

Inhoud

Woord vooraf	XI	
Woord vooraf bij de tweede druk	XIII	
Woord vooraf bij de derde druk	XV	
Lijst van afkortingen	XVII	
1	Geschiedenis en bronnen van het aanbestedingsrecht	1
1.1	Wat is aanbesteden?	1
1.2	Oorsprong en totstandkoming van het aanbestedingsrecht	2
1.2.1	Het Franse aanbestedingsrecht	2
1.2.2	Het verstrekken van opdrachten door de overheid in Nederland	5
1.3	Supranationale regelgeving	5
1.4	Europees aanbestedingsrecht	7
1.4.1	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.....	7
1.4.2	Materieel recht	8
1.4.3	Borgen van naleven aanbestedingsregels.....	13
1.5	Implementatie Europese regelgeving in Nederland	15
1.6	Parlementaire Enquête Bouwnijverheid.....	19
1.6.1	Parlementaire Enquête Bouwnijverheid.....	19
1.6.2	Conclusies Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid	19
1.6.3	Aanbevelingen door de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid.....	20
1.6.4	Het ARW 2005.....	20
1.7	De komst van de Aanbestedingswet 2012.....	21
1.8	Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied	24
1.9	Nieuwe Europese richtlijnen.....	25
2	Algemene kaders Aanbestedingswet 2012	27
2.1	Algemene kaders Aanbestedingswet 2012	27
2.2	‘Maatschappelijke waarde’.....	27
2.3	Verbod tot ‘onnodig’ samenvoegen van opdrachten.....	28
2.3.1	Algemeen	28
2.3.2	‘Percelenopdeelgebod’.....	29
2.3.3	Geïntegreerde contracten.....	30
2.4	Proportionaliteit.....	32
2.4.1	Algemeen	32
2.4.2	Gids Proportionaliteit.....	33
2.5	Elektronische middelen.....	34
2.6	Integriteit.....	35
2.7	Technische specificaties.....	36

3	Bereik van de Aanbestedingswet 2012	39
3.1	Algemeen	39
3.2	Toepassingsbereik	39
3.2.1	Toepassingsbereik	39
3.2.2	Drempelwaarden	40
3.2.3	Duidelijk grensoverschrijdend belang	41
3.2.4	Raming van de waarde van een overheidsopdracht	45
3.3	Aanbestedende dienst	46
3.3.1	Aanbestedende dienst	46
3.3.2	Definities	47
3.3.3	Functionele uitleg	47
3.3.4	Publiekrechtelijke instelling	48
3.4	'Overheidsopdracht'	54
3.4.1	'Overheidsopdracht'	54
3.4.2	Werken – leveringen – diensten	54
3.4.3	Sociale en andere specifieke diensten	56
3.4.4	Bijzondere gevallen	57
3.4.5	Realisatie van werken van openbare infrastructurele aard	60
3.5	Niet-aanbestedingsplichtige opdrachten	63
3.6	Inbesteden en aanbesteden	68
3.6.1	Inbesteden	68
3.6.2	Quasi-in-house opdrachten	69
3.7	Publiek-publieke samenwerking	72
3.8	Speciale vormen van opdrachtverlening	74
3.8.1	Raamovereenkomsten	74
3.8.2	Aankoopcentrale	75
3.8.3	Dynamisch aankoopstelsel	76
4	Wezenlijke wijzigingen van een opdracht	79
4.1	Wezenlijke wijzigingen van een opdracht	79
4.2	Precontractuele fase	79
4.3	Contractuele fase	80
5	Aanbestedingsprocedures	85
5.1	Keuze van procedures	85
5.2	De openbare procedure	86
5.3	De niet-openbare procedure	87
5.4	Concurrentiegerichte dialoog	88
5.5	Mededingingsprocedure met onderhandeling	89
5.6	Procedure van het innovatiepartnerschap	90
5.7	Onderhandelingsprocedure	91
5.8	De meervoudig onderhandse procedure	95
5.9	De Nationale procedure	97
5.10	Prijsvraag	98
5.11	Aankondigingen en bekendmakingen	98
5.11.1	Aankondigingen en bekendmakingen	98

5.11.2	Voor aankondiging	99
5.11.3	Aankondiging van een overheidsopdracht.....	99
5.11.4	Bekendmaking van gegunde opdracht	101
5.12	Termijnen.....	101
6	Selectie en gunning	103
6.1	Algemeen	103
6.2	Selectie-eisen.....	105
6.2.1	Selectie-eisen.....	105
6.2.2	Eigen verklaring	106
6.2.3	Uitsluitingsgronden	107
6.2.4	Geschiktheidseisen.....	112
6.2.5	Minimumeisen en shortlisten	116
6.2.6	Erkenningsregeling	118
6.2.7	Normen inzake milieubeheer	118
6.3	Gunningscriteria.....	119
6.3.1	Algemeen	119
6.3.2	Gebruik van weeg- en beoordelingsfactoren.....	124
6.3.3	Milieu- en sociale criteria	125
7	Inschrijving en motivering	129
7.1	Inschrijving.....	129
7.2	Gebrekkige inschrijvingen of met een voorbehoud	130
7.2.1	Algemeen	130
7.2.2	Een voor een ieder aanstonds kenbare omissie	132
7.2.3	Valse verklaring	133
7.2.4	Abnormaal lage inschrijving en irreële inschrijving	134
7.2.5	Strategische of manipulatieve inschrijving	136
7.3	Elektronische veiling.....	138
7.4	Gunning	140
7.4.1	Algemeen	140
7.4.2	Alcatel arrest	142
7.4.3	Opschortende termijn.....	143
7.4.4	Niet (later alsnog) aanvullen van afwijzingsgronden	147
7.4.5	Proces-verbaal van gunning	147
8	Rechtsbescherming	149
8.1	Algemeen	149
8.2	Commissie van aanbestedingsexperts.....	152
8.3	Maatregelen van openbare orde.....	153
8.3.1	Voorlopige voorziening.....	153
8.3.2	'Grossmann'	153
8.3.3	Door de voorzieningenrechter te nemen maatregelen.....	155
8.4	Vernietiging - besluit tot niet vernietigen - boete	157
9	Literatuuroverzicht	161
9.1	Literatuuroverzicht	161

10	Jurisprudentieregister	167
10.1	Jurisprudentieregister	167
	Trefwoordenregister	177

Woord vooraf

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

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 uitpuittend 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-dis-

criminatie, 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, 1 december 2013.

Prof. mr. H.D. van Romburgh

Woord vooraf bij de tweede druk

De ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht volgen elkaar in een rap tempo op. Na het verschijnen van de eerste druk van dit boek werden de aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU vastgesteld. De nieuwe richtlijnen voor de klassieke overheid (2014/24/EU) en voor de speciale sectoren (2014/25/EU) zijn de opvolgers van respectievelijk de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG.

De richtlijn 2014/23/EU is geheel nieuw. Daarmee zijn er, naast regels voor concessieovereenkomsten voor werken, ook procedureregels ingevoerd voor concessieovereenkomsten voor diensten. Weliswaar met een hoge aanbestedingsdrempel, maar toch er zijn weer nieuwe procedures bij gekomen. De concessieovereenkomsten zijn opgenomen in deel 2a van de Aanbestedingswet 2012.

Het opnieuw wijzigen van de regels voor het verstrekken van overheidsopdrachten vloeit voort uit de wens om te komen tot een vereenvoudiging van de aanbestedingsregels, maar ook om met behulp van de aanbestedingsregels meer innovatie in de Unie te bevorderen. Dat is een van de speerpunten uit het Vlaggenschipprogramma 2020.

Dit alles noopte de Nederlandse wetgever de Aanbestedingswet 2012 aan deze nieuwe richtlijnen aan te passen. Het uitgangspunt was dat de Nederlandse wetgever geen nationale 'kop' op de regelgeving zou plaatsen. Daar is de wetgever wederom niet in geslaagd.

Gebleken is dat de eerste druk de verwachtingen heeft waargemaakt. Ik hoop dat ook deze volledig herziene druk zijn weg in het onderwijs in het aanbestedingsrecht en voor de aanbestedingspraktijk zal weten te vinden.

Ook bij deze herziene druk waren de vele gedane suggesties en commentaren zeer waardevol. In het bijzonder dank ik mr. C.O. van der Wel voor het kritisch willen lezen van het manuscript. Dit neemt niet weg dat er nog steeds resterende onvolkomenheden kunnen zijn blijven staan. Deze zijn geheel aan mij toe te rekenen.

's-Gravenhage, 18 april 2017.

Prof. mr. H.D. van Romburgh

Woord vooraf bij de derde druk

De jurisprudentie in het aanbestedingsrecht ontwikkelt zich nog steeds in een onverminderd gestaag tempo. Een aantal minder ontgonnen terreinen als onder meer de leerstukken over de ‘ernstige beroepsfout’, de ‘wezenlijke wijziging’ en het ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ hebben de afgelopen jaren een verdere invulling gekregen, Maar ook onderwerpen als maatschappelijk verantwoord aanbesteden, raamovereenkomsten en integriteit zijn de afgelopen drie jaar regelmatig aan de orde geweest. Dit alles draagt bij aan een verdere ontwikkeling van het aanbestedingsrecht.

In deze derde druk is de structuur gelijk gebleven. Er heeft wel een stevige actualiserings-slag plaatsgevonden. Daarmee is het boek weer geheel up-to-date voor onderwijs en de aanbestedingsrechtelijke praktijk.

's-Gravenage, 6 april 2020

H.D. van Romburgh