebied van beleidsdoelstellingen gedurende het contract.

76. Is het wenselijk sommige algemene contractuele bepalingen – met name wat betreft arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van de bij de uitvoering van de opdracht betrokken werknemers – meteen op EU-niveau vast te leggen?

Het Nederlandse kabinet acht dit onwenselijk. Het terrein van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden valt onder de materiële werkingssfeer van de sociale paragraaf van het VWEU-Verdrag en niet onder de bepalingen van de interne markt van het VWEU-Verdrag. Indien en voor zover wetgeving op EU-niveau noodzakelijk wordt geacht, dient dit zijn grondslag te vinden in de bepalingen van de sociale paragraaf van het VWEU-Verdrag en niet op basis van de grondslag van de interne markt.

77. Bent u van mening dat het EU-regelgevingskader voor overheidsopdrachten dient te voorzien in specifieke oplossingen voor het toezicht op de naleving van de aanbestedingseisen in de hele toeleveringsketen? Zo ja, welke oplossingen stelt u voor om dit te organiseren?

78. Hoe kunnen aanbestedende diensten het best worden geholpen om toezicht te houden op de naleving van de eisen? Zou de ontwikkeling van "gestandaardiseerde" conformiteitsbeoordelingsregelingen en documentatie en de invoering van labels hun werk vergemakkelijken? Wat kan in het kader van een dergelijke aanpak worden gedaan om de administratieve lasten tot een minimum te beperken?

De Europese Commissie kan met het aanreiken van modellen en instrumenten voor toezicht op de naleving de aanbestedende diensten ondersteunen bij het professionaliseren van de inkoopfunctie. Dit hoeft niet in regelgeving te worden vastgelegd. Dit kan bijvoorbeeld vorm krijgen in het op Europees niveau ontwikkelen van keurmerken en certificaten op het gebied van duurzaamheid en eerlijke handel waarnaar in aanbestedingen verwezen zou kunnen worden.

In Nederland wordt bij aanbestedingen reeds vaak naar Europese normen en certificeringssystemen verwezen. Dit is een wenselijke praktijk omdat dit de lasten voor overheden en ondernemers kan verlichten. Daarbij geldt als voorwaarde wel dat de betreffende

normen en certificeringssystemen voor alle ondernemers toegankelijk zijn en dat naast een certificaat ook ander bewijs van conformiteit aan de norm geaccepteerd wordt.

79. Sommige belanghebbenden stellen voor de voorwaarde dat de door de aanbestedende dienst gestelde eisen verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, af te zwakken of zelfs geheel te schrappen (zodat inschrijvers bijvoorbeeld kunnen worden verplicht evenveel vrouwelijke als mannelijke werknemers in dienst te nemen of quota toe te passen voor bepaalde groepen, zoals werkzoekenden, personen met een handicap enz.). Bent u het met dat voorstel eens? Wat zouden volgens u de voor- of nadelen kunnen zijn van het schrappen of afzwakken van het verband met het voorwerp van de opdracht?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het Europees regelgevend kader voor overheidsopdrachten geen verplichtingen moet bevatten om bepaalde externe beleidsdoelen te realiseren. Het regelgevend kader moet daarentegen wel mogelijkheden bieden om externe beleidsdoelen in een aanbesteding mee te nemen. In het huidige regelgevend kader kunnen externe beleidsdoelen mee worden genomen in de beschrijving van de opdracht, technische specificaties, geschiktheids- en selectiecriteria, gunningscriteria en aanvullende voorwaarden.

Op dit moment kunnen echter alleen productiekenmerken worden meegewogen die een invloed hebben op de wezenlijke kenmerken van het te leveren product. Het Nederlandse kabinet zou een uitbreiding van deze reikwijdte verwelkomen, zodat voorwaarden gesteld kunnen worden aan het productieproces van de te leveren producten. Het is evenwel niet wenselijk dat dit zich zover uitstrekt dat het geen verband meer houdt met het voorwerp van de opdracht of de uitvoering ervan. Ook moet worden voorkomen dat dit een discriminerende werking heeft.

80. Indien het verband met het voorwerp van de opdracht wordt afgezwakt, moeten dan corrigerende regelingen worden ingesteld om het risico van discriminatie en van een significante beperking van de mededinging tegen te gaan, en zo ja, welke?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat dit niet nodig is. De bestaande bepalingen om discriminatie tegen te gaan zijn voldoende. Daarnaast biedt de huidige invulling van het transparantiebeginsel (publicatieverplichtingen) voldoende waarborg.

81. Bent u van mening dat het voor kmo's [het midden- en kleinbedrijf] moeilijk zou kunnen worden om aan de verschillende voorwaarden te voldoen? Zo ja, hoe moet dit probleem volgens u worden aangepakt?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat bij aanbestedingen alle bedrijven aan dezelfde voorwaarden moeten kunnen voldoen. Die voorwaarden moeten zo min mogelijk lasten voor ondernemers met zich meebrengen en in goede verhouding staan tot de opdracht. Dit zorgt ervoor dat het midden- en kleinbedrijf voldoende toegang tot overheidsopdrachten krijgt.

82. Indien u van mening bent dat het verband met het voorwerp van de opdracht moet worden geschrapt of afgezwakt, in welk stadium van de aanbestedingsprocedure moet dit dan gebeuren?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het verband met het voorwerp van de opdracht moet blijven bestaan. Wel moet het begrip nader worden verduidelijkt (zie antwoord op vraag 82.4.)

82.1. Bent u van mening dat het, voor wat betreft de vaststelling van de technische specificaties, zinvol zou zijn om de voorwaarde te versoepelen dat specificaties met betrekking tot verwerkings- en productiemethoden verband moeten houden met de kenmerken van het product, zodat rekening kan worden gehouden met aspecten die geen rol spelen voor de kenmerken van het product (zo kan bijvoorbeeld in het geval van een opdracht voor de levering van koffie de leverancier worden gevraagd de producenten een premie te betalen die wordt geïnvesteerd in activiteiten ter bevordering van de sociaaleconomische ontwikkeling van lokale gemeenschappen)?

Zie het antwoord op vraag 79.

82.2. Vindt u dat het aanbestedende diensten binnen het raam van de EU-regelgeving inzake overheidsopdrachten moet zijn toegestaan om selectiecriteria met betrekking tot de kenmerken van bedrijven toe te passen die niet zijn gebaseerd op het voorwerp van de opdracht (zodat inschrijvers bijvoorbeeld kunnen worden verplicht evenveel vrouwen als mannen in dienst te nemen of bepaalde quota toe te passen voor specifieke groepen, zoals werkzoekenden, personen met een handicap enz.)?

Het toepassen van selectiecriteria die niet in verband staan met het voorwerp van de opdracht leidt tot een onnodige beperking van de mededinging. Indien het voor een bepaald onderwerp wenselijk is om bedrijven in het algemeen te bewegen bepaalde groepen mensen in dienst te nemen, kan dit beter via generiek beleid nagestreefd worden dan via het stellen van eisen bij overheidsinkopen.

82.3. Bent u van mening dat het verband met het voorwerp van de opdracht in de gunningsfase moet worden afgezwakt of geschrapt teneinde rekening te kunnen houden met andere beleidsoverwegingen (zodat bijvoorbeeld extra punten kunnen worden toegekend aan inschrijvers die werkzoekenden of personen met een handicap in dienst nemen)?

Zoals aangegeven is in vraag 82, is het Nederlandse kabinet is van mening dat het verband met het voorwerp van de opdracht in stand moet blijven. Wel kan het verband met het voorwerp van de opdracht op bepaalde onderdelen worden afgezwakt. Zie ook het antwoord op vraag 79.

82.3.1. Indien gebruik wordt gemaakt van gunningscriteria die niet op de laagste prijs of de economisch voordeligste aanbieding zijn gebaseerd, of van criteria die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, kunnen er verschillen ontstaan in de toepassing van de EU-voorschriften inzake overheidsopdrachten enerzijds en van de voorschriften inzake staatssteun anderzijds, in die zin dat opdrachten die op basis van andere dan economische criteria worden gegund, de verlening van staatssteun zouden kunnen inhouden, wat mogelijk problemen kan opleveren uit het oogpunt van de EU-voorschriften inzake staatssteun. Ervaart u dat ook als een probleem? Zo ja, hoe moet dit probleem volgens u worden aangepakt?

Het Nederlandse kabinet is voorstander van het handhaven van een verband tussen de gunningscriteria en het voorwerp van de opdracht; zie het antwoord op vraag 79.

82.4. Vindt u dat het aanbestedende diensten binnen het raam van de EU-regelgeving inzake overheidsopdrachten moet zijn toegestaan om contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht op te leggen die in engere zin geen verband houden met de verstrekking van de goederen en diensten in kwestie (zodat bijvoorbeeld de medecontractant kan worden verplicht kinderopvang voor zijn werknemers te organiseren of een bepaald deel van zijn inkomsten aan sociale projecten te besteden)?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat een verband moet bestaan tussen de contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de overheidsopdracht en het voorwerp van de opdracht dan wel de productie van het specifieke product dat voorwerp is van de opdracht. Dit moet op dezelfde wijze verband houden met het voorwerp van de opdracht als het geval is bij gunnings- en selectiecriteria. Zie ook de beantwoording van vraag 79.

4.2. "Wat aanschaffen" ter ondersteuning van de Europa 2020-beleidsdoelstellingen

83. Beschouwt u verplichtingen op EU-niveau met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, als een geschikte manier om andere beleidsdoelstellingen te bereiken? Wat zouden de belangrijkste voor- en nadelen van een dergelijke benadering zijn? Voor welke specifieke product- of dienstgebieden of welke specifieke beleidsterreinen is het volgens u zinvol om verplichtingen in te voeren met betrekking tot wat kan worden aangeschaft? Kunt u uw keuze toelichten? Geef voorbeelden van nationale aanbestedingspraktijken die op EU-niveau zouden kunnen worden overgenomen.

Inkoop door de overheid wordt de afgelopen jaren steeds meer gezien als een middel om bepaalde maatschappelijke uitkomsten te bereiken. De inkoopkracht van de overheid kan worden ingezet om markten te activeren, bijvoorbeeld waar het om de ontwikkeling van duurzame producten gaat. Daarnaast kan de overheid door middel van inkoop een bepaalde maatschappelijke voorbeeldfunctie vervullen.

Toch moet een belangrijke kanttekening worden gemaakt worden bij het gebruik van inkoop voor het behalen van bepaalde maatschappelijke beleidsdoelstellingen. Deze doelstellingen kunnen namelijk ook worden bereikt door het vaststellen van generieke wetgeving of andere beleidsinstrumenten. Per geval zal moeten worden bekeken welke maatregelen ervoor zorgen dat bepaalde maatschappelijke doelstellingen ("externe beleidsdoelstellingen") op de meest effectieve en efficiënte wijze worden bereikt.

Het Nederlandse kabinet is geen voorstander van verplichtingen met betrekking tot de toepassing van criteria zoals bijvoorbeeld een percentage 'groene' of 'innovatieve' aanbestedingen. Zie het antwoord op vraag 79. Het Nederlandse kabinet ziet meer in het stimuleren van het gebruiken van duurzaamheidscriteria zonder een wettelijk verplichtend karakter door aanbestedende diensten. Meer informatie over het Nederlandse beleid inzake duurzaam inkopen kunt u vinden op <http://www.pianoo.nl/dossiers/duurzaam-inkopen>.

84. Bent u van mening dat verdergaande verplichtingen op EU-niveau met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, dienen te worden verankerd in sectorspecifieke wetgeving (op het gebied van milieu, energie, sociale insluiting, toegankelijkheid enz.) of moeten zij worden ingevoerd in het kader van algemene EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten?

Het Nederlandse kabinet is geen voorstander van verplichtingen op EU-niveau met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft. Mocht de Commissie voor een dergelijke optie kiezen dan moet dit via sectorspecifieke wetgeving worden geregeld.

85. Bent u van mening dat op nationaal niveau verplichtingen moeten worden ingevoerd met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft? Denkt u dat dergelijke nationale verplichtingen tot een fragmentatie van de interne markt zouden kunnen leiden? Zo ja, wat is volgens u de meest geschikte manier om dit risico te verkleinen?

Het Nederlandse kabinet is geen voorstander van het vaststellen van nationale verplichtingen met betrekking tot de vraag wat moet worden aanbesteed. De keuzes omtrent wat kan worden ingekocht worden in Nederland bewust aan de aanbestedende dienst zelf gelaten.

86. Bent u van mening dat verplichtingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, eerder moeten slaan op de mate waarin iets wordt toegepast (bijvoorbeeld groene aanbestedingen), de kenmerken van de aan te schaffen goederen/diensten/werken of specifieke criteria die naast de overige aspecten van de aanbesteding in aanmerking moeten worden genomen?

Het is naar de mening van het Nederlandse kabinet noch wenselijk noch mogelijk concrete en effectieve wettelijke verplichtingen te stellen aan de mate waarin specifieke criteria worden toegepast. Daarnaast kan met een dergelijke verplichting onvoldoende rekening worden gehouden met uiteenlopende inkoopbehoeften en inkooppatronen van de verschillende aanbestedende diensten. Specifieke criteria kunnen helpen bij het vaststellen van de behoeftestelling van een aanbestedende dienst en het meenemen van duurzame inkoop doelstellingen hierbij. Deze criteria kunnen eveneens behulpzaam zijn bij het vaststellen van duurzaamheidsdoelstellingen bij de uitvoering van de opdracht.

86.1. Welke manoeuvreerruimte moeten aanbestedende diensten nog hebben bij het nemen van aanschaffingsbeslissingen?

Het is naar de mening van het Nederlandse kabinet niet aan de orde door middel van regels van de Europese Unie de beslissingsruimte voor publieke organisaties ten aanzien van het inkoopbeleid te beperken. Deze bevoegdheid valt niet binnen competenties van de Europese Unie. Aanbestedende diensten moeten beleidsruimte behouden om hun behoeftestelling te bepalen. Dit geldt ook voor de wijze waarop duurzaamheid in de behoeftestelling verwerkt wordt. Het op Europees niveau vastleggen van verplichtingen op het gebied van de behoeftestelling is onverenigbaar met het behouden van die beleidsruimte. Het inperken van de ruimte voor aanbestedende diensten zal ook de ruimte inperken die ondernemers hebben om innovatieve aanbiedingen te doen.

86.2. Moeten in dwingende voorschriften slechts minimumeisen worden vastgesteld, zodat individuele aanbestedende diensten verdergaande eisen kunnen opleggen?

Het is naar de mening van het Nederlandse kabinet niet wenselijk dat dwingende voorschriften worden vastgesteld. Als dit wel zou gebeuren, dan moeten dit minimumeisen zijn. Anders valt de ruimte voor het stellen van hogere standaarden weg. Dat zou het onmogelijk maken om deelmarkten met vooroplopende ondernemers verder te stimuleren tot het doorontwikkelen van (duurzame) producten.

87. Wat is volgens u het meest geschikte instrument om rekening te houden met de technologische ontwikkeling in de zin van de meest geavanceerde technologie (bijvoorbeeld door een bepaalde dienst opdracht te geven na te gaan welke technologie het meest geavanceerd is, door aanbestedende diensten te verplichten om van de toepassing van de meest geavanceerde technologie één van de gunningscriteria te maken, of op andere wijze)?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat functioneel aanbesteden het beste instrument is om rekening te houden met de best passende technologische oplossing. Het is voor een aanbestedende dienst vaak onmogelijk om alle technische ontwikkelingen bij te houden. Het is voor een aanbestedende dienst ook geen doel op zich om de meest geavanceerde technologie te gebruiken. Technologische oplossingen worden immers ingezet om een bepaald doel te bereiken. Het voorschrijven van het gebruik van een bepaalde technologie bij een specifieke overheidsopdracht moet daarom zoveel mogelijk vermeden worden.

88. De invoering van dwingende criteria of verplichte doelstellingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, mag niet ten koste gaan van de mededinging op de aanbestedingsmarkten. Hoe kan met deze voorwaarde rekening worden gehouden bij de vaststelling van dergelijke criteria of doelstellingen?

Het is naar mening van het Nederlandse kabinet niet wenselijk om met dwingende criteria te werken, omdat dit de markt op een rigide manier inperkt. Door middel van een marktconsultatie kan een aanbestedende dienst verkennen hoeveel mededinging er in stand blijft bij de aanvankelijk gewenste criteria. Als dit onvoldoende is, bijvoorbeeld omdat voor die specifieke markt te ambitieuze criteria gesteld worden, zullen de criteria voor die specifieke aanbesteding aangepast moeten worden. Hetzelfde geldt omgekeerd; als aan de aanvankelijk gekozen criteria tientallen bedrijven zouden voldoen, dan is het wellicht mogelijk om het ambitieniveau naar boven bij te stellen. De oplossing zit dus in maatwerk.

89. Zou de invoering van verplichtingen betreffende de vraag wat kan worden aangeschaft volgens u leiden tot meer administratieve lasten, met name voor kleine ondernemingen? Zo ja, hoe kan dit risico worden verkleind? Voor welke uitvoeringsmaatregelen en/of richtsnoeren moet worden gezorgd indien dergelijke verplichtingen worden ingevoerd?

Voorop staat voor het Nederlandse kabinet dat verplichtingen ten aanzien van wat kan worden aangeschaft niet moeten worden ingevoerd. Wanneer deze verplichtingen toch worden ingevoerd zullen deze tot meer lasten leiden voor aanbestedende diensten omdat zij bij overheidsopdrachten moeten controleren of deze extra regels worden nageleefd. Daarnaast kunnen deze verplichtingen

de toegang van het midden- en kleinbedrijf verminderen omdat zij in de regel minder makkelijk aan deze verplichtingen kunnen voldoen.

90. Indien u geen voorstander bent van verplichtingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, kunt u dan andere geschikte instrumenten bedenken (zoals aanbevelingen of andere prikkels)?

Het Nederlandse kabinet is, zoals in het antwoord op vraag 79 naar voren komt, geen voorstander van verplichtingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft. Een autonome financiële prikkel bij duurzaam aanbesteden is dat het berekenen van de kosten op basis van de totale kosten van het eigenaarschap of de levenscyclus van producten vaak op de lange termijn kostenbesparend werkt. Dat is een positieve (financiële) prikkel op zich. Aanbevelingen kunnen helpen de verschillende opties onder de aandacht te brengen.

4.3. Innovatie

91. Bent u van mening dat het nodig is innovatie verder te stimuleren via overheidsopdrachten? Welke prikkels/maatregelen zouden innovatie door overheidsinstanties kunnen ondersteunen en versnellen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de Richtlijnen aanbestedende diensten voldoende mogelijkheden bieden om innovatiegericht aan te besteden. Het opleggen van maatregelen die verplichten tot het gebruik van innovatiebevorderende aanbestedingsmethoden belemmert de inkoop. Een innovatiebevorderende aanbestedingsmethode is niet altijd de beste methode, bijvoorbeeld wanneer standaardwerken of –producten worden aanbesteed.

De aanbestedende dienst heeft wel baat bij stimulerende en faciliterende maatregelen, het bevorderen van contacten tussen inkopers op dit terrein, het uitwisselen van kennis en ervaring en het ter beschikking stellen van modellen zijn hier voorbeelden van. Daarnaast zou het verstandig zijn om beleidsmakers die de innovatieagenda van organisaties opstellen in een vroeg stadium in contact te brengen met de beleidsmakers die de inkoopagenda van organisaties opstellen. De Europese Commissie zou pilots op Europees niveau kunnen opzetten om dit contact op grensoverschrijdend niveau te stimuleren.

92. Bent u van mening dat de concurrentiegerichte dialoog genoeg bescherming biedt voor intellectuele eigendomsrechten en innovatieve oplossingen, zodat is gewaarborgd dat inschrijvers niet worden beroofd van de vruchten van hun innovatieve ideeën?

Naar de mening van het Nederlandse kabinet moet deze vraag verder reiken dan alleen het aspect van de bescherming van intellectuele eigendom in de concurrentiegerichte dialoog. Het hele functioneren van deze procedure verdient aandacht. In Nederland wordt deze procedure in de praktijk niet veel gebruikt, net als in de rest van de Europese Unie. Het vereiste dat het om een “bijzonder complexe” opdracht moet gaan werpt een belemmering op. Het verdient aanbeveling om het woord ‘bijzonder’ uit dit vereiste te verwijderen, zodat de procedure op een grotere

schaal kan worden toegepast (bijvoorbeeld voor IT-opdrachten) en aanbestedende diensten er meer ervaring mee kunnen opdoen. Zie ook het antwoord op vraag 15-21.

93. *Zijn andere procedures volgens u geschikter om innovatie middels de bescherming van originele oplossingen te versterken? Zo ja, welke procedures acht u daartoe het meest geschikt?*

Ten eerste kan het gebruik van open licentiesystemen de mogelijkheden vergroten voor het aanleveren van originele oplossingen, omdat dit een grotere groep ondernemingen in staat stelt maatwerk te leveren voor een specifieke opdracht.

Daarnaast moet worden ingezet op de mogelijkheid voor ondernemingen om in beslotenheid toelichting te geven op originele oplossingen zodat de drempel voor ondernemingen verlaagd wordt om originele oplossingen in te dienen. Deze mogelijkheid verkleint namelijk de kans dat ondernemingen hun originele oplossingen met concurrenten moeten delen.

Ten slotte is aandacht gewenst voor het zogenoemde “*Eigen Initiatief*” of “*Unsollicited Proposal*”. Bij een Eigen Initiatief dient een onderneming ongevraagd een innovatief voorstel bij een aanbestedende dienst in met het verzoek om het voorstel uit te voeren. De huidige aanbestedingsregels laten toe dat de aanbestedende dienst het voorstel omzet in een opdracht om die vervolgens aan te besteden, maar de regels bieden geen ruimte om de desbetreffende onderneming te betalen voor het voorstel. Als een Eigen Initiatief voor een onderneming slechts tot kosten leidt en deze geen kans heeft om de gemaakte kosten terug te verdienen, loont het voor ondernemingen niet om in Eigen Initiatieven te investeren. Dit remt de innovatie.

Hier kan de mogelijkheid worden gecreëerd dat een onderneming met een Eigen Initiatief hierover een dialoog kan aangaan met een aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst zou ook andere ondernemingen op basis van functionele specificaties de mogelijkheid moeten hebben om oplossingen aan te dragen. Het waarborgen van een gelijk speelveld is hierbij van groot belang. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door het proces in de vorm van een concurrentiegerichte dialoog te gieten. Dat zou het ook mogelijk maken om (een gedeelte van) de ontwikkelkosten te vergoeden, in het kader van bijvoorbeeld een concurrentiegerichte dialoogprocedure. Een voorwaarde is wel dat de concurrentiegerichte dialoog breder toepasbaar is dan alleen voor ‘bijzonder’ complexe opdrachten, zoals ook bepleit in het antwoord op vraag 92 en vraag 15 t/m 21.

94. *Is precommerciële inkoop, waarbij aanbestedende diensten O&O-diensten aanschaffen voor de ontwikkeling van producten die nog niet op de markt verkrijgbaar zijn, volgens u een geschikte manier om innovatie te stimuleren? Moet de uitwisseling van beste praktijken en/of de benchmarking van in de lidstaten gehanteerde aanbestedingsprocedures op het gebied van O&O worden versterkt om een bredere toepassing van precommerciële inkoop te bevorderen? Kunnen aanbestedende diensten op nog andere manieren die niet expliciet zijn vastgesteld in het huidige wetgevingskader aanzetten tot de ontwikkeling van producten of diensten die nog niet op de markt worden aangeboden? Op welke specifieke wijze zouden aanbestedende diensten volgens u kmo's en startende ondernemingen ertoe kunnen aanzetten om deel te nemen aan precommerciële inkopen?*

Nederland heeft goede ervaringen met projecten in het kader van het Small Business Innovation Research Programma (SBIR), een vorm van precommerciële inkoop die ook "katalytisch inkopen" ondersteunt. Het is raadzaam om kennis en ervaringen over precommercieel inkopen uit te wisselen en gehanteerde procedures te benchmarken. Via een langjarige inkoopstrategie met een innovatiecomponent kunnen aanbestedende diensten dit instrument op een meer strategische wijze inzetten. Om precommercieel inkopen voor het midden- en kleinbedrijf toegankelijk en interessant te maken is het belangrijk om de looptijd van zowel de totale procedures als de duur van de verschillende fasen in precommercieel aanbesteden beperkt te houden evenals de administratieve lasten. Hier ligt de noodzaak om de eis tot expliciete bepaling van de marktwaarde (bijvoorbeeld op basis van de netto contante waarde) van eventuele IPR die kan ontstaan bij de gevraagde onderzoek- en ontwikkelingsactiviteiten te kunnen laten vervallen in die gevallen waar deze IPR geen eigendom wordt van de opdrachtgever.

95. Zijn er andere maatregelen nodig om het innovatievermogen van kmo's te bevorderen? Zo ja, welke specifieke maatregelen stelt u daartoe voor?

In het Nederlandse SBIR programma is de deelnamegraad van het midden- en kleinbedrijf ongeveer 90%. Met korte doorlooptijden kunnen de bedrijven snel aan de slag om hun ideeën te onderzoeken en te ontwikkelen. Binnen drie jaar kan het SBIR-traject zijn afgerond en kunnen de bedrijven starten met commercialisatie. Voorbeelden van SBIR projecten kunnen worden gevonden op de site www.sbir.nl. De SBIR-werkwijze activeert op een snelle en efficiënte wijze het innovatievermogen van vooral het midden- en kleinbedrijf om oplossingen te genereren voor de grote uitdagingen. Bovendien bouwen SBIR-projecten voort op de onderzoeksinspanningen die in het verleden zijn gedaan, zoals via de Kaderprogramma's onderzoek en technologische ontwikkeling van de Europese Unie.

96. Welke prestatiegerichte maatregelen stelt u voor om de voortgang en het effect van innovatieve overheidsopdrachten te monitoren? Welke gegevens zijn nodig voor deze maatregelen en hoe kunnen deze gegevens worden verzameld zonder dat er extra lasten voor de aanbestedende diensten en/of ondernemingen ontstaan?

De volgende indicatoren kunnen hierbij in overweging worden genomen:

1. het aantal aanbestedingen van SBIR-projecten dat wordt gestart en het aantal contracten dat daarbij wordt afgesloten.
2. een indicator innovatiegericht inkopen die weergeeft in hoeverre de overheid in haar aanbestedingen ruimte geeft aan innovatieve oplossingen. Hierbij kan onder andere rekening worden gehouden met elementen als het gebruik van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving en functioneel specificeren. Daarnaast kan worden bekeken welke voorbeelden er zijn van het inkopen van innovatieve oplossingen. Dat betekent dat zowel proces als resultaat gemeten wordt. Beide zijn belangrijk als het gaat om voortgang op dit gebied.

4.4. Sociale diensten

97. Bent u van mening dat in de EU-wetgeving betreffende overheidsopdrachten meer rekening dient te worden gehouden met de specifieke kenmerken van sociale diensten? Zo ja, op welke wijze?

Het Nederlandse kabinet is hier geen voorstander van. Ten eerste is onduidelijk wat het begrip “sociale diensten” precies inhoudt. Daarnaast biedt het gunningscriterium economische meest voordelige inschrijving voldoende ruimte om bij een beoordeling van een inschrijving voor een opdracht voor diensten naast prijs ook kwaliteit mee te nemen. Voor diensten waarbij het onwenselijk is dat prijs een te grote betekenis krijgt, kan een aanbestedingsprocedure op basis van een vaste prijs worden georganiseerd. Op deze manier vindt de concurrentie alleen op kwaliteit plaats.

97.1. Bent u van mening dat de plaatsing van overheidsopdrachten voor sociale diensten in grotere mate op EU-niveau moet worden geregeld om de kwaliteit van deze diensten verder te verbeteren? Met name:

97.1.1. Moet in de richtlijnen het criterium van de laagste prijs voor de gunning van opdrachten worden geschrapt/de toepassing van het prijscriterium worden beperkt/het gewicht dat de aanbestedende diensten aan de prijs kunnen toekennen, worden beperkt/naast de laagste prijs en de economisch voordeligste inschrijving een derde soort gunningscriteria worden ingevoerd?

Zie het antwoord op vraag 97

97.1.2. Moet in de richtlijnen de mogelijkheid worden geboden om opdrachten voor sociale diensten voor te behouden aan organisaties zonder winstoogmerk/moeten er voor dergelijke organisaties in het kader van de gunning van opdrachten voor sociale diensten andere voorrechten worden vastgesteld?

Het voorbehouden van bepaalde opdrachten aan organisaties ‘zonder winstoogmerk’ (in aanvulling op de reeds bestaande uitzondering voor sociale werkplaatsen) is niet wenselijk. Het uitvoeren van een opdracht door een dergelijke organisatie biedt immers geen aanvullende waarborg ten opzichte van het uitvoeren van de opdracht door een organisatie met winstoogmerk. Beide organisaties moeten zoeken naar een optimale verhouding tussen prijs en kwaliteit.

97.1.3. Door gunningscriteria te versoepelen of opdrachten voor te behouden aan bepaalde soorten organisaties, kan afbreuk worden gedaan aan de mogelijkheid om via aanbestedingsprocedures diensten aan te schaffen "tegen de laagste kosten voor de gemeenschap" en ontstaat het risico dat dergelijke opdrachten staatssteun inhouden. Deelt u deze bezorgdheid?

Deze bezorgdheid wordt gedeeld. Bovendien bevat de huidige Richtlijnen reeds voldoende mogelijkheden om een groot gewicht te geven aan niet-prijs gerelateerde criteria. Aanbestedende diensten kunnen de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht voldoende borgen door middel van het geven van een groot gewicht aan de kwaliteitsaspecten van de opdracht bij de gunning. Voor diensten waarbij het onwenselijk is dat prijs een te grote betekenis krijgt, kan een aanbestedingsprocedure op basis van een vaste prijs worden georganiseerd. Op deze manier vindt de concurrentie alleen op kwaliteit plaats.

97.2. Bent u van mening dat andere aspecten van de plaatsing van opdrachten voor sociale diensten aan minder regels onderworpen dienen te zijn (bijvoorbeeld via hogere drempels of de minimis-regels voor dergelijke diensten)? Wat zou de rechtvaardiging zijn voor een dergelijke bijzondere regeling voor sociale diensten?

Van belang is dat aanbestedende diensten of de nationale wetgever de bevoegdheid heeft om bepaalde opdrachten niet door marktpartijen te laten uitvoeren en de uitvoering hiervan zelf ter hand te nemen.

5. ZORGEN VOOR DEUGDELIJKE PROCEDURES

5.1. Voorkoming van belangenconflicten

98. Bent u van mening dat het begrip belangenconflict bij overheidsopdrachten op EU-niveau moet worden gedefinieerd? Welke activiteiten/situaties met een potentieel risico moeten daaronder vallen (persoonlijke betrekkingen, zakelijke belangen zoals deelnemingen, onverenigbaarheid met externe activiteiten enz.)?

Het Nederlandse kabinet heeft geen behoefte aan een definitie op EU-niveau van het begrip belangenconflict.

99. Bent u van mening dat er waarborgen moeten komen om op EU-niveau belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, op te sporen en te verhelpen? Zo ja, welke waarborgen zijn volgens u nuttig?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat de huidige waarborgen op EU niveau, vorm gegeven door middel van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, voldoende zijn om belangenconflicten te vermijden. Aanvullende waarborgen zijn dan ook niet nodig en kunnen extra administratieve lasten met zich meebrengen.

5.2. Bestrijding van vriendjespolitiek en corruptie

100. Bent u het ermee eens dat er bij overheidsopdrachten een risico bestaat op corruptie en vriendjespolitiek? Bent u van mening dat er op dat gebied EU-maatregelen moeten worden genomen of moet dat aan de afzonderlijke lidstaten worden overgelaten?

Bij overheidsopdrachten bestaat inderdaad een risico op corruptie en vriendjespolitiek, maar het behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten om maatregelen hiertegen te nemen.

101. Wat zijn volgens u de kritieke risico's voor de integriteit in elk van de verschillende stadia van de aanbestedingsprocedure (omschrijving van het voorwerp van de opdracht, het opstellen van de inschrijving, selectie, gunning, uitvoering van de opdracht)?

De integriteit van de overheid is gedurende het gehele proces belangrijk. De Richtlijnen bieden waarborgen om integriteitschendingen gedurende het aanbestedingsproces te voorkomen. Voor de fase van uitvoering van de overeenkomst bieden de Richtlijnen geen waarborgen, maar in deze fase kunnen lidstaten zelf maatregelen vaststellen.

102. Welke van de geconstateerde risico's moeten volgens u worden aangepakt door de invoering van specifiekere/aanvullende regels in de EU-aanbestedingsrichtlijnen, en op welke wijze (welke regels/waarborgen)?

De genoemde risico's hoeven niet te worden aangepakt door invoering van aanvullende regels in de Richtlijnen.

103. Welke aanvullende instrumenten kunnen in de richtlijnen worden opgenomen om de georganiseerde criminaliteit bij overheidsopdrachten te bestrijden? Bent u bijvoorbeeld voorstander van een controle vooraf op onderaannemingen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat er geen aanvullende instrumenten in de Richtlijnen noodzakelijk zijn. Zie verder het antwoord op de vragen 44 en 59.

5.3. Uitsluiting van "ondeugdelijke" inschrijvers

104. Bent u van mening dat artikel 45 van Richtlijn 2004/18/EG betreffende de uitsluiting van inschrijvers een nuttig instrument is om ondeugdelijke handelspraktijken te bestraffen? Welke verbeteringen van dit mechanisme en/of alternatieve mechanismen zou u voorstellen?

Artikel 45 van Richtlijn 2004/18/EG is een nuttig instrument. Nederland moedigt de Commissie aan dit artikel op een drietal punten te verduidelijken. Ten eerste zouden de verplichte uitsluitingsgronden op enkele punten moeten worden verduidelijkt. Zo valt uit de tekst van dat artikel op dit moment niet duidelijk af te leiden of aanbestedende diensten in hun afweging de mogelijke, door de betreffende ondernemer genomen, vertrouwenwekkende maatregelen kunnen meenemen bij de beslissing over de uitsluiting van de ondernemer. Het is wenselijk dat dit ook op EU-niveau wordt verduidelijkt.

Ten tweede is het wenselijk een termijn vast te stellen in de wetgeving waarbinnen rekening mag worden gehouden met onherroepelijke veroordelingen ten aanzien van de verplichte uitsluitingsgronden. Artikel 45 lid 1 bevat nu alleen de bepaling dat een gegadigde of inschrijver moet worden uitgesloten indien hij is veroordeeld voor genoemde strafbare feiten. Lidstaten hebben in hun regelgeving verschillende termijnen opgenomen of zelfs geen termijnen. Dit werkt rechtsonzekerheid in de hand indien ondernemers in andere lidstaten willen deelnemen aan overheidsopdrachten, waar weer andere termijnen worden gehanteerd.

Als laatste zou uitleg moeten worden gegeven aan het begrip 'ernstige beroepsfout'. Het begrip is dermate breed, dat dit onduidelijkheid in de hand werkt. Als iedere lidstaat dit voor zichzelf invult, ontstaan teveel verschillen tussen de lidstaten. Hierdoor werkt het systeem van wederzijdse erkenning niet goed.

105. Hoe kunnen aanbestedende diensten beter samenwerken bij het verkrijgen van informatie over de persoonlijke situatie van gegadigden en inschrijvers?

Zie het antwoord op vraag 56.

106. Bent u van mening dat de kwestie van "zelfreinigende maatregelen" uitdrukkelijk moet worden geregeld in artikel 45 of moet dat alleen op nationaal niveau worden geregeld?

Zie het antwoord op vraag 104.

107. Is een met redenen omklede beslissing tot afwijzing van een inschrijving of van een verzoek om deelname een passende sanctie om de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling te verbeteren?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat aanvullende uitsluitingsgronden niet nodig zijn.

108. Bent u van mening dat er, in het licht van het Verdrag van Lissabon, minimumnormen voor strafrechtelijke sancties moeten worden vastgesteld op EU-niveau voor bijzondere gevallen (bijvoorbeeld corruptie of het niet melden van belangenconflicten)?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat minimumnormen voor strafrechtelijke sancties blijven behoren tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten. Het is in het geheel niet duidelijk op welke wijze de EU hierdoor een bijdrage zou leveren aan het versterken van de interne markt of aan de doelmatigheid van het inkopen door aanbestedende diensten.

5.4. Voorkoming van ongerechtvaardigde voordelen

109. Moeten er op EU-niveau specifieke regels worden vastgesteld ter compensatie van de voordelen van bepaalde inschrijvers die in een vroeg stadium betrokken waren bij de ontwikkeling van het project waarop de aanbesteding betrekking heeft? Welke waarborgen zou u voorstellen?

Het Nederlandse kabinet is van mening dat hierover geen specifieke regels op EU-niveau moeten worden vastgesteld. Zie ook het antwoord op de vragen 92 en 93.

110. Bent u van mening dat het probleem van eventuele voordelen van traditionele inschrijvers op EU-niveau moet worden aangepakt en zo ja, hoe?

Traditionele inschrijvers kunnen een kennisvoorsprong hebben op andere inschrijvers. Het gelijkheidsbeginsel biedt hiervoor echter voldoende waarborgen. Als gevolg van dit beginsel dienen aanbestedende diensten in hun aanbesteding alle benodigde informatie op te nemen, zodat een informatievoorsprong voor traditionele inschrijvers kan worden voorkomen.

6. TOEGANG VAN LEVERANCIERS UIT DERDE LANDEN TOT DE EU-MARKT

111. Wat is uw ervaring met en/of uw standpunt over de in de artikelen 58 en 59 van Richtlijn 2004/17/EG vastgestelde mechanismen?

De indruk is dat deze mechanismen weinig tot niet gebruikt worden. Door betrokkenen is aangegeven dat dit met de onbekendheid van de regels maar ook met de helderheid ervan te maken heeft.

111.1. Moeten deze bepalingen verder worden versterkt? Zo ja, op welke manier? Is het wenselijk deze bepalingen ook te laten gelden voor andere gebieden dan aanschaffingen in de nutssector?

112. Welke andere mechanismen zou u voorstellen om te zorgen voor meer symmetrie bij de toegang tot aanbestedingsmarkten?

Het Nederlandse kabinet vindt het wenselijk als meer verdragen worden gesloten waardoor betere toegang ontstaat tot overheidsopdrachten buiten de EU. Het is van belang dat een balans wordt gevonden tussen toegang tot Europese overheidsopdrachten voor ondernemers uit het derde land en toegang tot overheidsopdrachten voor Europese ondernemers in het betreffende land. Het is dan ook wenselijk dat de dekking van de GPA (Government Procurement Agreement) in deze lijn wordt uitgebreid.

Het Nederlandse kabinet is van mening dat het niet wenselijk is om de Nederlandse markt voor overheidsopdrachten door middel van een algemene Europese maatregel af te schermen voor ondernemingen uit landen waar geen verdragen mee gesloten zijn. Dit kan leiden tot hogere prijzen en daarmee tot een ondoelmatige besteding van overheidsgeld. Daarnaast is het niet uit te sluiten dat een dwingende en strikte formele afscherming tot repercussies leidt voor Nederlandse ondernemingen in de door een dergelijke maatregel getroffen landen.

113. Zijn er andere kwesties die volgens u aan de orde moeten worden gesteld bij de komende hervorming van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten? Om welke kwesties gaat het, en wat zijn – volgens u – de problemen die moeten worden aangepakt en hoe zouden ze kunnen worden opgelost?

Een punt ter overweging is de juridische vormgeving van de aanbestedingsregelgeving. Het huidige aanbestedingskader is opgenomen in Richtlijnen. Met het oog op de voorgestelde maatregelen in dit Groenboek is het denkbaar dat een Verordening mogelijk meer is toegesneden om het reeds ver geharmoniseerde aanbestedingsrecht te reguleren. Een Verordening werkt immers rechtstreeks waardoor belangrijke implementatieproblemen kunnen worden weggenomen en de lasten voor ondernemingen

worden verminderd. Nederland verzoekt de Commissie om de voor- en nadelen van deze keuze alsmede de gevolgen inzichtelijk te maken.

114. Gelieve de in dit groenboek behandelde kwesties en de andere kwesties die volgens u belangrijk zijn, in volgorde van belangrijkheid te rangschikken. Indien u zou moeten kiezen, welke drie prioritaire kwesties moeten volgens u het eerst worden aangepakt? Kunt u uw keuze toelichten?