

Vergaderjaar 2010–2011

**32 768**

**Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied)**

**Nr. 4**

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

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 24 februari 2011 en het nader rapport d.d. 9 mei 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, mede namens de minister van Defensie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 27 december 2010, no. 10.003552, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, mede namens de Minister van Defensie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied), met memorie van toelichting.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 27 december 2010, nr. 10.003552, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 24 februari 2011, nr. W15.10.0574/IV, bied ik U hierbij aan.

*De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over de verhouding tot het voorstel Aanbestedingswet 20. en over de aankondiging van een gegunde opdracht. Zij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

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

## 1. Verhouding tot het voorstel Aanbestedingswet 20..

*Het voorstel van wet houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..) is op 6 juli 2010 bij de Tweede Kamer ingediend en is daar thans nog in behandeling.<sup>1</sup> Dat voorstel vervangt de geldende Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen. Het beoogt een duidelijk en eenvormig wettelijk kader te bieden voor aanbesteden. Een belangrijke aanleiding om te komen tot nieuwe aanbestedingswetgeving is gelegen in het rapport naar aanleiding van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid.<sup>2</sup> Daarin werd onder meer aanbevolen om te komen tot een coherent en transparant wettelijk kader op het terrein van aanbestedingen. In de kabinetsreactie op het rapport is de vorming van een dwingend uniform aanbestedingskader voor alle aanbestedingen en alle aanbestedende diensten toegezegd.<sup>3</sup>*

*De regering heeft niet gekozen voor opnemering van de regeling van aanbestedingen op het gebied van defensie en veiligheid in het voorstel Aanbestedingswet 20.. Dat wetsvoorstel is nog bij de Tweede Kamer in behandeling. Het behelst voorts een bredere herziening van de regeling voor aanbesteden en bevat nationaal beleid dat betrekking heeft op opdrachten waarop de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn. Gelet hierop is de keuze voor een apart wetsvoorstel, gegeven de noodzaak van tijdige implementatie<sup>4</sup>, begrijpelijk.<sup>5</sup> Dat neemt niet weg dat op termijn de mogelijkheid bestaat de regeling van aanbestedingen op het gebied van defensie en veiligheid alsnog in de voorgestelde Aanbestedingswet 20.. op te nemen. Uit de toelichting maakt de Afdeling op dat de regering niet voornemens is daartoe over te gaan. Daarin wordt ter motivering van de keuze voor een apart wetsvoorstel vooral gewezen op de inhoudelijke verschillen tussen richtlijn nr. 2009/81/EG en de andere Europese aanbestedingsrichtlijnen. Zoals de toelichting op het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. echter vermeldt, heeft richtlijn nr. 2009/81/EG wat structuur, opbouw en inhoud betreft veel overeenkomsten met die andere richtlijnen.<sup>6</sup> Ook beide wetsvoorstellen vertonen in dat opzicht veel overeenkomsten. Het lijkt daarom goed mogelijk om te zijner tijd in de Aanbestedingswet 20.. een aantal specifieke bepalingen op te nemen voor aanbestedingen op het gebied van defensie en veiligheid en de afzonderlijke regeling voor die aanbestedingen te laten vervallen.*

*De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan in het licht van de doelstelling van het voorstel Aanbestedingswet 20.. om een duidelijk en eenvormig wettelijk kader te bieden voor aanbesteden.*

## 1. Verhouding tot het voorstel Aanbestedingswet 20..

De Afdeling overweegt dat de keuze voor een apart wetsvoorstel, gegeven de noodzaak van tijdige implementatie, begrijpelijk is. Naar aanleiding van deze opmerking is in de toelichting uitdrukkelijk vermeld dat de doelstelling van tijdige implementatie eveneens is betrokken bij de afweging voor de keuze voor een apart wettelijk kader. De Afdeling voegt aan die constatering toe dat het te zijner tijd goed mogelijk lijkt te zijn in de Aanbestedingswet 20.. een aantal specifieke bepalingen op te nemen voor aanbestedingen op het gebied van defensie en veiligheid en een afzonderlijke regeling voor die aanbestedingen te laten vervallen. Overeenkomstig het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is het algemeen deel van de memorie van toelichting hierop aangepast. In paragraaf 2.4 wordt thans vermeld dat vijf jaar nadat dit wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking is getreden, wordt bezien of het wenselijk is de wet onderdeel te laten uitmaken van de dan geldende algemene aanbestedingswet.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 440.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nrs. 5–6.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 24, blz. 11.

<sup>4</sup> Ingevolge artikel 72, eerste lid, van richtlijn nr. 2009/81/EG dient deze richtlijn uiterlijk op 21 augustus 2011 in nationaal recht te zijn omgezet.

<sup>5</sup> Vgl. aanwijzing 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, blz. 5.

## 2. Aankondiging van een gegunde opdracht

*In het voorgestelde artikel 3.6, eerste lid, wordt geregeld welke gegevens de aankondiging van een gegunde opdracht ten minste moet bevatten.<sup>1</sup> Het tweede en het derde lid bevatten voorschriften over de bekendmaking van de aankondiging.*

*Artikel 32, eerste lid, in samenhang met bijlage IV van richtlijn nr. 2009/81/EG, regelt welke gegevens moeten worden opgenomen in een vooraankondiging, een aankondiging van overheidsopdrachten en een aankondiging van een gegunde opdracht. Dit dient te gebeuren in de vorm van een standaardformulier dat door de Europese Commissie is vastgesteld. Uit de transponeringstabel bij het wetsvoorstel kan worden opgemaakt dat deze regeling in het wetsvoorstel wordt geïmplementeerd door daarin de verplichting op te nemen om de (voor)aankondiging bekend te maken door gebruik te maken van het elektronisch systeem voor aanbestedingen en het, via dat systeem, daartoe beschikbaar gestelde formulier, dat is vastgesteld door de Europese Commissie.<sup>2</sup> Niet duidelijk is waarom voor vooraankondigingen en aankondigingen van opdrachten met deze verplichting wordt volstaan, terwijl voor aankondigingen van gegunde opdrachten een aanvullende regeling in artikel 3.6 wordt gegeven. Daarbij merkt de Afdeling op dat de richtlijn aanzienlijk meer gegevens voorschrijft, dan die welke zijn vermeld in het voorgestelde artikel 3.6, eerste lid. Voorts wordt de bekendmaking van de aankondiging van een gegunde opdracht geregeld in het voorgestelde artikel 2 125. Naast die bepaling zijn het tweede en derde lid van het voorgestelde artikel 3.6 overbodig.*

*De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en het wetsvoorstel aan te passen.*

## 2. Aankondiging van een gegunde opdracht

Zoals de Afdeling terecht opmerkt heeft artikel 3.4 (artikel 3.6 oud<sup>3</sup>) zowel betrekking op de aankondiging van een voornemen tot het sluiten van een overeenkomst als op de aankondiging van een gegunde opdracht. Voor wat betreft deze laatste categorie van aankondigingen volgt uit de verwijzing in artikel 3.4, eerste lid, van het wetsvoorstel naar artikel 3.2, tweede lid, onder a, eerste gedachtestreepje, dat het daarbij uitsluitend gaat om gegunde opdrachten zonder voorafgaande bekendmaking. Voor zover artikel 3.4 betrekking heeft op de aankondiging van een gegunde opdracht zonder voorafgaande bekendmaking heeft dit volgens de transponeringstabel tot doel artikel 62, eerste lid, onder a, eerste gedachtestreepje, van richtlijn nr. 2009/81/EG te implementeren. Dit artikel uit de richtlijn heeft betrekking op de mogelijkheid voor lidstaten om onder voorwaarden in rechte de vernietiging van een als resultaat van een gunning gesloten overeenkomst te kunnen invoeren. Die mogelijkheid heeft mede betrekking op de situatie waarin een opdracht is gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, mits de aankondiging van de gegunde opdracht een rechtvaardiging bevat van de beslissing om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking. Artikel 3.4 van het wetsvoorstel strekt mede tot implementatie van dit vereiste (zie artikel 3.4, eerste lid, onderdeel c). Gelet op de opmerkingen van de Afdeling lijkt artikel 3.4 bij nader inzien evenwel niet de juiste plaats om dit onderdeel van de richtlijn te implementeren. Daarom wordt voorgesteld uit artikel 3.4, eerste lid, de verwijzing naar artikel 3.2, tweede lid, onder a, eerste gedachtestreepje te schrappen en in laatstbedoeld artikelonderdeel een toevoeging op te nemen. Daarmee wordt de implementatie van artikel 62 van de richtlijn verbeterd. Anders dan de Afdeling adviseert, wordt voorts voorgesteld

<sup>1</sup> Het voorgestelde artikel ziet eveneens op de aankondiging van een voornemen tot sluiting van een overeenkomst. In zoverre vormt dit artikel de implementatie van artikel 64 van richtlijn nr. 2009/81/EG. De adviesopmerking heeft daarop geen betrekking.

<sup>2</sup> De voorgestelde artikelen 2.43, 2.46 en 2 125 in samenhang met het voorgestelde artikel 3.3.

<sup>3</sup> Na ontvangst van het advies van de Afdeling zijn artikel 3.6 en artikel 3.4 vernummerd tot respectievelijk artikel 3.4 en artikel 3.2. Hierna wordt deze nieuwe nummering verder aangehouden.

artikel 3.4, tweede en derde lid, van het wetsvoorstel te handhaven. Het wetsvoorstel bevat in verscheidene artikelen voor verschillende soorten aankondigingen voorschriften over de wijze van bekendmaking, maar buiten artikel 3.4, tweede en derde lid, niet specifiek ook voor een aankondiging met een voornemen tot het sluiten van een overeenkomst. Het tweede en derde lid voorzien daarin.

### *3. Redactionele kanttekeningen*

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

### *3. Redactionele opmerkingen*

Aan de redactionele opmerkingen van de Afdeling is vrijwel volledig gevolg gegeven.

Artikel 1.3, eerste lid, heeft inderdaad betrekking op het toepassingsgebied en -bereik van hoofdstuk 1.2, terwijl dit strikt genomen ook reeds volgt uit het daarop volgende hoofdstuk 2.1. Nadeel van het schrappen van artikel 1.3, eerste lid, is dat pas in een daarop volgend hoofdstuk herkenbaar is wat het toepassingsgebied en -bereik is ook voor dat hoofdstuk. Systematisch gezien is dat niet wenselijk, zodat er voor is gekozen het desbetreffende artikel te handhaven en de toelichting op dit onderdeel te verduidelijken.

Artikel 2.16, tweede lid betreft feitelijk handelen vanwege de Minister van Defensie zodat artikel 13, onderdeel c, van richtlijn nr. 2009/81/EG niet hoeft te worden geïmplementeerd. De toelichting is hierop aangepast en het desbetreffende artikellid is geschrapt.

Artikel 2.20, tweede lid is geschrapt. Artikel 2.23, onder e en tweede lid, voorziet al in de mogelijkheid om in het geval van onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen bij één van de in dat lid genoemde procedures onder voorwaarden een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen. Aan de in artikel 2.23, tweede lid, genoemde procedures is gelet op het schrappen van artikel 2.20, tweede lid, de onderhandelingsprocedure met aankondiging toegevoegd. Artikel 28, eerste lid, onderdeel b, onder ii, van richtlijn 2009/81/EG noemt die procedure niet, maar dit is niettemin een logische uitleg van de richtlijn.

### *4. Overige wijzigingen*

Voor een zo tijdig mogelijke implementatie is het wenselijk dat dit wetsvoorstel zelfstandig in werking kan treden. Doordat op diverse plaatsen in het wetsvoorstel werd verwezen naar het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. was dit nog niet mogelijk. Naar de huidige stand van zaken is het niet langer uitgesloten dat het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. pas op een tijdstip in werking kan treden dat gelegen is na de uiterste implementatiedatum van 21 augustus 2011 die voor dit wetsvoorstel geldt. Gelet daarop zijn in dit wetsvoorstel enkele artikelen en de memorie van toelichting daarop aangepast met als doel een eerdere zelfstandige inwerkingtreding mogelijk te maken. Een van deze aanpassingen heeft betrekking op het gebruik van een elektronisch systeem voor aanbestedingen (TenderNed) voor het doen van aankondigingen. Het gebruik van dit systeem wordt in het wetsvoorstel Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied voorgeschreven, maar dit systeem is pas beschikbaar zodra de daarop betrekking hebbende bepalingen in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. in werking treden. Om een zelfstandige inwerkingtreding van dit wetsvoorstel mogelijk te maken,

bewerkstelligt de voorgestelde aanpassing dat voor het doen van aankondigingen tijdelijk gebruik wordt gemaakt van het Europees elektronisch systeem voor aanbestedingen (Tenders Electronic Daily (TED)). Die tijdelijkheid geldt tot de inwerkingtreding van de voor TenderNed relevante bepalingen uit het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Vanaf dat tijdstip wordt het gebruik van dit elektronisch systeem door een wijziging van de alsdan geldende Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied ook in die wet voorgeschreven (artikel 3.16). De voorgestelde aanpassingen hebben een vernummering van de artikelen in deel 3 tot gevolg gehad.

Ook voor de gedragsverklaring aanbesteden geldt dat die niet eerder beschikbaar zal zijn dan met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Om die reden is het wetsvoorstel zodanig aangepast dat in plaats van de gedragsverklaring aanbesteden tijdelijk gebruik gemaakt kan worden van de bestaande verklaring omtrent het gedrag als bedoeld in artikel 28 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Deze verklaring wordt thans onder het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren gebruikt. Door wijziging van de artikelen 1.1 en 2.79 is de verklaring omtrent gedrag onderdeel van het wetsvoorstel. Uit artikel 3.15, onderdelen A, E en F volgt dat dit niet langer het geval is dan tot de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Door de in die onderdelen voorgestelde wijzigingen van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied wordt de overgang naar de gedragsverklaring aanbesteden geregeld.

Voorts zullen bij een eerdere inwerkingtreding van dit wetsvoorstel de voorgestelde wijzigingen van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. die op de verhouding tussen beide wetsvoorstellen betrekking hebben niet direct in werking kunnen treden. Om te voorkomen dat dit een zelfstandige implementatie van de artikelen 70 en 71 van richtlijn nr. 2009/81/EG in de weg staat, wordt een beperkte aanpassing van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren voorbereid die zal gelden totdat die besluiten vervallen. Het beoogde artikel 3.17 van het wetsvoorstel zorgt er dan vervolgens voor dat bij de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. de noodzakelijke wijzigingen van die wet plaatsvinden.

Een ander gevolg is dat voor de definitie van het begrip «speciale-sectorbedrijf» tijdelijk niet kan worden verwezen naar de definitie die hiervoor in het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. wordt gebruikt. Die definitie is tot de inwerkingtreding van dat wetsvoorstel nu voorlopig gebaseerd op deelbegrippen en activiteiten zoals die in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren zijn gedefinieerd. Deze tijdelijkheid geldt ook voor enkele verwijzingen in artikel 2.2 naar dat besluit en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. zullen verwijzingen naar die besluiten worden vervangen door verwijzingen naar die wet. Naast deze wijzigingen hebben nog enkele verbeteringen plaatsgevonden, zoals een aanpassing van artikel 1.5 over de (niet-)toepasselijkheid van een passende mate van openbaarheid van de aankondiging. Die aanpassing heeft tot doel de leesbaarheid van het artikel te verbeteren en daarnaast ook de werking ervan ten aanzien van opdrachten in onderaanneming te verbeteren. Voorts bepaalt het wetsvoorstel thans uitdrukkelijk dat bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. de hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van dat wetsvoorstel niet van toepassing zijn op opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid. Die niet-toepasselijkheid van deel 1 van dat wetsvoorstel stond al wel vermeld in de memorie van toelichting, maar bij nader inzien is het noodzakelijk hiervoor een apart artikellid op te nemen. Ook is aan het wetsvoorstel een

samenloopbepaling met het Wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Kamerstukken 32 450) toegevoegd. Een dergelijke samenloopbepaling ontbrak nog. Tevens bevat het wetsvoorstel een aantal wijzigingen van meer technische aard, die zijn overgenomen uit de nota van wijziging van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20... Voor een toelichting daarop wordt naar die nota van wijziging verwezen. Ten slotte zijn enkele technische verbeteringen en redactionele wijzigingen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting verwerkt, waaronder aanvulling van aangehaalde relevante jurisprudentie.

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

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,  
R. J. Hoekstra*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Defensie, het hierbij gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen

**Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W15.10.0574/IV met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft**

- In artikel 1.1 de definitie van het begrip lidstaat vervangen door: lidstaat van de Europese Unie of een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Zie aanwijzing 340b, onderdeel 2, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- Artikel 1.3, eerste lid, schrappen en in verband hiermee het tweede lid, alsmede artikel 1.5, tweede lid, herformuleren. Dat de bepalingen uit hoofdstuk 1.2 slechts gelden voor opdrachten die binnen het toepassingsgebied en -bereik van het wetsvoorstel vallen, volgt uit de voorgestelde artikelen 2.1, 2.3, 2.16 en 2.17.
- In artikel 2.4, eerste lid, «nr. 2004/18/EG» vervangen door: nr. 2009/81/EG.
- In artikel 2.6 «2.13» vervangen door: 2.14.
- In artikel 2.16, eerste lid, onderdeel c, de woorden «nieuw product en en waar toepasselijk met inbegrip van» vervangen door: nieuw product, waar toepasselijk, met inbegrip van.
- Artikel 2.16, tweede lid, nader toelichten in verband met aanwijzing 337a van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is vermeld dat bepalingen uit EU-regelingen die verplichten tot feitelijk handelen, niet worden geïmplementeerd.
- Aan de in de artikelen 2.19, 2.20, eerste lid, 2.22 en 2.34, tweede lid, vermelde door te lopen stappen toevoegen de stap van het opstellen van een proces-verbaal. Zie het voorgestelde artikel 2 123 en artikel 37 van richtlijn nr. 2009/81/EG.
- Artikel 2.20, tweede lid, schrappen. Naast het voorgestelde artikel 2.23, eerste lid, onder e, en tweede lid, heeft deze bepaling geen toegevoegde waarde.
- In artikel 2.22, onderdeel i, «artikel 106» vervangen door: artikel 2 106.
- In artikel 2.59, eerste lid, «Gemeenschapsrecht» vervangen door: Unierecht.
- De in artikel 2.76, tweede lid, aangehaalde EU-besluiten en -handelingen herformuleren overeenkomstig aanwijzingen 90 en 91 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- In artikel 2 119, eerste en tweede lid, «als bedoeld in 2 116, tweede lid» vervangen door: als bedoeld in artikel 2 118, tweede lid.
- In artikel 2 134, tweede lid, «artikel 2.63, tweede lid» vervangen door: artikel 2.63, eerste lid.
- In artikel 2 137, eerste lid, «de richtlijn» vervangen door: richtlijn nr. 2009/81/EG.
- In artikel 3.19, onderdeel B, de passage «bij of krachtens deze wet» vervangen door: bij of krachtens deel 3 van deze wet.