

Hoofdstukken aanbestedingsrecht

Hoofdstukken aanbestedingsrecht

EEN INLEIDING TOT HET VERSTREKKEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN

prof. mr. dr. H.D. van Romburgh

2014 Berghauser Pont Publishing, Amsterdam

Hoofdstukken aanbestedingsrecht

1e druk: 2014

ISBN 978-94-91073-95-3

NUR 820

Copyright © 2014 Berghauser Pont Publishing, Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd of opgeslagen op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de uitgever.

De bij toepassing van art. 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren te wenden tot: Berghauser Pont Publishing, Postbus 14580, 1001 LB Amsterdam.

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van dit handboek, aanvaarden de uitgever en redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid of voor gevolgen daarvan.

Uitgever: Berghauser Pont Publishing/drs. R.D. Berghauser Pont

Grafische vormgeving: Zedline

Aan mijn lieve Saskia.

*« La morale publique est le complément naturel de toutes les lois, elle est à elle seule tout un code. »
(Napoléon 1er)*

Woord vooraf

Het aanbestedingsrecht heeft in de afgelopen tien jaar een enorme vlucht genomen. Zij is van een 'Doornroosje' geworden tot een heuse dame! Op 12 december 2002 verscheen het eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid 'De bouw uit de schaduw'. In dit eindrapport werd de 'bouw' daadwerkelijk volop in de schijnwerpers gezet. Het moest naar het oordeel van de enquêtecommissie afgelopen zijn met het 'smeren' en 'fêteren' in de bouw. Er moest een 'nieuwe zakelijkheid' ontstaan met een gepaste afstand tussen bedrijfsleven en overheid. De overheid moest alleen met integere marktpartijen zaken willen doen. De beginselen van objectiviteit, non-discriminatie en transparantie dienden maatgevend te zijn bij aanbestedingen van overheidsopdrachten. Daarnaast diende de overheid – naar het oordeel van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid – zorg te dragen voor een coherent 'wettelijk verankerd aanbestedingskader'.

Dat 'wettelijk verankerd aanbestedingskader' is nu – ruim tien jaar na aanvaarding van de conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie door de Tweede Kamer in maart 2003 – met ingang van 1 april 2013 gerealiseerd met de Aanbestedingswet 2012. De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn hiermee omgezet naar een echt naar Nederlands recht ingericht aanbestedingsrechtelijk wettelijk kader.

De Aanbestedingswet 2012 is inmiddels vrijwel rechts ingehaald door een drietal nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen. Naar verwachting zullen deze richtlijnen in het eerste kwartaal van 2014 worden aanvaard en zullen deze binnen vierentwintig maanden in de Nederlandse wetgeving moeten zijn geïmplementeerd. Daartoe zal de Aanbestedingswet 2012 ingrijpend moeten worden herzien.

Niettemin, de Aanbestedingswet 2012 is de nu geldende wetgeving.

Het ontbrak tot nog toe aan een leerboek dat op een toegankelijke wijze het aanbestedingsrecht ontsluit voor studenten en andere geïnteresseerden in het aanbestedingsrecht. Er zijn wel diverse handboeken, maar geen boeken die geschikt zijn voor het onderwijs of die echt kunnen dienen als een introductie tot het aanbestedingsrecht.

Dit boek daalt daarom niet af tot de onderste krochten en spelonken van het aanbestedingsrecht, maar geeft wel inzicht in de hoofdlijnen van het aanbestedingsrecht. Vandaar de titel 'Hoofdstukken aanbestedingsrecht'.

Deze 'inleiding tot het aanbestedingsrecht' beoogt uitdrukkelijk niet uitputtend te zijn. Het boek beoogt de lezer te laten zien dat het er bij het aanbestedingsrecht in belangrijke mate gaat om het 'interstatelijk handelsverkeer' en om dat te bevorderen er procedureregels zijn opgesteld. Daarbij staan de Europeesrechtelijke speerpunten als het beginsel van non-discriminatie, het gelijkheidsbeginsel, transparantie en proportionaliteit centraal. Dit boek beoogt daarin de 'samenhang der dingen' te schetsen.

Dat het aanbestedingsrecht zich als zelfstandige wetenschappelijke discipline heeft bewezen, wordt ook duidelijk door de vele in de afgelopen jaren opgebouwde jurisprudentie, de grote politieke aandacht voor het aanbesteden en de in verscheidene Nederlandse universiteiten ingestelde leerstoelen op dit terrein.

In dit boek is veel aandacht besteed aan de ontstane (Europeesrechtelijke) jurisprudentie.

Dit boek kon niet ontstaan zonder ondersteuning van anderen. Ik spreek mijn uitdrukkelijke en grote dank uit naar hen die het manuscript van dit boek kritisch hebben willen lezen. Daarbij wil ik vooral niet vergeten te noemen mevrouw mr. J.S. Muntz-Beekhuis, mevrouw mr. M.S. Roders, mevrouw mr. M. Sikkens en mevrouw mr. F. Waaijer.

Alle commentaren en suggesties waren voor mij bijzonder waardevol. Ook vele anderen hebben mij met raad en daad – en soms zelfs onbedoeld – geholpen. Resterende onvolkomenheden in het manuscript zijn uitsluitend aan mij toe te rekenen.

's-Gravenhage, 6 december 2013
prof. mr. H.D. van Romburgh

Lijst van afkortingen

ACM	Autoriteit Consument en Markt
AG	Advocaat-Generaal
ARW 2012	Aanbestedingsreglement Werken 2012
Aw	Aanbestedingswet 2012
a.w.	aangehaald werk
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BAW 1973	Besluit aanbesteding van werken 1973
BIBOB	Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
BR	Tijdschrift voor Bouwrecht
B.W.	Burgerlijk Wetboek
COM	mededeling van de Europese Commissie
concl.	conclusie, conclusion
CPV	Common Procurement Vocabulary
def.	definitief
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
ECU	European Currency Unit
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER-verdrag	Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap(en)
EG-verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EMAS	Europees milieubeheer- en milieu-auditsysteem
EU	Europese Unie
EVRM	(Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (<i>Trb.</i> 1951, 151)
e.v.	en verder
EZ	Ministerie van Economische Zaken
GPA	Government Procurement Agreement (Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van de WTO)
GvEA	Gerecht van Eerste aanleg bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HLM	Habitation à Loyer Modéré
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
I	Eerste Kamer der Staten-Generaal
II	Tweede Kamer der Staten-Generaal
ICT	Informatie- en Communicatie technologie
ILO	International Labour Organization
I&M	Ministerie van Infrastructuur en Milieu
ISO	International Organization for Standardization
Jur.	Jurisprudentie
K.B.	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting

NAVO	Noord Atlantische Verdragsorganisatie
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
n.n.g.	nog niet gepubliceerd
no.	numéro
nr.	nummer
nt.	noot
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NvT	Nota van Toelichting
NVvA	Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	pagina(s)
PbEG	Publicatieblad der Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad Europese Unie (na 1 februari 2003)
PEC	Parlementaire Enquête Commissie
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
PPS	Publiek-Private Samenwerking
Rb.	Rechtbank
Rec.	Recueil Lebon
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
rolnr.	rolnummer
RvA	Raad van Arbitrage voor de Bouw (eerder: voor de bouwbedrijven in Nederland)
SDR	Special Drawing Rights ('bijzondere trekingsrechten' - rekeneenheid van het Internationaal Monetair Fonds)
S.E.D.	Société d'Equipement Départementale
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving - Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TA	Tijdschrift Aanbestedingsrecht
TED	Tender Electronic Daily
Trb.	Traktatenblad
UvA	Universiteit van Amsterdam
UAR 1986	Uniform Aanbestedingsreglement 1986
UAR-EG 1991	Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991
UAR 2001	Uniform Aanbestedingsreglement 2001
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
VROM	(toenmalig) Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VWS	Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Vzr.	Voorzieningenrechter
Walapuli	Wet aanbesteding van werken lagere publiekrechtelijke lichamen
WIRA	Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden
Wp 2000	Wet personenvervoer 2000
WTO	World Trade Organization (Wereld Handelsorganisatie)
zaaknr.	zaaknummer

Inhoudsopgave

Woord vooraf.....	v
Lijst van afkortingen.....	vii
1 Geschiedenis en bronnen van het aanbestedingsrecht	1
1.1 Wat is aanbesteden?	1
1.2 Oorsprong en totstandkoming van het aanbestedingsrecht	3
1.2.1 Het Franse aanbestedingsrecht	3
1.2.2 Het verstrekken van opdrachten door de overheid in Nederland	5
1.3 Supranationale regelgeving	6
1.4 Europees aanbestedingsrecht.....	8
1.4.1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	8
1.4.2 Materieel recht	9
1.4.3 Borgen van naleven aanbestedingsregels	14
1.5 Implementatie Europese regelgeving in Nederland	15
1.6 Parlementaire Enquête Bouwnijverheid	19
1.6.1 Conclusies Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid	19
1.6.2 Aanbevelingen door de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid	20
1.6.3 Het ARW 2005	20
1.7 De komst van de Aanbestedingswet 2012	21
1.8 Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied	25
1.9 Nieuwe Europese richtlijnen in voorbereiding.....	26
2 Algemene kaders Aanbestedingswet 2012.....	27
2.1 'Maatschappelijke waarde'	27
2.2 Verbod tot 'onnodig' samenvoegen van opdrachten.....	28
2.2.1 Algemeen	28
2.2.2 Geïntegreerde contracten	29
2.2.3 'Percelenopdeelgebod'	31
2.3 Proportionaliteit	32
2.3.1 Algemeen	32
2.3.2 Gids Proportionaliteit	33
2.4 Elektronische middelen	33
2.5 Integriteit	34
2.6 Technische specificaties.....	35
3 Bereik van de Aanbestedingswet 2012.....	39
3.1 Algemeen	39
3.2 Toepassingsbereik.....	39
3.2.1 Drempelwaarden.....	40
3.2.2 Duidelijk grensoverschrijdend belang.....	42
3.2.3 Raming van de waarde van een overheidsopdracht.....	44
3.3 Aanbestedende dienst	46
3.3.1 Definities	46
3.3.2 Functionele uitleg.....	46
3.3.3 Publiekrechtelijke instelling	47

3.4	'Overheidsopdracht'	53
3.4.1	Werken – leveringen – diensten	53
3.4.2	Onderscheid A- en B-diensten	55
3.4.3	Bijzondere gevallen	56
3.4.4	Realisatie van werken van openbare infrastructurele aard.....	58
3.5	Niet-aanbestedingsplichtige opdrachten.....	63
3.6	Inbesteden en aanbesteden.....	67
3.6.1	Inbesteden.....	67
3.6.2	Quasi-in-house opdrachten	67
3.7	Publiek-publieke samenwerking.....	70
3.8	Speciale vormen van opdrachtverlening	72
3.8.1	Raamovereenkomsten	72
3.8.2	Aankoopcentrale	73
3.8.3	Dynamisch aankoopstelsel	73
4	Wezenlijke wijzigingen van een opdracht	75
4.1	Precontractuele fase.....	75
4.2	Postcontractuele fase.....	76
5	Aanbestedingsprocedures	79
5.1	Keuze van procedures.....	79
5.2	De openbare procedure	80
5.3	De niet-openbare procedure	81
5.4	Concurrentiegerichte dialoog.....	82
5.5	Onderhandelingsprocedures.....	83
5.5.1	Met aankondiging.....	83
5.5.2	Zonder aankondiging	85
5.6	De meervoudig onderhandse procedure	89
5.7	De Nationale procedure.....	90
5.8	Prijsvraag.....	91
5.9	Aankondigingen en bekendmakingen.....	91
5.9.1	Vooraankondiging	92
5.9.2	Aankondiging van een overheidsopdracht	92
5.9.3	Bekendmaking van gegunde opdracht.....	94
5.10	Termijnen.....	94
6	Selectie en gunning.....	96
6.1	Algemeen	96
6.2	Selectie-eisen.....	97
6.2.1	Eigen verklaring	98
6.2.2	Uitsluitingsgronden	100
6.2.3	Geschiktheidseisen	103
6.2.4	Minimumeisen en shortlisten.....	107
6.2.5	Erkenningsregeling.....	108
6.2.6	Normen inzake milieubeheer.....	108

6.3	Gunningscriteria.....	109
6.3.1	Algemeen	109
6.3.2	Gebruik van weeg- en beoordelingsfactoren	113
6.3.3	Milieu- en sociale criteria	114
7	Inschrijving en motivering.....	118
7.1	Inschrijving	118
7.2	Gebrekkige inschrijvingen of met een voorbehoud	119
7.2.1	Algemeen	119
7.2.2	Een voor een ieder aanstonds kenbare omissie.....	121
7.2.3	Valse verklaring.....	122
7.2.4	Abnormaal lage inschrijving en irreële inschrijving	123
7.2.5	Strategische of manipulatieve inschrijving.....	125
7.3	Elektronische veiling.....	127
7.4	Gunning.....	129
7.4.1	Algemeen	129
7.4.2	Alcatel arrest	131
7.4.3	Wachttermijn.....	132
7.4.4	Niet (later alsnog) aanvullen van afwijzingsgronden	135
7.4.5	Proces-verbaal van gunning.....	135
8	Rechtsbescherming	137
8.1	Algemeen	137
8.2	Commissie van aanbestedingsexperts.....	140
8.3	Maatregelen van openbare orde	141
8.3.1	Voorlopige voorziening	141
8.3.2	'Grossmann'	141
8.3.3	Door de voorzieningenrechter te nemen maatregelen	142
8.4	Vernietiging - besluit tot niet vernietigen - boete	144
	Literatuuroverzicht	147
	Jurisprudentieregister	151
	Trefwoordenregister.....	157