

| III

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2016

Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht

Enkele beschouwingen over nieuwe aanbestedingsregels uit Brussel

Jan-Michiel Hebly¹

In ons werkzame bestaan hebben de paden van Henk en mij zich meerdere malen gekruist. Zo maakte Henk in zijn periode in Leiden als hoogleraar deel uit van mijn promotiecommissie en was tot voor kort voorzitter van het instituut voor privaatrecht waar mijn leerstoel is ondergebracht. Onze gezamenlijke interesse is het procesrecht, waarbij Henk zich met name richtte op de arbitrage en mijn vakgebied het aanbestedingsrecht is geworden, in feite een samenstel van grotendeels precontractuele procesregels. Henk is ook jaren advocaat geweest bij een voorloper van het kantoor waar ik nu al vele jaren aan verbonden ben. De afgelopen twee jaren hebben we in het kader van de internationale advanced mastercourse ICCL met onze studenten Brussel bezocht, wat tevens een goede gelegenheid bleek om de informele banden te versterken. Alle reden dus voor een bijdrage aan deze vriendenbundel.

I. Inleiding

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen uit 2014² veroorzaken een stortvloed aan activiteiten in aanbestedingsland. Vanaf het eerste ontwerp van de Europese Commissie uit 2011³ tot en met de implementatievoorstellen van het kabinet van oktober 2015⁴ is aanbestedend Nederland zich aan het voorbereiden op de vernieuwingen. Deze laatste stap van de Europese vernieuwingscyclus van telkens zo'n tien jaar voor de materiële richtlijnen – rond 1993 de aangepaste richtlijnen

¹ Prof. mr. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma en hoogleraar Bouw- en aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden. Met dank aan mijn kantoorgenoot mr. Mohamed El Mimouni voor het nodige voorbereidende werk.

² Richtlijn 2014/24/EU (klassieke sectoren); Richtlijn 2014/25/EU (speciale sectoren) en Richtlijn 2014/23/EU (concessieopdrachten).

³ Voor de klassieke sectoren: Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM(2011) 896 definitief, Brussel 20 december 2011.

⁴ Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 329, nr. 1/2.

voor werken, leveringen, diensten en nutssectoren;⁵ in 2004 de nieuwe geïntegreerde aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren en een aanpassing voor de speciale sectoren,⁶ en nu in 2014 de nieuwe richtlijnen voor de klassieke en speciale sectoren en voor concessieopdrachten – zorgt in Nederland voor een ware uitputtingsslag. Nog maar net bekomen van het thuisraken in de nieuwe Aanbestedingswet per 1 april 2013,⁷ komt met ingang van 1 juli 2016⁸ al weer een nieuwe, op vele onderdelen aangepaste Aanbestedingswet (hierna ook: AW). Deze bijdrage gaat nader in op drie onderwerpen die in de aanbestedingsrichtlijnen – en in de praktijk – een belangrijke rol spelen, maar in de implementatiewetgeving soms een beetje ondergeschoven kindje zijn: de marktconsultatie, belangenconflicten en toezicht. De marktconsultatie heeft in de richtlijn een eigen artikel gekregen (art. 40), maar in het ontwerp voor de nieuwe Aanbestedingswet komt het begrip alleen nog maar voor in een tussenzinnetje van art. 2.25. De belangenconflicten komen er nog het beste af van de drie, met regelingen in art. 1.10b en 2.51 van het wetsontwerp, de introductie van twee uitsluitingsgronden in art. 2.87 en een opname in het proces-verbaal van art. 2.132. Daarentegen is de toezichtbepaling van art. 83 Richtlijn in het gehele wetsontwerp niet terug te vinden.

Ik behandel deze onderwerpen alleen voor de klassieke sectoren (deel 2 van het wetsontwerp). De regelingen in de delen 2a (concessieopdrachten) en 3 (speciale sectoren) van het wetsontwerp wijken voor deze onderwerpen overigens slechts op een enkel onderdeel af, voor zover ze al zijn opgenomen.⁹

2. Marktconsultatie

Art. 40 Richtlijn 2014/24/EU (1^e alinea): ‘Voor de aanvang van een aanbestedingsprocedure kunnen aanbestedende diensten, ter voorbereiding van de aanbesteding, marktconsultaties houden om de ondernemers op de hoogte te brengen van hun aanbestedingsplannen en voorwaarden. [...]’

De mogelijkheid van een marktconsultatie is in de richtlijn voor de klassieke sectoren opgenomen in art. 40. Art. 40 is in feite de opvolger van overweging 8 van Richtlijn 2004/18/EG, die een technische dialoog tussen aanbesteder en markt-

5 Richtlijn werken 93/37/EEG; Richtlijn leveringen 93/36/EEG; Richtlijn diensten 92/50/EEG; Richtlijn nutssectoren 93/38/EEG.

6 Richtlijn 2004/18/EG (Klassieke sectoren) en Richtlijn 2004/17/EG (Nutssectoren).

7 Aanbestedingswet 2012, *Stb.* 2012, 542, in werking getreden per 1 april 2013, *Stb.* 2013, 57.

8 Uiterste datum van implementatie van de nieuwe richtlijnen is 18 april 2016 (zie art. 90 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en overeenkomstige bepalingen in de beide andere richtlijnen), maar de wetgever heeft deze datum niet gehaald, zie brief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 21 maart 2016, *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 329, nr. 30 en Handelingen II 9 maart 2016, 34 329, TU 62-12-20. Inwerkingtreding is thans voorzien per 1 juli 2016.

9 In de concessierichtlijn is bijv. geen bepaling omtrent marktconsultatie opgenomen.

partijen toestond. De formulering van die overweging is iets afgezwakt en in algemene bewoordingen biedt de richtlijn in art. 40 de mogelijkheid voor het houden van een marktconsultatie voorafgaande aan een aanbesteding.

In hun handboeken beschrijven Essers¹⁰ en Arrowsmith¹¹ waarom een aanbestedende dienst een marktconsultatie zou willen houden. Om zijn inkoopstrategie te bepalen en in het bestek tot een adequate beschrijving van zijn eisen en wensen te komen, moet een aanbesteder namelijk niet alleen weten wat de eigen behoefte is maar dient hij ook een goed beeld te hebben van wat de markt te bieden heeft. De consultatie dient er dan toe te onderzoeken wat de aanbestedende dienst eigenlijk wil uitvragen, wie de potentiële marktdeelnemers zijn en op welke wijze zij in de behoefte van de aanbesteder kunnen voorzien. Zo kan onder meer inzicht worden verkregen ten behoeve van het formuleren van het programma van eisen, de selectie- en gunningscriteria, de te volgen aanbestedingsprocedure, de omvang van de opdracht of de indeling in percelen. Maar ook kan de marktconsultatie dienen om die keuzes nader te motiveren, waartoe art. 1.4 (keuze procedure/ondernemers) en 1.5 (clustering opdrachten/percelen) Aanbestedingswet en de voorschriften 3.4A (keuze procedure) en 3.5B (geschiktheidseisen) van de Gids Proportionaliteit¹² onder meer verplichten. Daarnaast kan een marktconsultatie uiteraard ook dienen – zoals art. 40 Richtlijn in navolging van de toelichting bij de ontwerprichtlijn van 2011 ook nadrukkelijk noemt¹³ – om de markt op de hoogte te stellen van het voornemen om bepaalde opdrachten te gaan uitbesteden. De Gids Proportionaliteit (§ 2.5) beschouwt de marktconsultatie dan ook als een belangrijk instrument om informatie-uitwisseling tussen markt en overheid te bewerkstelligen.

Art. 2.25 ontwerp AW: 'De aanbestedende dienst past voor het plaatsen van een overheidsopdracht één van de procedures in deze afdeling, al dan niet na marktconsultatie toe.'

Art. 40 Richtlijn is blijkens de transponeringstabel bij het wetsontwerp Aanbestedingswet geïmplementeerd in art. 2.25. Een korte toelichting is opgenomen in het algemene deel van de memorie van toelichting.¹⁴ Art. 2.25 is opgenomen in afdeling 2.2.1 Aanbestedingswet, dat is de afdeling die de algemene procedures beschrijft. In die afdeling staan alle procedures geregeld die een aanbestedende dienst kan toepassen als aan de daartoe in de wet gestelde voorwaarden wordt voldaan. Art. 2.25 is het eerste artikel van die afdeling. Daarna volgen de beschrijvingen van de algemene procedures, te beginnen met de openbare procedure in art. 2.26 tot en met de bijzondere voorschriften voor sociale en andere

¹⁰ M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Reed Business Education (4 herziene druk) Amsterdam 2013, p. 164.

¹¹ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement (Volume 1)* (3rd Edition), London: Sweet & Maxwell 2014, p. 650 e.v.

¹² *Stcrt.* 2013, 3075.

¹³ Toelichting, par. 5 onder 4 (p. 13).

¹⁴ MvT, *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 329, nr. 3, par. 3.1 (p. 5-6).

specifieke diensten in art. 2.38 en 2.39. Deze plaatsing aan het begin van afdeling 2.2.1 betekent dat al deze procedures dus kunnen worden voorafgegaan door een marktconsultatie.

In afdeling 2.2.1 AW zijn ook de procedurevoorschriften voor sociale en andere specifieke diensten opgenomen. Dat is op zich verrassend, want de Europese wetgever schaaft deze voorschriften niet onder de gewone procedures van titel II, hoofdstuk I van de Richtlijn (art. 25-32). Daarmee verruimt het wetsontwerp dus de regeling van de richtlijn voor het aspect marktconsultaties. Kennelijk is het de bedoeling van de wetgever dat ook de procedure voor sociale en andere specifieke diensten (uitgewerkt in art. 2.39 AW) kan worden voorafgegaan door een marktconsultatie.

Daarna behandelt afdeling 2.2.3 van het wetsontwerp de bijzondere procedures, te weten de prijsvraag, de raamovereenkomst en het dynamisch aankoopstelsel. Kan aan die bijzondere procedures nu wel of niet een marktconsultatie voorafgaan? De wetgevingsmethodiek wekt de indruk dat dat niet het geval is. Ik denk echter dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest de mogelijkheid van een marktconsultatie te onthouden aan deze bijzondere procedures. Want waarom zou de procedure voor sociale en andere specifieke voorschriften wel kunnen worden voorafgegaan door een marktconsultatie en een prijsvraag of dynamisch aankoopstelsel niet? Een marktconsultatie is immers een voortreffelijk instrument om de beste aanbestedingsvorm te bepalen. Ik meen dan ook dat in het licht van de algemeen geformuleerde bewoordingen van de aanhef van art. 40 Richtlijn – te weten dat een marktconsultatie kan worden gehouden ‘*vóór de aanvang van een aanbestedingsprocedure*’ – iedere aanbestedingsprocedure desgewenst kan worden voorafgegaan door een marktconsultatie. De tekst van de richtlijn maakt voor de marktconsultatie ook geen onderscheid tussen gewone en bijzondere procedures en – voor zover de plaatsing van art. 40 in Titel II van de richtlijn al een aanwijzing in een andere richting zou zijn – is de Nederlandse wetgever van die opbouw van de richtlijn afgeweken.¹⁵

3. Procedure marktconsultatie

De richtlijn en het wetsontwerp bevatten geen voorschriften over de wijze waarop aan een marktconsultatie invulling moet worden gegeven. Daarin is de aanbestedende dienst dus geheel vrij. In de praktijk hebben aanbestedende diensten daarmee al de nodige ervaring opgedaan. Essers beschrijft die in zijn handboek,¹⁶ maar ook uit de gesignaleerde uitspraken blijkt dat. De gebruikte methodes lopen uiteen van informeel overleg met een aantal voor de hand liggende marktpartijen naar volledig uitgewerkte procedures. Niet al deze methodes passen in het

¹⁵ MvT, ad Wijziging opschriften in hoofdstuk 2.2 (p. 42).

¹⁶ Essers, t.a.p., p. 166-168.

Europese aanbestedingsrecht. Uitgangspunt in het Europese aanbestedingsrecht zijn immers de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en objectiviteit.¹⁷ En dan geldt: hoe meer afstand er is tussen de uitvraag en de reacties, des te groter de kans dat die beginselen niet worden geschonden. Om die reden past een vraag & antwoordconsultatie het beste binnen deze piketpalen, als de aanbestedende dienst inzicht wil verkrijgen op welke wijze de markt invulling zou kunnen geven aan haar wensen. Aan de andere kant van het spectrum staat dan de nieuwe procedure van het innovatiepartnerschap,¹⁸ waarbij de aanbestedende dienst na een algemene bekendmaking met geselecteerde partijen kan overleggen over de wijze waarop die marktpartijen invulling aan de wensen van de aanbestedende dienst kunnen geven. Tussen de afstandelijke Q&A-marktconsultatie aan de ene kant en de procedure van het innovatiepartnerschap aan de andere kant zit dan een scala aan consultatiemogelijkheden waarop aanbestedende diensten zich kunnen uitleven. Arrowsmith lijkt een groot voorstander van de marktconsultatie, zodat alle relevante informatie beschikbaar is om aansluitend te volstaan met een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure.¹⁹

Een jaar of tien geleden bestond in Nederland de nodige aandacht voor marktconsultaties, naar alle waarschijnlijkheid ingegeven door de mogelijkheid die overweging 8 van de richtlijn uit 2004 bood om voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure door middel van een ‘technische dialoog’ advies te vragen of te aanvaarden, dat bij het opstellen van het bestek zou kunnen worden gebruikt. Zo zag in 2005 een publicatie van het Kenniscentrum PPS het licht met als titel: ‘Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid’. Een jaar later volgde Rijkswaterstaat met de ‘Werkwijzer Marktconsultatie’. Inmiddels staan de mogelijkheden voor een marktconsultatie uitstekend samengevat in de uitgave van PIANOo uit 2011 onder de titel: ‘Handleiding marktconsultaties; praten met de markt voorafgaand aan een aanbesteding’.

Mijn conclusie is dus dat een marktconsultatie altijd mogelijk is. Dat beeld wordt bevestigd door de jurisprudentie van de afgelopen vijf jaar waarin ik zeker vijftien uitspraken tegenkwam waar een marktconsultatie aan de orde is, soms in de zijlijn, maar vaak ook als onderdeel van het geschil zelf. Deze marktconsultaties bestrijken grote delen van het land – overigens in de uitspraken met name de Randstad – en een groot aantal branches, zoals personenvervoer,²⁰ medische hulpmiddelen,²¹ de exploitatie van een jachthaven,²² militaire uitrusting²³ en radiocommunicatieap-

17 Art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU (en overeenkomstige bepalingen in de beide andere richtlijnen).

18 Art. 2.31a e.v. van het wetsontwerp.

19 Arrowsmith, t.a.p., p. 650.

20 Rb. Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

21 Rb. Midden-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

22 Rb. Breda 19 november 2014, JAAN 2015/178.

23 Rb. Den Haag 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13395.

paratuur.²⁴ Van de mogelijkheid van een marktconsultatie maken aanbestedende diensten dus al ruim gebruik. Maar ook de markt is geïnteresseerd in consultaties blijkens de reacties van onder meer VNO/NCW-MKB Nederland, de Stichting Marktwerking Installatietechniek en het Kennisplatform CROW in de consultatieronde van het wetsontwerp AW.²⁵ De nieuwe mogelijkheden liggen gereed voor veelvuldig gebruik.

4. Belangenconflicten

Art. 40 Richtlijn 2014/24/EU (2e alinea): ‘[...] Met dit doel kunnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld advies van onafhankelijke deskundigen of instanties of van marktdeelnemers inwinnen of ontvangen dat kan worden gebruikt bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, mits dit advies niet leidt tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.’

Dat brengt mij bij de beperkingen van de marktconsultatie, want als ik zeg ‘alles daar tussenin’ betekent dat niet dat aanbestedende diensten maar kunnen consulteren zoals ze willen. Art. 40 Richtlijn, dat handelt over de marktconsultatie, kent namelijk nog een tweede alinea. Daarin wordt allereerst de doelstelling van een marktconsultatie weergegeven: het verkrijgen van informatie vanuit de markt die dienstig kan zijn aan het opzetten en uitvoeren van een aanbestedingsprocedure die oplevert wat de aanbestedende dienst nodig heeft. Maar het artikel gaat verder. De marktconsultatie mag er niet toe leiden dat een marktdeelnemer een mededingingsrechtelijk relevante voorsprong verkrijgt op andere marktdeelnemers. Op die situatie ziet het laatste zinsdeel van de tweede alinea van art. 40: een marktconsultatie mag niet leiden tot vervalsing van de mededinging en mag geen aanleiding geven tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie. Voorkomen moet worden dat partijen die betrokken zijn geweest bij een marktconsultatie over informatie beschikken die de rest van de markt niet heeft en waarover zij ook niet de beschikking krijgen of kunnen krijgen. Een marktconsultatie kan aldus leiden tot belangenconflicten vergelijkbaar met die van adviseurs of andere betrokkenen bij het voortraject van een aanbesteding.

Na de totstandkoming van de vorige aanbestedingsrichtlijn uit 2004 heeft de Europese rechter de nodige uitspraken gedaan over belangenconflicten. Dat onderwerp is dus in de afgelopen tien jaar in de rechtspraak behoorlijk uitgediept. De *Fabricom*-zaak uit 2005²⁶ vormde daarbij een belangrijke mijlpaal, omdat het Hof een duidelijke lijn trok ten aanzien van de mogelijkheid om een marktpartij,

²⁴ Rb. Zuid-West Brabant 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579.

²⁵ Zie www.internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen/reacties/datum/3.

²⁶ HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*), waarover P. Kreijger, ‘Fabricom – Een nieuw hoofdstuk in de rechtspraak over belangenverstremgeling?’, *TA* 2005/208.

die als adviseur in de voorfase betrokken is geweest, uit te sluiten van deelneming aan de daarop volgende aanbestedingsprocedure. Enerzijds erkende het Hof de bijzondere situatie waarin de adviseur verkeerde door te overwegen dat *'niet kan worden volgehouden dat het gelijkheidsbeginsel ertoe verplicht deze persoon op dezelfde wijze te behandelen als iedere andere inschrijver'* (r.o. 31), maar anderzijds vond het Hof een algehele uitsluiting van deze adviseur van deelname aan de aanbestedingsprocedure niet aanvaardbaar *'zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen'* (r.o. 36). Het handelen van de aanbestedende dienst kan bij de feitelijke beoordeling uiteraard een belangrijke rol spelen, want hoe meer informatie uit de voorfase bij de aanbestedingsdocumentatie aan alle gegadigden of inschrijvers beschikbaar is gesteld, hoe groter de kans dat een mededingingsrechtelijk relevante voorsprong van een adviseur uit de voorfase wordt geëcarteerd. Dat is ook het advies van de wetgever in de toelichting bij art. 2.51.²⁷

In de zaak *Evropaiki Dynamiki* uit 2008²⁸ bespreekt het Gerecht de verplichting van een aanbestedende dienst om eventuele voordelen van een betrokken partij te neutraliseren, maar slechts *'voor zover dit vanuit technisch oogpunt eenvoudig te realiseren valt, economisch gezien aanvaardbaar is, en geen inbreuk maakt op de rechten van [...] die inschrijver'* (r.o. 76). Uitsluiting van een inschrijver acht de Europese rechter uitsluitend noodzakelijk *'wanneer er geen adequater middel bestaat om schending van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie te voorkomen'*, aldus het Gerecht in de zaak *Nexans France* uit 2013.²⁹ Ten slotte vatte het Hof deze jurisprudentie samen in de zaak *Intrasoft International* uit 2015,³⁰ waar het ging over betrokkenheid van de winnende inschrijver bij een eerdere vergelijkbare aanbesteding, door te overwegen dat *'uit de [...] aangehaalde jurisprudentie blijkt dat de offerte en de situatie van de betrokken inschrijver concreet moet worden beoordeeld om in termen van een risico van een belangenconflict te kunnen redeneren, en dat de uitsluiting van deze inschrijver een middel is ter verzekering van de eerbiediging van het transparantiebeginsel en van het beginsel van gelijke kansen van inschrijvers'* (r.o. 79), waarna het Hof overging tot de feitelijke toetsing van deze uitgangspunten.

Al deze uitspraken handelden over een mogelijk belangenconflict ten gevolge van eerdere betrokkenheid, voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure. Een ander type belangenconflict speelde in de volgende uitspraken van de Europese rechter. In die gevallen ging het niet om partijen die op enigerlei wijze betrokken waren geweest in de voorfase, maar om belangenconflicten van andere aard. Zo handelt

27 MvT, ad art. 2.51 (p. 49).

28 GEA 12 maart 2008, T-345/03 (*Evropaiki Dynamiki*).

29 GEA 20 maart 2013, T-415/10 (*Nexans France*), r.o. 116.

30 HvJ EU 13 oktober 2015, T-403/12 (*Intrasoft International*).

de zaak *AFCOn* uit 2005³¹ over een belangenconflict tussen een lid van het evaluatiecomité en één van de inschrijvers. Het Gerecht oordeelde in die zaak dat, zodra de mogelijkheid van een belangenconflict wordt vastgesteld, de aanbestedende dienst ‘*met alle vereiste zorgvuldigheid en op basis van alle relevante gegevens, haar beschikking over het verdere verloop van de procedure voor de gunning van de betrokken opdracht [dient] voor te bereiden en te geven*’ (r.o. 75). De Europese Commissie bleek dat in die zaak onvoldoende te hebben gedaan. In de zaken *Assitur* en *Serrantoni* uit 2009³² ging het om de mogelijkheid van een belangenconflict bij verbonden ondernemingen (*Assitur*) dan wel een consortium en een tot het consortium behorende onderneming (*Serrantoni*), die beide inschreven op dezelfde aanbesteding. Uitsluiting was niet zonder meer toelaatbaar. Ten slotte speelde in de zaak *eVigilo* uit 2015³³ een belangenconflict, omdat nauwe banden bestonden tussen de winnende inschrijver en deskundigen van de aanbestedende dienst die de offertes beoordeelden (r.o. 31). Deze uitspraak is echter met name van belang om een andere reden, die ik hierna behandel.

Art. 24 Richtlijn 2014/24/EU (1e alinea): ‘De lidstaten zorgen ervoor dat de aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.’

De tweedeling in typen belangenconflicten, namelijk die ten gevolge van betrokkenheid in de voorfase en die met een andere oorzaak, is terug te vinden in de nieuwe richtlijn. De algemene regeling voor belangenconflicten is terechtgekomen in art. 24 Richtlijn, terwijl de regeling voor belangenconflicten in de voorfase te vinden is in art. 41 Richtlijn. Beide artikelen behandelen dus gelijksoortige situaties. Een vergelijkbare situatie komt ook aan de orde in het eerder besproken laatste zinsdeel van de tweede alinea van art. 40 Richtlijn. Het bereik van art. 24 is echter ruimer dan dat van art. 40 en 41 die enkel betrekking hebben op de voorfase.

Art. 24 Richtlijn geldt als algemene regel voor het verzekeren van een *level playing field*, of het nu gaat om handelingen of optreden voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure met gevolgen voor die procedure, dan wel om handelingen of optreden gedurende het verloop van de aanbestedingsprocedure. De richtlijn verplicht daarbij de lidstaat om ervoor te zorgen dat zijn aanbestedende diensten passende maatregelen kunnen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. De bepaling ziet op situaties die in de invloedssfeer van de aanbestedende dienst liggen en die de aanbesteder dus geacht wordt te kunnen beïnvloeden. Overweging 16 van de richtlijn veronderstelt daarbij proactief handelen van de aanbestedende dienst, door aan te geven dat hij ‘*alle middelen [moet] benutten die het nationaal recht hem*

31 GEA 17 maart 2005, T-160/03 (*AFCOn*).

32 HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*) en HvJ EG 23 december 2009, C-376/08 (*Serrantoni*).

33 HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*).

biedt om te voorkomen dat belangenconflicten tot verstoring van de aanbestedingsprocedure leiden'. Als suggestie voor aanbestedende diensten geeft de richtlijn mee om daarvoor eigen procedures in te richten. Rijkswaterstaat heeft dat in 2007 al gedaan met haar nota 'Scheiding van belang; beleid tegen belangenverstremming bij de aanbesteding'.³⁴

Art. 1.10b ontwerp AW (lid 1): 'Een aanbestedende dienst [...] neemt passende maatregelen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.'

Art. 24 Richtlijn is geïmplementeerd in art. 1.10b van het wetsontwerp. Uit de plaatsing in deel 1 van de wet blijkt het algemene karakter van de bepaling. Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever de strekking verruimd door ook fraude, bevoordeling en corruptie in het artikel op te nemen.

Art. 24 Richtlijn 2014/24/EU (2e alinea): 'Het begrip belangenconflicten omvat ten minste iedere situatie waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst of van een namens de aanbestedende dienst optredende aanbieder van aanbestedingsdiensten, die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de aanbestedingsprocedure in het gedrang te brengen.'

Het tweede lid van art. 1.10b van het wetsontwerp is een getrouwe kopie van de tweede alinea van art. 24 Richtlijn met een nadere duiding van het begrip belangenconflicten. Art. 21 ontwerp-richtlijn uit 2011 – de voorloper van art. 24 Richtlijn – benoemde expliciet een aantal onderwerpen die in ieder geval geregeld moesten worden in de door aanbestedende diensten op te stellen procedures met betrekking tot belangenconflicten, zoals de categorieën van personen waarvoor die procedures zouden gelden, de verplichting tot openbaarmaking van relevante omstandigheden zoals het bestaan van bevoorrechte banden, en een beschrijving van de passende maatregelen in geval van een belangenconflict. Art. 21 ontwerp-richtlijn heeft in het wetgevingsproces echter nogal wat averij opgelopen en is uiteindelijk in sterk gecomprimeerde vorm terechtgekomen in de tweede alinea van art. 24 Richtlijn. De toelichting bij art. 1.10b lost dit gemis deels op door het begrip 'passende maatregelen' met voorbeelden te omschrijven, zoals integriteitsprotocollen, integriteitscodes, normen, compliance regelingen, integriteitsbepalingen in cao's of een intern meldpunt voor belangenconflicten.³⁵

³⁴ Waarover D.J.L. van Ee, 'Belangenverstremming bij aanbestedingen', *TBR* 2010/176.

³⁵ MvT, ad art. 1.10b (p. 26).

Art. 41 Richtlijn 2014/24/EU (1e alinea): ‘Wanneer een gegadigde of inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming de aanbestedende dienst of diensten heeft geadviseerd, al dan niet in het kader van artikel 40, of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, neemt de aanbestedende dienst passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver.’

Art. 41 Richtlijn compenseert echter het uitkleden van art. 24 een beetje. Art. 41 maakte in de ontwerprichtlijn van 2011 nog onderdeel uit van ontwerp-art. 39 over de marktconsultatie. Art. 39 is echter in het wetgevingstraject opgesplitst, waarbij het eerste lid is terechtgekomen in art. 40 Richtlijn en handelt over de marktconsultatie, en het tweede lid – dat de risico’s verbonden aan een marktconsultatie beschreef – is neergedaald in art. 41 Richtlijn. Het artikel vormt daarmee ook een nadere invulling van het laatste zinsdeel van art. 40, dat handelt over de risico’s van een belangenconflict ten gevolge van een marktconsultatie.

De tweede alinea van art. 41 beschrijft vervolgens waaruit de passende maatregelen kunnen bestaan, en is in die zin ook naar analogie bruikbaar voor de toepassing van art. 24, de algemene bepaling over belangenconflicten. Deze passende maatregelen omvatten de mededeling aan andere gegadigden of inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, alsmede de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen. Het artikel vervolgt – in overeenstemming met het standpunt van het Europese Hof in de zaak *Nexans France* uit 2013 – dat de betrokken gegadigde of inschrijver slechts van de aanbestedingsprocedure mag worden uitgesloten, indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren.

Art. 2.51 ontwerp AW (lid 3 en 4): ‘[...] 3. Een aanbestedende dienst sluit een gegadigde of inschrijver die betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure slechts van de aanbestedingsprocedure uit indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. 4. Een aanbestedende dienst biedt een bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure betrokken gegadigde of inschrijver de gelegenheid om te bewijzen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet kan verstoren, alvorens hij de gegadigde of inschrijver van de aanbestedingsprocedure uitsluit’.

Art. 41 Richtlijn is geïmplementeerd in art. 2.51 van het wetsontwerp. De eerste twee leden van art. 2.51 zien daarbij op de passende maatregelen die de aanbestedende dienst moet nemen als een adviseur uit de voorfase mee wil doen aan de aanbestedingsprocedure. Uitsluiting van de betreffende adviseur kan een passende maatregel zijn, maar op grond van het derde van art. 2.51 wetsontwerp kan dat alleen als *ultimum remedium*, dat wil zeggen als er geen andere middelen meer zijn om het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. Het vierde lid legt daarbij

de verplichting op aan de aanbestedende dienst om de gegadigde of inschrijver in ieder geval eerst in de gelegenheid te stellen om aan te tonen dat zijn deelname aan de aanbestedingsprocedure de mededinging niet kan verstoren.

Het derde en vierde lid van art. 2.51 van het wetsontwerp moeten worden gelezen in samenhang met art. 2.87 van het wetsontwerp, dat een opsomming geeft van de facultatieve uitsluitingsgronden. In het eerste lid van art. 2.87 zijn onder e) en f) twee nieuwe facultatieve uitsluitingsgronden opgenomen. Onderdeel e) ziet daarbij op de facultatieve uitsluitingsgrond voor het geval zich een (algemeen) belangenconflict in de zin van art. 1.10b voordoet dat niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen, terwijl onderdeel f) betrekking heeft op de eerdere betrokkenheid van een gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure waardoor een vervalsing van de mededinging speelt die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen. Naast het proportionaliteitsbeginsel geldt natuurlijk in deze situaties ook art. 2.87a van het wetsvoorstel, zodat de gegadigde of inschrijver mag bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Ten slotte bevat art. 2.132 van het wetsvoorstel een verplichting voor de aanbestedende dienst om vastgestelde belangenconflicten en een beschrijving van de genomen passende maatregelen in het aanbestedingsproces-verbaal op te nemen.

5. Bewijslastverdeling belangenconflicten

HvJ EU 22 april 2015, C-538/13 (eVigilo): '42. Aangaande de bewijsregels ter zake zij opgemerkt dat de aanbestedende diensten volgens artikel 2 van richtlijn 2004/18 ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en transparantie in hun handelen moeten betrachten. Bijgevolg spelen zij een actieve rol bij de toepassing van die beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten. 43. Die plicht vormt de kern van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Bijgevolg moet de aanbestedende dienst in ieder geval nagaan of er eventueel sprake is van belangenconflicten en passende maatregelen nemen om dergelijke conflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen. Het zou onverenigbaar met die actieve rol zijn om de verzoekende partij te verplichten in de beroepsprocedure concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn. [...] 44. Indien de afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, staat het derhalve aan die aanbestedende dienst om alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de vaststelling van het besluit tot gunning van de opdracht, teneinde de belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken.'

De situaties van een algemeen belangenconflict en een belangenconflict ten gevolge van betrokkenheid in de voorfase verschillen echter in die zin, dat bij een belangenconflict in de voorfase – waarvoor art. 2.51 van het wetsontwerp geldt – veelal (in ieder geval bij de aanbestedende dienst) bekend is dat de adviseur over kennis beschikt die de mededinging zou kunnen beperken. In een dergelijke situatie ligt het voor de hand de bewijslast bij de betrokken adviseur te leggen, dat géén sprake is van een mededingingsrechtelijk relevant voordeel. Vandaar ook dat het vierde lid van art. 2.51 wetsontwerp de aanbestedende dienst expliciet verplicht de adviseur de gelegenheid te geven om aan te tonen dat zijn deelname aan de aanbestedingsprocedure de mededinging niet kan verstoren.

Bij de situaties waar het algemene ‘belangenconflict’-art. 1.10b van het wetsontwerp op doelt, bestaat die duidelijkheid over voorkennis veelal niet. Voor die gevallen geeft de uitspraak van het Europese Hof in de zaak *eVigilo* uit 2015 een richtsnoer voor de bewijslastverdeling: nadat de bezwaarmaker objectieve gegevens heeft verstrekt waardoor twijfel ontstaat over de mogelijkheid van een belangenconflict, ligt bij de aanbestedende dienst de verplichting om alle relevante omstandigheden te onderzoeken en zo nodig bij de partijen informatie en bewijsmateriaal op te vragen om helderheid te verkrijgen (r.o. 44). Het Hof legt de bewijslast bij belangenconflicten van algemene aard dus – anders dan bij belangenconflicten die samenhangen met de voorfase – in overwegende mate bij de aanbestedende dienst, door hem een actieve rol te geven bij het onderzoek naar mogelijke belangenconflicten.

6. Toezicht

Art. 83 Richtlijn 2014/24/EU (lid 1 en 2): ‘1. Met het oog op een correcte en efficiënte uitvoering zien de lidstaten erop toe dat ten minste de in dit artikel genoemde taken worden verricht door één of meer autoriteiten, instanties of structuren. [...] 2. De lidstaten zorgen ervoor dat de toepassing van de regels voor overheidsopdrachten wordt gecontroleerd.

Wanneer toezichthoudende autoriteiten of structuren op eigen initiatief of na ontvangst van informatie specifieke schendingen of systematische problemen vaststellen, zijn zij bevoegd die problemen te signaleren aan de nationale auditautoriteiten, rechterlijke instanties of andere bevoegde autoriteiten of structuren, zoals de Ombudsman, de nationale parlementen of hun commissies [...].’

Dat brengt mij bij het laatste onderwerp van deze bijdrage: het toezicht. In situaties waarin een aanbestedende dienst een actieve rol moet vervullen – zoals bij het onderzoek naar een mogelijk belangenconflict – en dat ten onrechte niet doet, moet hij daarop aangesproken kunnen worden. Ook in andere gevallen waar een aanbestedende dienst de aanbestedingsregels niet correct naleeft, dient er een instantie te zijn die daarop toezicht houdt.

De rechtsbeschermingsrichtlijnen bieden een grondslag voor belanghebbende, 'betrokken' partijen bij een aanbesteding om actie richting een aanbestedende dienst te ondernemen.³⁶ De belangrijkste mogelijkheden die de wet geeft, zijn de rechter en de commissie van aanbestedingsexperts. Ook voor een klacht bij andere instanties, zoals de Ombudsman, geldt het betrokkenheidsvereiste. Voor het indienen van een klacht bij de Europese Commissie geldt dat vereiste niet, maar de Commissie kan die klacht naar vrij believen naast zich neerleggen en afzien van toepassing van het correctiemechanisme of een inbreukprocedure. Accountants of de Rekenkamer dan wel lokale rekenkamers controleren op rechtmatigheid en de toepassing van aanbestedingsregels, maar die controle is enkel jaren achteraf en biedt niet de mogelijkheid voor ambtshalve actie richting bijvoorbeeld de rechter.³⁷ Er is, met andere woorden, in Nederland geen instantie die in het algemeen controle uitoefent op een correcte en efficiënte toepassing van de aanbestedingsregels als bedoeld in de eerste twee leden van art. 83 Richtlijn. In overweging 121 van de richtlijn wordt onderbouwd waarom behoefte is aan deugdelijk toezicht. De Europese wetgever acht het namelijk van essentieel belang, met het oog op een efficiënte en consistente toepassing van de regels, een goed beeld te krijgen van de mogelijke structurele problemen en van de algemene patronen in het nationale beleid inzake overheidsopdrachten, om die problemen doelgericht te kunnen aanpakken. Om die reden voorziet het eerste lid van art. 83 in een verplichting van de lidstaat tot het instellen of aanwijzen van één of meer autoriteiten of instanties die dit toezicht kunnen uitoefenen.

Op dit moment is er in Nederland geen toezichthouder voor alle controletaken, zoals bedoeld in art. 83 Richtlijn. Ik ben het dan ook niet eens met de conclusie van de regering in de memorie van toelichting³⁸ en in de transponeringstabel voor de klassieke richtlijn bij art. 83,³⁹ dat dit artikel geen implementatie behoeft. De rechterlijke autoriteiten en de commissie van aanbestedingsexperts hebben geen mogelijkheid uit eigen initiatief specifieke schendingen of systematische problemen vast te stellen, als bedoeld in het tweede lid. Daarnaast is er geen autoriteit of instantie in Nederland waar burgers, al dan niet georganiseerde belanghebbenden, en andere personen of instanties die geen toegang hebben tot de beroepsprocedures van de rechtsbeschermingsrichtlijnen – maar die wel een belang hebben als belastingbetaler bij deugdelijke aanbestedingsprocedures – schendingen van de richtlijn kunnen melden, die hun klacht dan oppakt en daarop actie kan ondernemen, ook in rechte. Deze groep van belanghebbenden wordt in overweging 122 van de richtlijn met zo veel woorden genoemd.

³⁶ Zie art. 1 Richtlijn Rechtsbescherming 89/665/EEG.

³⁷ Over deze handhavingsmogelijkheden, uitgebreider Essers, t.a.p. hoofdstuk 4.2, p. 589 e.v.

³⁸ MvT, par. 3.10 (p. 13).

³⁹ MvT, onder III, Transponeringstabel Richtlijn 2014/24/EU (aanbestedende diensten).

Het is bekend dat Nederland zich heeft verzet tegen het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie, neergelegd in art. 84 ontwerprichtlijn uit 2011,⁴⁰ waar expliciet de verplichting voor de lidstaten was opgenomen ‘één onafhankelijke instantie aan te wijzen die belast is met toezicht op en coördinatie van uitvoeringsactiviteiten’ (lid 1). Er was de nodige steun voor dat standpunt van Nederland, zoals bij het Comité van de Regio’s dat in zijn advies van 2012 voorstelde het gehele toezichtartikel maar te schrappen,⁴¹ maar dat standpunt heeft de Europese wetgever blijkens de eindtekst van art. 83 niet overgenomen. Eén instantie is niet (meer) vereist, maar voor alle genoemde taken dienen autoriteiten met adequate bevoegdheden te worden aangewezen of ingesteld. Ook enkele fracties hebben zich blijkens de Nota naar aanleiding van het verslag⁴² afgevraagd waarom geen onafhankelijk toezichthouder wordt ingesteld, met eigen onderzoeksbevoegdheden en doorzettingmacht, waarop de regering antwoordde dit niet te willen omdat dit tot een ingrijpende stelselwijziging zou leiden. Ik denk echter niet dat daarvan sprake zal zijn, want enerzijds zal de toezichthouder zich tot de gebruikelijke civiele instanties, zoals rechter en commissie van aanbestedingsexperts kunnen wenden, en anderzijds bestaat ook nu in deel 4 van de Aanbestedingswet al een bestuurlijk sanctiesysteem waarbij de ACM een boetebeschikking kan opleggen, met beroepsmogelijkheden overeenkomstig de gebruikelijke praktijk in mededingingszaken.⁴³ Het is in mijn ogen dan ook een omissie van de wetgever dat art. 83 niet wordt geïmplementeerd.⁴⁴ Daarmee loopt Nederland nodeloos het risico van een inbreukprocedure vanuit Brussel. Het verdient aanbeveling beter ten halve te keren dan ten hele te dwalen, en alsnog bij wet een aanbestedingsautoriteit in het leven te roepen die invulling kan geven aan de verplichtingen van art. 83, die nu nog openstaan. Dan zal er eindelijk een *level playing field* ontstaan in aanbestedingsland, met toezichthoudende autoriteiten voor zowel ondernemingen als aanbestedende diensten.⁴⁵

40 Waarover M.J.J.M. Essers, R.S. Damsma & C.G. van Blaaderen, ‘De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen: werk aan de winkel of kan de wetgever op zijn lauweren rusten?’, *NTER* 2014/5.

41 Advies van het Comité van de Regio’s – Pakket overheidsopdrachten, 2012/C 391/09, Wijzigingsvoorstel 29.

42 Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 34 329, 18 januari 2016, par. 3.10.

43 Zie afd. 4.3.2 Aanbestedingswet 2012.

44 Zo ook de consultatiereactie van mijn kantoor (Houthoff Buruma), zie noot 25.

45 De onderwerpen in deze bijdrage heb ik eerder besproken in lezingen bij de extra wetenschappelijke vergadering ‘Highlights Wetsvoorstel Wijziging Aanbestedingswet’ van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht te Utrecht op 18 februari 2016 en bij het seminar ‘Bestuur en Toezicht in de (semi)publieke sector’ te Leiden op 18 maart 2016.