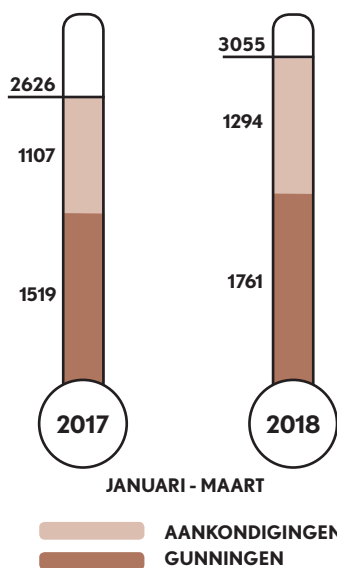


TENDER 3

N I E U W S B R I E F

TENDER THERMOMETER

IN NEDERLAND GEPUBLICEEERDE EUROPESE AANBESTEDINGEN



Bron: Aanbestedingsinformatie,
www.tenderplus.nl

DJI wil bij de inkoop die hij doet niet alleen naar het 'gewone' rendement te kijken, maar ook de leveranciers vragen een concrete bijdrage te leveren aan de maatschappelijke opdracht van DJI.¹ Een korte animatie toont dit nieuwe beleid van DJI in vogelvlucht.² Die maatschappelijke opdracht is niet iets dat alleen DJI bezighoudt. Ook in de samenleving zien we veranderingen die om reactie vragen. Op het vlak van energie, klimaat, sociaal en politiek, is sprake van continue verandering. Daarbij richten steeds meer ondernemers zich op betekenisvol ondernemen in plaats van puur marktdenken.

DJI in het kort

Met 38 locaties verspreid over het land en een personeelsbestand van ruim 13.000 medewerkers is DJI een van de grootste overheidsorganisaties van Nederland. Jaarlijks stromen circa 37.000 nieuwe justitiabelen in. De missie van DJI luidt als volgt: 'De Dienst Justitiële Inrichtingen levert een bijdrage aan de veiligheid van de

INDITNUMMER:

1 Inkoop met impact 3 Brussel is bezig met een inhaalslag 4 Herstel van een gebrek in de eigen verklaring 5 Aanbestedingsrechtelijke ontwikkelingen in de nutssectoren 6 **DE ZAAK:** Inbesteden schoonmaakwerkzaamheden door Staat toegestaan? 8 **GEZIEN!?**

Inkoop met impact

Over wetten en praktische bezwaren

Het afgelopen jaar bekrachtigde de hoofddirectie van de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) een nieuw inkoopbeleid onder de titel 'Inkoop met impact'. Dit beleid koppelt inkoop aan de primaire doelstelling van DJI. Dit betekent naast rechtmatig en doelmatig inkoop ook inkoop met de maatschappelijke opdracht van DJI voor ogen. Beleidsdoelstellingen realiseren met inkoop lijkt ook binnen de overheid steeds populairder te worden. In de praktijk blijkt dat nog niet zo eenvoudig.

De werkvloer

Beleid moet bijdragen aan het realiseren van de organisatiedoelen. Dat geldt ook voor inkoopbeleid. Die doelen zijn bij DJI helder: het insluiten van justitiabelen, het herstellen van de rechtsorde en het voorkomen van recidive. Dat doet DJI dagelijks in het hele land. Een nieuw inkoopbeleid bedenkt je daarom niet op het hoofdkantoor in Den Haag, maar vanuit de haarvaten van de organisatie. Met medewerkers uit het veld zijn we eind 2016 actief op zoek gegaan naar de 'impact' die onze inkoop kan realiseren. Ofwel: wat kan een leverancier bijdragen aan de doelstelling van DJI. En 'het veld', de locaties van DJI, reageerde enthousiast. Sterker nog: ze deden

het in veel gevallen al. Diverse locaties zochten met hun leveranciers naar verbinding met hun opdracht. Zo hielp een leverancier van schoonmaakproducten justitiabelen die in detentie als schoonmaker werkzaam zijn aan een schoonmaakcertificaat. Zonder dat in het contract sprake was van een verplichting daartoe.

Het management

Al bij het begin van de ontwikkeling van het nieuwe inkoopbeleid is het hoger management van DJI betrokken. Zij waren de eersten die de animatie over het inkoopbeleid te zien kregen. Zij reageerden enthousiast en spoorden het team inkoopbeleid & strategie aan om de animatie om

samenleving door de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen en door de aan onze zorg toevertrouwde personen de kans te bieden een maatschappelijk aanvaardbaar bestaan op te bouwen.³ Een goede re-integratie van (ex-)gedetineerde burgers is een van de middelen in het streven recidive (terugvallen in criminaliteit) terug te

dringen. DJI faciliteert de justitiabele bij een goede terugkeer naar de maatschappij.⁴ Een onderdeel van DJI dat hierin een belangrijke rol speelt zijn de penitentiaire productiebedrijven onder de naam In-Made. Hier leren justitiabelen werknemersvaardigheden die hen helpen bij de terugkeer in de samenleving. Zo draagt In-Made bij aan het terugdringen van recidive.

te zetten in concreet beleid. De hoofddirecteur trapte af met: 'Let op collega's! Dit gaat over inkoop, maar niet over onrechtmatigheden, controles en problemen waar we normaliter mee worden lastiggevallen. Nee: dit gaat over ons primair proces! Ook dat is inkoop.' Het kreeg volledige instemming. Eind mei 2017 voegde Siebe Riedstra, Secretaris Generaal van het Ministerie van Justitie en Veiligheid op werkbezoek in de Penitentiaire Inrichting Dordrecht daar nog aan toe: 'Gewoon doen! Met de doelstelling in het achterhoofd.'

De leveranciers

Daar waar het gaat over de doelstelling van DJI is het misschien niet vreemd dat 'op de vloer' en 'in de top' het nieuwe inkoopbeleid steun kreeg. Maar hoe denkt de leverancier daarover? In diverse gesprekken toetsten we onze ideeën bij de leveranciers. En wat bleek? Ook zij reageerden positief. Opeens hadden we een gesprek over strategisch samenwerken, samen doelen realiseren en het maatschappelijke verschil maken. De leverancier van elektronische apparaten bedacht dat de retourstroom van apparaten ook schoongemaakt, gerepareerd en verder verwerkt kon worden door justitiabelen in de arbeidszalen in detentie. Die maken de gebruikte apparaten schoon, keuren deze, waarna de apparaten een tweede leven krijgen in bijvoorbeeld asielzoekerscentra. Door deze werkzaamheden uit te laten voeren door de justitiabelen, leren zij tijdens de detentie vaardigheden die ze ook na hun terugkeer in de samenleving kunnen inzetten door wellicht een baan te vinden als bruin- en witgoedmonteur.⁵

Begin dit jaar nodigden we onze 25 grootste leveranciers uit voor een Diner pensant in het Justitieel Complex Zaanstad. Doel: samen met de leveranciers en de directeurs van DJI nadenken over maatschappelijke waarde. En dat leverde, boven verwachting, veel op. De stapel ideeën ligt hier op tafel. Van buddy-trajecten, het delen van netwerken, opleiden van justitiabelen en het in dienst nemen van ex-gedetineerden. Kort gezegd: aan de inzet van de leveranciers zal het niet liggen.

Wetten en praktische bezwaren

Het beleid kan dus op instemming rekenen van 'de vloer' en 'het management', en de leveranciers kunnen ermee uit de voeten. En dan ga je inkopen. De dichter Willem Elsschot schreef het al: 'Tussen droom en daad staan wetten in de weg en praktische bezwaren.' Kenners van het inkoopveld weten dit als geen ander. Die wet voor inkoop is de Aanbestedingswet, en die praktische bezwa-

ren kennen we intussen maar al te goed. Het gaat dan niet meer over het doel, maar over risico's, scope, proportionaliteit, kosten (duurder!) en beoordelingskaders. Exemplarisch in dezen is de maandelijksse rapportage vanuit inkoop naar de top van het ministerie waar DJI deel van uitmaakt. Alleen de inkooprechtmatigheid wordt erin besproken. Naleving van de regels als hoogste inkoopdoel.

Houden wetten en regels ons tegen om maatschappelijke impact te realiseren? Is dat werkelijk het doel dat zij dienen? Natuurlijk niet. In de Aanbestedingswet staat nota bene: 'de aanbestedende dienst [...] draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst [...]'.⁶ Zo bekeken sluit het nieuwe inkoopbeleid van DJI hier juist goed bij aan door de koppeling met de maatschappelijke opdracht expliciet te benoemen.

Social Return

Binnen de inkooppraktijk wordt, waar het over het realiseren maatschappelijke impact gaat, vaak verwezen naar Social Return. Helaas zien we in de praktijk dat Social Return een keurslijf is dat weinigen past. De justitiabelen passen niet in de doelgroepen benoemd in Social Return en de leverancier krijgt het niet strikt op de opdracht geregeld. De rijksoverheid kijkt op dit moment naar een soepelere toepassing van Social Return. Tot grote vreugde van leveranciers en betrokken overheidsdiensten. Op 14 november 2017 lanceerde de Directeur-generaal Organisatie en Bedrijfsvoering Rijk Simone Roos de proeftuinen voor Social Return onder de noemer 'Maatwerk voor mensen'. Proeftuinen waar diverse ministeries en uitvoeringsorganisaties (ook DJI) bij betrokken zijn – een voorbeeld van goede samenwerking tussen de categoriemangers Hoogwaardige inhuur met de leveranciers.

Beleidsdoelen realiseren

Dat inkoop als interessante partij wordt gezien blijkt ook uit het regeerakkoord: 'De overheid gaat haar inkoopkracht beter benutten voor het versnellen van duurzame transitie, inschakelen van kwetsbare groepen en om innovatief in te kopen'.⁷ En bij de doorontwikkeling van het Rijksinkoopstelsel is een deelprogramma benoemd met als onderwerp: 'Bijdragen Rijksinkoopstelsel aan beleidsdoelstellingen van het Rijk'. Het programma is nog in de opstartfase, maar de hoop is dat hier concrete maatregelen uit komen.

Die maatregelen moeten antwoord geven op de vraag: wat is de beste constructie om de wensen van de werkvloer, het management en de leve-

ranciers in een rechtmatige inkoopprocedure vorm te geven? Hoe kan DJI het potentieel van maatschappelijke waarde ontsluiten dat de leverancier zou kunnen genereren? Hoe zorgen we er bij de overheid voor dat het doel centraal staat en niet de middelen? Dat processen en regels bijdragen om dat doel te bereiken, en niet zelf het doel zijn. Juist de overheid dient de blik op de maatschappelijke aspecten van inkoop gefocust te hebben. Niet het puur marktdenken, maar het rendement voor de samenleving voorop. Het is mijn stellige overtuiging dat 'inkopen met impact' pas echt kan floreren als met de inkoopuitvoering oplossingen worden gezocht om de organisatiedoelen in de procedure te plaatsen. Ad hoc initiatieven en sympathieke MVO-projecten zijn mooi en lovenswaardig, maar structurele verandering vindt pas plaats als de 'geesten rijp zijn', de wil er is en de doelstellingen een centrale plaats innemen in de inkoopprocedure en tijdens de contractuitvoering. Uiteraard volledig transparant en met inachtneming van de overige beginselen van het aanbestedingsrecht. We zullen dan wel de volgende vraag moeten beantwoorden: Hoe gunnen we aan de leverancier die het beste onze maatschappelijke opdracht ondersteunt en tegelijkertijd de beste prijs-kwaliteitsverhouding aanbiedt? Wie durft?

drs. W. van der Vlist
Dienst Justitiële Inrichtingen

Noten

1. Het inkoopbeleidsplan van DJI is gepubliceerd op de website van DJI: <https://www.dji.nl/pers-media/nieuws/2017/maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-bij-dji.aspx>.
2. De animatie 'Inkopen met impact' is te zien op het YouTube-kanaal van DJI: <https://youtu.be/LOCMjZGGzQI>.
3. Meer informatie te vinden op www.dji.nl/over-dji.
4. Zie ook de infographic over re-integratie: www.dji.nl/justitiabelen/volwassenen-in-detentie/re-integratie/index.aspx.
5. Meer voorbeelden van 'impact' zijn te vinden in de uitgaven 'IMPACT – een jaar inkopen met impact': https://www.dji.nl/binaries/IMPACT%20een%20jaar%20inkopen%20met%20impact_tcm41-294518.pdf.
6. De Aanbestedingswet is te vinden op www.wetten.overheid.nl.
7. Regeerakkoord 'Vertrouwen in de Toekomst', <https://www.kabinetformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst>.

Brussel is bezig met een inhaalslag

Met de groei van het aantal Europese aanbestedingen over de laatste decennia (de eerste aanbestedingen waren er in de jaren zeventig) ontstond er een toenemende behoefte aan kennis. Niet alleen kennis van de aanbestedingswet- en regelgeving, maar ook kennis over hoe nu in de praktijk met dit vrij lastige onderwerp moest worden omgegaan.

Zo kwam er steeds meer vraag vanuit opdrachtgevers en opdrachtnemers om informatie en handvatten hoe de wet- en regelgeving moest worden vertaald naar de praktijk. Dit heeft geleid tot het oprichten van nationale 'aanbestedingshulplijnen' in de vorm van organisaties waar kennis werd gebundeld en/of gefaciliteerd. PIANOo, bijvoorbeeld, werd opgericht met als taak het inkopen en aanbesteden te professionaliseren. Bij brancheorganisaties werden er kenniscentra (bijvoorbeeld de Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra en het Aanbestedingsinstituut Mobiliteit) ingericht die specifieke zaken voor hun branche op het gebied van aanbesteden in kaart brachten en waar de brancheleden hun vragen (en soms ook hun frustraties) kwijt konden. Europa Decentraal en de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht zijn ook voorbeelden van dergelijke hulplijnen. Al deze organisaties leveren middels handreikingen, papers en blauwdrukken een bijdrage aan de verrijking van de kennis bij een ieder die in Nederland met het aanbesteden te maken heeft. Op nationaal niveau gebeurt er dus veel, maar wat gebeurt er nu bij de bron van het Europees aanbesteden, hierna kort samengevat als 'Brussel'.

Besef en acties

Eerlijk gezegd bleef Brussel, afgezet tegen de nationale initiatieven, wat achter met het toelichten en uitleggen van de wet- en regelgeving. De meeste informatie over de mogelijke interpretatie van de regels stond in de preambule van en de overwegingen behorende bij de afzonderlijke Europese aanbestedingsrichtlijnen. Eens in de zoveel tijd verscheen er een nadere uitleg over een specifiek aspect van het aanbesteden in de vorm van een paper of een (interpretatieve) mededeling van de Europese Commissie. Daarnaast ontstond er jurisprudentie over aanbestedingsvraagstukken door uitspraken van het Europese Hof van Justitie. Die jurisprudentie werd steeds meer de vertaling van de wet- en regelgeving naar de dagelijkse praktijk. Dit droeg bij aan het besef in Brussel dat er een pro-actievare houding in deze moest worden ingenomen. Men ging inzien dat het bereiken van een optimale werking van de interne markt (waar

men als Brussel voor staat en wat een van pijlers is waar het Europees aanbesteden op is gestoeld) gebaat was bij een juiste interpretatie van de wet- en regelgeving in de praktijk. Brussel ging daarom zelf steeds meer doen om onduidelijkheden in de wet- en regelgeving weg te nemen en om misverstanden en misinterpretaties te voorkomen. In de laatste (herziene) aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren (2014/24/EU) is er bijvoorbeeld al meer rekening gehouden met de praktijk (wat werkte wel en wat werkte niet?). Door de voor deze herziening gehouden consultatierondes werd het voor Brussel nogmaals duidelijk dat er bij allen die bij een aanbesteding betrokken zijn meer behoefte was aan praktische voorlichting vanuit de ontstaansbron.

Ook andere internationale organisaties hebben hun aanbestedingen en er werd door Brussel onder andere contact gezocht met de OESO (Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling). Deze VN-organisatie deed al veel aan het verschaffen van praktisch inzicht hoe met aanbestedingen om te gaan. Op de site van OESO is veel informatie te vinden (<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/>). Samen met OESO is er door de Europese Unie een gezamenlijk initiatief (SIGMA) genomen om de kennis en kunde bij overheidsorganisaties op het gebied van het openbaar aanbesteden te vergroten. Voorbeelden hiervan zijn de SIGMA Public Procurement Training Manual en de SIGMA public procurement briefs, die terug te vinden zijn op <http://www.sigmaxweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>.

Public Procurement Strategy

In oktober 2017 heeft de Europese Commissie haar Public Procurement Strategy uiteengezet waarbij politieke doelstellingen worden gekoppeld aan de dagelijkse aanbestedingspraktijk die in de optiek van de Europese Commissie nog wel verbetering behoeft. De twee belangrijkste strategische (beleids) invalshoeken met betrekking tot de overdracht van praktijkkennis worden hierna kort toegelicht.

1. Het verzekeren van meer innovatieve, groene en sociale aanbestedingen. Volgens de Europese Commissie wordt er nog te veel gegund op de

laagste prijs en dus te weinig aandacht besteed aan kwaliteit, duurzaamheid en innovatie. Er komen dan in de nabije toekomst ook updates en nieuwe begeleidende documenten die ingaan op het juiste gebruik van innovatieve, groene en sociale criteria. Ook de uitwisseling van best practices in deze wil de Europese Commissie stimuleren.

2. Het professionaliseren van de overheidsinkopers.

Volgens de Europese Commissie valt er voor veel overheidsinkopers nog wel wat te leren met betrekking tot de praktijk van aanbesteden. De Europese Commissie heeft dan ook een aanbeveling richting de lidstaten uitgedaan om stappen in die richting te ondernemen en ervoor te zorgen dat men de benodigde vaardigheden en kennis kan ontwikkelen (ook door het uitwisselen van best practices en succesvolle innovatieve aanpakken).

Een tweetal voorbeelden

Hier volgen twee voorbeelden van Brusselse initiatieven, te weten een zeer praktisch document (een gids met richtsnoeren) en een brochure.

1. Public Procurement Guidance for Practitioners.

In februari 2018 is een nieuwe versie van deze gids met praktische richtsnoeren verschenen die geschreven is om de meest voorkomende fouten bij aanbestedingen voor projecten (die worden gesubsidieerd door de European Structural and Investment Funds) te voorkomen. Door middel van het beschrijven van de te nemen stappen in het aanbestedingsproces met onder meer aandacht voor de valkuilen (en tips om deze te ontwijken), het voor jezelf stellen van de hoe-vraag (met juiste antwoordrichtingen), misinterpretaties (hoe zit het dan wel in elkaar), sjablonen en tips uit de praktijk (wat heeft wel gewerkt) wordt er aan de lezer veel praktische kennis overgedragen. Hoewel bedoeld voor de uitschrijver van de aanbesteding is het document ook handig voor een inschrijver omdat deze meer inzicht krijgt in het keuzeprocess dat een opdrachtgever in een aanbesteding moet doorlopen. Er is tevens een uitgebreide toolkit opgenomen en een lijst met vindplaatsen van praktische (achtergrond)documenten op het gebied van

lees verder op pagina 8 >

Herstel van een gebrek in de eigen verklaring

De omwille van lastenverlichting en uniformering in de Aanbestedingswet opgenomen¹ eigen verklaring leidt tot jurisprudentie.

De voorzieningenrechter in Overijssel² staat, mede vanwege het evenredigheidsbeginsel, een herstel toe van een onvolledig geüpload (pagina's ontbraken) 'eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten'. De voorzieningenrechter in Noord-Holland³ staat geen herstel toe in een geval waar onderdeel II onvolledig, en de onderdelen III tot en met IV van het UEA niet zijn ingevuld. Dat in de aanbestedingsstukken melding wordt gemaakt van 'eigen verklaring' in plaats van UEA is volgens hem niet verwarrend, omdat het een terminologie is die ook in de Aanbestedingswet en het Aanbestedingsbesluit voor het UEA wordt gebruikt. In Rechtbank Rotterdam⁴ had een inschrijver in Deel III B van het UEA nagelaten om een van de twee opties (ja/nee) aan te vinken. Daar werd overwogen, dat herstel toelaten een *bevoegdheid* van de aanbestedende dienst betreft en: '[...] In plaats van een bevoegdheid tot herstel, is in dit geval, gelet op de tekst van het beschrijvend document, sprake van een verbod tot herstel [...].'

Men ziet in die vonnissen dat de (on)mogelijkheden voor herstel onder meer worden beheerst door de HvJEU-arresten 'SAG' (C-599/10) en 'Manova' (C-336/12). Ik merk daarover op dat die twee arresten zijn gewezen onder artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG oud: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.' Thans geldt ingevolge artikel 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze. [...].'

Het evenredigheidsbeginsel ('*en proportionele wijze*') heeft in het huidige recht dus uitdrukkelijk een plaats gekregen naast het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Het lijkt mij dan ook afwachten of 'SAG' en 'Manova' onder Richtlijn 2014/24/EU bevestigd zullen worden door het Hof van Justitie (EU).

Casus

Een en ander brengt mij op de casus, dat een inschrijver bij Deel III B van het UEA (de vraag of hij voldaan heeft aan al zijn verplichtingen met betrekking tot de betaling van belastingen of sociale premies) 'nee' aanvinkt. Een eigen

fiscale audit heeft dat namelijk aan het licht gebracht. De inschrijver kan bij de dwingende uitsluitingsgrond⁵ nog niet worden uitgesloten als gevolg van het bepaalde in artikel 2.86a lid 2 Aanbestedingswet 2012, waar het gaat om 'een kennelijk onredelijke⁶ uitsluiting' bij 'slechts kleine bedragen' (sub a) en onbekendheid ten tijde van inschrijving met 'het precieze verschuldigde bedrag' (sub b). Het 'precieze verschuldigde bedrag' is bijvoorbeeld in de casus nog niet bekend, want nog niet door de bevoegde autoriteiten vastgesteld.

Uitsluiting kan bij toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond⁷ vanwege het bepaalde in artikel 2.87a Aanbestedingswet 2012 ('bewijs betrouwbaarheid') ook nog niet aan de orde zijn. Een nadere toelichting vragen en daarop volgend een zorgvuldige afweging/beoordeling door de aanbesteder lijkt dus in beide gevallen aangewezen, alvorens tot uitsluiting over te (kunnen) gaan. Een en ander betekent, dat thans de navolgende situaties ter zake Deel III B UEA in beginsel *mogelijk zijn*:

- (1) Een inschrijver vinkt 'ja' aan. Er is dan niets aan de hand.
- (2) Een inschrijver vinkt 'nee' aan. Uitsluiting kan (nog) niet aan de orde zijn vóórdat feitelijk een evenredigheidstoets heeft plaatsgevonden.
- (3) Een inschrijver vinkt helemaal niks aan, en moet – als gevolg van de aanbestedingsstukken, het gelijkheids- en transparantiebeginsel en jurisprudentie – worden uitgesloten. In welk verband de strekking van aanbesteden op dit punt dus blijkbaar is: 'als je maar iets aanvinkt'. Zou het daar dan om (moeten) gaan bij 'de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten'⁸?

ARW 2016

Het ARW 2016 gaat genuanceerd om met het UEA. Zie artikel 2.21.6 ARW 2016: 'In het geval van een gebrek in de eigen verklaring of in geval van een gebrek met betrekking tot de bewijsmiddelen stelt de aanbesteder de betreffende ondernemer in de gelegenheid om het gebrek te herstellen binnen een termijn van 2 werkdagen, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe. De aanbesteder verzendt dit bericht per fax of elektronisch bericht. Indien de aanbesteder het gevraagde niet binnen de daartoe gestelde termijn heeft ontvangen of indien het

gebrek niet door het antwoord is hersteld, komt de ondernemer niet in aanmerking voor verdere deelname aan de procedure.'

Het zou een aanbeveling kunnen zijn om een soortgelijke bepaling in de aanbestedingsstukken voor aanbestedingsprocedures voor leveringen en diensten op te nemen. Ik zie namelijk geen probleem bij een herstel van een gebrek in het UEA (toestaan). Het gaat bij het UEA om in beginsel slechts 'voorlopig bewijs ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten die bevestigen dat de betrokken ondernemer aan alle volgende voorwaarden voldoet'.⁹ En volgens artikel 59 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU geldt: '[...] De aanbestedende dienst kan ondernemers verzoeken de overeenkomstig de artikelen 60 en 62 ontvangen certificaten aan te vullen of te verduidelijken.'

Ik zie dan ook niet in waarom het 'voorlopig' en 'ter vervanging' bedoelde UEA niet ook gericht zou kunnen worden aangevuld of verduidelijkt, als dat blijkbaar bij de 'certificaten' wel mag. De toepassing van een soortgelijke bepaling als artikel 2.21.6 ARW 2016 zal overigens ook tot – de met de Aanbestedingswet 2012 beoogde – uniformering in de praktijk leiden.

mr. J.C. van de Water
KW Legal

Noten

1. Artt. 1.19 en 2.85 Aanbestedingswet 2012.
2. ECLI:NL:RBOVE:2016:4962.
3. ECLI:NL:RBNHO:2016:10566.
4. ECLI:NL:RBROT:2017:10372.
5. Art. 2.86 lid 4 Aanbestedingswet 2012.
6. Vergelijk art. 57 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU: 'kennelijk *onevenredig* zou zijn'.
7. Art. 2.87 lid 1 sub j. Aanbestedingswet 2012.
8. Doelstelling EU-aanbestedingsregels (r.o. 22 HvJEU 8 mei 2014 in zaak C-15/13).
9. Art. 59 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

Aanbestedingsrechtelijke ontwikkelingen in de nutssectoren

Het afgelopen jaar hebben er aanbestedingsrechtelijke ontwikkelingen plaatsgevonden die relevant zijn voor de nutssectoren. Drie van deze ontwikkelingen worden in dit artikel kort besproken.

1. Geen aanbestedingsplicht (meer) voor productie en groothandelslevering van elektriciteit in Nederland

Bij uitvoeringsbesluit heeft de Europese Commissie bepaald dat opdrachten die worden geplaatst om de productie en groothandelslevering van elektriciteit in Nederland mogelijk te maken, zijn vrijgesteld van een aanbestedingsplicht op grond van richtlijn 2014/25/EU (geïmplementeerd in deel 3 Aanbestedingswet 2012).¹ Volgens de Europese Commissie staat de Nederlandse markt voor productie en groothandelslevering van elektriciteit rechtstreeks bloot aan marktconcurrentie, waardoor een vrijstelling op zijn plaats is.

In de praktijk brengt de vrijstelling met zich dat bedrijven die zich uitsluitend bezig houden met de productie en levering van elektriciteit aan andere partijen dan aan eindverbruikers, vrijgesteld zijn van een aanbestedingsplicht (behoudens het geval zij als aanbestedende diensten in de zin van richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in deel 2 Aanbestedingswet 2012, kunnen worden gekwalificeerd, wat in de regel niet het geval zal zijn).² Daarbij gaat het niet alleen om producenten van elektriciteit met conventionele technieken (kolen- of gasgestookt) maar ook exploitanten van windparken, zonneparken en kernenergie.³ Netbeheerders blijven onverkort aanbestedingsplichtig.

Bij de Europese Commissie ligt overigens nog een vrijstellingsverzoek voor de levering van elektriciteit én gas aan de zogenoemde detailhandel (ofwel kleinhandel).⁴ Over dit verzoek is nog geen besluit genomen. Het is evenwel te verwachten dat ook deze markt op termijn zal worden vrijgesteld, aangezien sprake is van marktconcurrentie. Deze vrijstelling zal een nog grotere impact hebben dan de huidige vrijstelling, omdat daardoor alle energieleveringsbedrijven (in beginsel) vrijgesteld zullen worden van aanbesteden.

2. Wezenlijke wijziging tijdens onderhandelingsprocedure

Uit een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden volgt dat TenneT tijdens een onderhandelingsprocedure voor de aanleg van platforms bij

windenergieparken een wezenlijke wijziging heeft doorgevoerd.⁵ In de aanbestedingsstukken had TenneT eerst de voorwaarde gesteld dat een inschrijving voorzien moest worden van een 'ultimate parent company guarantee' (oftewel een garantieverklaring van de hoogste moedermaatschappij van de inschrijver). Dit betrof een minimumeis. Bij nota van inlichtingen had TenneT echter het woord 'ultimate' tussen haken geplaatst, waardoor een garantieverklaring van een moedermaatschappij voldoende werd geacht.

TenneT ontvangt meerdere inschrijvingen waarbij de ene inschrijver (de initiële winnaar) een parent company guarantee heeft overgelegd en de andere partij (de initiële verliezer) een ultimate parent company guarantee. Bij de rechter bakkeleien partijen vervolgens over de vraag of TenneT de voornoemde wijziging mocht doorvoeren. Het hof overweegt dat de onderhandelingsprocedure als bedoeld in deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 en de wijze waarop de aanbestedingsstukken door TenneT zijn geformuleerd, het doorvoeren van voornoemde wijziging in beginsel toestaan, mits wordt voldaan aan het gelijkheids- en het transparantiebeginsel. De wijziging werd onder meer pas bij de tiende nota van inlichtingen in een bijlage zonder toelichting doorgevoerd en de betekenis van het tussen haken plaatsen van het woord ultimate was niet duidelijk. Daardoor was de wijziging, volgens het hof, voor behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers onvoldoende duidelijk en werd niet voldaan aan het transparantiebeginsel.⁶

Interessant aan deze uitspraak is dat uitdrukkelijk is overwogen dat speciale-sectorbedrijven enerzijds wel de nodige vrijheid hebben om in het kader van een onderhandelingsprocedure voorwaarden in de aanbestedingsstukken aan te passen, maar deze vrijheid anderzijds niet geheel onbepakt is. Kortgezegd grijpt het hof hier in omdat TenneT de wijziging 'terloops' probeerde door te voeren waar volgens het hof een duidelijke waarschuwing aan inschrijvers op zijn plaats was dat hier een belangrijke wijziging aan een voorwaarde werd doorgevoerd.

3. Aanbestedingsplicht in concernverhoudingen

Een recente uitspraak van het gerechtshof Den Haag is relevant voor aanbesteden in concernverhoudingen in de nutssectoren (en wellicht ook daarbuiten). RET Services had een concessie-overeenkomst voor reclame in abri's onderhands gegund aan Exterior, aangezien zij van mening was dat zij niet als aanbestedende dienst en/of speciale-sectorbedrijf kon worden gekwalificeerd. Hof Den Haag oordeelt echter anders en neemt aan dat RET Services als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2014/24/EU kan worden gekwalificeerd.⁷ Beslissend daartoe was dat RET Services volgens het hof voorziet in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard, aangezien het beheer en onderhoud van de abri's aan haar was uitbesteed door moederbedrijf RET N.V. Er dient dus altijd rekening mee te worden gehouden dat naast de moedermaatschappij, een groepsmaatschappij als publiekrechtelijke instelling wordt aangemerkt. Zie in navolging op het voorgaande arrest het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland waarin recentelijk geoordeeld is dat ook NS Stations aanbestedingsplichtig is.⁸

De uitspraak is ook interessant voor de overwegingen overvloed, te weten dat indien RET Services niet als publiekrechtelijke instelling zou kunnen worden gekwalificeerd, RET Services met RET N.V. vereenzelvigd kan worden. Zou daarover anders worden geoordeeld dan zou een aanbestedende dienst als RET N.V. zich, volgens het hof, eenvoudig aan de aanbestedingsregels kunnen onttrekken door bepaalde activiteiten in een andere rechtspersoon onder te brengen. Dit is een controversiële beslissing van het hof, aangezien in het aanbestedingsrecht (voordien?) steeds werd gekeken per rechtspersoon om de aanbestedingsplicht te beoordelen. Het hof kijkt echter door de juridische structuur heen. Het zal interessant zijn om te bezien of dezelfde uitspraak navolging krijgt. Gevolg daarvan zou zijn dat in een concern van een speciale-sectorbedrijf niet alleen de groepsmaatschappij die een relevante aanbestedingsplichtige activiteit uitvoert aanbestedingsplichtig

lees verder op pagina 8 >

COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT ACHTMAAL PER JAAR.

Redactie

Mr. R.S. Damsma
Loyens & Loeff N.V.

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart
Tender Services Group

Drs. S. de Jong
Inkopenvoor

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV

Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

Redactieadres

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

Ontwerp en vormgeving

Imago Mediabuilders, www.imagomediabuilders.nl
ISSN 1384-2838
©Sdu Uitgevers 2018.

www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank VIND Inkoop en Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender Nieuwsbrief in enige vorm.

Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar. Een jaarabonnement kost € 222,-, een los nummer kost € 30,19 (excl. btw/incl. verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

Wij werken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnement)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

DE ZAAK

Inbesteden schoonmaakwerkzaamheden door Staat toegestaan?

Aanbestedende diensten kunnen ervoor kiezen om werkzaamheden die voorheen door aanbesteding in de markt werden gezet, zelf uit te gaan voeren. Aanbestedende diensten kunnen dan kiezen voor inbesteden of quasi-inbesteden. In een recent verschenen vonnis van de rechtbank Den Haag staat de investering van schoonmaakwerkzaamheden door de Staat centraal.¹ Wanneer de Staat een Rijksschoonmaakorganisatie (RSO) opricht binnen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), mag deze RSO dan ook zonder voorafgaande aanbesteding schoonmaakwerkzaamheden verrichten voor andere ministeries en rijksoverheidsinstanties die tot dezelfde rechtspersoon (de Staat der Nederlanden) behoren?

Achtergronden

Met het doel schoonmaakmedewerkers in de lage loonschalen voldoende baanzekerheid en gezonde arbeidsomstandigheden te bieden, wenst de rijksoverheid schoonmaakmedewerkers (van marktpartijen) in vaste dienst te nemen binnen de RSO. De RSO functioneert c.q. zal functioneren als een 'rijksbrede shared service organisatie' die schoonmaakwerkzaamheden buiten een aanbestedingsplicht om zal verrichten voor andere ministeries en rijksoverheidsinstanties.

Een negental schoonmaakbedrijven verzet zich hiertegen bij de rechtbank Den Haag. De schoonmaakbedrijven stellen zich op het standpunt dat geen sprake is van inbesteden of quasi-inbesteden. Volgens hen valt de RSO slechts onder het gezag van het Ministerie van SZW. De andere ministeries en rijksoverheidsinstanties die schoonmaakwerkzaamheden wensen af te nemen van de RSO vallen niet binnen dezelfde gezagstructuur en zijn volgens de schoonmaakbedrijven rechtens van elkaar te onderscheiden entiteiten.

Om dit standpunt te onderbouwen, verwijzen de schoonmaakbedrijven naar de definitie van aanbestedende diensten zoals genoemd in artikel 2 van Richtlijn 2014/24/EU, naar bijlage IV bij Richtlijn 2014/18/EU en bijlage I bij Richtlijn 2014/24/EU. Uit de genoemde definitie en uit de bijlagen bij de oude en nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zou volgens de schoonmaakbedrijven blijken dat de ministeries en overige rijksover-

heidsinstanties van elkaar te onderscheiden 'centrale overheidsinstanties' zijn, die volgens deze richtlijnen (van elkaar te onderscheiden) aanbestedende diensten zijn. In dit verband verwijzen de schoonmaakbedrijven ook naar adviezen 198 en 255 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA). In advies 198 oordeelde de CvA met betrekking tot de 'inbesteding' van scanwerkzaamheden nog stellig: 'De Commissie is in het verlengde van het voorgaande ook overigens van oordeel dat zowel de Ministeries Y en Z, beklagde als X zelfstandige aanbestedende diensten zijn. De Commissie onderschrijft derhalve niet het oordeel van de Rb. Den Haag 14 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967, r.o. 4.3: "Bij de beoordeling staat voorts voorop dat de Staat als één aanbestedende dienst moet worden aangemerkt. Anders dan Oracle betoogt, zijn de afzonderlijke ministeries geen zelfstandige aanbestedende diensten, enkel omdat zij in de praktijk als zodanig opereren. De Staat heeft in dit verband toegelicht dat het begrip zelfstandige eenheid binnen één aanbestedende dienst alleen betekenis heeft voor de manier waarop de opdrachten worden geraamd: opdrachten binnen één aanbestedende dienst moeten in beginsel bij elkaar worden opgeteld. De rechtbank overweegt dat in de Algemene Richtlijn 2004/18/EG en artikel 1 aanhef en onder r van het Bao, slechts de Staat als aanbestedende dienst wordt aangemerkt, en niet de afzonderlijke ministeries die met de uitvoering van taken en het beleid van

de Staat zijn belast. Oracle heeft geen verdere argumenten aangevoerd op grond waarvan in dat geval een dergelijk onderscheid wél zou moeten worden gemaakt.” Dat zowel de Ministeries Y en Z, beklagde als X allen zelfstandige aanbestedende diensten zijn, vloeit naar het oordeel van de Commissie genoegzaam voort uit bijlage IV van Richtlijn 2004/18/EG. Daarin worden immers de Ministeries Y en Z en ook beklagde en X aangeduid als “centrale overheidsinstanties” die op hun beurt in verschillende bepalingen van de Richtlijn weer worden aangeduid als “aanbestedende diensten die centrale overheidsinstanties zijn zoals vermeld in bijlage IV” (zie bijvoorbeeld art. 7 sub a en sub b, art. 67 lid 1 sub a, art. 76 lid 1 en art. 78 lid 2 sub b Richtlijn 2004/18/EG).²

De opdracht van het ene (onderdeel van een) ministerie aan het andere (onderdeel van een) ministerie kon daarom volgens de CvA niet als inbesteding worden beschouwd, ook al behoren deze ministeries wel tot één rechtspersoon, de Staat der Nederlanden.

In advies 255 krabbelt de CvA gedeeltelijk terug met betrekking tot een klacht over de inbesteding van schoonmaakwerkzaamheden door de Staat middels de RSO. In enkele – opportunistische – overwegingen ten overvloede oordeelt de CvA in dit advies als volgt: ‘Gelet op de hiervoor weergegeven kanttekeningen is de Commissie terughoudend voor wat betreft het doortrekken van het in Advies 198 gegeven oordeel naar de in 5.6.1 hiervoor omschreven vraagstelling. De Commissie realiseert zich ook overigens terdege – ook na raadpleging van diverse experts – dat men verschillend kan denken over de beantwoording van die vraagstelling. In dat licht bezien zou zij er zelf inmiddels voor kiezen – gesteld dat zij de mogelijkheid daartoe zou hebben – de kwestie voor te leggen aan het HvJ EU door middel van het stellen van een prejudiciële vraag. Een alternatieve mogelijkheid waar zij tot slot nog op kan wijzen, is dat hetzij klager, hetzij beklagde – al dan niet in samenspraak met de andere ministeries – de onderhavige kwestie voorlegt aan de Europese Commissie.’³

Naast deze aanbestedingsrechtelijke argumenten, betogen de schoonmaakbedrijven:

- dat de Staat door de oprichting en financiële ondersteuning van de RSO ongeoorloofde staatssteun aan de RSO verlenen;
- dat de Staat misbruik van een machtspositie maakt en in strijd handelt met de gemeenschapstrouwen

- dat de inbestedingsconstructie in strijd is met enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Beoordeling rechtbank

Tegen de achtergrond van overweging 5 in Richtlijn 2014/24/EU, jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁴ én het Gerecht⁵ komt de rechtbank tot de conclusie dat doorslaggevend is of lichamen behoren tot dezelfde rechtspersoon. Indien dat zoals bij de ministeries en andere rijksoverheidsinstanties het geval is, dan worden er geen civielrechtelijk afdwingbare overeenkomsten tussen ministeries en overige rijksoverheidsinstanties enerzijds en de RSO anderzijds gesloten. In dat geval is volgens de rechtbank sprake van inbesteden en bestaat er geen aanbestedingsplicht. Een dergelijke plicht komt pas in beeld wanneer sprake is van een overeenkomst tussen een overheidsorgaan en een lichaam dat juridisch van dit overheidsorgaan te onderscheiden is. Pas in dat geval komt dus ook een vraag aan de orde of een uitzondering op de aanbestedingsplicht kan worden gevonden in de gezagsstructuur van de afzonderlijke (rechts)personen. En ook pas in dat geval komt het gezagscriterium aan de orde in het kader van de vraag of sprake is van quasi-inbesteden. Van strijd met het aanbestedingsrecht is volgens de rechtbank geen sprake.

Commentaar

Van ‘zuiver inbesteden’ is sprake wanneer een aanbestedende dienst (schoonmaak)diensten ‘inhouse’ laat uitvoeren door personeel waarover zij zelf beschikt. Omdat er in die situatie geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een opdrachtnemer – en er dus geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van artikel 1.1 Aw 2012 – bestaat er geen aanbestedingsplicht. In zoverre is het (rechtlijnige) oordeel van de rechtbank Den Haag goed te volgen: de ministeries en andere rijksoverheidsinstanties behoren tot één en dezelfde rechtspersoon (de Staat), zodat van overheidsopdrachten tussen van elkaar te onderscheiden aanbestedende diensten geen sprake kan zijn. De vraag is echter of er bij opdrachten tussen ‘centrale overheidsinstanties’ wel sprake is van zuiver inbesteden in voornoemde zin. Vanuit de ‘Europese gedachte’ bezien en beredeneerd vanuit het ‘nuttig effect’ is het namelijk helemaal niet zo vreemd om de in bijlage I van Richtlijn 2014/24/EU genoemde instanties als zelfstandige, van elkaar te onderscheiden, aanbestedende diensten te beschouwen. Een ruime uitleg

ten aanzien van aanbestedingsplichten en een daarmee samenhangende restrictieve uitleg van uitzonderingen op aanbestedingsplichten, maken de uitleg van de schoonmaakbedrijven van de definitie in artikel 2 van Richtlijn 2014/24/EU en de bijlagen bij de oude en nieuwe aanbestedingsrichtlijnen goed te begrijpen. Bovendien, waarom zouden de centrale overheidsinstanties wel de lusten van het aanbestedingsrecht mogen plukken, bijvoorbeeld door opdrachten op decentraal niveau te ramen en in te kopen (conform artikel 2.15a Aw 2012) en zich wat dat betreft dus als zelfstandige aanbestedende diensten op te stellen, wanneer zij zich vervolgens niets hoeven aan te trekken van de lasten van die ‘decentrale’ constructie? Een dergelijke redenering is niet geheel consequent/logisch.⁶

Daar komt nog bij dat de uitleg van de rechtbank ook niet zo vanzelfsprekend is, gelet op het eerdere stellige en vervolgens weifelende oordeel van de CvA in adviezen 198 en 255. Het oordeel van de rechtbank dat er gelet op de considerans van de Richtlijn 2014/24/EU en Europese rechtspraak geen aanleiding is om prejudiciële vragen te stellen, is wel erg stellig. Zo zeker als de rechtbank zijn wij in ieder geval niet. Hoewel het de scope van het aanbestedingsrecht te buiten gaat, maken wij ook nog één korte opmerking over het (niet in dit artikel behandelde) oordeel van de rechtbank dat de RSO niet als ‘onderneming’ te beschouwen valt. De rechtbank baseert zich in dit verband op een uitspraak van het Gerecht uit 2009. Ook dit oordeel – dat in wezen het gehele staatssteun- en mededingingsrecht buiten spel zet – is wat ons betreft, gelet op Europese jurisprudentie en beschikkingen van de Europese Commissie van recentere datum, te kort door de bocht. Zo overwoog de Europese Commissie in 2015 dat ‘the fact that an activity has been provided “in house” does not exclude the existence of its economic nature.’⁷ Ook uit latere jurisprudentie van het Gerecht valt dit af te leiden.⁸ Des te meer reden voor prejudiciële vragen.

mr. A.B.B. Gelderman & mr. E. Schotanus
KienhuisHoving advocaten & notarissen

Noten

1. Rb. Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316.
2. Commissie van Aanbestedingsexperts 20 maart 2015, advies 198.
3. Commissie van Aanbestedingsexperts 17 december 2015, advies 255.

lees verder op pagina 8 >

vervolg van pagina 3 >

het aanbesteden (te downloaden via <https://www.uitvoeringvanbeleidszw.nl/documenten/publicaties/2018/02/21/public-procurement-guidance-for-practitioners>).

2. *Brochure Circulair Aanbesteden en GPP*. Deze brochure, die in november 2017 werd uitgebracht door de Europese Commissie, focust zich op het maximaliseren van de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen. Best practices worden aangehaald waarbij ook een aantal initiatieven van Nederlandse decentrale overheden

aan de orde komt. Circulair aanbesteden maakt onderdeel uit van Green Public Procurement (GPP) en is een proces waarbij aanbestedende diensten werken, goederen en diensten inkopen die bijdragen aan een gesloten energie- en materiaalketen. De volgende link naar de website over GPP geeft op meerdere terreinen handvatten voor het incorporeren van groene criteria in aanbestedingen: http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm.

Concluderend kan worden gesteld dat er niet alleen Nederlandse initiatieven zijn om de soms

complexe materie van aanbesteden beter te kunnen doorgronden, maar dat de bron (Brussel) waar de aanbestedingswet- en regelgeving vandaan komt aan een inhaalslag is begonnen. Een inhaalslag waar zowel de aanbestedende diensten als het bedrijfsleven profijt van kunnen hebben. Het advies is dan ook om eens op de site van de Europese Unie te kijken om beter beslagen ten ijs te komen: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_nl.

drs. H. 't Hart
Tender Services Group

vervolg van pagina 5 >

is, maar dat deze aanbestedingsplicht ook kan gelden voor groepsmaatschappijen die zich bezig houden met werkzaamheden die verband houden met de relevante activiteit.⁹

mr. R.S. Damsma en mr. J.M. Pellegrom
Loyens & Loeff N.V.

Noten

1. Uitvoeringsbesluit Europese Commissie van 12 december 2017, C(2017) 8339.
2. Zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 6 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1194. Mochten deze

bedrijven echter ook aan eindverbruikers leveren dan zijn deze bedrijven natuurlijk slechts wat betreft de productie en groothandelslevering van elektriciteit vrijgesteld.

3. Wij merken op dat opdrachten die de exploratie en productie van aardolie en aardgas in Nederland mogelijk maken, reeds in 2009 zijn vrijgesteld (zie C(2009) 5381). De groothandelslevering van gas is hierbij toen niet expliciet vrijgesteld. Het is onduidelijk of dit een bewuste keuze is geweest van de Europese Commissie of dat het een lacune betreft.
4. Zie Aankondiging verzoek betreffende de toepassing van artikel 34 van richtlijn 2014/25/EU, (2017/C 85/05).

5. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:665.
6. Zie Europese Hof van Justitie 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*).
7. Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169.
8. Rb Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218. Zie ook de noot van Verberne en Juttman in *TN* 2018, nr. 1.
9. Zie ook noot van M. Essers onder het arrest van Hof Den Haag in *JAAN* 2016/247.

vervolg van pagina 7 >

4. HvJEU 18 november 1999, zaak C-107/98; HvJEU 11 januari 2005, zaak C-26/03.

5. Gerecht van 28 januari 2009, zaak T-125/06.
6. Al biedt artikel 2.15a Aw ruimte voor een decentrale inkoop van 'bepaalde categorieën van aanbestedingen'.

7. Europese Commissie 25 december 2015, SA.34402 (2015/C) (ex 2012/NN) randnummer 38 e.v.
8. Gerecht 16 juli 2014, zaak T-309/12 r.o. 70 e.v.

GEZIEN!?

Nieuwe Adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts

Recent heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts de volgende adviezen gepubliceerd.

Advies 442: Verwijzen naar ingetrokken nationale norm mag onder voorwaarden - schending van het transparantiebeginsel. Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor werken voor het ontwerpen en uitvoeren van integraal groot onderhoud aan verhardingen en kunstwerken, het ontwerpen en aanleggen van zogenoemde Meer Veilig-maatregelen en het ontwerpen en aanleggen van twee ecopassages en de verbreding van een N-weg, inclusief alle bijkomende werkzaamheden. De opdracht is verdeeld in drie percelen. Het ARW 2016 is op

de procedure van toepassing verklaard. *Advies 458: Verwijzing naar ingetrokken norm voor geleiderails niet transparant.* Nationale openbare aanbesteding voor een overheidsopdracht voor werken voor het groot onderhoud van een provinciale weg waaronder het vervangen en plaatsen van geleiderail. Het ARW 2016 is op de procedure van toepassing verklaard. *Advies 432: Gunnen op laagste prijs bij inhuur diverse functies niet afdoende gemotiveerd.* Beklaagde, een speciale-sector bedrijf, heeft op 10 november 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten van inhuur van uitzendkrachten voor de duur van vijf jaar.

Advies 455: Referentie-eis niet disproportioneel. Gunnen op laagste prijs goed gemotiveerd. Europese openbare aanbesteding van een raamovereenkomst met één ondernemer voor besloten busvervoer in Europa. Volgens klager dient er een logische relatie tussen de uurtarieven te bestaan. Dat betekent een stijgend verloop van tarief 1 tot en met 3. Alle inschrijvers hebben daarentegen volgens beklagde ingeschreven met juist een dalend verloop van tarief 1 tot en met 3, hetgeen een onlogische relatie is. Zij hebben daarbij waarschijnlijk allen het strategische model van zittende opdrachtnemer (en winnaar) X gevolgd. Deze adviezen zijn te raadplegen via www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.