

Vergaderjaar 2015–2016

**34 329**

## **Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU**

**Nr. 30**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 21 maart 2016

Op woensdag 9 maart jl. is het wetsvoorstel «Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU» (Kamerstuk 34 329, nr. 2) plenair behandeld in uw Kamer. Nadien is een amendement van de leden Verhoeven en Van Veldhoven (beide D66) aangepast, heeft het lid Gesthuizen (SP) een nieuw amendement ingediend alsmede het lid Monasch (PvdA). Ook heeft uw Kamer bij brief van 17 maart jl. aanvullende vragen gesteld over de inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Hierbij stuur ik uw Kamer mijn reactie op deze zaken. Inmiddels heb ik begrepen dat het amendement van het lid Monasch (PvdA) met Kamerstuk 34 329, nr. 27 niet in stemming zal worden gebracht.

#### **Reactie op amendementen**

*Amendement Verhoeven en Van Veldhoven (Kamerstuk 34 329, nr. 25)*

Het amendement van de leden Verhoeven en Van Veldhoven (D66) beoogt aan het einde van artikel 2.115a, eerste lid, onder b, dat ziet op kosten toegerekend aan externe milieueffecten, toe te voegen dat hieronder in ieder geval kosten als gevolg van broeikasgasemissies vallen. Ik ontraad dit amendement. Daarvoor heb ik de volgende redenen.

In artikel 2.115a, eerste lid, onder b wordt bepaald dat levenscycluskosten betrekking kunnen hebben op kosten toegerekend aan externe milieueffecten. In de toelichting bij dit artikel is opgenomen dat hieronder bijvoorbeeld kosten vallen van broeikasgasemissies en kosten van verontreiniging die ontstaan door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen. Het opnemen van de verwijzing naar kosten als gevolg van broeikasgasemissies in artikel 2.115a, eerste lid, onder b is derhalve overbodig. Bovendien kan het de vraag oproepen waarom alleen

deze kosten in het artikel worden opgenomen en niet andere kosten van externe milieueffecten.

*Amendement Gesthuizen (Kamerstuk 34 329, nr. 24)*

Het amendement van het lid Gesthuizen (SP) strekt tot samenvoeging van het expertisecentrum aanbesteden PIANOo en de Commissie van Aanbestedingsexperts tot een nieuwe Commissie van Aanbestedingsexperts. Deze nieuwe Commissie krijgt met het amendement drie taken: het geven van onafhankelijk advies over klachten, het verbeteren van de professionaliteit van aanbesteden en de naleving van aanbestedingsregels en het bevorderen van de doelmatigheid van aanbestedingsprocedures. Ik ontraad dit amendement. Daarvoor heb ik de volgende redenen.

De Commissie van Aanbestedingsexperts is een tijdelijke commissie die op specifieke klachten over aanbestedingen onafhankelijk advies geeft. PIANOo is onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken en heeft als taak de professionaliteit van het aanbesteden en de naleving van de aanbestedingsregels in Nederland te verbeteren. Het amendement ziet op het samenvoegen van de taken van beide organisaties. Samenvoegen van de Commissie van Aanbestedingsexperts en PIANOo tot één organisatie leidt tot een vraagstuk over de onafhankelijkheid. Het is enerzijds wenselijk dat het door de Commissie gegeven advies inzake klachten over aanbestedingsprocedures onafhankelijk is. Anderzijds is het noodzakelijk dat het Ministerie van Economische Zaken de verantwoordelijkheid draagt voor de tot nu toe door PIANOo uitgevoerde taken op het gebied van het verbeteren van de professionaliteit van aanbesteden, de naleving van aanbestedingsregels en het bevorderen van de doelmatigheid van aanbestedingsprocedures. Deze taken zijn niet onafhankelijk. Op dit moment is er, wanneer dat wenselijk wordt geacht, uitwisseling van kennis tussen PIANOo en de Commissie. Formele samenvoeging is hiervoor niet nodig. Uit de evaluaties van de Commissie van Aanbestedingsexperts (Kamerstuk 32 440, nr. 90) en PIANOo (Kamerstuk 30 501, nr. 35) volgt bovendien dat beide organisaties goed functioneren. De wens tot samenvoeging is in die evaluaties niet naar voren gekomen en er zijn ook geen problemen aangestipt die door samenvoeging verholpen zouden kunnen worden. Samenvoeging zou derhalve een onnodige reorganisatie zijn. Ook gelet op het feit dat de Commissie van Aanbestedingsexperts een tijdelijke Commissie is die nog in ontwikkeling is, zou ik de organisatie daar niet mee willen belasten.

*Amendement Monasch (Kamerstuk 34 329, nr. 28)*

Dit amendement van het lid Monasch (PvdA) maakt het mogelijk dat de regering middels een algemene maatregel van bestuur kan bepalen dat specifieke aanbestedende diensten en specifieke opdrachten de gunningscriteria «laagste prijs» of «laagste kosten» op basis van kosteneffectiviteit» niet mogen hanteren. Ik ontraad dit amendement. Daarvoor heb ik de volgende redenen.

Uit het voorgestelde artikel 2.114 volgt dat gunning in principe plaatsvindt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding of de laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit. Gunning op laagste prijs dient te worden gemotiveerd. Bij algemene maatregel van bestuur bepalen dat categorieën aanbestedende diensten en soorten opdrachten alleen op basis van de prijs-kwaliteitverhouding mogen worden gegund, is een zeer vergaand middel. Om te bepalen of het in een specifieke markt noodzakelijk is om gunningen op basis van laagste prijs of laagste kosten te verbieden, is uitgebreide kennis van de markt nodig. Het gaat over rond 5000 Europese aanbestedingen van zeer uiteenlopende aanbestedende diensten en een

aanbestedingsvolume van naar schatting 60 miljard euro. Het is gezien de impact van een dergelijke maatregel passender deze uitzonderingsmogelijkheid op wetsniveau aan sectorwetgeving te laten. Op deze wijze is ook direct de verantwoordelijke Minister of Staatssecretaris op het betreffende terrein betrokken. Een verbod op laagste prijs en laagste kosten is nu ook al mogelijk op wetsniveau. Zo zijn aanbestedingen op laagste prijs in bijvoorbeeld de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) verboden (zie art. 2.6.4 WMO 2015). Er zijn mij daarnaast geen signalen bekend dat een verbod op laagste prijs op wetsniveau onvoldoende mogelijkheden geeft in de praktijk en een instrument op het niveau van een algemene maatregel van bestuur noodzakelijk is.

### **Antwoord op vragen inzake de juridische positie van 2B-diensten in het kader van de nieuwe Aanbestedingswet**

Op 17 maart jl. heeft de vaste commissie voor Economische Zaken vragen gesteld over de juridische positie van 2B-diensten in het kader van de nieuwe Aanbestedingswet. Hierbij beantwoord ik deze vragen.

1

Klopt het dat de nieuwe Aanbestedingsrichtlijnen op 18 april geïmplementeerd moeten zijn en de daadwerkelijke inwerkingtreding van de nieuwe wet op 1 juli 2016 zal plaatsvinden?

Antwoord

Het klopt dat de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen op 18 april 2016 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd moeten zijn. In het debat heb ik aangegeven dat de inwerkingtreding is voorzien voor 1 juli 2016. Dit heeft te maken met de onderliggende regelgeving die in lijn moet worden gebracht met de wet, zoals het Aanbestedingsbesluit, de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken (ARW). Deze regelgeving kan pas worden gefinaliseerd na het parlementaire proces in uw Kamer. Absolute zekerheid over de datum van inwerkingtreding kan ik niet bieden. Ook de Eerste Kamer zal dit wetsvoorstel immers nog moeten behandelen. De onderliggende regelgeving wordt voorgehangen bij uw Kamer en voor advies voorgelegd aan de Raad van State.

2

Wat is in de tussenliggende periode de juridische positie van 2B-diensten, in relatie tot artikel 74 van de richtlijn, bijlage XIV, en artikel 2.38 en 2.39 van de wet?

3

Is er sprake van rechtstreekse werking van de richtlijn op dit punt? Zo ja, hoe kunnen de aanbestedende diensten nagaan hoe deze exact moet worden toegepast?

Antwoord 2 en 3

Conform jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>1</sup> komen alleen bepalingen van richtlijnen voor rechtstreekse werking in aanmerking die voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en die rechten toekennen aan burgers en/of ondernemers. De aanbestedingsrichtlijnen bevatten voornamelijk bepalingen die aanbestedende diensten keuze bieden, zoals het gebruiken van de procedure van het innovatiepartnerschap. Dergelijke bepalingen geven geen rechten aan burgers en/of ondernemers en zijn dus niet rechtstreeks toepasbaar. Dit is anders bij het aanbestedingsregime voor de 2B-diensten. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bevatten dit regime niet langer, maar kennen in plaats daarvan het

<sup>1</sup> HvJ EU van 5 april 1979, Ratti, 148/78.

nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten. Het belangrijkste verschil tussen deze regimes is dat het nieuwe regime aanbestedende diensten verplicht om opdrachten vooraf aan te kondigen. In het 2B-regime hoeft alleen achteraf de gunning van een opdracht te worden gemeld. De nieuwe aankondiging geeft burgers en/of ondernemers het recht om vooraf op de hoogte te zijn van een aanbesteding. Daarom kan na 18 april 2016 het huidige 2B-regime niet meer worden gevolgd. De nieuwe richtlijnen bevatten het verlichte aanbestedingsregime voor «sociale en andere specifieke diensten». Dit regime kan echter tot inwerkingtreding van de gewijzigde wet nog niet worden toegepast omdat dit regime geen grondslag heeft in de Aanbestedingswet 2012. Zoals uit het antwoord op de vragen 4 en 5 blijkt, bied ik hiervoor een oplossing.

4

Welke risico's lopen lokale overheden met de aanbesteding van (jeugd-)zorgtaken in de tussenliggende periode?

5

Bent u, indien een juridisch hiaat ontstaat waarin de rechtspositie van 2B-diensten ongewis is, bereid het ontstane hiaat per ministeriële regeling of eventuele nota van wijziging van het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 te herstellen?

Antwoord 4 en 5

Ik heb begrip voor de situatie waarin aanbestedende diensten en ondernemers verkeren na 18 april a.s. Met deze brief stuur ik daarom als bijlage een vierde nota van wijziging mee (Kamerstuk 34 329, nr. 31). De nota van wijziging heeft als doel het met terugwerkende kracht, vanaf 18 april 2016, in werking laten treden van het regime voor sociale en andere specifieke diensten. Dat betekent dat aanbestedende diensten vanaf 18 april 2016 gebruik kunnen maken van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten zonder dat dit achteraf als onrechtmatig wordt aangemerkt. Dit is uiteraard alleen het geval voor diensten die voorheen onder het 2B-regime vielen en ook onder het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten vallen. Dit zijn bijvoorbeeld diensten op het gebied van jeugd- en gezondheidszorg.

Ik zal op korte termijn op de website van het expertisecentrum aanbesteden, PIANOo, informatie publiceren hoe vanaf 18 april 2016 kan worden omgegaan met diensten die voorheen onder het 2B-regime vielen. Daarbij zal ik mij niet beperken tot de bovengenoemde oplossing, maar ook informatie verschaffen over hoe gebruik kan worden gemaakt van het overgangsregime. Daarnaast wil ik aanbestedende diensten die hierover vragen hebben of denken in de knel te komen, op de mogelijkheid wijzen hierover contact op te nemen met het expertisecentrum aanbesteden, PIANOo. Samen met mijn ministerie kan dan met de aanbestedende dienst worden gezocht naar een praktische oplossing.

De Minister van Economische Zaken,  
H.G.J. Kamp