



# Rapport

## h2>Klacht

Verzoeker klaagt erover dat het college van burgemeester en wethouders van Apeldoorn in het kader van een openbare aanbesteding van werkzaamheden:

1. aan hem en anderen eisen met betrekking tot een minimum omzet van aanbidders heeft gesteld, die oneigenlijk en onevenredig zijn, en
2. heeft verzuimd om hem en eventuele andere aanbidders erop te wijzen dat financiële zekerheid ook via een bankgarantie of dergelijke kon worden gegeven.

## Beoordeling

### I. Bevindingen

1. Eind 2007 maakte de gemeente Apeldoorn bekend dat een opdracht tot uitvoering van een trainingsprogramma "Omgaan met agressie" zou worden verleend, na een selectieprocedure door middel van een openbare aanbesteding, met een voorselectie van de gegadigden. Geïnteresseerden dienden hun belangstelling kenbaar te maken door middel van een aanmeldingsformulier met een ruim aantal te beantwoorden vragen, onder meer met betrekking tot de financiële situatie van de onderneming. In de toelichting op deze vragen staat onder meer dat een minimum omzet van € 500.000 in de boekjaren 2005 en 2006 een vereiste is om in aanmerking te kunnen komen voor selectie.

2. Verzoeker is een zelfstandig ondernemer met een omzet die voornamelijk wordt behaald met het verzorgen van cursussen en trainingen in de omgang met agressie. Op 18 januari 2008 stuurde verzoeker de gemeente zijn aanmeldingsformulier met de gevraagde gegevens.

Met betrekking tot de vragen naar zijn solvabiliteit en liquiditeit lichtte verzoeker toe, dat veel van zijn klanten in 2005 hun opdrachten hadden uitgesteld na een mededeling van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) dat in de jaren 2006 en 2007 voor trainingen in de omgang met agressie een subsidie kon worden verstrekt. Als gevolg van de onvermijdelijke omzetzakelijkheid kon verzoekers onderneming voor het boekjaar 2005 niet voldoen aan het vereiste van een minimum omzet van € 500.000, maar wel, in ruime mate, voor de boekjaren 2006 en 2007.

3. De gemeente deelde verzoeker en de andere aanvragers van de selectieleidraad op 14 januari 2008 mee, dat aan de in de leidraad bij het aanvraagformulier opgenomen eisen toepassing zou worden gegeven, en dat is verzocht om de omzetgegevens over 2005 en 2006, omdat van de meeste gegadigden de omzetgegevens van 2007 nog niet bekend konden zijn.

4. Verzoeker kreeg op 25 januari 2008 bericht van de gemeente dat de beoordelingscommissie zijn inschrijving zorgvuldig had gezien, maar had besloten dat hij niet in aanmerking kon komen voor het vervolgtraject omdat hij niet aan de gestelde financiële eisen had voldaan.

5. Verzoeker maakte per brief van 27 januari 2008 bij het college van burgemeester en wethouders van Apeldoorn bezwaar tegen het niet in aanmerking nemen van zijn aanmelding voor de selectieprocedure. Hij wees er op, dat hij met uitzondering van het omzetvereiste voor 2005 verder aan alle eisen had voldaan, en dat de afwijzing van zijn aanmelding zijns inziens strijdig was met artikel 47 van de Richtlijn 2004/18 EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (zie Achtergrond, onder 2.). Op grond van het eerste lid, onder c. van dat artikel mag een verklaring over ten hoogste de drie laatste beschikbare boekjaren worden gevraagd. Verzoeker stelde dat hij met zijn aanbod tot het verstrekken van zijn omzetgegevens over de laatste twee jaren, 2006 en 2007, in feite had voldaan aan de vereisten. Verder stelde verzoeker, dat hij ten onrechte niet was geweest op de in dat artikel genoemde mogelijkheid van op het andere wijze bieden van zekerheid.

6. De gemeente Apeldoorn deelde verzoeker per brief van 11 februari 2008 mee, dat de beslissing om zijn bedrijf niet voor de selectie in aanmerking te nemen uitsluitend berustte op de conclusie van selectiecommissie, dat niet was voldaan aan de minimum eisen voor selectie. Die conclusie kwam tot stand na een zorgvuldige toetsing en beoordeling, waarbij de commissie, gelet op de vooraf vastgestelde criteria, niet vrij was om anders te beslissen.

Verder deelde de gemeente mee, dat bij de start van een aanbestedingsprocedure in december 2007 naar de cijfers over 2005 en 2006 is gevraagd, omdat niet elke gegadigde tijdig kon beschikken over zijn omzetgegevens over 2007. Indien dan later alsnog gegevens over 2007 zouden zijn meegewogen had dat geleid tot een niet toegestane ongelijke behandeling van andere gegadigden, die niet zijn gevraagd naar informatie over 2007 of die dergelijke gegevens niet hebben verstrekt.

Wat betreft de nadelige gevolgen voor verzoeker van het in 2005 bekend gemaakte bericht over een subsidieverstrekking voor 2006 en 2007, stelde de gemeente dat dit effect zich in min of meer gelijke mate bij verzoekers concurrenten kon hebben voorgedaan, en dan geen sprake kon zijn van een ongelijke behandeling door te vragen naar gegevens over 2005.

Tot slot stelde de gemeente dat het gestelde omzetvereiste in een juiste verhouding stond tot de geschatte werkzaamheden en middelen die met het programma zijn gemoeid. Verzoekers aanbod tot het stellen van financiële zekerheid kwam pas na de beëindiging van de selectiefase en was dus te laat. Indien die zekerheid dan toch was geaccepteerd zou dat strijdig zijn geweest met het beginsel van een gelijke behandeling. Verzoeker is

erop gewezen dat hij zijn uitsluiting aan de civiele rechter kon voorleggen.

7. Verzoeker wendde zich vervolgens tot de Nationale ombudsman met een klacht over het zijns inziens disproportionele omzetvereiste dat de gemeente Apeldoorn in verband met de aanbesteding van het trainingsprogramma “Omgaan met agressie” heeft gesteld. Om het college eerst de gelegenheid te geven om op die klacht te reageren is verzoekers brief doorgestuurd naar het college, met het verzoek de kwestie te behandelen volgens de wettelijke bepalingen voor klachtbehandeling.

Het college deelde de Nationale ombudsman daarop mee, een aanbesteding te beschouwen als een strikt privaatrechtelijke aangelegenheid en het principieel onjuist te achten om de discussie over proportionaliteit langs publiekrechtelijke weg te volgen. Omdat de klacht een gedraging betreft die door het instellen van een procedure aan het oordeel van een andere rechterlijke instantie dan een administratieve rechter kan worden onderworpen, oordeelde het college dat het de klacht niet in behandeling behoefde te nemen. Wel stelde het college bereid te zijn tot een informeel gesprek met verzoeker over het aanbesteden, mede omdat van de ervaringen van marktpartijen kan worden geleerd.

Verzoeker liet echter weten op een dergelijk gesprek geen prijs te stellen.

8. De Nationale ombudsman besloot vervolgens over te gaan tot een onderzoek. In reactie op de klacht en de in verband daarmee gestelde vragen deelde het college onder meer het volgende mee:

a. met betrekking tot de omvang van het gestelde omzetvereiste.

De gemeente Apeldoorn beoogt aan de hand van de geschiktheidseisen vast te stellen of ondernemingen in staat mogen worden geacht een opdracht uit te voeren. Wat betreft het trainingsprogramma “omgaan met agressie” betreft het eisen aan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer en eisen aan de technische en beroepsbekwaamheid. Het omzetvereiste is gesteld omdat de gemeente zaken wil doen met een onderneming met voldoende financiële ruimte om de opdracht uit te voeren. Voorkomen moet worden dat een onderneming wordt geselecteerd die in te grote mate afhankelijk wordt van de aan te besteden opdracht, omdat bijvoorbeeld in het geval dat de opdracht meer zou kosten dan door de onderneming is voorzien, dat de goede uitvoering in gevaar zou kunnen brengen. Dat is ook het geval als een opdracht in een heel kort tijdsbestek moet worden uitgevoerd.

De gemeente is zich zeer bewust van de algemene beginselen zoals het proportionaliteitsbeginsel. Uit het rapport “Overheidsopdrachten vergeet het maar!” van VNO-NCW bleek, dat in 2005 tweederde van de ondernemers vond, dat overheidsinstanties onredelijke selectie-eisen stellen. In het implementatieonderzoek naar het nieuwe juridische kader voor overheidsopdrachten “Waarom vraagt u dat” van

Significantis is veel aandacht besteed aan selectiecriteria met betrekking tot de omzet van een onderneming, evenals in een aantal documenten die het ministerie van Economische zaken heeft opgesteld ter voorbereiding van de Aanbestedingswet (Zie Achtergrond, onder 1.)

Bij een concrete aanbesteding geeft het aanbestedingsteam invulling aan de eisen, door zo goed mogelijk de theorie over omzeteisen en proportionaliteit te vertalen naar de praktijk.

Bij het stellen van omzetvereisten gaat het om;

- het aantal jaren waarin de gevraagde omzet gemiddeld moet zijn behaald:
- de verhouding tussen de geraamde waarde van de opdracht en de omzeteis, eventueel in relatie tot de doorlooptijd van de opdracht:
- de branche waarin wordt aanbesteed, en
- omzeteisen die aan combinaties van ondernemingen worden gesteld.

Ingevolge artikel 48, lid 1 onder c van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao, zie Achtergrond, onder 4.) kan een ondernemer zijn financiële draagkracht aantonen door middel van een verklaring over zijn omzet over maximaal de afgelopen drie beschikbare boekjaren. De gemeente heeft om disproportionaliteit bij de aanbesteding van het desbetreffende programma te voorkomen, slechts gevraagd naar de omzet over twee boekjaren. De aanbesteding is gepubliceerd op 14 december 2007 en niet alle partijen zouden binnen de termijn voor aanmelding, uiterlijk op 21 januari 2008, een jaarrekening over 2007 gereed kunnen hebben. Door te kiezen voor de jaren 2005 en 2006 konden inschrijvingen vergelijkbaar worden gehouden en inschrijvers gelijk worden behandeld.

De desbetreffende opdracht was op basis van eerdere, vergelijkbare opdrachten geraamd op een bedrag van € 150.000 tot € 200.000. De gemeente eist in beginsel een gemiddelde omzet van driemaal de geraamde waarde van de opdracht. In het rapport "Waarom vraagt u dat" wordt op basis van de jurisprudentie voorzichtig geconstateerd dat een gangbare omzeteis bij bouwopdrachten drie tot vijf maal van de waarde is. Van de sector leveringen en diensten is geen jurisprudentie bekend. Juist omdat de gemeente geen disproportionele eisen wil stellen wordt in beginsel de relatief lage factor drie gehanteerd. Dat leidde in dit geval tot een omzetvereiste van, afgerond, € 500.000.

Indien een opdracht in korte tijd moet worden uitgevoerd kan een hogere omzeteis worden gesteld, en indien het een opdracht betreft voor langer dan een jaar een lagere omzeteis. De beoogde doorlooptijd voor het programma "Omgaan met agressie" was april tot en met juni 2008 met een uitloop naar september, en ondanks deze korte periode is de omzeteis

niet verhoogd.

Het verwerken van branchespecifieke eisen is niet steeds eenvoudig en gebeurt uitsluitend indien daarvoor een gegronde reden is, bijvoorbeeld als uit onderzoek is gebleken dat er geen of onvoldoende partijen zijn die aan de eisen kunnen voldoen. In de situatie van dit geval is geen aanleiding gezien de eisen aan te passen.

Gegadigden zijn via het aanmeldingsformulier van 14 december 2007 over de vereisten met betrekking tot een minimum omzet geïnformeerd.

b. met betrekking tot de financiële draagkracht

Ingevolge artikel 48, lid 5, Bao kan een ondernemer die niet de gevraagde referenties over kan leggen, zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbesteder geschikt acht. Dat dient dan te gebeuren op het moment van de aanmelding of de inschrijving, en dus niet pas na de afwijzing.

De inschrijvers zijn over deze mogelijkheid niet actief geïnformeerd, omdat zij worden verondersteld bekend te zijn met de inhoud van het Bao.

In de situatie van dit geval had de inschrijver actief, voor de inschrijving, kunnen vragen of een bankverklaring kon worden overgelegd of hij had zich kunnen beroepen op de draagkracht van andere natuurlijke of rechtspersonen.

Verzoeker heeft op 31 december 2007 per e-mail aangegeven dat zijn b.v. voor het jaar 2005 niet aan het gestelde omzetvereiste kon voldoen, met het verzoek om in te stemmen met een opgave van de jaren 2006 en 2007 als referentie. Op 10 januari 2008 (zie hiervoor, onder 2.) is verzoeker meegedeeld dat daarmee niet kon worden ingestemd.

Verzoeker heeft op de vraag of zijn onderneming deel uitmaakte van een groter concern "Nee" ingevuld, en ook overigens is daar niet van gebleken, zodat het beoordelingsteam ook geen aanleiding had om na te vragen of verzoeker met een beroep op zijn beheersmaatschappij wel aan het omzetvereiste had kunnen voldoen. Indien verzoeker zich had beroepen op de beheersmaatschappij of een bankverklaring had overgelegd, had dat het college genoodzaakt tot het beoordelen van deze informatie.

Tot slot deelde het college mee, dat zich twintig aanbieders hebben aangemeld, waarvan er negentien aan het gestelde omzetvereiste konden voldoen. Vijf inschrijvers zijn, conform de selectieleidraad, vervolgens uitgenodigd om in te schrijven.

## **II. Beoordeling**

a. Ten aanzien van het stellen van eisen met betrekking tot de minimumomzet

9. Het evenredigheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen voor het bereiken van een doel een middel aanwenden dat voor de betrokkenen niet onnodig bezwarend is en dat in evenredige verhouding staat tot dat doel.

10. In de situatie van dit geval gaat het om de klacht van een ondernemer die in aanmerking wilde komen voor een opdracht van de gemeente Apeldoorn voor het verzorgen van een trainingsprogramma. Hij diende zich daartoe via een formulier met een ruim aantal te beantwoorden vragen aan te melden voor de selectieprocedure die de gemeente hanteerde om een keuze uit de gegadigden te kunnen maken. De gemeente voert een beleid voor de openbare aanbesteding van werkzaamheden dat is gebaseerd op een aantal selectiecriteria en een aantal minimum vereisten waaraan de gegadigde moet voldoen.

Verzoekers klacht is, dat de gemeente hem en anderen wat betreft de voorwaarde van een minimum omzet onredelijke en oneigenlijke eisen stelde.

11. Het college van burgemeester en wethouders stelde zich op het standpunt dat op basis van de eigen ervaringen met het aanbestede trainingsprogramma een bedrag van € 150.000 - € 200.000 gemoeid zou zijn, en dat uit een oogpunt van zekerheid dat de opdracht kan worden uitgevoerd het redelijk is te verlangen dat de betrokken ondernemer ten minste een jaaromzet heeft van drie maal het met de aanbesteding gemoeide bedrag, in dit geval € 500.000.

Het is alleszins acceptabel dat een opdrachtgever zich er van vergewist dat de gegadigde voor de opdracht over de middelen beschikt om een opdracht naar behoren, en binnen de uit een organisatorisch oogpunt gestelde termijnen uit te kunnen voeren. Mede gezien de duur van het uit te voeren programma, dat vier maanden kon vergen, is het door de gemeente in dit geval gehanteerde minimum omzetvereiste, als indicatie voor het potentieel van de mogelijke uitvoerder, redelijk te achten.

12. De gemeente verlangde dat de financiële draagkracht zou worden aangetoond door middel van verklaringen over de laatste twee afgesloten boekjaren, de jaren 2005 en 2006. Dat is nog binnen de grenzen die zijn gesteld in artikel 48, eerste lid, van het besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (zie Achtergrond onder 4), dat een verklaring over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren kan wordt verlangd. Aangezien het ging om een nog vóór de afsluiting van het boekjaar 2007, in december gepubliceerde uitnodiging voor een selectie in de maand januari 2008 is niet onredelijk dat is afgezien van het vragen naar de omzetcijfers over het boekjaar 2007, immers vele ondernemers kunnen in de praktijk hun omzet pas na 31 december van het boekjaar met zekerheid vaststellen.

13. Verzoeker bood na sluiting van de aanmeldingstermijn, in januari 2008, aan om zijn omzetcijfers over 2007 te mogen tonen, omdat zijn omzet in dat jaar hoger, maar in 2005

lager was dan het gestelde minimum bedrag. Het college achtte het uit een oogpunt van gelijke behandeling van alle inschrijvers niet eerlijk om na sluiting van de inschrijvingstermijn af te wijken van de aan geïnteresseerden bekend gemaakte voorwaarden. Op dat standpunt valt niets af te dingen.

Al met al kan niet worden gesteld dat het college voor wat betreft de draagkracht van gegadigden onredelijke eisen heeft gesteld. In dit opzicht is de onderzochte gedraging van het college dan ook behoorlijk.

#### b. Ten aanzien van de informatieverstrekking

14. Het vereiste van actieve en adequate informatieverstrekking houdt in dat bestuursorganen burgers met het oog op de behartiging van hun belangen actief en desgevraagd van adequate informatie voorzien.

15. Verzoeker klaagde er tevens over dat de gemeente heeft verzuimd erop te wijzen dat financiële zekerheid ook via een bankgarantie kon worden gegeven.

16. Ingevolge artikel 48 van het Bao (zie Achtergrond, onder 4.) mag een ondernemer ook door middel van een bankgarantie of dergelijke aantonen dat hij over de gewenste draagkracht beschikt. In het aanmeldingsformulier en de bijgevoegde leidraad is niet op die mogelijkheid gewezen. Volgens het college moet een ondernemer geacht worden op hoogte te zijn van het Bao en had verzoeker in dit geval kunnen vragen of hij op andere wijze aan de gestelde draagkrachteisen kon voldoen.

Het college kan in dat standpunt echter niet worden gevolgd. Het ontbreekt in Nederland momenteel aan een eenduidig, helder en samenhangend geheel van voorschriften met betrekking tot een openbare aanbesteding (zie Achtergrond onder 1.). Dat dwingt aanbestedende overheidsinstanties tot het ontwikkelen en voeren van een eigen beleid. Zoals ook blijkt uit de reactie van het college in het kader van het onderzoek vergt een openbare aanbesteding de nodige kennis en voorbereiding van de daarbij te stellen eisen. Van de aanbestedende overheidsinstantie mag worden verlangd dat door het stellen van duidelijke vragen en een heldere toelichting de gegadigde duidelijk is wat er van hem wordt gevraagd en wat er nodig is voor een zorgvuldige selectie, die recht doet aan de belangen van zowel de aanbestedder zelf als aanbidders. Het gaat te ver om van die aanbidders te verlangen dat zij zich nog eens verdiepen in mogelijke alternatieven voor de gevraagde gegevens, te meer niet in een situatie als deze, waarin het gaat om een procedure op basis van weinig transparante en uitvoerige regelgeving. Geïnteresseerden mochten er daarom op rekenen dat de hun met de leidraad bij het aanmeldingsformulier verstrekte toelichting voldoende was om alle noodzakelijke gegevens te kunnen leveren. Die toelichting was niet volledig nu het ontbrak aan voor aanbidders relevante informatie over een garantiestelling.



Op dit onderdeel is de onderzochte gedraging van het college niet behoorlijk.

#### c. Opmerking over de klachtbehandeling

De resultaten van het onderzoek zijn voorts aanleiding tot een enkele opmerking terzijde.

De wetgever heeft met de wettelijke regeling van het klachtrecht in de Algemene wet bestuursrecht beoogd een aantal minimum eisen te stellen aan een goede behandeling van klachten over een overheidsoptreden. Het doel daarvan is dat de burger, die zich onheus door de overheid bejegend voelt, moet kunnen rekenen op een open en eerlijke behandeling van zijn klacht. De wet noemt een beperkt aantal gevallen waarin een overheidsinstantie niet verplicht is een klacht te behandelen.

In de situatie van dit geval weigerde het college van burgemeester en wethouders van Apeldoorn de klacht te behandelen omdat het hier zou gaan om een strikt privaatrechtelijke aangelegenheid, die betrokkene aan de rechter had kunnen voorleggen. Dat standpunt is echter in strijd met de letter en met de strekking van de wet: een klacht over een overheidsoptreden moet in behandeling worden genomen.

In het geval dat de kwestie via een bezwaarprocedure of in beroep door de bestuursrechter kan worden beoordeeld is een behandeling als klacht niet aan de orde. Maar als de burger met zijn probleem met een overheidsoptreden alleen bij de civiele rechter kan kan hij er voor kiezen om over de zaak (ook) een klacht in te dienen.

De overheidsinstantie waar de klacht over gaat is dan verplicht die klacht te behandelen. De weigering van het college is een miskennis van het belang van verzoeker en van het eigen belang bij een herstel van de verhoudingen.

### **Slotbeschouwing**

De huidige regeling van de openbare aanbestedingen door de overheid bestaat uit een lappendeken van Europese, nationale en lokale voorschriften en beleidsuitgangspunten. Het gaat bij een codificatie van de voorschriften niet alleen om het belang dat is gemoeid met een openbare aanbesteding, maar ook om het belang van een verlichting van de administratieve lasten en de praktische uitvoerbaarheid van de regels voor zowel de aanbestedende overheden als de aanbieders van diensten en werken.

Veel meer dan aan lokale overheden is het aan de nationale overheid om daar voor te zorgen. Begin 2004 heeft de Europese Raad en het Europese parlement ingestemd met een pakket wetgevende maatregelen, met het doel de al vanaf de jaren '70 bestaande situatie te uniformeren, moderniseren en te vereenvoudigen. Nu, vijf jaar later is op nationaal niveau aan die doelstelling nog steeds geen uitvoering gegeven.

Het is de Nationale ombudsman bekend dat het op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen voorstel van wet op grote bezwaren stuitte bij de overheidsinstanties die met de praktijk van de openbare aanbesteding bekend zijn, onder meer omdat van een vereenvoudiging geen sprake was.

Het behoeft geen betoog dat het ontbreken van eenduidige, praktisch hanteerbare voorschriften de belangen schaadt van zowel aanbestedende overheden als de aanbieders.

## **Conclusie**

De klacht over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Apeldoorn is voor zover het betreft het stellen van een omzetvereiste niet gegrond.

Voor zover de klacht betreft dat niet is gewezen op de mogelijkheid van een garantiestelling is de klacht gegrond wegens strijd met het vereiste van actieve informatieverstrekking.

## **Onderzoek**

Op 17 februari 2008 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer K. te Hoeven, met een klacht over een gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Apeldoorn. Naar deze gedraging werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd het college verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Vervolgens werd verzoeker in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren. Tevens werd het college een aantal specifieke vragen gesteld.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reactie van het college gaf aanleiding het verslag op een enkel punt te wijzigen.

Verzoeker gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

### Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

1. Het verzoekschrift van 17 februari 2008, met bijlagen

2. De brief van het college van burgemeester en wethouders van 4 april 2008
3. De brief van de Nationale ombudsman aan het college van 11 juli 2008
4. De brief van het college van 13 augustus 2008.

## Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

## Achtergrond

1. Nationale regelgeving met betrekking tot openbare aanbestedingen.

Momenteel ontbreekt het in Nederland aan een wet waarin de regels met betrekking tot een openbare aanbesteding zijn vastgelegd. Decentrale overheden zijn daarom bij nationale opdrachten (opdrachten die niet vallen onder het Europese richtlijnregime) vooral gebonden aan hun eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de interpretatie van de Europese richtlijnen door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie. Mede naar aanleiding van de aanbevelingen van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid in december 2002 is aangegeven dat een nationaal, coherent en uniform juridisch aanbestedingskader in Nederland gewenst is. Het Ministerie van Economische zaken (EZ) werd daarom aangewezen om een nieuwe Nederlandse Aanbestedingswet te ontwikkelen die - samen met onderliggende regelgeving (AMVB's) - in 2009 in werking hadden moeten treden. In 2006 is het voorstel voor een Aanbestedingswet aan de Tweede Kamer aangeboden en op 20 september 2006 door de Tweede Kamer aangenomen. Op 8 juli 2008 heeft de Eerste Kamer echter het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet verworpen. Het Ministerie van EZ bereidt momenteel een nieuw wetsvoorstel voor en zal naar verwachting in de zomer van 2009 een nieuw voorstel aan de Raad van State zenden.

In verband met de behandeling van het ontwerp van wet deelde de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) de Vaste Kamercommissie voor Economische Zaken uit de Eerste Kamer der Staten-Generaal per brief van 18 juni 2008 mee onoverkomelijke bezwaren te hebben tegen de vormgeving van de regels voor aanbesteding. Die kritiek richtte zich, kort samengevat, tegen een onoverzichtelijk systeem van regelgeving door een spreiding van voorschriften over de wet, twee algemene maatregelen van bestuur en veertien uitgewerkte procedures, met een veelvuldige verwijzing naar Europese richtlijnen. Verder achtte de VNG het bezwaarlijk dat de kern van het aanbestedingsrecht en de beleidsdoelstellingen niet in de wet zelf zijn opgenomen en dat de gedetailleerde, dwingend voorgeschreven regels kunnen leiden tot een rigide uitvoering, grotere administratieve lasten en mogelijk meer juridische procedures. De VNG wees er tot slot op, dat de deregulering geweld wordt aangedaan en dat na uitvoerige raadpleging van

gemeentelijke specialisten en deskundigen de aanbestedingspraktijk niet gediend is met het voorstel.

## 2. Europese regelgeving

Verreweg de belangrijkste wetgeving op het gebied van aanbestedingen wordt gevormd door de twee Europese aanbestedingsrichtlijnen. De eerste Europese aanbestedingsrichtlijnen dateren van begin jaren '70. Begin 2004 stemden het Europees Parlement en de Raad in met het nieuwe 'wetgevend pakket' aanbestedingen. Dit pakket had tot doel de toen bestaande situatie te uniformeren, moderniseren en te vereenvoudigen. De vier op dat moment bestaande aanbestedingsrichtlijnen voor Werken (93/37 EG), Leveringen (93/36/EG), Diensten (92/50/EG) en Nutssectoren (93/38/EG) zijn vervangen door één richtlijn voor leveringen, diensten en werken (Richtlijn 2004/18/EG), de zogenaamde richtlijn voor de 'klassieke sectoren' en één richtlijn voor de nutssectoren water, energie, transport en postdiensten (Richtlijn 2004/17/EG), de zogenaamde richtlijn voor de 'speciale sectoren'.

## 3. Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), Koninklijk besluit van 16 juli 2005, Stb. 408

### artikel 48

“1. Een ondernemer kan zijn financiële en economische draagkracht aantonen door middel van:

- a. passende bankverklaringen of het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's,
  - b. overlegging van balansen of van balansuittreksels, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft, of
  - c. een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.
2. Een ondernemer kan zich voor een bepaalde overheidsopdracht beroepen op de draagkracht van andere natuurlijke personen of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke personen of rechtspersonen. Een ondernemer toont in dat geval bij de aanbestedende dienst aan dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen van die natuurlijke personen of rechtspersonen.

3. Onder dezelfde voorwaarden als bedoeld in het tweede lid, kan een samenwerkingsverband van ondernemers als bedoeld in artikel 4 zich beroepen op de

draagkracht van de deelnemers aan het samenwerkingsverband of van andere natuurlijke of rechtspersonen.

4. Een aanbestedende dienst geeft in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de uitnodiging tot inschrijving aan welke referenties, genoemd in het eerste lid, en andere bewijsstukken overgelegd dienen te worden.

5. Wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht."