

Vergaderjaar 2005–2006

**30 501**

## **Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale-sectorbedrijven (Aanbestedingswet)**

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 23 januari 2006 en het nader rapport d.d. 20 maart 2006, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 25 november 2005, no. 05.004391, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het Voorstel van wet houdende regels omtrent het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale sector-bedrijven (Raamwet aanbesteden), met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel beoogt de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (de Raamwet) te vervangen door een nieuw wettelijk stelsel, om aldus «Nederland van een modern wettelijk kader voor het aanbesteden van (overheids)opdrachten te voorzien waarmee beter dan voorheen een goede uitvoering van de Europese en internationale aanbestedingsverplichtingen kan worden bereikt» (toelichting paragraaf 1.2). Een en ander geschiedt mede naar aanleiding van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid alsmede naar aanleiding van verschillende onderzoeken over aanbestedingen in de praktijk. Met dit wetsvoorstel is gewacht tot de vaststelling van de twee nieuwe aanbestedingsrichtlijnen<sup>2</sup>. Om de implementatie van deze richtlijnen niet te vertragen, zijn deze richtlijnen reeds geïmplementeerd bij algemene maatregel van bestuur op basis van de huidige Raamwet<sup>3</sup>.*

*Om te komen tot een modern Nederlands wettelijk kader voor het aanbesteden van opdrachten voorziet het wetsvoorstel onder andere in verplichte integriteitstoetsing, een grondslag voor het stellen van proportionaliteits-criteria en innovatie, alsmede vergroting van de toegankelijkheid, kenbaarheid en samenhang.*

*Het wetsvoorstel bevat een aantal begripsbepalingen (artikelen 1 tot en met 8), een grondslag voor de implementatie van richtlijnen op het gebied van het aanbestedingsrecht bij lagere regels (artikelen 9 en 10), regels over integriteit (artikel 11) en grondslagen voor het stellen van (nadere) regels inzake de te stellen eisen aan draagkracht en bekwaamheden van een inschrijvende ondernemer en voor de bevordering van gelijke behandeling, concurrentie, innovatie en transparantie (artikelen 11 tot en met 13).*

*De Raad van State betwijfelt of het wetsvoorstel in de huidige vorm een oplossing biedt voor de in de toelichting gesignaleerde knelpunten. Daarvoor dienen de hoofdelementen van de aanbestedingsregels en -procedures in de wet zelf te worden opgenomen. De Raad is van oordeel dat het wetsvoorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEG L 134) en richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEG L 134).

<sup>3</sup> Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 25 november 2005, nr. 05.004391, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde ontwerp van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 23 januari 2006, nr. W10.05.0512/II, bied ik U hierbij aan.

#### *1. Algemeen*

*Het wetsvoorstel beoogt aan een aantal problemen in de aanbestedingspraktijk het hoofd te bieden. In de toelichting (paragraaf 1.1) worden genoemd de ontoegankelijkheid, versnippering en verkokering van de aanbestedingsregels, onvoldoende naleving van de regels, integriteit van ondernemers en aanbestedende diensten en de professionaliteit van aanbestedende diensten die te wensen overlaten, disproportionele eisen bij aanbestedingen, belemmeringen voor innovatie, hoge administratieve lasten, alsmede twijfels of de huidige wettelijke voorzieningen voldoende zijn om huidige én toekomstige Europees- en internationaalrechtelijke inzichten te vertalen naar de praktijk. De Raad merkt in dit verband het volgende op.*

##### *1.a. ontoegankelijkheid, versnippering*

*De huidige Raamwet biedt zelf geen materiële aanbestedingsregels, maar geeft een delegatiegrondslag voor implementatie van aanbestedingsrichtlijnen in de aanbestedingsbesluiten. Daarnaast bevatten de verschillende door aanbestedende diensten gehanteerde aanbestedingsreglementen veel aanbestedingsregels. Deze zijn voor de praktijk van belang omdat de wetgeving slechts voorziet in regeling van hetgeen in de aanbestedingsrichtlijnen is voorgeschreven en de wetgeving bovendien niet ziet op aanbestedingen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, terwijl deze richtlijnen bovendien geen volledig aanbestedingskader bieden, maar slechts randvoorwaarden stellen.*

*Het wetsvoorstel wijzigt deze structuur niet wezenlijk, zij het dat een deel van de regels in de aanbestedingsbesluiten wordt overgeheveld naar de wet (in het bijzonder de definities) en daarnaast wordt voorzien in regeling op een paar specifieke deelonderwerpen (zoals integriteit). Waar het wetsvoorstel bepaalde deelonderwerpen regelt of daarvoor een grondslag biedt, gelden verschillende van die regels niet voor alle aanbestedende diensten en alle aanbestedingen maar slechts voor bepaalde categorieën daarvan (zie ook de punten 4, 6 en 7 hierna).*

*Ook de geconstateerde versnippering en verkokering van aanbestedingsreglementen worden met het wetsvoorstel niet tegengegaan. In beginsel blijven elke aanbestedende dienst en elk speciale-sectorbedrijf, binnen de randvoorwaarden die de aanbestedingsrichtlijnen stellen, vrij om naar eigen inzicht aanbestedingsreglementen met aanvullende regels en nadere concretisering vast te stellen. De huidige praktijk van het via beleidsregels verplicht stellen van standaard-aanbestedingsreglementen functioneert niet ten aanzien van aanbestedingsplichtige instanties en ondernemingen buiten de rijksoverheid, die aan die beleidsregels immers veelal niet kunnen worden gebonden. Het wetsvoorstel verandert hier in wezen niets aan. De versnippering als gevolg van de verschillende aanbestedingsreglementen zal dan ook blijven bestaan.*

##### *1.b. Naleving*

*In de toelichting (paragraaf 5) wordt aangegeven dat de naleving van de aanbestedingsregels zowel op rijksniveau als bij decentrale overheden nog veel te wensen overlaat.*

*Het wetsvoorstel bevat zelf geen maatregelen om de naleving te verbeteren, maar gaat in de toelichting in op een aantal in de praktijk getroffen of voorgenomen maatregelen: versterking van het interne toezicht via de accountantscontroles, een aanwijzingsbevoegdheid en bevordering van kennis en professionaliteit.*

*Het is de vraag of de daarmee aangekondigde maatregelen voldoende waarborgen bieden om een volledige en effectieve uitvoering van de voor Nederland uit de aanbestedingsrichtlijnen voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, mede doordat de ruime werkings sfeer van de aanbestedingsrichtlijnen meebrengt dat zich onder de kring van aanbestedende diensten organisaties en bedrijven bevinden waarmee de overheid geen rechtstreekse gezagsrelatie heeft.*

*De aanbestedingsrichtlijnen zelf bieden de mogelijkheid om te komen tot een aanbestedingsautoriteit<sup>1</sup>. In Nederland is daarvoor niet gekozen. Ook anderszins is in Nederland niet voorzien in enige (juridische) vorm van toezicht en handhaving, afgezien van de mogelijkheden van partijen zelf om rechtsmiddelen aan te wenden tegen beslissingen van aanbestedende diensten.*

#### *1.c. Conclusie*

*De Raad is van oordeel dat de in de toelichting genoemde knelpunten niet worden weggenomen door het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bevat geen volledig aanbestedingskader en brengt in wezen geen wijziging in de thans bestaande versnipperde regelgeving. Bovendien is het de vraag of door het wetsvoorstel voldoende waarborgen zullen worden geboden om een volledige en effectieve uitvoering van de aanbestedingsrichtlijnen te verzekeren. Het wetsvoorstel voorziet in hoofdzaak in een delegatiegrondslag voor de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen, met aanvulling op enkele specifieke punten. Die richtlijnen regelen zelf slechts de randvoorwaarden voor aanbestedingen. Het wetsvoorstel regelt naast een grondslag voor implementatie slechts bepaalde deelonderwerpen of geeft daarvoor een grondslag. Het bevat niet de hoofdelementen van de aanbestedingsregels en -procedures hetgeen in strijd is met het primaat van de wetgever<sup>2</sup>. Gelet op het voorgaande adviseert de Raad het wetsvoorstel op zijn effectiviteit nader te bezien en beveelt de Raad aan in ieder geval de hoofdelementen in de wet zelf op te nemen.*

1a. De stelling van de Raad dat de door aanbestedingsreglementen ontstane praktijk van versnippering en verkokering van aanbestedingsregels onwenselijk is, wordt van harte onderschreven. Teneinde de versnippering en verkokering van aanbestedingsregels als gevolg van de zogenoemde aanbestedingsreglementen terug te dringen, is derhalve in artikel 21, van dit wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen nadere regels te stellen ter waarborging van een goed verloop en van de uniformiteit van de aanbestedingsprocedure of ter vermindering van administratieve lasten van ondernemers. Voorts is in artikel 20, van dit wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen bij nadere regeling grenzen te stellen aan de door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf te stellen eisen, voorwaarden en criteria. Naar aanleiding van het advies van de Raad is deze laatste bevoegdheid uitgebreid. Het stellen van die nadere regels zal direct tot gevolg hebben dat er minder ruimte bestaat om aanbestedingsreglementen vast te stellen. Overigens hangt de geconstateerde versnippering en verkokering van aanbestedingsregels als gevolg van de zogenoemde aanbestedingsreglementen sterk samen met de decentrale structuur van het bestuurlijke systeem van Nederland. Kenmerkend voor dat systeem is de ruimte die aanbestedende diensten (o.a. decentrale overheden, rijksoverheden, semi-overheidsinstellingen, zelfstandig bestuursorganen) hebben om ten aanzien van hun bevoegdheden beleid te voeren en dat in beleidsregels vast te leggen.

Het past niet in dit bestuurlijke systeem om met dit wetsvoorstel aanbestedende diensten de vrijheid te ontnemen om beleidsregels op te stellen over bevoegdheden met betrekking tot aanbesteden. Daarnaast is begrijpelijk dat deze reglementen zijn opgesteld, omdat ze bedoeld zijn om te voorzien in de behoefte van aanbestedende diensten aan informatie over en toelichting op de toepassing van de aanbestedingsregels. Gelet hierop is naast de mogelijkheid om op grond van de artikelen 20 en 21 nadere regels te stellen in de memorie van toelichting een aantal flankerende maatregelen aangekondigd waarmee de behoefte aan deze reglementen wordt teruggedrongen door op een andere wijze in de informatiebehoefte van aanbestedende diensten te voorzien. Naar aanleiding van het advies van de Raad wordt voorts in aanvulling op die maatregelen voorgesteld om aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven er (in de nadere regelgeving) toe te verplichten de aankondiging van opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn via TenderNed te publiceren (zie paragraaf 4 van de memorie van toelichting). Voorts zouden zij in die aankondiging moeten vermelden welke aanbestedingsregels (inclusief aanbestedingsreglement- of beleidsregels) van toepassing zijn. Dit vergroot de toegankelijkheid van de aanbestedingsregels. Voorts wordt hiermee bereikt dat de Europese regels omtrent bekendmaking van een opdracht beter worden toegepast.

<sup>1</sup> Artikel 81 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 72 van richtlijn 2004/17/EG.

<sup>2</sup> Zie in dit verband aanwijzingen 22 en 24 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

1b. De slechte naleving van de aanbestedingsregels is het gevolg van onbekendheid met (de reikwijdte van) de aanbestedingsregels en onduidelijkheid over de toepasselijkheid van deze regels. Het instellen van een toezichthouder is naar zijn aard niet de eerstaangewezen manier om deze oorzaken op te lossen. Voornoemde oorzaken worden beter aangepakt door de onder punt 1a genoemde maatregelen in combinatie met het gebruik van de implementatietechniek van overschrijving.

Om een beeld te krijgen van (verbetering van) de naleving van de aanbestedingsregels zal ik hier periodiek onderzoek naar doen. Indien uit dit onderzoek knelpunten blijken, zal ik voorstellen doen voor het oplossen van die knelpunten. In de evaluatie, die voor de eerste maal drie jaar na inwerking-treden van de wet zal plaatsvinden, zal dit punt expliciet aan de orde komen.

1c. Op het hier opgemerkte kom ik terug in punt 3. Zie voorts onder punt 1a en 1b.

## 2. Rechtsbescherming

*Het wetsvoorstel bevat geen voorschriften inzake rechtsbescherming. In de toelichting (paragraaf 6.2) wordt ingegaan op de discussies die hierover met name naar aanleiding van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid zijn gevoerd. Naar aanleiding van die discussies is in het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005) niet meer de regel van verplichte arbitrage bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw gehanteerd, maar is bepaald dat de civiele rechter bij uitsluiting bevoegd is, tenzij partijen anders overeenkomen. Er zijn, zo beschrijft de toelichting, in de literatuur echter twijfels of de civiele rechter wel over voldoende specialistische kennis beschikt om – zo nodig op zeer korte termijn – tot een deskundig oordeel te komen. Ook is volgens de toelichting twijfel gerezen over de vraag of civiele geschilbeslechting wel goed past in het kader van de zgn. rechtsbeschermingsrichtlijnen<sup>1</sup>. De toelichting kondigt op dit punt een onderzoek aan.*

*Daargelaten dat de Raad de geuite twijfels over de civiele rechtsgang niet deelt, vraagt de Raad aandacht voor zijn eerder gegeven advies over het ontwerpbesluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten<sup>2</sup>, waar de Raad in dit verband het volgende opmerkte:*

*«In het Nederlandse aanbestedingsrecht was het gebruikelijk – en ingevolge de aanbestedingsreglementen zelfs verplicht – dat aanbestedingsprocedures onderworpen waren aan arbitrage. Er is geconstateerd dat het arbitrale beding op gespannen voet staat met richtlijn nr. 89/665/EEG<sup>3</sup>, omdat het in de arbitrale procedure voor arbiters niet mogelijk is om prejudiciële vragen te stellen, terwijl de mogelijkheden om een en ander aan de orde te stellen in een vernietigingsprocedure bij de rechtbank beperkt lijken te zijn<sup>4</sup>. In dit verband wijst de Raad op het Alcatel-arrest van het HvJ EG, dat heeft uitgewezen dat de aanbestedende overheid vóór de gunning van de opdracht een termijn (stand-still periode) moet hanteren waarbinnen de inschrijvers, van wie de offerte niet is gekozen, de mogelijkheid hebben de aanbestedende overheid vragen te stellen over de motivering van de beslissing en, indien ze van mening zijn dat deze beslissing hen benadeelt, beroep aan te tekenen bij een rechtscollège om deze beslissing aan te vechten<sup>5</sup>.*

*Voorts wijst de Raad op het gevolgde systeem van benoeming bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, waar de leden en buitengewone leden worden benoemd door de constituerende verenigingen en die benoeming vervolgens de goedkeuring behoeft van de Minister van Verkeer en Waterstaat. Hierdoor zijn er geen vertegenwoordigers van de aanbestedende diensten in de scheidsgerechten vertegenwoordigd. Bovendien geldt voor niet aangesloten inschrijvers, waaronder buitenlandse aannemers, dat zich de situatie kan voordoen dat zij zich bij arbitrage onderwerpen aan een scheidsgerecht waarvan de leden zijn benoemd door organisaties waarvan leden in die zaak hun concurrenten zijn. In nieuwere aanbestedingsreglementen is het arbitrale beding weliswaar vervallen, maar het is de vraag of, indien de geuite twijfel terecht is, de mogelijkheden voor aanbestedende diensten om een arbitraal beding voor te schrijven niet zou moeten worden beperkt om spanning met richtlijn nr. 89/665/EEG weg te nemen. Eerder heeft het kabinet reeds te kennen gegeven deze spanning weg te willen nemen»<sup>6</sup>.*

*De Raad constateert dat in het wetsvoorstel op dit punt geen voorzieningen zijn getroffen en dat het wetsvoorstel geen waarborgen biedt om de eerder geconstateerde spanning weg te nemen.*

<sup>1</sup> Richtlijn nr. 89/665/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PbEG L 395) en richtlijn nr. 92/13/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 februari 1992 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van opdrachten voor diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en post (PbEG L 395).

<sup>2</sup> Bijvoegsel Stcrt. 11 oktober 2005, nr. 197, punt 2.

<sup>3</sup> Richtlijn nr. 89/665/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten en voor leveringen de uitvoering van werken (PbEG L 395).

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nrs. 5–6, blz. 302 en Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 11, blz. 65–69.

<sup>5</sup> Alcatel – Austria A.G., C-81/98, 28 oktober 1999.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 24, blz. 13.



*Nu op het niveau van de rijksoverheid bij het opstellen van het ARW 2005 aanleiding is gezien om verplichte arbitrage uit te sluiten, is de Raad van oordeel dat dit uitgangspunt in het wetsvoorstel dient te worden neergelegd. Het wetsvoorstel handhaaft immers de vrijheid voor aanbestedende diensten om bij een aanbesteding uit te gaan van verplichte arbitrage; dat deze ruimte voor sommige aanbestedende diensten voor bepaalde categorieën van aanbestedingen wordt beperkt door middel van beleidsregels, doet daaraan niet af. Voorts had het in de rede gelegen om bij deze gelegenheid te komen tot een stelsel waarvan ondubbelzinnig is dat het voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld in de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Het wetsvoorstel biedt daarvoor geen waarborg. De Raad adviseert het wetsvoorstel aan te vullen.*

2. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is het wetsvoorstel op dit punt aangevuld. In artikel 22, van het wetsvoorstel is bepaald dat artikel 1020 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing zijn op geschillen betreffende de naleving van deze wet of de daarop gebaseerde bepalingen. Hiermee wordt bereikt dat de civiele rechter steeds bevoegd blijft in aanbestedingsgeschillen. De door de Raad geconstateerde spanning met de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt hierdoor weggenomen.

Kennelijk leidt de Raad uit het in de memorie van toelichting aangekondigde onderzoek naar de rechtsbescherming af dat er twijfels zouden bestaan over de implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Daar is echter geen sprake van. De civiele rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen voldoet op dit moment aan de voorwaarden die worden gesteld in de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Gelet op de aangekondigde herziening van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, de dynamiek van de jurisprudentie over deze richtlijnen en de kritische vragen uit de wetenschap en de praktijk is het wenselijk om onderzoek te verrichten naar de effectiviteit van de huidige rechtsbescherming in de praktijk.

De memorie van toelichting is gelet op bovenstaande aangepast.

### *3. Implementatie via delegatie*

*Het wetsvoorstel heeft, net als de huidige Raamwet, als uitgangspunt dat de regels inzake aanbestedingen worden vastgesteld bij lagere regeling. Het wetsvoorstel bevat, behoudens enkele bepalingen inzake integriteit, geen materiële normen van aanbestedingsrecht. In de toelichting bij artikel 9 wordt gewezen op het belang van tijdige implementatie en het feit dat daartoe de beschikbaarheid van adequate delegatiegrondslagen van groot belang is. De Raad heeft bij eerdere gelegenheden te kennen gegeven<sup>1</sup> dat bij de implementatie van Europese richtlijnen in beginsel moet worden vastgehouden aan de normale regels die gelden voor het antwoord op de vraag of regeling bij wet, bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling dient te geschieden. Dit met name in verband met het primaat van de wetgever en de eenheid en consistentie van de Nederlandse wetgeving. De Raad constateert dat het voorliggende wetsvoorstel niet aan deze uitgangspunten voldoet, nu het materiële aanbestedingsrecht nog steeds grotendeels in lagere regels en in aanbestedingsreglementen zal zijn opgenomen. Wat de in de toelichting gegeven argumentatie betreft dat een delegatiegrondslag van groot belang is met het oog op tijdige implementatie, merkt de Raad voorts op dat tijdige implementatie op dit terrein niet op voorhand in gevaar hoeft te komen, omdat bij de aanbestedingsrichtlijnen niet sprake is van regels die veelvuldig op zeer korte termijn moeten worden aangepast, met uitzondering van de vaststelling van de modellen van de standaardformulieren. Indien met de implementatie tijdig een aanvang wordt genomen, is er geen noodzaak voor verstrekkende delegatiegrondslagen. De Raad adviseert de omvang van de delegatie in artikel 9 in te perken en in het wetsvoorstel zelf de hoofdelementen van de aanbestedingsregels op te nemen. In samenhang daarmee dient de voorhangprocedure van artikel 14 opnieuw te worden bezien.*

<sup>1</sup> Zie in het bijzonder advies nr. W03.04.0024/ van de Raad van State van 8 april 2004 over het ontwerp-kabinetsstandpunt inzake de wenselijkheid van bijzondere bepalingen voor tijdige implementatie van Europese richtlijnen (Kamerstukken I 2004/05, 29 200 VI, F).

3. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is het wetsvoorstel op dit punt aangevuld. In de artikelen 9 tot en met 16, zijn de hoofdelementen van de aanbestedingsregels en -procedures opgenomen. Anders dan de Raad ben ik niet van mening dat de delegatiegrondslag in artikel 17 afwijkt van de normale regels die gelden voor de vraag of bepaalde

materie bij regeling, algemene maatregel van bestuur of wet in formele zin geregeld moet worden. Het karakter van implementatiewetgeving brengt volgens aanwijzing 339 immers mee dat aan het primaat van de wetgever een andere invulling kan worden gegeven. Zoals in deze aanwijzing is bepaald, komt in het kader van implementatie delegatie van regelgevende bevoegdheid dan ook eerder in aanmerking naarmate o.a. (a) het te implementeren besluit de Nederlandse wetgever bij de uitvoering minder ruimte laat voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard, (b) het te implementeren besluit gedetailleerd van aard is, (c) de termijn waarbinnen de implementatie moet geschieden korter is, en (d) wordt verwacht dat het te implementeren besluit vaker wordt gewijzigd. Ik ben van mening dat op onderhavige materie deze vier gronden alle van toepassing zijn. Zo bestaan de aanbestedingsrichtlijnen voor een groot deel uit gedetailleerde voorschriften die de Nederlandse wetgever soms in het geheel geen ruimte laat voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard (zie aanwijzing 339, onder a en b). Doordat de Europese Commissie op een aantal punten de bevoegdheid heeft om de aanbestedingsrichtlijnen te wijzigen bij gedelegeerde verordening of beschikking kunnen dergelijke wijzigingen voorts gepaard gaan met zeer korte implementatietermijnen (zie aanwijzing 339, onder c). Daarnaast is gebleken dat uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen onverwacht leiden tot een zodanige interpretatie van de aanbestedingsrichtlijnen of rechtsbeschermingsrichtlijnen dat de Nederlandse regelgeving plotseling en op korte termijn gewijzigd moet kunnen worden (zie aanwijzing nr. 339, onder c en d). De in dit wetsvoorstel opgenomen delegatiegrondslag is derhalve noodzakelijk teneinde volledige en tijdige implementatie van deze richtlijnen te verzekeren.

Overigens is de reikwijdte van deze delegatiebepaling (artikel 17) nauwkeurig beperkt en wel door dubbele (cumulatieve) clausulering: de lagere regeling kan slechts strekken tot uitvoering van een *bepaald soort richtlijnen* (namelijk richtlijnen die geheel of gedeeltelijk berusten op de artikelen 47, 55 en 95 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap) die betrekking hebben op aanbesteden en is beperkt tot de in deze bepaling *aangeduide onderwerpen* (procedurevoorschriften, de geschiktheid van ondernemers, technische eisen, gunningscriteria, het verstrekken van informatie, en administratieve voorschriften betreffende de rechtsbescherming ten aanzien van – kort gezegd – aan te besteden overeenkomsten). De wenselijkheid van een voorhangprocedure (artikel 23) is naar aanleiding van het advies heroverwogen; gelet op het noodzakelijkerwijs abstracte karakter van de in de tekst van het wetsvoorstel opgenomen hoofdelementen is de voorhangprocedure gehandhaafd.

#### *4. Definitie aanbestedende dienst en speciale-sectorbedrijf*

*Het wetsvoorstel maakt onderscheid tussen aanbestedende diensten (artikel 1) en speciale-sectorbedrijven (artikel 2). Onder aanbestedende diensten vallen het Rijk en andere overheden, alsmede publiekrechtelijke instellingen (voor zover zij niet bepaalde activiteiten uitoefenen waardoor zij als speciale-sectorbedrijf moeten worden aangemerkt). Onder speciale-sectorbedrijven vallen aanbestedende diensten (voor zover zij bepaalde activiteiten uitoefenen), alsmede overheidsbedrijven en bedrijven of instellingen waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder of uitsluitend recht is verleend, mits het speciale-sectorbedrijf een bij ministeriële regeling aangewezen activiteit uitoefent.*

*Blijkens de toelichting wordt met de definitie van aanbestedende dienst beoogd aan te sluiten bij richtlijn 2004/18/EG (de algemene aanbestedingsrichtlijn voor werken, leveringen en diensten) en met het begrip speciale-sectorbedrijf bij de specifieke aanbestedingsrichtlijn 2004/17/EG (betreffende water, energie vervoer en post).*

*a. Het in artikel 1 van het voorstel geformuleerde begrip «aangebestedende dienst» is ontleend aan artikel 1, punt 9, van richtlijn 2004/18/EG. De vraag rijst hoe in dit verband uitvoering wordt gegeven aan de artikelen 3 en 8 van de richtlijn.*

*Artikel 3 van de richtlijn betreft bedrijven of instellingen waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder of uitsluitend recht is verleend. Dit artikel bepaalt dat in de akte waarbij die rechten worden verleend, wordt bepaald dat*

*dergelijke bedrijven en instellingen bij hun opdrachten het beginsel van non-discriminatie naar nationaliteit in acht dienen te nemen. Artikel 13 van het wetsvoorstel zou daarvoor een geschikte grondslag kunnen zijn, maar dat artikel geldt blijkens de formulering ervan alleen voor aanbestedende diensten. De Raad adviseert de werkingssfeer van artikel 13 met het oog hierop uit te breiden.*

*Artikel 8 van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn ook van toepassing is op de plaatsing van opdrachten die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd door aanbestedende diensten. Zij dienen er dan voor te zorgen dat de aanbestedingsrichtlijnen worden nageleefd. Ook hiervoor biedt het wetsvoorstel geen grondslag. De Raad adviseert artikel 8 van de richtlijn alsnog in het wetsvoorstel te implementeren.*

*b. De definitie van bedrijf of instelling waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend, zoals nader uitgewerkt in artikel 3, geeft uitvoering aan artikel 2, tweede lid, onder b, van richtlijn 2004/17/EG. De formulering sluit echter niet aan bij de richtlijn. Met name bevat artikel 2, derde lid, van de richtlijn, in tegenstelling tot het wetsvoorstel, geen geografische beperking (artikel 3, onder a, van het wetsvoorstel: «binnen een bepaald geografisch gebied»). Ook op andere onderdelen is het voorstel specifiekere dan de richtlijn. De voorgestelde definitie is volgens de toelichting ontleend aan artikel 25a van de Mededingingswet. Die bepaling vormt echter de implementatie van richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PbEG L 195). De formulering in die richtlijn wijkt, vanwege de andere context waarin het begrip wordt gebruikt, af van die in richtlijn 2004/17/EG. De Raad adviseert artikel 3 in overeenstemming met richtlijn 2004/17/EG te brengen.*

4a. Aan het advies van de Raad van State is gevolg gegeven door in de memorie van toelichting te verduidelijken dat de artikelen 3 en 8, van richtlijn 2004/18/EG binnen de werkingssfeer van artikel 17, van dit wetsvoorstel vallen en geïmplementeerd zijn in de artikelen 3 en 8, van het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (zie de memorie van toelichting op de artikelen 1, eerste lid, en 2, eerste lid).

4b. Hoewel de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten in artikel 2, tweede en derde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG niet volledig overeenkomt met de definitie daarvan in artikel 2, eerste lid, onder f en g, van richtlijn nr. 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PbEG L 195), hierna: de transparantierichtlijn) is mede gelet op het feit dat deze begrippen afkomstig zijn uit artikel 86, eerste lid, van het Verdrag aannemelijk dat met beide definities eenzelfde afbakening wordt beoogd. Voor zover met «bijzondere of uitsluitende rechten» in de zin van richtlijn nr. 2004/17/EG een andere afbakening wordt beoogd dan in richtlijn nr. 80/723/EEG houdt het hanteren van de definitie uit artikel 25a, onderdelen b en c, van de Mededingingswet in het uiterste geval slechts het risico in zich dat hierdoor de toepassing van richtlijn nr. 2004/17/EG groter is dan met artikel 2, tweede en derde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG wordt beoogd. In dit licht bezien biedt het uit oogpunt van eenduidigheid en duidelijkheid de voorkeur om voor de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten in dit wetsvoorstel aan te sluiten bij artikel 25a, onderdelen b en c van de Mededingingswet.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is gelet hierop in de memorie van toelichting verduidelijkt dat met artikel 3, van het wetsvoorstel een volledige implementatie wordt gewaarborgd van artikel 2, tweede lid, onder b, en derde lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG.

#### *5. Integriteit*

*Het wetsvoorstel formuleert een stelsel van integriteitstoetsing (artikel 11). De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dient van de ondernemer een integriteitsverklaring aanbesteden te verlangen. Voor deze verklaring wordt aangehaakt bij het stelsel van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, met enkele aanvullingen. Indien geen integriteitsverklaring aanbesteden wordt overgelegd of een die te oud is, is de aanbestedende dienst verplicht de ondernemer uit te sluiten van de opdracht.*

*De aanbestedingsrichtlijnen kennen een limitatief stelsel van gronden voor de uitsluiting van gegadigden of inschrijvers van deelneming aan een opdracht. Artikel 45, eerste lid, van richtlijn 2004/18/EG geeft een aantal nauwkeurig omschreven dwingende uitsluitingsgronden. Het gaat daarbij om strafrechtelijke veroordelingen voor bepaalde delicten van economische aard. De aanbestedende diensten kunnen, indien nodig, een uittreksel uit het strafregister of een verklaring van de gegadigde of inschrijver vragen. Artikel 45, tweede lid, geeft een aantal facultatieve – meer open geformuleerde – uitsluitingsgronden. Ook voor de toepassing van deze uitsluitingsgronden kan worden voorzien in het vragen van verklaringen. Gelet op het stelsel van de richtlijn, merkt de Raad over het wetsvoorstel het volgende op.*

*a. Het voorstel gaat uit van de verplichting om een integriteitsverklaring aanbesteden te vragen. De richtlijn gaat in artikel 45 echter uit van de mogelijkheid, niet van een verplichting, voor een aanbestedende dienst om van gegadigden of inschrijvers een dergelijke verklaring te vragen.*

*b. Het voorstel gaat uit van verplichte uitsluiting indien geen (actuele) integriteitsverklaring aanbesteden kan worden overgelegd (tenzij het zevende lid toepassing vindt). Wat betreft de in het eerste lid van artikel 45 van de richtlijn genoemde uitsluitingsgronden, geldt dat de ondernemer dient te worden uitgesloten indien deze is veroordeeld voor de daar opgesomde feiten. Daarvan kan niet zonder meer worden gesproken indien geen verklaring is overgelegd. Voor de in artikel 45, tweede lid, genoemde uitsluitingsgronden gaat de richtlijn zelfs expliciet uit van een facultatief stelsel («kan worden uitgesloten»).*

*c. De definitie van de integriteitsverklaring in artikel 7, onder f, heeft een bredere strekking dan de genoemde uitsluitingsgronden in de aanbestedingsrichtlijnen.*

*De Raad adviseert, gelet op het dwingende stelsel van de aanbestedingsrichtlijnen, het wetsvoorstel op deze punten geheel in lijn te brengen met het stelsel van de aanbestedingsrichtlijnen.*

5a. Dat de aanbestedingsrichtlijnen, anders dan de Raad meent, geen gesloten systeem betreffen blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG). Zo heeft het HvJ EG in zaken Beentjes (C-31/87, 1988, p. 4635) en CEI en Bellini (gevoegde zaken C-27, -28, en -29/86, 1987, p. 3347) overwogen dat de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn «geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelst, doch dat de lidstaten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedureregels inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten». In de zaak Nord-Pas-de-Calais (C-225/98, 2000, p. I-07445, zie o.m. r.o. 33 en 35) en de zaak La Cascina Zilch (gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, 2006, n.n.g., zie o.a. r.o. 20–23) gaat het HvJ EG voort op deze lijn.

Ten aanzien van het integriteitsbeleid zoals dat in dit wetsvoorstel wordt voorzien (artikel 19) is in dit kader van belang dat de ruimte om een nationaal integriteits- of uitsluitingsbeleid te voeren blijkt jurisprudentie van het HvJ EG groot is. Het HvJ EG overweegt in La Cascina Zilch namelijk dat art. 29 van richtlijn nr. 92/50/EG (inmiddels artikel 45, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG) niet voorziet «in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op communautair niveau, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen (...) of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen». In deze overweging oordeelt het HvJ EG aldus dat het een bevoegdheid van de lidstaten is om ten eerste de uitsluitingsgronden wel of niet in de nationale regeling over te nemen, en ten tweede om te bepalen hoe ver ze daarmee willen gaan. Deze uitspraak moet



worden gezien tegen de achtergrond dat richtlijnen instrumenten zijn die op grond van het Verdrag tot de lidstaten zijn gericht en niet tot aanbestedende diensten (artikel 249, van het Verdrag) en dat de lidstaat zelf kan bepalen om de mogelijkheid om de discretionaire bevoegdheid zoals geformuleerd in artikel 45, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, op het niveau van de nationale wetgever uit te oefenen in plaats van op het niveau van de decentrale overheden of de aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven.

5b. De integriteitsverklaring wordt zodanig vormgegeven dat deze verklaring wordt afgegeven wanneer geen sprake is van een uitsluitingsgrond genoemd in artikel 45, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG, noch van een uitsluitingsgrond genoemd in artikel 45, tweede lid, onder c en d, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Gelet op het in het wetsvoorstel neergelegde uitgangspunt dat uitsluiting moet volgen wanneer van één van deze uitsluitingsgronden sprake is, is het juist dat een integriteitsverklaring niet wordt verstrekt wanneer van één van deze uitsluitingsgronden sprake is. Voor een reactie op de opmerking van de Raad dat de richtlijn uitgaat van een facultatief stelsel verwijs ik naar hetgeen hieromtrent is overwogen in punt 5a.

5c. Zie hiervoor onder punt 5b.

*6. Eisen inzake draagkracht en bekwaamheden  
Ingevolge artikel 12 kunnen bij ministeriële regeling grenzen worden gesteld aan de door een aanbestedende dienst te stellen eisen inzake draagkracht en bekwaamheden van een ondernemer. De Raad merkt hierover het volgende op.*

*a. De ingevolge dit artikel te stellen grenzen kunnen slechts ten aanzien van aanbestedende diensten en niet ten aanzien van speciale-sectorbedrijven worden gesteld. De problematiek betreffende draagkracht en bekwaamheden is ten aanzien van beide typen instanties echter exact dezelfde, zodat er geen goede redenen aanwezig lijken te zijn (de toelichting geeft ook geen nader inzicht) om voor de categorie speciale-sectorbedrijven geen grenzen te stellen en voor aanbestedende diensten in de andere sectoren wel. Aanbestedingen in de speciale sectoren vormen bovendien geen onbelangrijk segment. De Raad adviseert deze grenzen ook op speciale-sectorbedrijven van toepassing te verklaren.*

*b. Niet duidelijk is of deze voorschriften ook zullen gelden voor opdrachten van aanbestedende diensten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn. De tekst beperkt de reikwijdte niet tot alleen de overheidsopdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn. Toepasselijkheid ervan op overheidsopdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, ligt voor de hand. De Raad adviseert artikel 12 te verduidelijken.*

6a. Aan het advies van de Raad is tegemoet gekomen door in artikel 20 van het wetsvoorstel de bevoegdheidsgrondslag voor het stellen van nadere regels inzake draagkracht en bekwaamheden uit te breiden naar speciale-sectorbedrijven. Op dit moment zijn er nog geen redenen aanwezig om uitvoering te geven aan deze bevoegdheid voor wat betreft speciale-sectorbedrijven (zie de memorie van toelichting op de artikelen 19 tot en met 21 van het wetsvoorstel). Het is echter niet uit te sluiten dat er in de toekomst wel redenen ontstaan om op grond van artikel 20 nadere regels te stellen voor speciale-sectorbedrijven.

6b. Aan het advies van de Raad is gevolg gegeven door in de memorie van toelichting op artikel 20, van het wetsvoorstel te verduidelijken dat dit artikel een grondslag biedt voor het stellen van regels voor zowel opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen wel en niet van toepassing zijn. Voorts is in de memorie van toelichting verduidelijkt om welke redenen er vooralsnog geen aanleiding wordt gezien om ten aanzien van speciale-sectorbedrijven van deze bevoegdheid gebruik te maken (zie ook onder 6a).

*7. Aanbestedingen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn*

*Zoals in de toelichting terecht is uiteengezet, volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat aanbestedende diensten ingevolge de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten bij opdrachten die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, moeten voldoen aan eisen van gelijke behandeling, concurrentie en transparantie<sup>1</sup>. Dit brengt blijkens de jurisprudentie onder omstandigheden een eis van «een passende mate van openbaarheid» met zich. Zoals de toelichting bij artikel 13 terecht opmerkt, laat deze jurisprudentie vooralsnog veel vragen onbeantwoord. Vandaar dat ervoor is gekozen een grondslag te creëren voor het stellen van regels om naleving van deze jurisprudentie te verzekeren. Het wordt echter niet mogelijk geacht thans reeds de concrete inhoud van dergelijke regels te schetsen, zo meldt de toelichting. De Raad merkt hierover het volgende op.*

*a. De omstandigheid dat over de precieze reikwijdte en betekenis van de genoemde jurisprudentie nog veel onduidelijkheden bestaan, neemt niet weg, dat uitgaande van de – thans bekende – in deze jurisprudentie neergelegde uitgangspunten (standaard)procedures kunnen worden ontwikkeld om aan deze uitgangspunten uitvoering te geven op een wijze die voldoet aan eisen van toegankelijkheid, kenbaarheid en handhaafbaarheid. Het verdient naar het oordeel van de Raad aanbeveling de uitgangspunten hiervoor in de wet zelf neer te leggen.*

*b. De regels inzake aanbesteden onder de drempels zijn niet van toepassing op de speciale-sectorbedrijven. Nu de problematiek ten aanzien van speciale-sectorbedrijven dezelfde is, is er geen reden om voor deze categorie geen nadere regels te stellen en voor aanbestedende diensten in de andere sectoren wel (de toelichting geeft geen nadere motivering voor deze keuze). Ook bij dergelijke aanbestedingen zullen de uit het EG-Verdrag voortvloeiende eisen van gelijke behandeling, concurrentie en transparantie moeten worden nageleefd. Aanbestedingen in de speciale sectoren vormen bovendien geen onbelangrijk segment. De Raad adviseert de regels voor aanbestedingen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, mede van toepassing te verklaren op speciale-sectorbedrijven.*

*c. De ingevolge artikel 11 voorgestelde regels inzake integriteit zullen blijkens de toelichting bij artikel 11, tweede tot en met vierde lid, en 7, onderdelen f en g, alleen van toepassing zijn ten aanzien van opdrachten die vallen binnen de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen. De problematiek inzake integriteit ten aanzien van deze opdrachten is niet anders dan ten aanzien van opdrachten die wel onder de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen vallen en de regels inzake integriteit zullen ook bij deze opdrachten een nuttige rol kunnen vervullen. De Raad adviseert de bepalingen inzake integriteit ook tot te passen ten aanzien van opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn.*

7a. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is het wetsvoorstel op dit punt aangevuld. In de artikelen 9 tot en met 16, is bepaald dat aanbestedende diensten bij alle (overheids)opdrachten, raam- of concessieovereenkomsten of prijsvragen moeten voldoen aan de eisen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Ook is in deze artikelen bepaald dat behoudens de door het HvJ EG geformuleerde uitzonderingsgevallen steeds een passende mate van openbaarheid is vereist.

7b. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is het wetsvoorstel op dit punt aangevuld. In de artikelen 9 tot en met 16 zijn de hoofdelementen van de aanbestedingsregels en -procedures opgenomen. Deze artikelen zijn zowel op aanbestedende diensten als op speciale-sectorbedrijven van toepassing. Voorts is in artikel 21, van het wetsvoorstel de delegatiegrondslag uitgebreid in die zin dat op grond van dit artikel ook nadere regels gesteld kunnen worden voor speciale-sectorbedrijven.

7c. Aan het advies van de Raad is gevolg gegeven door in de memorie van toelichting te verduidelijken dat op grond van artikel 19 nadere regels (met

<sup>1</sup> Zaken C-234/98, Telaustria, Jurispr. 2000, blz. I-10745, C-231/03, Coname, Jurispr. 2005, blz. I-00000 en C-458/03, Parking Brixen, Jurispr. 2005, blz. I-00000.

betrekking tot integriteit) gesteld kunnen worden voor zowel opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn als voor opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn. Voorts is in de memorie van toelichting verduidelijkt waarom vooralsnog het voornemen bestaat om het de integriteitsbeleid alleen van toepassing te verklaren op opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn.

#### 8. Artikel 17

*Artikel 17 bepaalt dat na de inwerkingtreding van de wet de huidige op de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen gebaseerde regels zullen berusten op de onderhavige wet. Uit de toelichting blijkt niet dat is onderzocht of de bestaande algemene maatregelen van bestuur aansluiten bij de nieuwe grondslagen in het wetsvoorstel en tot welke wijzigingen het wetsvoorstel aanleiding zou moeten geven. De Raad adviseert deze bepaling nader te bezien.*

8. Aan het advies van de Raad is gevolg gegeven door in de toelichting op artikel 26 te verduidelijken dat het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren aansluiten bij de nieuwe grondslagen in het wetsvoorstel. Voor zover uit dit wetsvoorstel wijziging van voornoemde besluiten voortvloeit is tevens verduidelijkt dat dit wetsvoorstel en die wijziging gelijktijdig in werking zullen treden.

*9. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

9. Aan het eerste redactionele punt van de Raad is tegemoet gekomen door in de memorie van toelichting op artikel 2, van het wetsvoorstel te verduidelijken dat, op grond van artikel 11, van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, de toepasselijkheid van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren de toepassing van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten uitsluit.

Het tweede redactionele punt van de Raad wordt ondervangen door de omschrijving in artikel 8, onder b. Aan de overige redactionele opmerkingen van de Raad is gevolg gegeven.

10. In artikel 19, van dit wetsvoorstel is ten opzichte van de tekst die is voorgelegd aan de Raad een aantal wijzigingen aangebracht teneinde de strekking van dit artikel te verduidelijken en beter aan te sluiten bij de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen.

In het (nieuwe) vijfde lid van artikel 19 is bepaald dat een aangewezen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf die de integriteitstoets moet uitvoeren onder bepaalde omstandigheden de plicht heeft om een ondernemer die een geldige integriteitsverklaring aanbesteden kan overleggen toch uit te sluiten. Deze verplichting geldt alleen wanneer aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de betrokken ondernemer bij onherroepelijk vonnis of arrest zijn veroordeeld voor een delict op grond waarvan volgens een aanbestedingsrichtlijn uitsluiting van die ondernemer moet volgen. Dat betekent op dit moment aldus dat sprake moet zijn van een delict als bedoeld in artikel 45, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG. De verplichting in het vijfde lid is beperkt tot de situatie dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kennis heeft van een onder a bedoelde veroordeling. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is dus niet gehouden om daarnaar onderzoek te doen. Ten tweede moet de veroordeling van een latere datum zijn dan de dag waarop de integriteitsverklaring aanbesteden van de betrokken ondernemer is verstrekt. Delicten van voor de datum van afgifte van die verklaring zijn immers reeds meegewogen door het Centraal Orgaan Verklaringen omtrent het Gedrag.

Daarnaast is in het (nieuwe) zesde lid van dit artikel bepaald dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf geen andere integriteitsgrond mag aanvoeren en op grond daarvan mag uitsluiten. Uitsluiten op grond van integriteit mag dus alleen bij het ontbreken van een integriteitsverklaring aanbesteden (artikel 19, vierde lid), of wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kennis heeft van een in het vijfde lid, onder a bedoelde veroordeling die is uitgesproken na afgifte van deze verklaring en die onherroepelijk is geworden (artikel 19, vijfde lid).

Tenslotte is het zevende lid, onder b, gewijzigd teneinde beter te voorzien in de mogelijkheid om in een nadere regeling nader te bepalen gegevens aan te wijzen waaruit kan worden opgemaakt in hoeverre een onderneming integer is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gegevens waaruit blijkt dat een onderneming op vrijwillige basis aan een aanbestedende dienst (een gedeelte van) de schade heeft vergoed die is ontstaan doordat deze onderneming in strijd met de Mededingingswet heeft gehandeld. Het moet in het kader van artikel 19, zevende lid, onder b, wel steeds gaan om gegevens van een onafhankelijke, deskundige derde.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbijgevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,  
L. J. Brinkhorst

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. W10.05.0512/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.**

- In de tekst en toelichting van het voorstel verduidelijken dat de toepasselijkheid van de regels voor opdrachten door speciale-sectorbedrijven de toepassing van de regels voor overheidsaanbestedingen door aanbestedende diensten uitsluit.
- In de artikelen 8, onder b, en 9 de termen «gedelegeerde richtlijn» en «gedelegeerde verordening» vervangen door omschrijvingen.
- In artikel 10, eerste lid, «voorzover dat noodzakelijk is ingevolge» vervangen door: voor zover dit voortvloeit uit.
- Artikel 11, zesde lid, laten vervallen, gelet op artikel 7, onder f, en artikel 4:1 van de Algemene wet bestuursrecht.
- Overal «speciale sector-bedrijven» vervangen door: speciale-sectorbedrijven.