



Aan Zijne Excellentie de Gouverneur van Aruba  
t.a.v. de Minister van Justitie  
L.G. Smith Boulevard 76  
Alhier

L.G. Smith Boulevard 8  
Oranjestad, ARUBA  
T: (297) 583 3972  
F: (297) 583 4012  
E: info@rva.aw  
W: www.rva.aw

**Uw brief:** 5 juli 2017  
**Uw kenmerk:** KabGa LV-17/0013  
**Datum:** 24 augustus 2017  
**Kenmerk:** RvA 105-17

**Onderwerp:** Ontwerp-landsverordening houdende regels met betrekking tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en de daarbij te volgen procedures (Aanbestedingsverordening)

Naar aanleiding van bijgaande aan de Raad ter advies toegezonden ontwerp-landsverordening houdende regels met betrekking tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en de daarbij te volgen procedures (Aanbestedingsverordening), moge de Raad Uwe Excellentie het volgende berichten.

## 1. Algemeen

1.1 De huidige aanbestedingsregels zijn thans opgenomen in de artikelen 25 en 26 van Comptabiliteitsverordening 1989 (AB 1989 no. 72) (CV 1989) en het Landsbesluit openbare aanbestedingen (AB 1996 no. 58). De regering is van mening dat de huidige bepalingen ter zake onvolledig zijn, de nodige flexibiliteit ontberen en summier zijn geformuleerd, waardoor de inkoop door de overheid niet op een doelmatige, doeltreffende en transparante wijze plaatsvinden. Bovendien voldoen de huidige aanbestedingsregels niet aan de internationale basisbeginselen van het aanbestedingsrecht (i.c. het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het beginsel van non-discriminatie en het proportionaliteitsbeginsel) en de verplichtingen die op grond van de *Government Procurement Agreement* (GPA) van de Wereld Handel Organisatie voor Aruba gelden.<sup>1</sup> Het onderhavige ontwerp beoogt in voornoemde behoeften te voorzien, door een duidelijk en eenvoudig kader te bieden voor de aanbestedingen door de overheid, waarbij o.m. gestreefd wordt naar een transparante en effectieve manier van inkoop door de overheid en een eerlijke kans voor de ondernemer op overheidsopdrachten.

1.2 In het verlengde van het bovenstaande is geconstateerd dat in de considerans geen melding wordt gemaakt dat het ontwerp (mede) het gevolg is van de verplichtingen die voortvloeien uit het internationaal recht en specifiek de GPA op het terrein van aanbestedingen door de overheid. Verwezen wordt naar aanwijzing 48 van de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek waarin wordt aangegeven dat indien een regeling strekt tot uitvoering van een verdrag, een besluit van een volkenrechtelijke organisatie (...) of iets dergelijks, hiervan in de considerans gewag dient te worden gemaakt. Geadviseerd wordt om de considerans derhalve op dit aspect aan te vullen.

## 2. Ontwerp-landsverordening

2.1 In voorgesteld artikel 2, eerste lid, wordt aangegeven ten aanzien van welke entiteiten de in het onderhavige ontwerp opgenomen aanbestedingsregels van toepassing zijn. Dit zijn de

---

<sup>1</sup> MvT, p. 1.

ministeries van het Land, de landsbedrijven en de Hoge Colleges van Staat (HCvS). In de toelichting op dit artikel wordt aangegeven dat onder de ministeries ook begrepen moet worden de begrotingsfondsen.<sup>2</sup> Zowel de landsbedrijven, de HCvS als de begrotingsfondsen kennen een eigen begroting en vormen in die zin geen (direct) onderdeel van de begroting van de ministeries van het Land. Verondersteld dient te worden dat deze entiteiten derhalve niet als onderdeel van een ministerie moeten worden beschouwd.<sup>3</sup> Gelet op het voornoemde (en het feit dat de landsbedrijven en de HCvS wel apart worden genoemd in het voorgestelde artikel 2, eerste lid), adviseert de Raad om de begrotingsfondsen separaat en expliciet te benoemen in het voorgestelde artikel 2, eerste lid.<sup>4</sup>

Geconstateerd is voorts dat in de GPA door Aruba is aangegeven dat naast de ministeries, de Hoge Colleges van Staat, het Interim-Wegeninfrastructuurfonds (als begrotingsfonds) en de Dienst Openbare Werken (als landsbedrijf), ook de aanbestedingen door de Serlimar, de SVb, de AZV en het IMSan onder de werkingssfeer van de GPA zullen vallen.<sup>5</sup> De Raad vraagt zich derhalve af waarom deze entiteiten niet in het voorgestelde artikel 2, eerste lid, zijn opgenomen. Geadviseerd wordt om alsnog te regelen dat ook deze entiteiten conform de afspraken voortvloeiende uit de GPA onder de werkingssfeer van het onderhavige ontwerp vallen.

In het verlengde hiervan vraagt de Raad zich tevens af waarom Serlimar als rechtspersoon sui generis wel is opgenomen in de GPA en andere rechtspersonen sui generis zoals de Aruba Tourism Authority (ATA) niet zijn meegenomen; het zou in de rede liggen om alle bij landsverordening ingestelde entiteiten met een publieke taak (opererend op basis van publieke middelen) onder de werkingssfeer hiervan te doen vallen en geen onderscheid hierin te maken. Aanbevolen wordt om in ieder geval in de toelichting hierover uit te weiden.

2.2 In het tweede lid van voorgesteld artikel 2 wordt aangegeven dat ten aanzien van de projecten van de HCvS de minister belast met algemene zaken beschouwd moet worden als de verantwoordelijke minister. Hieruit wordt opgemaakt dat beslissingen inzake de aanbestedingen van de HCvS – conform voorgesteld artikel 5, eerste lid – genomen worden door de verantwoordelijke minister. De Raad acht deze constructie in strijd met de onafhankelijkheid van deze instituties en acht het noodzakelijk dat deze wordt herzien.

2.3 In voorgesteld artikel 3 worden limitatief de gevallen genoemd waarop het onderhavige ontwerp niet van toepassing zal zijn. Dit zijn gevallen die om praktische redenen dan wel voortvloeiend uit de GPA uitgezonderd worden van de voorgestelde aanbestedingsregels. Als uitzonderingsgeval worden genoemd die overeenkomsten die betrekking hebben op de aanschaf van wapens en munitie ten behoeve van rechtshandhaving of opsporingsdiensten (onderdeel k van artikel 3). Aangegeven is dat voor dit type overeenkomsten afgeweken wordt van het onderhavige ontwerp, omdat een aanbesteding ondoelmatig wordt geacht gezien er maar één leverancier is in Aruba op dit terrein.<sup>6</sup> Onduidelijk is waarom men zich dient te beperken tot de enige huidige leverancier van dit materiaal in Aruba en internationale leveranciers van dit materiaal bij voorbaat worden uitgesloten. Voorts zou het ook denkbaar zijn dat er in de toekomst in Aruba andere leveranciers van dit materiaal bij komen, waardoor een (lokale)

---

<sup>2</sup> MvT, p. 10.

<sup>3</sup> Dit staat uiteraard los van het feit dat de landsbedrijven en begrotingsfondsen conform de CV 1989 onder het toezicht staan van de betrokken ministers.

<sup>4</sup> Verwezen wordt hier ook naar artikel 25 van de het ontwerp waar door wijziging van de Landsverordening Onderwijsfonds geen aanbestedingsregels meer van toepassing zijn op het onderwijsfonds. Door expliciet in het voorgestelde artikel 2 te bepalen dat de hierin opgenomen aanbestedingsregels van toepassing zijn op de begrotingsfondsen worden eventuele misvattingen vermeden.

<sup>5</sup> Verwezen wordt naar Appendix I van de (*Revised*) *Agreement on Government Procurement* (GPA) van de Wereld Handel Organisatie (WTO) dd. 30 maart 2012 (documentnummer: GPA/113).

<sup>6</sup> MvT, p. 12.

aanbesteding wel mogelijk en doelmatig zal (kunnen) zijn. Aanbevolen wordt om onderdeel k van voorgesteld artikel 3 te heroverwegen.

In het verlengde van het bovenstaande wordt in voorgesteld artikel 3, onderdeel j, bepaald dat ook overeenkomsten die betrekking hebben op het inhuren van derden voor het toepassen van bestuursdwang (tenzij op voorhand aannemelijk is dat kostenverhaal niet of slechts beperkt mogelijk is), uitgesloten zijn van de aanbestedingsbepalingen in het ontwerp. De toelichting op dit onderdeel j geeft hierbij weliswaar aan dat het wel moet gaan om gevallen die met spoed ongedaan moeten worden gemaakt.<sup>7</sup> Ook hier is onduidelijk waarom deze gevallen uitgesloten worden. Denkbaar is immers dat voor sloopdiensten een aanbesteding kan worden gedaan voor een bepaalde afgesproken periode, waarbij de beste prijs kan worden verkregen. Bestuursdwang die gedurende deze periode in de vorm van een sloop dient plaats te vinden, gebeurt dan tegen de afgesproken prijs van de aannemer aan wie de sloopdiensten voor deze periode is gegund. In zulke gevallen wordt de overtreder op wie de sloopkosten worden verhaald dan niet gepresenteerd met kosten die onnodig duurder zouden kunnen zijn dan in het geval er geen aanbestedingsprocedure zou hebben plaatsgevonden. Aanbevolen wordt om in dit licht eveneens dit onderdeel te heroverwegen dan wel de toelichting op dit aspect te verduidelijken.

2.4 In voorgesteld artikel 7, tweede lid, wordt gesproken over de gunningsbeslissing. Niet duidelijk wordt gemaakt welke status deze beslissing heeft: is dit een intern besluit dat geen externe werking heeft of moet de gunningsbeslissing als een besluit inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling worden beschouwd (waartegen bezwaar en beroep openstaat o.g.v. de Landsverordening administratieve rechtspraak (AB 1993 no. 45))? Uit het voorgestelde artikel 17 en de toelichting kan slechts worden opgemaakt dat ondernemers bij de civiele rechter tegen een gunningsbeslissing in beroep kunnen gaan – dit conform het zogenaamde Alcatel-arrest.<sup>8</sup> Niet wordt aangegeven waarop dit is gestoeld en welke status de gunningsbeslissing heeft. Het is noodzakelijk om duidelijk te maken welke status de gunningsbeslissing heeft.

2.5 In de voorgestelde artikelen 9, 10 en 12 worden de drempelbedragen genoemd voor respectievelijk het houden van een openbare aanbesteding, onderhandse aanbesteding en het gunnen uit de hand (al dan niet door het diensthoofd). In de toelichting wordt echter niet aangegeven op basis waarvan deze genoemde bedragen zijn bepaald; geadviseerd wordt om alsnog aan te geven hoe tot deze bedragen is gekomen.

2.6 In voorgesteld artikel 11 wordt aangegeven dat bij een onderhandse aanbesteding ten minste drie ondernemers vrijblijvend worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving van een project. In tegenstelling tot de openbare aanbesteding wordt bij de onderhandse aanbesteding door de overheid zelf bepaald wie zich kunnen inschrijven voor een aan te besteden project. Onduidelijk is echter hoe besloten wordt welke specifieke ondernemers uitgenodigd worden voor een inschrijving oftewel vooraf door de overheid beschouwd worden als voldoende geëquipeerd om een kwalitatief en competitief aanbod te kunnen doen. Kortom: Hoe vindt de zoektocht naar, de beoordeling van en de selectie van de uit te nodigen ondernemers plaats? Geadviseerd wordt om hier in de toelichting op in te gaan.

2.7 In het eerste lid van voorgesteld artikel 15 is bepaald in welke gevallen de minister kan bepalen dat de artikelen 9 en 10, eerste lid (openbare of onderhandse aanbesteding) buiten toepassing blijven. Dit zijn volgens de toelichting gevallen c.q. situaties waar het niet wenselijk dan wel ondoelmatig is om een aanbesteding te houden.<sup>9</sup> In onderdeel d van het desbetreffende lid wordt als zo'n geval genoemd overeenkomsten, waaronder licentie-overeenkomsten, in het

<sup>7</sup> MvT, p. 11.

<sup>8</sup> Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie dd. 28 oktober 1999 (HvJ C-81/1998).

<sup>9</sup> MvT, p. 19.

kader van onderhoud en het operationeel houden van technisch geavanceerde apparatuur, geautomatiseerde systemen en applicaties. In de toelichting wordt niet aangegeven waarom voor dit geval een aanbesteding onwenselijk is dan wel als ondoelmatig wordt beschouwd.. Aanbevolen wordt om de introductie van dit geval als uitzondering op het toepassen van de bepalingen in de artikelen 9 en 10, nader toe te lichten.

2.8 In voorgesteld artikel 20 wordt bepaald in welke gevallen een gesloten overeenkomst als een onbevoegd gesloten overeenkomst dient te worden beschouwd en dientengevolge nietig is. Het vierde lid van voorgesteld artikel 20 bepaalt dat het inroepen van de nietigheid jegens het Land geen aanspraak tot schadevergoeding geeft. Onduidelijk is echter hoe derden zich – in het kader van het transparantiebeginsel – kunnen vergewissen in hoeverre de gesloten overeenkomst wel of niet bevoegd gesloten is, om zodoende wel of niet de nietigheid van de overeenkomst te kunnen in roepen. De Raad adviseert om hierover uit te weiden.

### 3. Memorie van toelichting

3.1 In de toelichting wordt aangegeven dat de concurrentiegerichte dialoog als aanbestedingsvorm bewust niet in het onderhavige ontwerp is opgenomen, aangezien deze vorm zich zelden zal voordoen. De voorkeur is om in deze incidentele gevallen bij landsverordening af te wijken van de voorgestelde aanbestedingsregels om de concurrentiegerichte dialoog aan te gaan.<sup>10</sup> De Raad vraagt zich echter af waarom in het onderhavige ontwerp niet de gevallen worden bepaald waarvoor in afwijking van de voorgestelde aanbestedingsregels kan worden geopteerd voor de concurrentiedialoog en welke basisprincipes voortvloeiende uit o.m. de GPA hiervoor dan zullen gelden (i.c. het basiskader voor de concurrentiegerichte dialoog). Hiermee wordt immers voorkomen dat ondoelmatig gebruik wordt gemaakt van deze qua opzet en kosten zware aanbestedingsvorm. Aanbevolen wordt hierover uit te weiden.

3.2 In de toelichting wordt aangegeven dat nu al kan worden vermeld dat voor de openbare aanbestedingen alleen *'hard copy'*-offertes zullen mogen worden ingediend. Niet aangegeven is waarom voor deze aanbestedingsvorm niet mogelijk wordt gemaakt om digitaal een offerte uit te brengen. Een nadere toelichting hierop is gewenst.

3.3 In de artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 28 wordt aangegeven dat nu het diensthoofd – op grond van artikel 12 – de bevoegdheid krijgt om zelf bepaalde projecten uit de hand te gunnen, het noodzakelijk is dat in artikel 28 geregeld wordt dat het diensthoofd bij het verrichten van deze privaatrechtelijke rechtshandelingen de bepalingen van de Landsverordening Aruba tijdelijk financieel toezicht (AB 2015 no. 39) (LATft) in acht neemt.<sup>11</sup> Deze bepaling is echter onnodig. De verantwoordelijkheid om binnen de financiële kaders (lees: kaders van de begroting) te blijven, wordt door zowel de LATft en de CV 1989 bij de desbetreffende ministers gelegd (vide artikel 20, eerste lid, van de LATft en artikel 7, eerste lid, van de CV 1989). Het diensthoofd dient voorts – op zijn beurt – op grond van de Regeling overige financiële administraties (AB 1991 no. 115) er op toe te zien dat bij het aangaan van een financiële verplichting er voldoende ruimte is op de desbetreffende post in de begroting (vide artikel 9, eerste lid) en de verantwoordelijke minister te informeren indien de desbetreffende post dreigt te worden overschreden (vide artikel 6, tweede lid). Artikel 21 van de LATft geeft hierbij ook aan dat rechtshandelingen die door personen (lees i.c. diensthoofden) namens het Land zijn aangegaan nietig zijn voor zover uit het register van de minister belast met financiën blijkt dat zij niet voor een bepaalde rechtshandeling en het aangegane bedrag gemachtigd zijn.<sup>12</sup> Het feit dat

<sup>10</sup> MvT, p. 3.

<sup>11</sup> MvT, p. 24-25.

<sup>12</sup> Artikel 21 van de LATft bepaalt dat de minister belast met financiën een register dient bij te houden van de namen en functies van personen die gemachtigd zijn tot het verrichten namens het Land van privaatrechtelijke

in het voorgestelde artikel 28 wordt geregeld dat het diensthoofd bij het zelf aangaan van een aanbesteding moet letten op de begrotingsruimte, is gelet op het voornoemde derhalve onnodig, omdat deze verantwoordelijkheid primair bij de ministers is gelegd, de diensthoofden (indirect) bij het aangaan van verplichtingen gebonden zijn aan de beschikbare ruimte op de desbetreffende begrotingsposten en geen rechtshandelingen kunnen aangaan waarvoor zij niet of onvoldoende zijn gemachtigd. Aanbevolen wordt om deze voorgestelde bepaling niet op te nemen.

#### **4. Redactionele opmerkingen**

In de marge van zowel het ontwerp als de toelichting zijn voorstellen ter redactionele verbetering gedaan.

#### **5. Conclusie en eindadvies**

Zoals in onderdeel 2.2 is opgemerkt lijkt Aruba door het niet expliciet onder de werkingssfeer van het ontwerp te hebben gebracht van enkele entiteiten niet volledig te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de GPA. De Raad kan zich derhalve - weliswaar met de doelstelling - doch niet met de inhoud van het ontwerp verenigen en geeft u mitsdien in overweging het niet aan de Staten aan te bieden, dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Secretaris,

De Voorzitter,

---

mr. dr. H.A. van der Wal

---

mr. F.M. d.l.S. Goedgefrag