

Hoofdstuk 1

Algemene inleiding op het aanbestedingsrecht

- 1.1 Inleiding op de delen gewijd aan het aanbestedingsrecht
- 1.2 Korte, algemene inleiding op het aanbestedingsrecht
 - 1.2.1 Doel van het aanbestedingsrecht
 - 1.2.2 Bronnen van het aanbestedingsrecht
 - 1.2.2.1 Internationale regelgeving
 - 1.2.2.2 Nationale regelgeving
 - 1.2.2.3 Overige bronnen van aanbestedingsrecht
 - 1.2.3 (Wettelijke) begrippen in het aanbestedingsrecht
- 1.3 Rechtspraak inzake algemene onderwerpen

1.1 *Inleiding op de delen gewijd aan het aanbestedingsrecht*

De delen 20 tot en met 25¹ zijn gewijd aan het aanbestedingsrecht. De indeling van die delen is als volgt:

Deel 20 bevat de inleiding op het aanbestedingsrecht, waaronder de onderwerpen vallen van de algemene beginselen, de aanbestedingsplichtige opdrachtgever en opdracht, de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en het begin van de aanbestedingsprocedure bestaande uit de aankondiging.

Deel 21 bevat de regeling van en de rechtspraak op het bestek, de eigen verklaring, de gedragsverklaring, de uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en de selectiecriteria.

Deel 22 is gewijd aan de gunningscriteria en de gunningsfase.

Deel 23 is gewijd aan de inschrijving.

Deel 24 bevat de rechtsbescherming.

Deel 25 bevat de onderwerpen vrijwillige aanbesteding, uitlegperikelen en de wijziging van de overeenkomst die tot stand is gekomen na gunning.

De inhoudelijke volgorde van de delen is veranderd ten opzichte van de vorige drukken. Met name Deel 20 (voorheen Deel 16) en Deel 24 (voorheen Deel 18)

1. Mogelijk wordt in een latere fase besloten tot het opnemen in vijf in plaats van zes delen van het omvangrijk aanwezige materiaal.

hebben wijzigingen ondergaan. De belangrijkste is dat het onderwerp ‘inschrijving’ is opgenomen na de bespreking van de verschillende criteria in een apart deel (Deel 23). De gedachte hierachter is dat de criteria bekendgemaakt zullen zijn alvorens er wordt ingeschreven. De rechtsbescherming was in de vorige drukken van deze delen onderdeel van Deel 18, maar het onderwerp en het feit dat er zoveel rechtspraak op is verschenen, rechtvaardigen dat aan dit onderwerp een eigen onderdeel wordt gewijd. Voorts is besloten om een aantal onderwerpen, die in zekere zin op zichzelf staan eveneens onder te brengen in een eigen deel, namelijk Deel 25.

De systematiek van de bespreking is dat eerst de regelgeving wordt weergegeven, gevolgd, al dan niet in hetzelfde hoofdstuk (maar uiteraard wel steeds in hetzelfde deel), door de rechtspraak gevormd op deze regelingen.

De regelgeving betreft de Nederlandse aanbestedingswet, het ARW 2016 en het Aanbestedingsbesluit 2016. De Europese regelgeving wordt terloops weergegeven, waar dat bijdraagt aan een goed begrip van de opgenomen rechtspraak. Waar dat dienstbaar is geacht, is ook de oude regelgeving weergegeven, vaak in een noot bij een uitspraak.

De rechtspraak is afkomstig van het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie, het Europees Gerecht van Eerste Aanleg en van de Nederlandse overheidsrechter alsmede van de rechters van Aruba, Curaçao, Sint-Maarten en van Bonaire, Sint-Eustatius en Saba. Voorts is gebruikgemaakt van de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts, welke adviezen weliswaar geen rechtspraak zijn, maar wel een zekere status genieten in het kader van de rechtsvorming. Ook de Ombudsman heeft uitspraken gedaan over aanbestedingsrechtelijke kwesties; deze uitspraken zijn eveneens opgenomen.

Het aanbestedingsrecht heeft sinds de eerste verschijning (1997) van de delen in deze serie gewijd aan het aanbestedingsrecht veel wijzigingen ondergaan. Veel van de rechtspraak, die in de drukken voorafgaand aan de voorliggende druk, is ontstaan, heeft zijn weg gevonden naar regelgeving en is daarmee niet meer relevant. Ten opzichte van de oudere drukken is er dan ook veel geschrapt. Dat heeft het voordeel dat veel nieuwe rechtspraak opgenomen kon worden. De stroom van rechtspraak is namelijk enorm.

De delen van het aanbestedingsrecht betreffen het aanbestedingsrecht in het algemeen. Anders dan in de oorspronkelijke opzet is de inhoud niet meer beperkt tot het bouwaanbestedingsrecht. De reden daarvoor is dat de Aanbestedingswet in beginsel algemene regels geeft met maar een enkele keer een afzonderlijke regeling voor bouwwerken. Het beperken tot het bouwaanbestedingsrecht zou een onverantwoorde beperking van kennis van het aanbestedingsrecht geven.

De opzet van de aanbestedingsrecht delen is eveneens gewijzigd ten opzichte van de vorige drukken. Verwezen zij daartoe naar de Verantwoording van de nieuwe opzet opgenomen in het begin van dit boek.

1.2 Korte, algemene inleiding op het aanbestedingsrecht

1.2.1 Doel van het aanbestedingsrecht

Het doel van het aanbestedingsrecht wordt niet door eenieder op dezelfde wijze beschreven. Vaak komt men tegen dat het gaat om het goed besteden van belastinggeld, ook wel: waar voor het geld krijgen. Soms komt men tegen inzake het Europese aanbestedingsrecht dat het gaat om het openstellen van de Europese grenzen voor het vrije verkeer van goederen en diensten. Ook wordt verdedigd dat het primair gaat om het geven van gelijke kansen aan ondernemers op de grote overheidsopdrachtenmarkt, waarvan de negatieve zijde is het verbod van discriminatie. Het doel van het geven van gelijke kansen kan gericht zijn op het creëren van een efficiënte, faire markt of kan een doel op zich zijn, waaraan het beginsel van doelmatigheid ondergeschikt is. Zo lopen de meningen dus nogal uiteen.

Zelf heb ik het laatste standpunt verdedigd² en ik sta daar nog steeds achter.

Wat zeggen de regelgevers over het doel van het aanbestedingsrecht? Ik laat eerst de Europese regelgever aan het woord. In nr. 1 van de Considerans van Richtlijn 2014/24 is het volgende opgenomen:

(1) Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.

Het gaat de Europese regelgever om het vrije verkeer alsmede de daarvan afgeleide beginselen, waarvan gelijke behandeling en niet-discriminatie als eerste worden genoemd.

De Nederlandse wetgever drukte het doel van de Aanbestedingswet in 2012 als volgt uit:

'Het wetsvoorstel beoogt een duidelijk en eenvormig kader te bieden voor aanbesteden. Het is erop gericht dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht.'³

2. Zie mijn bijdrage aan het Liber amicorum voor M.A. van Wijngaarden, Aangenomen Werk, Aanbestedingsrechtelijke consequenties van contractuele wijzigingen, 2003, W.E.J. Tjeenk Willink, p. 40 e.v.; in dit artikel zijn verschillende standpunten in dezen uiteengezet.

3. Parlementaire Geschiedenis Aanbestedingswet 2012, samengesteld door prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis en mr. R.W.M. Kluitenberg, 's-Gravenhage 2012, Instituut voor Bouwrecht, p. 30.

Het accent lijkt hier te liggen op het belang van de aanbestedende diensten bij het inkopen, waarbij evenwel ondernemers wel een goede en eerlijke kans geboden moet worden. Het gelijkheidsbeginsel kan aan het belang van de aanbestedende diensten evenwel niet ondergeschikt geacht worden: dit volgt immers uit de Europese regelgeving, terwijl ook de wettekst daartoe niet noopt. Maar, zoals gezegd, het accent lijkt verlegd te zijn en het ware m.i. beter geweest indien het doel van de Aanbestedingswet anders was geformuleerd en meer in lijn met de Richtlijn zou luiden.

1.2.2 Bronnen van het aanbestedingsrecht

1.2.2.1 Internationale regelgeving

Op internationaal niveau zijn het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU),⁴ de Europese Richtlijnen, van belang alsmede het Agreement on Government Procurement. Daarbinnen zijn de Richtlijnen het belangrijkste voor de praktijk van het Nederlandse aanbestedingsrecht.

Wat het VwEU betreft zijn de belangrijkste bepalingen:

- art. 18, beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verbiedend;
- art. 34, houdende het verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten;
- art. 45, directe en indirecte discriminatie naar nationaliteit van werknemers met de nationaliteit van een lidstaat van de EU verbiedend;
- art. 49, beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verbiedend.

Het gaat om de volgende Richtlijnen:⁵

- Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement, de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG;
- Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG;
- Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

Bij raadpleging van de Richtlijnen doet men er onder omstandigheden goed aan om ook van versies in andere talen kennis te nemen; met enige regelmaat lopen deze niet gelijk.

4. Voorheen het EG-Verdrag.

5. Voor een overzicht van ook de oudere Europese Richtlijnen, zie M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid, Reed Business Education, 2013, p. 38 e.v.

Om een beeld te geven van wat er in de Richtlijnen is geregeld, volgt hier de inhoudsopgave van Richtlijn 2014/24/EU, welke inhoudsopgave voorafgegaan wordt door een Considerans bestaand uit 138 overwegingen:

TITEL I: TOEPASSINGSGEBIED, DEFINITIES EN ALGEMENE BEGINSELEN

HOOFDSTUK I: Toepassingsgebied en definities

AFDELING 1: ONDERWERP EN DEFINITIES

Artikel 1: Onderwerp en toepassingsgebied

Artikel 2: Definities

Artikel 3: Gemengde aanbesteding

AFDELING 2: DREMPELS

Artikel 4: Drempelbedragen

Artikel 5: Methoden voor de berekening van de geraamde waarde van een opdracht

Artikel 6: Herziening van de drempels en van de lijst van de centrale overheidsinstanties

AFDELING 3: UITSLUITINGEN

Artikel 7: Opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten

Artikel 8: Specifieke uitsluitingen op het gebied van elektronische communicatie

Artikel 9: Overheidsopdrachten en prijsvragen op grond van internationale voorschriften

Artikel 10: Specifieke uitsluitingen voor opdrachten voor diensten

Artikel 11: Op basis van een alleenrecht gegunde opdrachten voor diensten

Artikel 12: Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector

AFDELING 4: SPECIFIEKE SITUATIES

Onderafdeling 1: Gesubsidieerde opdrachten en onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten

Artikel 13: Door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten

Artikel 14: Onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten

Onderafdeling 2: Aanbestedingen waaraan defensie- of veiligheidsaspecten verbonden zijn

Artikel 15: Defensie en veiligheid

Artikel 16: Gemengde opdrachten waaraan defensie- of veiligheidsaspecten verbonden zijn

Artikel 17: Overheidsopdrachten en prijsvragen waaraan defensie- of veiligheidsaspecten verbonden zijn en die overeenkomstig internationale regels worden gegund of uitgeschreven

HOOFDSTUK II: Algemene regels

Artikel 18: Aanbestedingsbeginselen

Artikel 19: Ondernemers

Artikel 20: Voorbehouden opdrachten

Artikel 21: Vertrouwelijkheid

Artikel 22: Regels betreffende de communicatiemiddelen

Artikel 23: Nomenclaturen

Artikel 24: Belangenconflicten

TITEL II: OP OVERHEIDSOPDRACHTEN TOEPASSELIJKE VOORSCHRIFTEN

HOOFDSTUK I: Procedures

Artikel 25: Voorwaarden met betrekking tot de GPA-overeenkomst en andere internationale overeenkomsten

Artikel 26: Keuze van de procedures

Artikel 27: Openbare procedure

Artikel 28: Niet-openbare procedure

Artikel 29: Mededingingsprocedure met onderhandeling

Artikel 30: Concurrentiegerichtede dialoog

Artikel 31: Innovatiepartnerschap

Artikel 32: Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

HOOFDSTUK II: Technieken en instrumenten voor elektronische en gegroepeerde samengestelde aanbesteding

Artikel 33: Raamovereenkomsten

Artikel 34: Dynamische aankoopssystemen

Artikel 35: Elektronische veilingen

Artikel 36: Elektronische catalogi

Artikel 37: Gecentraliseerde aankoopactiviteiten en aankoopcentrales

Artikel 38: Occasionele gezamenlijke aanbestedingen

Artikel 39: Plaatsen van opdrachten door aanbestedende diensten van verschillende lidstaten

HOOFDSTUK III: Verloop van de procedure

AFDELING 1: VOORBEREIDING

Artikel 40: Voorafgaande marktconsultaties

Artikel 41: Voorafgaande betrokkenheid van gegadigden of inschrijvers

Artikel 42: Technische specificaties

Artikel 43: Keurmerken

Artikel 44: Testverslagen, certificatie en andere bewijsmiddelen

Artikel 45: Varianten

Artikel 46: Verdeling van opdrachten in percelen

Artikel 47: Vaststelling van termijnen

AFDELING 2: BEKENDMAKING EN TRANSPARANTIE

Artikel 48: Vooraankondigingen

Artikel 49: Aankondigingen van opdrachten

Artikel 50: Aankondigingen gegunde opdracht

Artikel 51: Opmaak en wijze van bekendmaking van aankondigingen

Artikel 52: Bekendmaking op nationaal niveau

Artikel 53: Elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken

Artikel 54: Uitnodigingen aan gegadigden

Artikel 55: Informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers

AFDELING 3: SELECTIE VAN DEELNEMERS EN GUNNING VAN DE OPDRACHTEN

Artikel 56: Algemene beginselen

Onderafdeling 1: Kwaliteitscriteria voor de selectie

Artikel 57: Uitsluitingsgronden

Artikel 58: Selectiecriteria

Artikel 59: Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Artikel 60: Bewijsmiddelen

Artikel 61: Onlinedatabank van certificaten (e-Certis)

Artikel 62: Kwaliteitsnormen en normen inzake milieubeheer

Artikel 63: Beroep op de draagkracht van andere entiteiten

Artikel 64: Officiële lijsten van erkende ondernemingen en certificering door publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instellingen

Onderafdeling 2: Beperking van het aantal gegadigden, inschrijvingen en oplossingen

Artikel 65: Beperking van het aantal in andere opzichten gekwalificeerde gegadigden die worden uitgenodigd tot deelneming

Artikel 66: Beperking van het aantal inschrijvingen en oplossingen

Onderafdeling 3: Gunning van de opdracht

Artikel 67: Gunningscriteria

Artikel 68: Levenscycluskosten

Artikel 69: Abnormaal lage inschrijvingen

HOOFDSTUK IV: Uitvoering van de opdracht

Artikel 70: Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd

Artikel 71: Onderaanneming

Artikel 72: Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd

Artikel 73: Beëindiging van opdrachten

TITEL III: BIJZONDERE AANBESTEDINGSREGELINGEN

HOOFDSTUK I: Sociale diensten en andere specifieke diensten

Artikel 74: Gunning van opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten

Artikel 75: Bekendmaking van aankondigingen

Artikel 76: Beginselen van het gunnen van overheidsopdrachten

Artikel 77: Voorbehouden opdrachten voor bepaalde diensten

HOOFDSTUK II: Regels inzake prijsvragen voor ontwerpen

Artikel 78: Toepassingsgebied

Artikel 79: Aankondigingen

Artikel 80: Regels voor de organisatie van prijsvragen en de selectie van deelnemers

Artikel 81: Samenstelling van de jury

Artikel 82: Beslissingen van de jury

TITEL IV: GOVERNANCE

Artikel 83: Handhaving

Artikel 84: Proces-verbalen van procedures voor het plaatsen van opdrachten

Artikel 85: Nationale verslaglegging en statistische informatie

Artikel 86: Administratieve samenwerking

TITEL V: GEDELEGEERDE BEVOEGDHEDEN, UITVOERINGSBEVOEGDHEDEN EN SLOTBEPALINGEN

Artikel 87: Uitoefening van de bevoegdheidsdelegatie

Artikel 88: Spoedprocedure

Artikel 89: Comitéprocedure

Artikel 90: Omzetting en overgangsbepalingen

Artikel 91: Intrekkingen

Artikel 92: Evaluatie

Artikel 93: Inwerkingtreding

Artikel 94: Adressaten

Naast de Richtlijnen zijn er op Europees niveau ook nog richtsnoeren, ‘explanatory notes’, ‘non-papers’, groenboeken en witboeken. Zij zijn, zoals vele andere bronnen, met name te vinden via het internet.

1.2.2.2 Nationale regelgeving

De belangrijkste Nederlandse aanbestedingsregelgeving bestaat uit de volgende regelgeving: de Aanbestedingswet, het Aanbestedingsbesluit, de Gids Proportionaliteit en het ARW 2016.

De Aanbestedingswet

De Aanbestedingswet, oorspronkelijk uit 2012, aangepast in 2016, bestaat uit 4 delen:

Deel 1. Algemene bepalingen

Deel 2. Overheidsopdrachten, prijsvragen voor overheidsopdrachten

Deel 2a. Concessieopdrachten

Deel 3. Speciale-sectoropdrachten en prijsvragen voor speciale-sectoropdrachten

Deel 4. Overige bepalingen

Ieder deel bestaat voorts uit hoofdstukken, en de hoofdstukken uit afdelingen, die weer bestaan uit paragrafen. Per hoofdstuk is er steeds maar 1 artikel, dat dan ook vele leden kent. De hoofdstukken en bepalingen waaraan een 'a' is toegevoegd, zijn in 2016 toegevoegd aan de wet in verband met de implementatie van de Richtlijnen uit 2014.

Ik veroorloof mij op deze plaats een kritische opmerking inzake de opzet en de formulering van de Aanbestedingswet. De opzet van de wet en de opzet van de nummering van de artikelen zijn weinig gebruiksvriendelijk. Hetzelfde moet gezegd worden van de formulering van de artikelen. Niet alleen zijn die soms te impliciet geformuleerd en worden onderwerpen niet altijd uit elkaar getrokken, wat het begrip en de status van een onderwerp zou verduidelijken, maar de leesbaarheid van nogal wat bepalingen laat te wensen over. Ik noem als voorbeeld art. 1.14 betreffende de uitgangspunten bij de meervoudige onderhandse procedure. Het artikel luidt als volgt:

Artikel 1.14

De bepalingen in deze afdeling gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven waarop de artikelen 1.7 en 1.11 niet van toepassing zijn en die, voordat zij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten tot het verrichten van werken, leveringen of diensten, met betrekking tot die overeenkomst twee of meer ondernemers uitnodigen om een inschrijving in te dienen.

Om het artikel te kunnen begrijpen, dienen art. 1.7 en 1.11 geraadpleegd te worden. Deze luiden als volgt:

Artikel 1.7

De bepalingen in deze afdeling gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij:

- a. het plaatsen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag die op grond van het bepaalde bij of krachtens de hoofdstukken 2.1, 2a.1 en 3.1 onder het toepassingsbereik van onderscheidenlijk deel 2, deel 2a of deel 3 van de wet valt;
- b. het plaatsen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag met een duidelijk grensoverschrijdend belang die uitsluitend op grond van het bepaalde in de artikelen 2.1 tot en met 2.8, de artikelen 2a.1 tot en met 2a.3 of de artikelen 3.8 en 3.9 niet onder het toepassingsbereik van onderscheidenlijk deel 2, deel 2a of deel 3 van deze wet valt.

Artikel 1.11

De bepalingen in deze afdeling gelden voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven waarop artikel 1.7 niet van toepassing is en die, voordat zij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten tot het verrichten van werken, leveringen of diensten, met betrekking tot die overeenkomst uit eigen beweging een aankondiging hebben bekend gemaakt.

Wil men deze artikelen kunnen begrijpen dan moet weer verder gezocht worden naar andere artikelen. Dat maakt het ronduit lastig, zelfs voor juristen, om art. 1.14, waar deze reeks mee begon, te begrijpen. En dat voor een wet die o.a. als doel heeft een duidelijk kader te scheppen.

Aanbestedingsbesluit

Een paar onderwerpen in de Aanbestedingswet zijn uitgewerkt in de Algemene Maatregel van Bestuur: het Aanbestedingsbesluit. In het Aanbestedingsbesluit is regelgeving opgenomen inzake de eigen verklaring, de (elektronische) communicatie, de gedragsverklaring aanbesteden en de aanwijzing van richtsnoeren.

Richtsnoeren

In de Aanbestedingswet is voorzien in het leven roepen van zogenaamde richtsnoeren. Een van de richtsnoeren is de Gids Proportionaliteit en het andere tot nu in het leven geroepen richtsnoer is het ARW 2016; zie daarvoor resp. art. 1.10 en art. 1.22 Aanbestedingswet.

Gids Proportionaliteit

Over de Gids Proportionaliteit wordt in deze Gids het volgende opgemerkt:

‘De Gids Proportionaliteit is in zijn geheel het richtsnoer dat is aangewezen in het Aanbestedingsbesluit en handvatten geeft voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. In hoofdstuk 3 en 4 van deze Gids zijn daarnaast voorschriften opgenomen. Op grond van de wet, geldt voor deze voorschriften dat deze door aanbestedende diensten dienen te worden nageleefd, of, dat afwijking van (onderdelen van) deze voorschriften wordt toegelicht in de aanbestedingsstukken. Elke aanbestedende dienst moet zijn keuze tot afwijking van deze voorschriften kunnen motiveren, bijvoorbeeld wanneer zwaardere eisen gekozen worden. Daarbij kan uiteraard niet algeheel worden afgezien van toepassing van de voorschriften in de Gids proportionaliteit of gekozen worden voor een algemene afwijkingsgrond. In voorkomend geval zal gemotiveerd aangegeven moeten worden, waarom en in hoeverre in die specifieke situatie een afwijkend standpunt gerechtvaardigd is. Afwijking van de voorschriften kan derhalve niet zonder goede grond. Deze voorschriften staan niet op zichzelf, maar moeten steeds in de context van de volledige tekst van de Gids beoordeeld worden. Het proportionaliteitsbeginsel en de toepassing daarvan gelden ook voor de delen van de Gids waar geen voorschriften voor geformuleerd zijn.’

De Gids moet dus toegepast worden, met dien verstande dat uitzonderingen wel mogelijk zijn mits afdoende gemotiveerd. De status van de Gids is omstreden. Zie hetgeen door Van Romburgh is opgemerkt in TBR 2015, 145:

‘7. Voldoende wettelijke basis?’

Binnen juridisch Nederland bestaat er overigens nog gerede twijfel ten aanzien van de vraag of de Aanbestedingswet 2012 wel voldoende basis biedt om het toepassen van de Gids Proportionaliteit bij algemene maatregel van bestuur verplicht te stellen. Ook hier geldt de eerder bij de behandeling van het eerste wetsvoorstel voor een nieuwe aanbestedingswet door de Eerste Kamer uitgesproken mening dat het rechtsstaatsbeginsel eist "... dat ingrepen van de overheid waar ze een dwingend karakter hebben, rechtstreeks of middellijk

op een formele wet berusten". De Gids Proportionaliteit bevat zoveel beperkende eisen dat deze vraag vanuit juridisch oogpunt inderdaad is gerechtvaardigd.

De Vaste Kamercommissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer stelde nog in 2006 uitdrukkelijk dat delegatie – en subdelegatie – slechts in een beperkt aantal gevallen een passend instrument is. De Gids Proportionaliteit is een duidelijk geval van subdelegatie die in de Aanbestedingswet 2012 nergens zijn feitelijke grondslag vindt. Dat kan ook niet, omdat de dwingende werking op aandringen van de Tweede Kamer – zonder een feitelijk inhoudelijke wijziging van de wet zelf – heeft plaatsgevonden.'

ARW 2016

Het tweede richtsnoer is het Aanbestedingsreglement Werken 2016. Het ARW is voor het eerst geformuleerd in 2004 en wordt algemeen gezien als een praktische uitwerking van de aanbestedingsregels. In het ARW zijn de nationale en Europese aanbestedingsprocedures uitgewerkt. Het ARW is verplicht voor nationale aanbestedingen op grond van art. 1.22 Aanbestedingswet lid 2, welk lid het evenwel ook mogelijk maakt om gemotiveerd van deze verplichte toepassing af te wijken. Het ARW is ook boven de Europese drempels te gebruiken alsmede bij leveringen en diensten. In die gevallen is het gebruik niet dwingend voorgeschreven.

1.2.2.3 Overige bronnen van aanbestedingsrecht

Tot de overige bronnen van het aanbestedingsrecht behoort in de eerste plaats de jurisprudentie. Daarnaast kan een aanbestedende dienst zich verbonden hebben aan gepubliceerd beleid of gepubliceerde eigen regels. Dan vormt ook dat een bron van aanbestedingsrecht. In deze categorie horen ook de aanbestedingsleidraden (selectie- en gunningsleidraden) en nota's van inlichtingen e.d. die in het kader van een concrete aanbestedingsprocedure gepubliceerd zijn. Ook algemene inkoopvoorwaarden die van toepassing zijn verklaard op de aanbestedingsprocedure bevatten recht, waaraan aanbesteder en gegadigden en/of inschrijvers gebonden zijn.

1.2.3 (Wettelijke) begrippen in het aanbestedingsrecht

In deze paragraaf komen enkele begrippen aan de orde. Naast een omschrijving is bij enkele begrippen enige rechtspraak opgenomen.

Aanbesteding

Literatuur

Er zijn verschillende definities van het begrip aanbesteding(srecht) in omloop. Ik noem er slechts een paar.

Pijnacker Hordijk c.s.⁶ omschrijven het aanbestedingsrecht als volgt:

6. Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, vierde druk, 2009, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2009, p. 1. Hierna: Aanbestedingsrecht, Pijnacker Hordijk c.s.

‘Het aanbestedingsrecht zou men kunnen omschrijven als het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert.’

Daaraan gelijk toevoegend dat ook deze definitie niet geheel zuiver is.

Essers⁷ spreekt van:

‘Met een aanbesteding wordt een wijze van inkoop bedoeld waarbij meerdere ondernemingen in de gelegenheid worden gesteld om aanbiedingen in te dienen ten behoeve van het plaatsen van een opdracht of het sluiten van een raamovereenkomst of een concessie-overeenkomst.’

De definitievraag speelde in het volgende geval in het kader van de Boetebekendmaking B&U-deelsector:

Regelgeving

In Richtlijn 2014/24/EU is het begrip in art. 1 lid 2 als volgt omschreven:

‘2. Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.’

De Aanbestedingswet bevat geen definitie van het begrip aanbesteding. Uit het begrip aanbestedende dienst, dat wel gedefinieerd is, wordt ook niet duidelijk wat aanbesteden nu eigenlijk is.

Het ARW 2016 geeft iets meer inzicht. Gedefinieerd wordt namelijk wat een aanbesteder is: ‘degene die voornemens is een opdracht te verlenen’. Meer dan dat het om het verlenen van een opdracht gaat, wordt met deze definitie echter ook niet gekomen. Dat het om een bijzondere manier gaat waarop de opdrachtverlening tot stand komt, blijkt ook uit die omschrijving niet.

Rechtspraak

Het begrip ongereguleerde aanbesteding kwam aan de orde in:

Rb. 's-Hertogenbosch 9 mei 2007, nr. 144844 / HA ZA 06-1373, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA5770:
4.2. Hoewel in deze gesproken kan worden van een ongereguleerde aanbesteding (waaronder in dit verband te verstaan valt een aanbesteding die niet door enig standaard-aanbestedingsreglement wordt beheerst) komt de wijze waarop de onderhavige aanbesteding is georganiseerd in hoofdlijnen overeen met de wijze waarop de onderhandse aanbestedingsprocedure overeenkomstig het UAR 2001 (2) is georganiseerd: een gelijktijdige uitnodiging aan gegadigden, voorzien van bestek en tekeningen, een termijn van ten minste 21 dagen tussen de uitnodiging en de dag van aanbesteding, gelegenheid tot het verschaffen van inlichtingen en het stellen van vragen, vastlegging in een nota van inlichtingen ten behoeve van de gegadigden, gebruik van een voorgeschreven inschrijfbiljet, termijn van gestanddoening,

7. Essers, p. 25.

de aanbesteding zelf en vastlegging daarvan in een proces-verbaal. Tussen partijen staat onweersproken vast dat alle deelnemers aan de aanbesteding op dezelfde, hiervoor omschreven wijze aan de procedure hebben deel kunnen nemen.

Definitie van aanbesteding; al dan niet gelijktijdige uitnodiging van aanbesteder aan twee of meer ondernemers om inschrijfcijfer in te dienen voor uitvoering opdracht:

Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2009, nr. HD 103.006.179, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI9980:

4.8. In hoger beroep ligt dit in zoverre anders dat HAP nog steeds het standpunt inneemt dat de precontractuele goede trouw bepalend is, maar thans stelt HAP zich op het standpunt dat in dit geval geen sprake is van een aanbesteding met bijbehorende regels, maar (slechts) van het vragen van een aantal offertes waarvoor die regels niet gelden.

4.9. Algemeen wordt als definitie van een aanbesteding het volgende gehanteerd: de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten met inbegrip van het uitvoeren van werken. Een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt kan op zich onder deze definitie vallen. Naar het oordeel van het hof gaat het evenwel te ver om in alle gevallen dergelijke private opdrachtgevers onder het aanbestedingsrecht te laten vallen. Of dit al dan niet het geval is hangt af van de omstandigheden van het geval en in ieder geval zullen er bijzondere bijkomende omstandigheden aanwezig moeten zijn, bijvoorbeeld de aard van de opdrachtgever en diens (machts)positie op de markt, willen op die private opdrachtgevers de regels van het aanbestedingsrecht voluit van toepassing geacht kunnen worden.

4.10. De vraag is nu of in dit geval van dergelijke omstandigheden sprake is. Meditaxi heeft er in dit verband op gewezen dat HAP in haar brief van 9 augustus 2006 spreekt van een aanbesteding en nadien aanbestedingsrechtelijke termen hanteert als het gunnen van de opdracht. Het hof acht de gebruikte terminologie niet meer dan een indicatie. Zomin als een aanbesteding niet als zodanig aangemerkt dient te worden omdat die term ontbreekt, dient een handeling die geen aanbesteding is niet alleen vanwege die aanduiding als zodanig te worden aangemerkt. In dit geval is er alleen de brief van 9 augustus 2006; enig reglement of procedurebeschrijving ontbreekt geheel. De omschrijving van de uit te voeren diensten is summier en niet in nadere bescheiden toegelicht. Bovendien heeft deze omschrijving, gezien de laatste zin die hiervoor in 4.1 onder c) is aangehaald, een zeer open karakter. Selectie- en gunningscriteria ten slotte zijn nergens vermeld. Een en ander leidt naar het oordeel van het hof tot de slotsom dat ondanks de door HAP gehanteerde terminologie in dit geval niet gesproken kan worden van een aanbesteding, zodat ook de beginselen van het aanbestedingsrecht niet van toepassing zijn. Grief I stuit hier op af.

Boetebekendmaking B&U-deelsector; onder aanbesteding wordt verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte in te dienen:

Vzr. Rb. Rotterdam 15 juli 2009, nr. AWB 08/1144 MEDED-T1, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2895:

Ingevolge paragraaf I, randnummer 10 van de Boetebekendmaking B&U-deelsector wordt onder aanbesteding verstaan de, al dan niet gelijktijdige, uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een offerte in te dienen voor een opdracht tot de uitvoering van een B&U-werk. Een enkelvoudige (onderhandse) opdrachtverlening, waarvoor geen twee of meer offertes zijn aangevraagd, valt daarmee buiten het begrip aanbesteding. De persoon of hoedanigheid van de opdrachtgever is in dit kader niet relevant. Opdrachten die in onderaanneming in aanbesteding zijn verkregen, vallen eveneens onder het begrip aanbesteding.

Aanbestedingsprocedure is al dan niet gelijktijdige uitnodiging van aanbesteder aan twee of meer ondernemers om inschrijfcijfer in te dienen voor uitvoering van een opdracht:

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 26 januari 2012, nr. 410414 / KG ZA 12-4, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV7044:

4.7. Een aanbestedingsprocedure laat zich omschrijven als een al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten met inbegrip van het uitvoeren van werken. Een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt kan onder deze definitie vallen, maar het gaat evenwel te ver om in alle gevallen de private opdrachtgever onder het aanbestedingsrecht te laten vallen. Of dit al dan niet het geval is hangt af van de omstandigheden van het geval.

Aanmeldingsvoorwaarden:

Administratieve voorwaarden waaraan de aanmelding moet voldoen opdat de aanmelding in behandeling genomen kan worden en men niet al in dat stadium niet toegelaten wordt. Het gaat o.a. om de volgende voorwaarden: het in acht nemen van de inzendingstermijn, het naar het juiste adres zenden van de aanmelding, het door de juiste persoon hebben ondertekend van het aanmeldingsformulier e.d. De term aanmeldingsvoorwaarden is een verzamelnaam van praktische aspecten, welke naam niet in de Aanbestedingswet voorkomt.

Beroepsbekwaamheid:

Eisen van beroepsbekwaamheid omvatten eisen die zien op de benodigde bekwaamheid van de onderneming voor de uitvoering van de betreffende opdracht.

Beroepsbevoegdheid:

Het volgens de voorschriften van de lidstaat waar hij is gevestigd, in het beroepsregister of in het handelsregister is ingeschreven; bevoegdheid om beroep uit te oefenen.

Bestek:

In de Parl. Gesch. noch in de wet wordt dit begrip omschreven. Aangenomen kan worden dat ermee bedoeld wordt een aanbestedingsstuk waarin de behoefte van de aanbestedende dienst is omschreven.

Rechtspraak inzake bestek

In de algemene voorwaarden UAV 1989 (alsmede in de versie van 2012)⁸ is het bestek op een bepaalde manier omschreven. Dat wil niet zeggen dat die omschrijving ook te hanteren is in het aanbestedingsrecht:

RvA 29 juni 2004, nr. 26.670:

Het moge zo zijn volgens de definitie van ‘bestek’ in de UAV 1989 dat de nota van inlichtingen behoort tot het bestek, dat is niet zo volgens de definitie van het UAR-EG 1991. Dit verschil is te verklaren, omdat de UAV 1989 hun werking pas krijgen vanaf de uitvoering van het werk en dan gelden inmiddels alle contractstukken, hetgeen een wezenlijk andere situatie is dan tijdens de aanbestedingsprocedure.

Bijzondere voorwaarden:

Bijzondere voorwaarden verbonden aan de uitvoering van een opdracht; zij moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht en in de aankondiging of de aanbestedingsstukken vermeld zijn; zij kunnen verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen (art. 2.80 Aanbestedingswet).

Gegadigde:

Een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging, of is uitgenodigd, om deel te nemen aan een niet-openbare procedure, een procedure van de concurrentiegericht dialoog, een mededingingsprocedure met onderhandeling, een procedure van het innovatiepartnerschap, een onderhandelingsprocedure met aankondiging, een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging of een procedure voor de gunning van een concessieopdracht.

Geschiktheidseisen:

Geschiktheidseisen geven het niveau aan van de bekwaamheden die door de aanbestedende dienst worden geëist voor toelating tot de aanbestedingsprocedure; zij hebben betrekking op de financiële en economische draagkracht, technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, en beroepsbevoegdheid, art. 2.90 lid 1 Aanbestedingswet 2016. Ook wel minimumeisen genoemd.

Gunningsbeslissing:

De keuze van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voor de ondernemer met wie hij voornemens is de overeenkomst waarop de procedure betrekking had te sluiten, waaronder mede wordt verstaan de keuze om geen overeenkomst te sluiten.

8. Par. 1 UAV 2012 (1989), het bestek: de beschrijving van het werk, de daarbij behorende tekeningen, de voor het werk geldende voorwaarden, de nota van inlichtingen en het proces-verbaal van aanwijzing.

Gunningscriteria:

Aan de hand van het gekozen gunningscriterium wordt bepaald welke aanbieding voor gunning in aanmerking komt. In art. 2.114 Aanbestedingswet wordt het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving omschreven. Onder omstandigheden is het geoorloofd om als gunningscriterium een van de onderdelen van die omschrijving te gebruiken, daarom spreekt men van gunningscriteria.

Inschrijver:

Een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend.

Inschrijvingsvoorwaarden:

Administratieve voorschriften, waaraan inschrijvingen moeten voldoen, op straffe van ongeldigverklaring; denk aan: tijdige indiening van stukken, ondertekening door de juiste persoon e.d. De term inschrijvingsvoorwaarden is een verzamelnaam van praktische aspecten, welke naam niet in de Aanbestedingswet voorkomt.

Keurmerk:

Document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat een werk, product, dienst, proces of procedure aan bepaalde eisen voldoet (art. 1.1 ARW 2016).

Keurmerkeis:

De voorschriften waaraan een product, dienst, proces of procedure moet voldoen om een keurmerk te verkrijgen (art. 1.1 ARW 2016).

Minimumeisen:

Minimumeisen geven het niveau aan van de bekwaamheden die door de aanbestedende dienst worden geëist voor toelating tot de aanbestedingsprocedure; zij hebben betrekking op de financiële en economische draagkracht, technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, en beroepsbevoegdheid, art. 2.90 lid 1 Aanbestedingswet 2016. Ook wel geschiktheidseisen genoemd.

Nadere selectiecriteria:

Deze worden gebruikt om het aantal deelnemers dat overgebleven is na de selectie van de inschrijvers die in aanmerking kunnen komen om in te schrijven te verminderen tot het aantal dat bij de niet-openbare procedure daadwerkelijk wordt uitge-

nodigd om in te schrijven (bij deze fase gaat het erom om van X naar bijvoorbeeld 5 te komen).⁹

Schriftelijk:

Elk uit woorden of cijfers bestaand geheel dat kan worden gelezen, kan worden gereproduceerd en vervolgens medegedeeld, daaronder begrepen met elektronische middelen overgebrachte of opgeslagen informatie (art. 1.1 ARW 2016).

Selectiecriteria:

Criteria op grond waarvan bij andere dan openbare procedures uit de gegadigden voor een bepaalde opdracht die aan de minimumeisen voldoen, degenen worden geselecteerd die tot de inschrijving worden uitgenodigd.¹⁰

Subgunningscriteria:

De concrete onderwerpen die medebepalend zijn voor de beste prijs-kwaliteitverhouding:

- a. kwaliteit, waaronder technische verdienste;
- b. esthetische en functionele kenmerken;
- c. toegankelijkheid;
- d. geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers;
- e. sociale, milieu- en innovatieve kenmerken;
- f. de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;
- g. de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht, zie art. 2.115 lid 2 Aanbestedingswet;
- h. klantenservice en technische bijstand;
- i. leveringsvoorwaarden, zoals leveringsdatum, leveringswijze, leveringsperiode of termijn voor voltooiing.

Uitsluitingsgronden:

Gronden waarop een gegadigde of inschrijver wordt uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure.

Werk:

Het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen (art. 1.1 ARW 2016).

9. Ontleend aan Kompas Light, uitgave Architectuur Lokaal, Amsterdam 2016.

10. Ibid.

1.3 *Rechtspraak inzake algemene onderwerpen*

Gids Proportionaliteit heeft geen bindende kracht; geeft slechts visie van aantal personen betrokken bij aanbestedingspraktijk; bevat enkel handreikingen voor redelijke toepassing proportionaliteitsbeginsel in de aanbestedingspraktijk; het hangt steeds af van omstandigheden in hoeverre een referentiewerk wat de omvang betreft proportioneel is:

Rb. Amsterdam 27 november 2011, nr. 499069 / KG ZA 11-1388 Pee/CGvB, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7796: Manpower heeft in dat kader ter zake de omvang van referentiewerken een beroep gedaan op de toepassing van een 60%-regel die wordt genoemd in de Gids Proportionaliteit. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de Gids Proportionaliteit geen bindende kracht heeft en slechts de visie geeft van een aantal personen betrokken bij de aanbestedingspraktijk. Dit document bevat enkel handreikingen voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in de aanbestedingspraktijk. Het hangt steeds af van de omstandigheden van het geval in hoeverre een referentiewerk wat de omvang betreft proportioneel is.

Begrip ‘Gegadigde’ niet beperkt m.b.t. eventueel optreden inschrijvers in concernverband; Assitur-arrest; systematische uitsluiting verbonden ondernemingen om aan zelfde procedure deel te nemen, gaat in tegen doeltreffende toepassing gemeenschapsrecht; dat aanbiedingen BAM-concern onafhankelijk van elkaar tot stand moeten zijn gekomen, omdat anders de mededinging is geschaad is beperking die niet in Aanbestedingsleidraad is opgenomen en volgt evenmin uit Assitur-arrest:

Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 2014, nr. HD 200.136.186_01, ECLI:NL:GHSHE:2014:1355, JG 2014, 37, m.nt. M.E. Biezenaar:

4.8 Het hof overweegt hierover het volgende. Het begrip ‘Gegadigde’ wordt in artikel 2.3 van de Aanbestedingsleidraad als volgt gedefinieerd: ‘Een door de Aanbestedende Dienst erkende aannemer die is toegelaten tot de Inschrijving’. Deze definitie wordt, zoals Enexis en BAM hebben aangevoerd, gehanteerd voor de gehele Aanbestedingsleidraad, zodat (voldoende aannemelijk is dat) aan deze term in alle onderdelen daarvan dezelfde betekenis wordt toegekend. In artikel 10.3 van de Aanbestedingsrichtlijn wordt bepaald dat een Gegadigde mag inschrijven op alle Gebieden (4) en dat aan een Gegadigde kan maximaal 2 Raamovereenkomsten worden gegund (per Gebied maximaal 1 Raamovereenkomst per Gegadigde). In de definitie van het begrip ‘Gegadigde’ in artikel 2.3 noch in de regeling van artikel 10.3 wordt enige beperking aangebracht met betrekking tot eventueel optreden van inschrijvers in concernverband. Ook elders in de Aanbestedingsleidraad is zulk een beperking of uitsluiting niet opgenomen. BAM Zuid en BAM Midden-West voldoen ieder afzonderlijk aan de definitie van Gegadigde, want – zoals Enexis en BAM hebben aangevoerd en niet door [Civiel] wordt betwist – elk van beide vennootschappen is een door Enexis erkende aannemer die is toegelaten tot de inschrijving. Hiervan uitgaande mochten op grond van het bepaalde in artikel 10.3 van de Aanbestedingsleidraad zowel BAM Zuid als BAM Midden-West, daartoe uitgenodigd en toegelaten door Enexis, inschrijven op alle vier gebieden, met dien verstande dat aan ieder van hen maximaal twee raamovereenkomsten, voor verschillende gebieden, kunnen worden gegund. Hieraan voldoen naar het voorlopig oordeel van het hof de gunningsbesluiten die Enexis op 31 mei 2013 in zoverre regelmatig en (niet on)rechtmatig heeft genomen. Het hof gaat hierbij dan ook voorbij aan de centrale stelling van [Civiel] dat Enexis BAM Zuid en BAM Midden-West niet ieder afzonderlijk kon en mocht aanmerken als ‘Gegadigde’ in de door haar zogenoemde ‘spreidingsregeling’ van artikel 10.3 van de Aanbestedingsleidraad, voor zover [Civiel] hiermee heeft bedoeld te betogen – zakelijk weergegeven – dat deze ‘spreidingsregeling’ moet worden gekwalificeerd als een uitsluitingsgrond die Enexis als aanbestedende dienst bij de gunning van de raamovereenkomsten had moeten toepassen.

Het hof gaat bij zijn beoordeling in hoger beroep verder ervan uit dat – anders dan [Civiel] heeft betoogd – de aanbestedingsdocumentatie voor wat betreft het begrip ‘Gegadigde’ (en, daarop voortbouwend, het begrip ‘Inschrijver’) géén uitsluiting van onderling verbonden

ondernemingen binnen concernverband bevat, op grond waarvan Enexis de in totaal vier raamovereenkomsten niet zou hebben kunnen en mogen gunnen aan BAM Zuid en BAM Midden-West.

4.9 Partijen hebben in dit verband nog in hun rechtsstrijd betrokken hetgeen het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld en beslist in het Assitur-arrest (HvJEU 19 mei 2009, C-538/07). Volgens [Civiel] is met de zogenoemde ‘spreidingsregeling’ van artikel 10.3 van de Aanbestedingsleidraad dezelfde situatie ontstaan als in dat arrest. Het hof begrijpt dit aldus dat volgens [Civiel] uit (de strekking van) het Assitur-arrest voortvloeit dat twee ondernemingen die deel uitmaken van een concern niet als afzonderlijke inschrijvers mogen worden aangemerkt, maar als één inschrijver.

4.10 Het hof overweegt hierover het volgende. In het Assitur-arrest is onder meer uitgemaakt dat geen absoluut verbod van deelneming aan een aanbestedingsprocedure mag worden opgelegd aan ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die onderling zijn verbonden, om tegelijk en als concurrenten aan eenzelfde aanbesteding deel te nemen zonder hun de mogelijkheid te bieden, aan te tonen dat deze verhouding hun respectieve gedrag in het kader van deze aanbesteding niet heeft beïnvloed. Het Hof van Justitie heeft hiertoe onder meer het volgende overwogen:

28. De systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen van het recht om aan eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deel te nemen, gaat evenwel in tegen een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht. Een dergelijke oplossing leidt immers tot een aanzienlijke vermindering van de mededinging op gemeenschapsniveau. Waar het in dit arrest om gaat, is dat het opnemen van beperkingen voor ondernemingen in concernverband in aanbestedingsstukken niet op voorhand is uitgesloten maar dat een systematische uitsluiting van dergelijke ondernemingen niet is toegestaan. Zoals hiervoor is overwogen, is in deze zaak evenwel niet gebleken dat er sprake van enige uitsluiting van ondernemingen in concernverband in de Aanbestedingsleidraad, zodat hier zich niet een situatie voordoet als bedoeld in het Assitur-arrest. Integendeel, het begrip ‘Gegadigde’ als bedoeld in artikel 2.3 van de Aanbestedingsleidraad maakte het mogelijk voor onderling verbonden ondernemingen van hetzelfde concern – zoals [Civiel] zelf ook erkent (zie hierna) – om zich in te schrijven voor de gunning van raamovereenkomsten op de voet van artikel 10.3 van die leidraad. Daarmee werd in de aanbestedingsdocumentatie onderkend dat, zoals het Hof van Justitie in het Assitur-arrest voor ogen stond, ‘ondernemingen in verschillende vormen en voor verschillende doelstellingen kunnen worden gegroepeerd zonder dat daarbij noodzakelijkerwijs is uitgesloten dat de afhankelijke ondernemingen over een bepaalde autonomie beschikken om hun handelsbeleid en hun economische activiteiten, met name op het gebied van deelneming aan openbare aanbestedingen, te bepalen’ (HvJEU 19 mei 2009, r.o. 31). Dat, zoals [Civiel] kennelijk wil betogen, Enexis als aanbestedende dienst heeft gehandeld en beslist in strijd met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling door toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 10.3 van de Aanbestedingsleidraad op de wijze als zij heeft gedaan en BAM Zuid en BAM Midden-West ieder twee raamovereenkomsten te gunnen, acht het hof dan ook niet aannemelijk geworden.

4.11 Zoals blijkt uit haar brief aan Enexis van 11 juni 2013 betwist [Civiel] ook niet dat het BAM is toegestaan met meerdere concernvennootschappen als erkende aannemers in te schrijven, maar beroept zij er ‘slechts’ op dat de aanbiedingen van het BAM-concern dan wel onafhankelijk van elkaar tot stand moeten zijn gekomen, omdat anders de mededinging is geschaad. Een dergelijke beperking is evenwel niet in de Aanbestedingsleidraad opgenomen en volgt evenmin uit het in het Assitur-arrest bedoelde transparantiebeginsel en beginsel van gelijke behandeling.

Overigens heeft [Civiel] haar stelling dat BAM Zuid en BAM Midden-West zijn aan te merken als werkmaatschappijen van één onderneming en dat hun inschrijvingen niet onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen, tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door BAM onvoldoende aannemelijk gemaakt.

4.12 Het voorgaande brengt het hof tot de slotsom dat de grieven in principaal appèl alle falen, en dat de vorderingen van [Civiel], ook voor zover gewijzigd in hoger beroep, niet voor toewijzing in aanmerking komen.