

## II      **Structuur en overzicht aanbestedingsregels**

### 3      *Wettelijk kader: ‘hard law’ en ‘soft law’*

#### **Structuur wettelijk kader**

Overheidsopdrachten zijn op internationaal en nationaal niveau geregeld:

1. mondiaal (Wereld Handels Organisatie (WHO)) door de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten/Agreement on Government Procurement 2012 (GPA 2012);
2. Europees (EU en EER);
3. nationaal niveau; en
4. regionaal of lokaal niveau (eigen regels).

De wettelijke regels bestaan dus op internationaal, Europees en nationaal niveau over overheidsaanbestedingen en zij zijn gelaagd: Een regel die hoger in de rangorde is, heeft voorrang boven een lagere regel. Mondiale regels hebben voorrang boven Europese regels en de laatste categorie zet de nationale regels ter zijde, als die daarmee strijdig zijn. Op hetzelfde niveau (Europees en nationaal) zijn de in de volgende structuur hoger genoemde regels doorslaggevend als de lager genoemde regel daarmee strijdig is.

De regels zijn op alle niveaus bijna steeds dwingend: er mag niet van worden afgeweken. Soms zijn de regels semi-dwingend: de aanbestedende dienst heeft een beperkte keuzemogelijkheid (bijv. een keuze ten aanzien van de te volgen procedure of de facultatieve uitsluitingsgronden in art. 57 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU). Het gaat

om economische marktordering en dat kan alleen plaatsvinden door dwingende of semi-dwingende regels. Op hetzelfde niveau gelden de voorrangregels die de wetgever generiek heeft bepaald of in de desbetreffende regels heeft voorzien. De hiërarchische structuur is weergegeven in onderstaande schema's.

#### **Figuur 4**      **I Hard law**

Overeenkomst inzake overheidsopdrachten of Agreement on Government Procurement (GPA)

Verdrag tot werking van de Europese Unie (VWEU), algemene beginselen van aanbestedingsrecht en rechtspraak HvJ EU

Richtlijnen 2014/24/EU (overheidsopdrachten), 2014/23/EU (concessieovereenkomsten) en 2014/25/EU (nutssector) alsmede 2007/66/EG (rechtsbescherming)

Aanbestedingswet, algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Awb), regels van precontractuele goede trouw en nationale rechtspraak

Provinciale, gemeentelijke en waterschapsaanbestedingsregels ('eigen regels')

## Figuur 5 II Soft law

Bekendmakingen, Verklaringen en Mededelingen Europese Commissie c.q. Europese Raad

Gids Proportionaliteit, ARW 2020, Richtsnoeren Diensten en Leveringen en ARN 2016

Eigen regels, zoals bekendmakingen, verklaringen en nota's van overheden en publiekrechtelijke instellingen

Inkoopvoorwaarden en reglementen, zoals Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten 2016 (Arvodi 2016)

### Toelichting op de aanbestedingsregels en structuur

Ter toelichting op het schema en de regels:

#### Ad I Hard law

#### Mondiaal

- GPA: op het niveau van de WHO zijn afspraken gemaakt over overheidsopdrachten. Het doel daarvan is de wereldhandel verder te liberaliseren en de markten in de lidstaten open te stellen voor aanbieders uit andere landen. In de 'Uruguay ronde' is de Overeenkomst inzake Overheidsopdrachten, ook wel genoemd 'GATT-Code voor Overheidsopdrachten' of 'Agreement on Government Procurement' (GPA) op 15 april 1994 tot stand gekomen (inwerkingtreding per 1 januari 1996). De GPA is herzien en het nieuwe verdrag is in werking getreden per 6 april

2014 ([www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm)). De GPA heeft vermoedelijk geen directe werking: personen in de Europese Unie kunnen geen rechtstreeks beroep op de GPA doen in een geschil met de overheid (HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 9/73 (*Schlüter*)). Het is dus niet waarschijnlijk dat de nationale rechter de EU-richtlijnen zal toetsen aan de GPA. Wel moet worden aangenomen dat de EU-richtlijnen ‘GPA conform’ dienen te zijn (HvJ EG 22 juni 1989, zaak 70/87 (*Fediol*)). Voor de EU-burger zijn deze regels vooral van belang om de EU-richtlijn over aanbestedingen beter te begrijpen en te interpreteren. Het GPA maakt bijvoorbeeld evenals Richtlijn 2014/24/EU onderscheid tussen leveringen, diensten en werken en kent verschillende drempelwaarden. De nieuwe richtlijnen kennen anders dan de oude richtlijnen wel bepalingen over belangenverstrengeling (bijv. artt. 40 en 41 Richtlijn 2014/24/EU over voorafgaande marktconsultaties en betrokkenheid van gegadigden of inschrijvers).