

TBR 2014/75

Enige beschouwingen over de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor deelname aan de procedure

Mr. dr. A.J. van Heeswijck¹

1 Inleiding

In deze bijdrage staat artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 centraal. Deze bepaling dwingt aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op basis van objectieve criteria een keuze te maken voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht en de ondernemers die tot de procedure worden toegelaten. Op grond van artikel 1.4 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf deze keuzes op schriftelijk verzoek van een ondernemer motiveren. Hoewel er op het moment van schrijven van dit artikel – voor zover mij bekend – nog geen rechtspraak over deze materie is verschenen, heeft de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor onderhandse procedures al wel het nodige stof doen opwaaien. Zo uitte de schrijfgroep Gids proportionaliteit kritiek op de Circulaire grensbedragen voor procedures beneden de drempelwaarden van 15 augustus 2013 van de Minister voor Wonen en Rijksdienst (hierna: de Circulaire grensprocedures).² De Minister van Economische Zaken verwierp deze kritiek en informeerde de Tweede Kamer hierover in zijn brief van 3 oktober 2013.³ Voorts verscheen in november 2013 de handreiking "Selectie bij onderhands aanbesteden" van PIANOo, waarin voorkeursbeleid ten gunste van lokale ondernemers aan de orde komt.⁴ Reden genoeg dus om aan artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 enige beschouwingen te wijden.

In paragraaf 2 zal eerst kort aandacht worden besteed aan de wetsgeschiedenis van artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012. Vervolgens komt in paragraaf 3 de werkingssfeer van deze bepaling aan de orde. Paragraaf 4 behandelt de voorwaarden voor de keuze van de procedure en de selectie van ondernemer(s). In paragraaf 5 komt de verhouding tussen artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 en de voorschriften 3.4 A en 3.4 B van de Gids proportionaliteit,⁵ die betrekking hebben op de proportionaliteit van de procedure respectievelijk het aantal uit te nodigen ondernemers, aan bod. Paragraaf 6 bevat een slotbeschouwing.

2. De wetsgeschiedenis van artikel 1.4 lid 1 Aanbestedingswet 2012

Eén van de doelstellingen van het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20.. was het creëren van een duidelijk en eenvormig kader voor het plaatsen van overheidsopdrachten beneden de drempelwaarden.⁶ De algemene regeling van artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 sluit daar goed bij aan. Toch was zij niet in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen.⁷ Het huidige artikel 1.4 lid 1 (en lid 3) van de Aanbestedingswet 2012 is bij nota van wijziging ingevoegd, als onderdeel van een nieuwe afdeling met een algemene bepaling voor het sluiten van overeenkomsten.⁸ De regering gaf daarmee volgens eigen zeggen uitvoering

1 Arthur van Heeswijck is advocaat bij PlasBossinade advocaten en notarissen in Groningen.

2 De circulaire is te downloaden vanaf de website www.rijksoverheid.nl.

3 *Kamerstukken II* 2013/14, 32.440, nr. 86.

4 <http://www.piano.nl/sites/default/files/documents/documents/handreikingselectiebijonderhandsaanbesteden.pdf>.

5 Gids proportionaliteit, *Stcrt.* 2013, 3075.

6 *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 3 (MvT), p. 14.

7 *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 2 (wetsvoorstel Aanbestedingswet 20..).

8 *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11.

uze an de

orden be-
el 1.4 lid 1
ens komt
e bepaling
voorwaarden
selectie van
verhouding
lingswet
van de
ebben op de
ctievelijk
an bod.

an

onkelijke
20.. was het
kader voor
neden de
; van artikel
sluit daar
spronke-
lige artikel
wet 2012
nderdeel
ne bepaling
e rege-
uitvoering

pdf.

aan de motie-Van Vliet,⁹ waarin de regering werd opgeroepen "een uniform kader op te stellen voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden met inachtneming van zo laag mogelijke drempelwaarden", omdat ook kleine ondernemingen een faire kans zouden verdienen op het verwerven van overheidsopdrachten.¹⁰ Een groot deel van de overheidsopdrachten valt door de toepasselijke drempelwaarden buiten de werkingssfeer van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (hierna: de aanbestedingsrichtlijnen).¹¹ De verplichting om op basis van objectieve gronden keuzes te maken voor de procedure en de uit te nodigen ondernemers' tezamen met de introductie van 'uitgangspunten' zorgen voor een meer concreet en uniform kader voor de aanbesteding van deze opdrachten.¹²

3. De werkingssfeer van artikel 1.4 lid 1 Aanbestedingswet 2012

Het is in de eerste plaats van belang om de werkingssfeer van artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 vast te stellen. Blijkens de hiervoor besproken wetsgeschiedenis is deze bepaling in de wet opgenomen met als doel een uniform kader te creëren voor opdrachten met een geraamde waarde lager dan de toepasselijke drempelwaarde van de aanbestedingsrichtlijnen. Gelet op de ruime bewoordingen en de plaats van de regeling in een afdeling met algemene bepalingen is zij echter van toepassing op alle overheidsopdrachten, ongeacht de geraamde waarde ervan.

Wanneer de toepasselijke drempelwaarde wordt overschreden, moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vanzelfsprekend rekening houden met de beperkingen die volgen uit Deel 2 en Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 voor de keuze van de procedure.¹³ Voor aanbestedende diensten geldt op grond van artikel 2.25 van de Aanbestedingswet 2012 de openbare of de niet-openbare procedure als uitgangspunt. Slechts in bijzondere, in de wet genoemde situaties mag daarvan worden afgeweken.¹⁴ In veel situaties zal de op grond van artikel 1.4 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 op basis van objectieve criteria te maken keuze dus beperkt zijn tussen de openbare en de niet-openbare procedure. Speciale-sectorbedrijven hebben iets meer keuzevrijheid. Zij kunnen op grond van artikel 3.32 van de Aanbestedingswet 2012 naast de open-

bare en de niet-openbare procedure tevens gebruik maken van de onderhandelingsprocedure met aankondiging. Naar mijn mening had de wetgever de voorrang van de regels in Deel 2 en Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 voor de keuze voor de procedure duidelijker tot uitdrukking kunnen brengen door aan artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 de woorden "onverminderd het bepaalde in Deel 2 en Deel 3 van deze wet" toe te voegen.

Een belangrijke vraag is of artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is op concessies voor diensten en overheidsopdrachten die van de werkingssfeer van Deel 2 en Deel 3 zijn uitgezonderd.¹⁵ De wetsgeschiedenis geeft op deze vraag geen duidelijk antwoord, maar biedt in mijn ogen aanknopingspunten voor het aannemen van een ruime werkingssfeer. In de toelichting bij artikel 1.3a (thans 1.4) van het gewijzigde wetsvoorstel wordt opgemerkt dat de regeling geldt "voor alle gevallen waarin een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf voornemens is een overeenkomst te sluiten inzake het verrichten van werken, leveringen of diensten".¹⁶ Ook het gebruik van de woorden "een schriftelijke overeenkomst" in artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012, dat ruimer is dan het begrip 'overheidsopdracht', wijst op een ruime werkingssfeer. Een concessie is blijkens haar definitie in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 een schriftelijke overeenkomst. Aangenomen mag worden dat artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 daarop van toepassing is. Nu de artikelen 2.32-2.33 en 3.22-3.25 van de Aanbestedingswet 2012 de daarin genoemde opdrachten uitsluitend uitzondert van de werkingssfeer van Deel 2 respectievelijk Deel 3 van de wet, moet voorts worden aangenomen dat artikel 1.4 lid 1 van de wet ook van toepassing is op uitgezonderde opdrachten. Overigens zie ik geen principiële bezwaren tegen toepassing van artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 op concessies voor diensten en uitgezonderde opdrachten.

De betekenis van artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012, dat betrekking heeft op de uit te nodigen ondernemers, is in aanbestedingen waarop Deel 2 of Deel 3 van de wet van toepassing is gering. Alle ondernemers waarop geen uitsluitingsgrond van toepassing is en die voldoen aan de geschiktheidseisen komen in beginsel voor gunning van de opdracht in aanmerking. Op de selectie van gegadigden voor de gunningsfase in niet-openbare

⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32.500 XIII, nr. 105.

¹⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 10.

¹¹ Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2004, L 134/1) en Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2004, L 134/114).

¹² Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 11.

¹³ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 15.

¹⁴ Zie art. 2.28, 2.30 en 2.32 Aanbestedingswet 2012.

¹⁵ Zie ook L.E.M. Haverkort & A. ter Mors, 'Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (deel I)', BR 2013, p. 241.

¹⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 15.

procedures, onderhandelingsprocedures en concurrentiegerichte dialogen is Deel 2 respectievelijk Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 exclusief van toepassing. Aan artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 kan nog wel betekenis toekomen bij de keuze van de ondernemer, wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een opdracht bijvoorbeeld met een beroep op dwingende spoed rechtstreeks onderhands gunt. Hiervoor ontbreken namelijk regels in Deel 2 en Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012.

4. Objectieve criteria

Op grond van artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zowel de keuze voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht als de ondernemers die tot de procedure worden toegelaten op basis van 'objectieve criteria' maken. De Aanbestedingswet 2012 werkt deze criteria niet uit. De parlementaire geschiedenis biedt de praktijk wel enige handvatten voor de op grond van artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 te maken keuzes. Beide subonderdelen worden hier achtereenvolgens besproken.

4.1 De keuze van de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht

Bij 'objectieve criteria' voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht valt volgens de nota van wijziging te denken aan de omvang van de opdracht, de baten en lasten die een bepaalde procedure meebrengt, de kenmerken van de betrokken sector en de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Het element 'kenmerken van de sectoren' kan op zijn beurt worden onderscheiden in onder meer de omvang en structuur van de markt en handelspraktijken.¹⁷ De minister lijkt geïnspireerd te zijn door de Interpretatieve mededeling van de Commissie over Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen.¹⁸ Met uitzondering van 'de baten en lasten die een bepaalde procedure meebrengt' komen alle in de toelichting genoemde elementen terug in de interpretatieve mededeling.

De door minister genoemde elementen lijken overigens niet uitputtend te zijn bedoeld.

Bij opdrachten waarop Deel 2 of Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, is de keuzevrijheid van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zoals gezegd beperkt. Bij opdrachten waarvoor dit niet geldt, kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf volgens de minister kiezen voor de nationale aanbesteding, de meervoudig onderhandse procedure of de enkelvoudig onderhandse procedure.¹⁹ Artikel 1.4 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 verzet zich niet tegen een keuze voor een andere, niet in de toelichting genoemde procedure, zoals de onderhandelingsprocedure of de concurrentiegerichte dialoog. Het ARW 2012 bevat voor deze procedures hoofdstukken met zowel een Europese als een nationale kolom.²⁰ Bij de keuze voor de concurrentiegerichte dialoog, en voor aanbestedende diensten tevens die voor de onderhandelingsprocedure, zou voor de invulling van de in artikel 1.4 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde objectieve criteria reflexwerking kunnen toekomen aan de voorwaarden die Deel 2 respectievelijk Deel 3 van de wet aan de toepassing van deze procedures stellen. Op deze wijze blijft de toepassing van deze procedures beperkt tot bijzondere omstandigheden.²¹

Wanneer Deel 2 of Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is, maar de opdracht (of concessie) wel een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf moeten zorg dragen voor een passende mate van openbaarheid.²² In dat geval ligt toepassing van de meervoudig onderhandse procedure of de enkelvoudig onderhandse procedure niet voor de hand. In ieder geval dienen ondernemers uit andere lidstaten van de Europese Unie toegang te worden verschaft tot alle relevante informatie, zodat zij hun eventuele interesse kunnen tonen.²³

4.2 De keuze van de ondernemers die tot de procedure worden toegelaten

Bij 'objectieve criteria' voor de keuze van de ondernemers die tot de procedure worden toegelaten, kan volgens de toelichting bij de nota van wijziging worden gedacht aan ervaring in de betrokken sector, omvang en infrastructuur van de onderneming en

¹⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 15-16; Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 10, p. 6.

¹⁸ PbEU 2006, C 179/02, paragraaf 1.3.

¹⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 16.

²⁰ Aanbestedingsreglement Werken 2012, Stcrt. 2013, 3075.

²¹ Art. 5.1.2 ARW 2012 (onderhandelingsprocedure met aankondiging) en art. 6.1.3 ARW 2012 (onderhandelingsprocedure zonder aankondiging) van het ARW 2012 lijken ook op deze gedachte te zijn gestoeld.

²² Art. 1.9 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

²³ HvJ EU 14 november 2013, C-388/12 (Ancona/Regione Marche), r.o. 52.

technische en professionele vaardigheden. Blijkens de toevoeging "of andere elementen" is deze opsomming niet uitputtend bedoeld.²⁴

De minister doet in de toelichting bij de nota van wijziging een aantal suggesties voor de selectie van ondernemers voor deze procedures. Hij noemt onder meer de mogelijkheid van het opstellen van een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers, waaruit de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op niet-discriminerende wijze ondernemers kan selecteren voor deelname aan de aanbesteding van een concrete opdracht. Als voorbeeld van een selectiemethode noemt de minister een roulatiesysteem.²⁵

Artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 lijkt aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de nodige vrijheid te laten bij de selectie van ondernemers bij enkelvoudig en meervoudig onderhandse procedures. De handreiking "Selectie bij onderhands aanbesteden" van PIANOo beoogt - zoals de naam al zegt - aanbesteders op weg te helpen bij een selectiebeleid. Een belangrijke vraag is of aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een voorkeursbeleid mogen voeren, bijvoorbeeld door bij meervoudig onderhandse procedures altijd ten minste één of zelfs meer ondernemers uit de eigen regio uit te nodigen voor het doen van een inschrijving. De handreiking geeft aan dat deze voorwaarden door sommige aanbesteders wordt gehanteerd, maar spreekt hierover geen expliciet oordeel uit.²⁶ Volgens de handreiking zouden criteria die zijn gebaseerd op het stimuleren van de regionale economie als beleidsdoel geschikt zijn. Het wekt daarmee in mijn ogen in ieder geval de suggestie dat een voorkeursbeleid voor lokale ondernemers toelaatbaar zou zijn. Ik plaats hierbij kanttekeningen.

Ten eerste lijkt bevoordeling van lokale ondernemers moeilijk te rijmen met de in artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde 'objectieve criteria' op basis waarvan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een keuze moet maken voor de uit te nodigen ondernemers. Uit de reeds aangehaalde toelichting blijkt dat de selectie van ondernemers op niet-discriminerende wijze moet plaatsvinden.²⁷ Beoogd is nu juist te voorko-

men dat bij onderhandse procedures steeds dezelfde ondernemers aan bod komen.²⁸

Ten tweede staat een voorkeursbeleid voor lokale ondernemers op gespannen voet met de algemene beginselen van algemeen bestuur, waaraan aanbestedende diensten waarvan de organen a-bestuursorganen zijn, gebonden zijn bij aanbesteden.²⁹ Te denken valt met name aan het verbod van vooringenomenheid van artikel 2:4 Awb en het hiermee gedeeltelijk samenvallende beginsel van gelijke behandeling. Het verbod van vooringenomenheid kent een ruim toepassingsbereik en gebiedt bestuursorganen zich objectief op te stellen. De ene burger mag niet zonder grond worden bevoordeeld boven de andere burger.³⁰ Op grond van het beginsel van gelijke behandeling dienen bestuursorganen gelijke gevallen gelijk te behandelen. Voor onderscheid moet een objectieve rechtvaardiging bestaan. Stimulering van de regionale economie is ook zonder bevoordeling van lokale ondernemers bij aanbestedingen mogelijk. Ik zie in een dergelijk beleidsdoel dan ook niet zonder meer een rechtvaardiging voor een voorkeursbeleid ten gunste van lokale ondernemers. Als aanbestedende diensten bij de keuze van de uit te nodigen ondernemers onderscheid willen maken op basis van de plaats van vestiging, dan zullen zij dit onderscheid met het oog op toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur deugdelijk moeten motiveren.

Tot slot valt een lokaal voorkeursbeleid moeilijk te rijmen met de doelstellingen van de Europese aanbestedingsregels. De aanbestedingsrichtlijnen strekken er mede toe het risico uit te sluiten dat aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten de voorkeur geven aan ondernemingen die in de eigen lidstaat zijn gevestigd.³¹ Het is lidstaten weliswaar niet verboden met aanbestedingsregelgeving en -beleid zonder Europese dimensie eigen doelen na te streven, maar het is in mijn ogen uit oogpunt van uniformiteit lastig uit leggen dat overheden in onderhandse procedures lokale ondernemers bevoordelen, terwijl opdrachten met een Europese dimensie juist voor onvervalste mededinging van ondernemers uit de gehele Europese Unie (moeten) openstaan.

Voor de goede orde merk ik op dat de Aanbestedingswet 2012 en de algemene beginselen van

24 Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 16.

25 Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 16.

26 Handreiking Selectie bij onderhands aanbesteden, p. 15.

27 Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 16.

28 Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 11.

29 A.J. van Heeswijk, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 105-106.

30 PG Awb I, p. 179. Zie ook L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 1: systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 272-279.

31 Zie o.a. HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge), r.o. 17.

behoorlijk bestuur zich er niet tegen verzetten bij de keuze van de uit te nodigen ondernemers rekening te houden met de plaats van vestiging, wanneer dit vanwege de aard of de omvang van de opdracht wenselijk is. Te denken valt aan baggerwerk in het noorden van Friesland met een geraamde waarde van € 250.000,-. Het kan in voorkomend geval uit doelmatigheidsoverwegingen in de rede liggen ondernemers uit de omgeving van de plaats van uitvoering uit te nodigen. Zij kunnen het werk naar verwachting tegen aanzienlijk lagere kosten uitvoeren dan een ondernemer die in Limburg is gevestigd, doordat zij in de nabijheid van het werk over materieel en personeel beschikken. In dat geval berust de keuze van de uit te nodigen ondernemers op een objectief criterium in plaats van de intentie om lokale ondernemers te bevoordelen.

5. De verhouding tussen artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids proportionaliteit

Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zijn zowel in Europese als in nationale en meervoudig onderhandse procedures gebonden aan het proportionaliteitsbeginsel.³² De leden 3 van de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 van de Aanbestedingswet 2012 bepalen dat bij AMvB een richtsnoer wordt aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop aanbestedende diensten uitvoering moeten geven aan hun verplichting om proportionele eisen, voorwaarden en criteria te stellen. In artikel 10 lid 1 van het Aanbestedingsbesluit is de Gids proportionaliteit aangewezen als dit richtsnoer. Aanbestedende diensten zijn gehouden de voorschriften in de Gids proportionaliteit toe te passen of afwijkingen van een of meer voorschriften te motiveren.³³ De Gids proportionaliteit is niet van toepassing op speciale-sectorbedrijven. De Tweede Kamerleden Schouten en Ziengs hebben de minister door middel van een motie opgeroepen om bij de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 te bezien of de Gids proportionaliteit alsnog als wettelijk richtsnoer voor speciale-sectorbedrijven zou moeten worden aangewezen.³⁴

In de Gids proportionaliteit zijn twee voorschriften opgenomen die betrekking hebben op de keuze van de procedure en de uit te nodigen ondernemers. Het gaat om de voorschriften 3.4 A en 3.4 B. Voorschrift 3.4 A bepaalt dat de aanbestedende dienst per opdracht beziet welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, waarbij hij op een aantal nader benoemde aspecten acht moet slaan. Voorschrift 3.4 B bepaalt dat de aanbestedende dienst bij een meervoudig onderhandse procedure onder de Europese drempelwaarde ten minste drie en ten hoogste vijf ondernemers uitnodigt voor het doen van een inschrijving.

Voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit en artikel 1.4 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 lijken elkaar te overlappen. Zij hebben immers beide betrekking op de keuze van de aanbestedende dienst van de procedure. Dit heeft tot een discussie geleid tussen de schrijfgroep Gids proportionaliteit en de Minister van Economische Zaken, toen de Circulaire grensbedragen bekend werd gemaakt. Volgens de schrijfgroep Gids proportionaliteit zou de Circulaire grensbedragen afwijken van de Gids proportionaliteit, hetgeen in strijd zou zijn met de Aanbestedingswet 2012.³⁵ De minister is het daarmee niet eens. Hij meent dat aanbestedende diensten binnen het kader van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids proportionaliteit eigen aanbestedingsbeleid mogen vaststellen. De Circulaire grensbedragen zou invulling geven aan zowel voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit als artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012. Wanneer de aanbestedende dienst de Circulaire grensbedragen volgt, kan hij voor de in artikel 1.4 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde motivering in beginsel volstaan met een verwijzing naar de circulaire, aldus de minister.³⁶

De verhouding tussen artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 en voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit is al eerder uitgebreid aan de orde gekomen, namelijk tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. in de Eerste Kamer.³⁷ Eerste Kamerlid Reuten verzocht de minister te bevestigen dat de delegatiebepaling van de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 uitsluitend de proportionaliteit van de eisen aan de inschrijvingen en de inschrijvers betreffen en niet de keuze van de aan-

32 Art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012.

33 Art. 1.10, 1.13 en 1.16, telkens vierde lid, Aanbestedingswet 2012.

34 Kamerstukken II 2012/13, 32.440, nr. 76. De minister is in deze motie in eerste instantie opgeroepen speciale-sectorbedrijven aan te sporen de Gids proportionaliteit vrijwillig toe te passen en tijdens de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 te bezien in hoeverre speciale-sectorbedrijven aan deze oproep gehoor hebben gegeven. De motie is in het vertrouwen dat de minister er uitvoering aan zou geven ingetrokken; *Handelingen I* 2011/12, 32.440, nr. 12, item 9, p. 59.

35 De brief van de schrijfgroep is niet openbaar. De kritiek van de schrijfgroep is samengevat in de brief van de minister van 3 oktober 2013. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 32.440, nr. 86.

36 *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 86.

37 *Kamerstukken I* 2011/12, 32.440, C (MvA), p. 20; *Handelingen I* 2012/13, nr. 4, item 2, p. 10, p. 14; *Handelingen I* 2012/13, nr. 4, item 4, p. 32, p. 46, p. 51.

bestedingsprocedure. Hij plaatste kanttekeningen bij voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit, dat daar wel betrekking op heeft.³⁸ De minister ontkende niet dat zowel artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 als voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit betrekking heeft op de keuze van de procedure, maar betoogde dat de bepalingen naast elkaar kunnen bestaan.³⁹ Artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 zou namelijk betrekking hebben op de objectiviteit van de keuze van de procedure en voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit op de proportionaliteit. Een procedure moet zowel objectief als proportioneel zijn, aldus de minister.⁴⁰

Het door de minister gemaakte onderscheid tussen objectiviteit en proportionaliteit is in mijn ogen niet erg scherp. Enerzijds zouden volgens de toelichting bij de nota van wijziging objectieve criteria tevens de lasten van de beoogde procedure voor het bedrijfsleven moeten worden verstaan,⁴¹ terwijl dit aspect volgens de Gids proportionaliteit bij uitstek van belang is voor de proportionaliteit van de gekozen procedure.⁴² Anderzijds omvat voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit aspecten van doelmatigheid,⁴³ terwijl doelmatigheid op haar beurt een belangrijk element is voor de in artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde objectieve criteria. Wat hier ook van zij; een wettelijke grondslag voor de uitwerking van de in artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 objectieve criteria door middel van de Gids proportionaliteit ontbreekt. De aanbestedende dienst zal bij de keuze van de procedure dus niet alleen rekening moeten houden met de Gids proportionaliteit, maar ook met de in artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde objectieve criteria. De Gids proportionaliteit ontnemt aanbestedende dienst daarbij niet hun vrijheid objectieve criteria in beleidsregels vast te leggen.⁴⁴

Artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 en voorschrift 3.4 B van de Gids proportionaliteit overlappen elkaar ook. Deze bepalingen kunnen echter zonder meer goed naast elkaar bestaan. Voorschrift 3.4 B van de Gids proportionaliteit ziet op het aantal uit te nodigen ondernemers en artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 op de inhoudelijke keuze van de ondernemers.

6. Tot besluit

De wetgever heeft met artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 beoogd een meer concreet en uniform kader voor de aanbesteding van opdrachten beneden de drempelwaarden te creëren. De vraag of deze doelstelling is bereikt, is in mijn ogen na één jaar na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 lastig te beantwoorden. Het is wachten op rechtspraak om de invloed van de in artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde 'objectieve criteria' voor de keuzevrijheid van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven op waarde te kunnen schatten. Met name over de vraag of deze criteria (en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) zich verzetten tegen een voorkeursbeleid voor lokale ondernemers lijkt een rechterlijk oordeel gewenst. Interessant is voorts welk vorm de verhouding tussen artikel 1.4 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 en voorschrift 3.4 A van de Gids proportionaliteit zal aannemen. Op dit punt is in mijn ogen de wetgever aan zet. De regelingen overlappen elkaar en het onderscheid tussen 'objectieve criteria' en de proportionaliteit van de procedure is onvoldoende scherp.

Aan het slot van dit artikel plaats ik een kanttekening bij de wettelijke verankering van de Gids proportionaliteit en de voorschriften 3.4 A en 3.4 B in het bijzonder. In de nationale en de meervoudig onderhandse procedure zijn deze bepalingen gelet op de artikelen 1.11 en 1.14 van de Aanbestedingswet 2012 pas van toepassing, wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf uit eigen beweging een aankondiging bekend heeft gemaakt, respectievelijk twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. Op dat moment is de keuze van de procedure (en de ondernemers) al gemaakt. De voorschriften 3.4 A en 3.4 B van de Gids proportionaliteit normeren deze keuze 'met terugwerkende kracht' en dat is in ieder geval wetstechnisch niet fraai. Als een opdracht volgens de enkelvoudig onderhandse procedure wordt gegund, wordt zelfs helemaal niet toegekomen aan de toepassing van de Gids proportionaliteit. De delegatiebepaling hoort, net als artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012, thuis in Afdeling 1.2.1 van de wet.

³⁸ *Handelingen I* 2012/13, nr. 4, item 2, p. 10.

³⁹ De minister heeft overigens ook opgemerkt dat art. 1.4 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 20.. prevaleert boven voorschrift 3.4 van de gids proportionaliteit; *Handelingen I* 2012/13, nr. 4, item 4, p. 51.

⁴⁰ *Handelingen I* 2012/13, nr. 4, item 4, p. 32.

⁴¹ *Kamerstukken II* 32.440, nr. 11, p. 11.

⁴² Zie voorschrift 3.4 A, 2e bullit, Gids proportionaliteit, p. 23.

⁴³ C.E.C. Jansen & S. Mutluer, 'Enkele kanttekeningen bij de Gids Proportionaliteit', *TA* 2012, p. 35-36.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11, p. 13 en p. 16.