

Nieuwsflash Aanbesteding 44 | 22 april 2011

Voorstel (nieuwe) Aanbestedingswet (deel II)

In **Nieuwsflash Aanbesteding 40** bespraken wij het wetsvoorstel voor de nieuwe **Aanbestedingswet**. In **Nieuwsflash Aanbesteding 41** gingen wij in op het **Convenant aanvullend beleid** dat met **VNG** is gesloten. In **maart 2011** heeft de **Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie** antwoord gegeven op vragen die de **Tweede Kamer** heeft gesteld naar **aanleiding van het wetsvoorstel (Nota naar aanleiding van het Verslag)**. Ook heeft de **Minister** een **Nota van Wijziging** ingediend. Hierna zetten wij de belangrijkste punten uit beide Nota's op een rij.

Maatregelen om toegang van MKB en ZZP tot overheidsopdrachten te verbeteren

- Er wordt een aantal lastenverlichtende maatregelen genomen, zoals de uniforme eigen verklaring;
- In het wetsvoorstel is het proportionaliteitsbeginsel expliciet opgenomen. Hiermee wordt voorkomen dat aanbestedende diensten onnodig hoge eisen, criteria en voorwaarden stellen;
- Het proportionaliteitsbeginsel ziet ook op het clusteren van opdrachten. Een aanbestedende dienst is tevens gehouden bij het samenvoegen van opdrachten de daarmee gemoeide belangen zorgvuldig af te wegen. De keuze voor het al dan niet samenvoegen moet op objectieve gronden worden gebaseerd en desgewenst aan de ondernemer gemotiveerd worden toegelicht;
- Uit het oogpunt van proportionaliteit kan de aanbestedende dienst alleen hogere eisen aan combinaties stellen indien die hogere eisen in redelijke verhouding staan tot het voorwerp (d.w.z. aard en omvang) van de opdracht;
- Referenties moeten in competenties worden gevraagd. Uitgangspunt moet zijn dat wordt gevraagd of een ondernemer de benodigde competenties heeft om een bepaalde opdracht uit te voeren, in plaats van te vragen naar zijn ervaring met het uitvoeren van dezelfde opdrachten in het verleden ('vergelijkbare referenties' in plaats van '(soort)gelijke referenties') (bijvoorbeeld 'het bouwen van een gebouw' in plaats van 'het bouwen van een school');
- In de Aanbestedingswet komt geen quotum om een deel van de opdrachten voor te behouden aan het midden- en kleinbedrijf. Dit is in strijd met de Europese aanbestedingsrichtlijnen en is daarnaast een erg rigide instrument.

Uniform kader voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden

- In het wetsvoorstel wordt geen bagatel-bepaling opgenomen;
- Het Aanbestedingsreglement voor Werken (dat wordt aangepast aan het wetsvoorstel) wordt aangewezen als richtsnoer voor opdrachten voor werken, waar slechts gemotiveerd van mag worden afgeweken;
- Voor opdrachten voor leveringen en diensten biedt het wetsvoorstel de mogelijkheid om 2 jaar na inwerkingtreding uitgeschreven procedures voor te schrijven. Gebruik van het (nog op te stellen) richtsnoer voor leveringen en diensten wordt vooralsnog niet verplicht gesteld;

- De aanbestedende dienst moet op grond van objectieve criteria (zoals de grootte van de opdracht, de baten en lasten die gepaard gaan met een bepaalde procedure, de kenmerken van de sector en de geografische ligging) een keuze maken voor toepassing van een nationale aanbestedingsprocedure met een aankondiging, een meervoudig onderhandse procedure of een enkelvoudig onderhandse procedure. Elementen waaraan kan worden gedacht zijn bijvoorbeeld de grootte van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken, enz.), de geografische ligging van de plaats van uitvoering en de lasten die met een procedure gemoeid zijn. De gemaakte keuzes moeten desgewenst gemotiveerd aan een ondernemer worden toegelicht. In het geval dat de aanbestedende dienst een algemeen kenbaar beleid op die punten heeft vastgesteld, kan de motivering bestaan uit een verwijzing naar dat beleid. Dit geldt overigens ook voor opdrachten boven de Europese drempelwaarden;
- Ook onder de Europese drempelwaarden geldt het hiervoor genoemde proportionaliteitsbeginsel;
- Bij nationale aanbestedingsprocedures gelden de nationale uitgangspunten van non-discriminatie, gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Bij de meervoudig onderhandse procedure gelden de uitgangspunten van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. De toepassing van deze uitgangspunten is beperkt tot de ondernemingen die zijn uitgenodigd in te schrijven. De invulling van de uitgangspunten verschilt naar de gekozen procedure;
- Bij een meervoudig of enkelvoudig onderhandse procedure is er in het wetsvoorstel geen plicht om andere ondernemingen te informeren over wie is uitgenodigd om een offerte in te dienen. Een aanbestedende dienst moet op basis van objectieve criteria (zoals ervaring in de sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden) de ondernemer(s) kiezen die wordt/worden toegelaten tot de procedure. Hiermee wordt onder meer bewerkstelligd dat bij onderhandse procedures niet alleen dezelfde ondernemers aan bod komen. Bij een enkelvoudige of meervoudige procedure zullen voldoende mogelijke aanvragers op een door de aanbestedende dienst op te stellen shortlist moeten worden geplaatst om een adequate mededinging te garanderen. Ook kan gebruik worden gemaakt van systemen waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers wordt opgesteld. Uit deze lijst kunnen op niet-discriminerende wijze (bijvoorbeeld een roulersysteem) ondernemers worden uitgenodigd een offerte in te dienen.

Duurzaamheid (sociaal en milieu)

- Het wetsvoorstel biedt voldoende ruimte om duurzaamheidcriteria te stellen, zowel boven als onder de Europese drempelwaarden;
- Het kabinet acht het reëel dat aanbestedende diensten een inspanningsverplichting hebben om duurzaamheidcriteria toe te passen. Het is niet reëel om dit als resultaatsverplichting vast te stellen.

Integriteit

- De gedragsverklaring aanbesteden vervangt de huidige verklaring omtrent het gedrag. De geldigheidsduur van de gedragsverklaring is verlengd van één jaar naar twee jaar;
- De gedragsverklaring wordt alleen aan de winnaar (bij een openbare aanbesteding) of aan de geselecteerde gegadigden (bij een niet-openbare aanbesteding) gevraagd;
- Eigen toetsingsinstrumenten van aanbestedende diensten zijn niet meer mogelijk;
- Wel kan een aanbestedende dienst, als er na afgifte van de gedragsverklaring twijfels zijn, advies vragen op basis van de Wet Bibob;
- De regeling voor integriteitstoetsing geldt zowel boven als onder de Europese drempelwaarden.

Specificaties

- Aanbestedende diensten zijn niet verplicht om de opdrachten functioneel te omschrijven of om altijd varianten toe te staan
- Aanbestedende diensten mogen ook technische specificaties opstellen (binnen de vereisten die de aanbestedingsrichtlijnen daaraan stellen).

Contractvoorwaarden

- Het proportionaliteitsbeginsel ziet ook op de contractvoorwaarden. Wanneer eenzijdig opgelegde contractvoorwaarden dusdanig zijn dat een groot deel van de markt wordt uitgesloten zullen de contractvoorwaarden in het algemeen disproportioneel kunnen worden geacht;
- In het wetsvoorstel wordt geen verbod van knock-out contracten (d.w.z. dat de aanbestedende dienst eist dat de inschrijvers door inschrijving onvoorwaardelijk akkoord gaan met het concept-contract) opgenomen;
- De Minister geeft aan dat knock-out contracten een aantal nadelen hebben: de aanbestedende dienst beperkt zijn vrijheid om na gunning nog onderhandelingsruimte te benutten; in de praktijk komt het voor dat ondernemingen de voorwaarden accepteren om de opdracht gegund te krijgen en terwijl zij vervolgens na sluiting van het contract alsnog aanpassingen voorstellen.

Commissie van aanbestedingsexperts

- In de commissie van aanbestedingsexperts, die door aanbestedende diensten en ondernemers gezamenlijk wordt samengesteld, zullen experts deelnemen, die hun sporen hebben verdiend in de aanbestedingspraktijk, zodat deze commissie gezaghebbende adviezen kan geven;
- Een commissie van aanbestedingsexperts zorgt voor een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige klachtenafhandeling en bevordert een betere naleving en professionalisering;
- Deze adviezen zijn niet-bindend. Aanbestedende diensten kunnen de adviezen van de commissie evenwel niet ongemotiveerd naast zich neerleggen.

Convenant VNG

- De Minister verwijst naar het Convenant aanvullend beleid dat hij met VNG heeft gesloten (zie [Nieuwsflash Aanbesteding 41](#));
- Het is de verwachting dat de gemeenten het op te stellen model inkoopreglement gaan toepassen, nu uit ervaring blijkt dat gemeenten modellen van de VNG overnemen;
- Het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie is in overleg met provincies en waterschappen om te bezien of ook met hen convenanten kunnen worden gesloten;
- De speciale-sectorbedrijven hebben reeds eigen aanvullend beleid ontwikkeld, bijvoorbeeld door middel van het aanbestedingsreglement voor nutssectoren.

TenderNed

- TenderNed krijgt een publicatiemodule, waardoor alle aankondigingen op één plek te vinden zijn (fase 1 – zomer 2011) (verplicht gebruik van deze functionaliteit) (publieke taak overheid);
- TenderNed krijgt een marktplaatsmodule, bestaande uit een digitale inschrijfmodule en een bedrijvenregister, waardoor ondernemingen zich kunnen laten opnemen in het online bedrijvenregister en elektronisch kunnen inschrijven op een aanbesteding (fase 2 - 2012) (facultatief gebruik van deze functionaliteiten);

- Met TenderNed wordt beoogd om het gehele aanbestedingsproces, van aankondiging tot gunning digitaal te ondersteunen;
- TenderNed kan worden gebruikt om vanuit één systeem te voldoen aan de door de Europese Commissie opgelegde statistiekverplichting in verband met Europees aanbesteden.

Groenboek

- De leden van de PvdA-fractie vragen zich af hoe groot de kans is dat Europese ontwikkelingen op korte termijn leiden tot een herziening van het wetsvoorstel;
- De Minister antwoordt hierop dat eventuele totstandkoming van nieuwe richtlijnen, als gevolg van voorstellen die in het op 27 januari 2011 uitgebrachte Groenboek (zie [Nieuwsflash Aanbesteding 42](#)) zijn gedaan, nog geruime tijd vergen. Daarna volgt nog een implementatietermijn. De Minister wil niet op mogelijke toekomstige voorstellen uit Europa wachten, maar juist nu maatregelen nemen om de toegang van kleine ondernemers tot overheidsopdrachten te verbeteren.

Gedelegeerde regelgeving

- Het is de verwachting dat de gedelegeerde regelgeving in één algemene maatregel van bestuur (AMvB) wordt opgenomen, en dat tevens volstaan kan worden met een ministeriële regeling;
- In de AMvB staan regels met betrekking tot (i) eigen verklaring, (ii) aanwijzing misdrijven in het kader van de gedragsverklaring aanbesteden, (iii) regels ter implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen inzake communicatie en erkenningslijsten en (iv) regels voor het aanwijzen van een richtsnoer voor leveringen en diensten en een richtsnoer voor proportionaliteit.

Evaluatie

- Twee jaar na inwerkingtreding wordt de Aanbestedingswet door middel van een onafhankelijk onderzoek geëvalueerd;
- Onder meer wordt geëvalueerd of het richtsnoer, waarin de procedures voor leveringen en diensten stapsgewijs worden opgeschreven, tot voldoende uniformiteit heeft geleid;
- Doeltreffendheid en effecten van de Aanbestedingswet in de praktijk (waaronder toegang van ondernemers tot opdrachten en naleving) zal eveneens onderdeel zijn van de evaluatie;
- Indien uit de evaluatie blijkt dat het proportionaliteitsbeginsel niet voldoende wordt nageleefd, wordt het mogelijk om bijvoorbeeld de vooralsnog niet-bindende Handreiking Proportionaliteit (zie [Nieuwsflash Aanbesteding 41](#)) als richtsnoer aan te wijzen. Aanbestedende diensten kunnen dan slechts gemotiveerd daarvan afwijken.

Meer informatie:

Anke Stellingwerff Beintema

E: anke.stellingwerff@loyensloeff.com

T: 020 – 578 5731

Colofon

De Nieuwsflash Aanbesteding is een uitgave van het Team Aanbesteding en is bedoeld voor iedereen die beroepsmatig te maken heeft met (Europese) aanbestedingen op het gebied van werken, leveringen, diensten en binnen de nutssectoren. De Nieuwsflash Aanbesteding signaleert op concrete wijze voor de praktijk belangrijke aanbestedingsactualiteiten.

Voor meer informatie over het Team Aanbesteding verwijzen wij u naar onze [brochure Aanbestedingspraktijk](#).

Wij hopen dat de Nieuwsflash Aanbesteding er aan bijdraagt u nog beter van informatie te voorzien op dit snel groeiende rechtsgebied. Voor op- en aanmerkingen en vragen houden wij ons van harte aanbevolen.

Hoewel deze nieuwsbrief met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaardt Loyens & Loeff N.V. geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder haar medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.