

Nieuwe Aanbestedingswet: wat is er veranderd?

Na jaren van debatteren zijn de nieuwe aanbestedingsregels er eindelijk. Het wetsvoorstel Aanbestedingswet is door de Tweede en Eerste Kamer aangenomen. De Aanbestedingswet treedt op 1 april 2013 in werking, waarmee dan een nieuw stelsel van aanbestedingsrechtelijke regels van kracht is. Een paar zaken verdienen de aandacht.

Tekst: Felia Palsenberg en Marjolein Tausch

De aanbestedingsregelgeving komt voort uit Europese richtlijnen. Europese lidstaten zijn verplicht deze te vertalen naar nationale regelgeving. De huidige aanbestedingsrechtelijke regels bestaan uit twee besluiten: het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingsregels speciale sectoren (Bass). Daarnaast is de Wet implementatie rechtsbescherming aanbesteden (Wira) en het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) van toepassing.

Vanaf 1 april worden het Bao, Bass en Wira vervangen door de Aanbestedingswet en het Aanbestedingsbesluit. In het Aanbestedingsbesluit wordt een aantal zaken uit de Aanbestedingswet nader bepaald. Zo worden onder andere in het Aanbestedingsbesluit de ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit verplicht gesteld als richtsnoeren bij aanbestedingen. De Aanbestedingswet en het Aanbestedingsbesluit zijn van toepassing op nationale en Europese aanbestedingen, dus zowel bij opdrachten onder als boven de drempelwaarden.

Nieuwe Europese richtlijnen op stapel

De Europese commissie is op dit moment bezig met het vaststellen van nieuwe Europese richtlijnen op het gebied van aanbesteden. Wanneer deze zijn vastgesteld, heeft elke Europese lidstaat twee jaar de tijd deze nieuwe richtlijnen om te zetten naar nationale wetgeving. Dit betekent dat de Aanbestedingswet eerderdaags waarschijnlijk herzien zal worden.

Het doel van het aanbestedingsrecht is het reguleren van overheidsbestedingen en het waarborgen van gelijke mededinging tussen aanbieders. Dit dient op objectieve, transparante en non-discriminatoire manier te gebeuren. Wat dat betreft is er niets veranderd, maar de Aanbestedingswet beoogt een duidelijker en eenvormiger kader te scheppen voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Tevens wordt geprobeerd lastenverlichting voor ondernemers en aanbestedende diensten te bereiken: aanbesteden moet eenvoudiger en laagdrempeliger worden. Om het mkb en zzp'ers meer kans te bieden bij aanbestedingen is onder andere het proportionaliteitsbeginsel veel scherper omschreven. Dit beginsel moet ervoor zorgen dat de minimumeisen, indieningsvereisten en selectie- en gunningscriteria in een redelijke verhouding staan tot de opdracht. Om dit te bereiken wordt het gebruik van de Gids Proportionaliteit verplicht gesteld. Deze gids geeft een aanbestedende dienst concrete richtlijnen over (en soms zelfs bindende voorschriften voor) de invulling van eisen en criteria. Zo geeft de Gids onder andere richtlijnen voor het stellen van omzeteisen in verhouding tot de opdrachtwaarde en ervaringseisen.

Proportionaliteit met betrekking tot de omzeteis

In de Aanbestedingswet is bepaald dat bij aanbestedingen boven de drempelwaarde de geschiktheidseisen in beginsel geen betrekking mogen hebben op de omzet van de inschrijver. Alleen indien er zwaarwegende redenen zijn,

kan een omzeteis worden gesteld. De redenen zullen dan in de aanbestedingsstukken moeten worden opgenomen. De Gids Proportionaliteit geeft aan dat indien er meerdere concurrenten zijn die de opdracht van de inschrijver over zouden kunnen nemen, het risico dat de inschrijver failliet kan gaan geen voldoende reden is om een omzeteis te vragen.

De omzeteis mag nooit meer dan drie keer de waarde van de opdracht bedragen. In de Gids Proportionaliteit is een schaal opgenomen die weergeeft welke omzeteisen nog proportioneel zijn ten opzichte van de geraamde waarde van de opdracht. Bij zeer complexe opdrachten kan een omzeteis tot drie keer de waarde van de opdracht proportioneel zijn, bij eenvoudige opdrachten zal dit een omzeteis zijn die aan de onderkant van de schaal ligt. Dit is weergegeven in figuur 1.

Klachtenregeling

Na 1 april 2013 kunnen inschrijvers met klachten zich melden bij een commissie van aanbestedingsexperts. Het doel van deze nieuw klachtenregeling is een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige afhandeling van klachten. De invoering van de regeling zou moeten leiden tot een vermindering van het aantal procedures bij de rechter. Een klacht kan slechts betrekking hebben op de aanbestedingsprocedure waaraan de inschrijver deelneemt en niet op het gehele aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst.

Daarnaast dwingen de nieuwe artikelen 1.4 en 1.5 van de Aanbestedingswet een aanbestedende dienst goed na te denken over de omschrijving en omvang van de opdracht en de procedurekeuze.

Keuze type aanbestedingsprocedure

In artikel 1.4 van de Aanbestedingswet is bepaald dat een aanbestedende dienst op

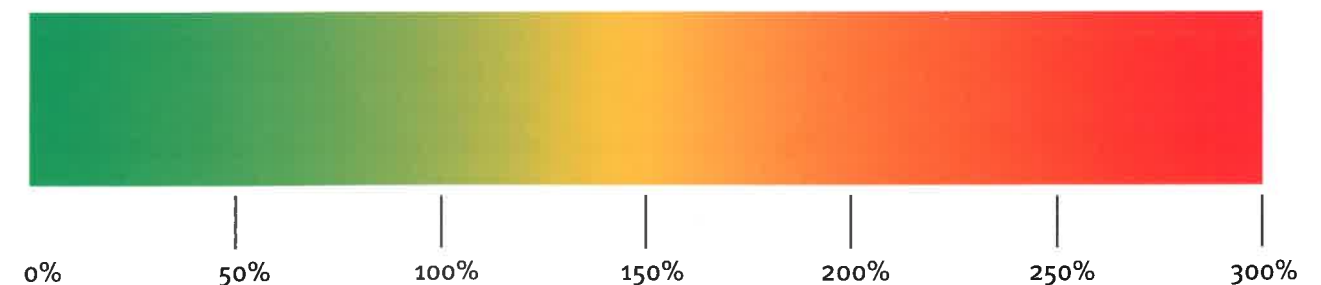
objectieve gronden moet kiezen welk type aanbestedingsprocedure hij gebruikt en welke ondernemers hij toelaat tot de procedure. Op verzoek van een ondernemer zal deze keuze zelfs schriftelijk moeten worden gemotiveerd. Daarnaast is in dit artikel vastgelegd dat een aanbestedende dienst ervoor moet zorg dragen dat er zo veel mogelijk maatschappelijke waarde

Aanbestedende diensten moeten zich wellicht verantwoorden over de inrichting van de aanbestedingsprocedure

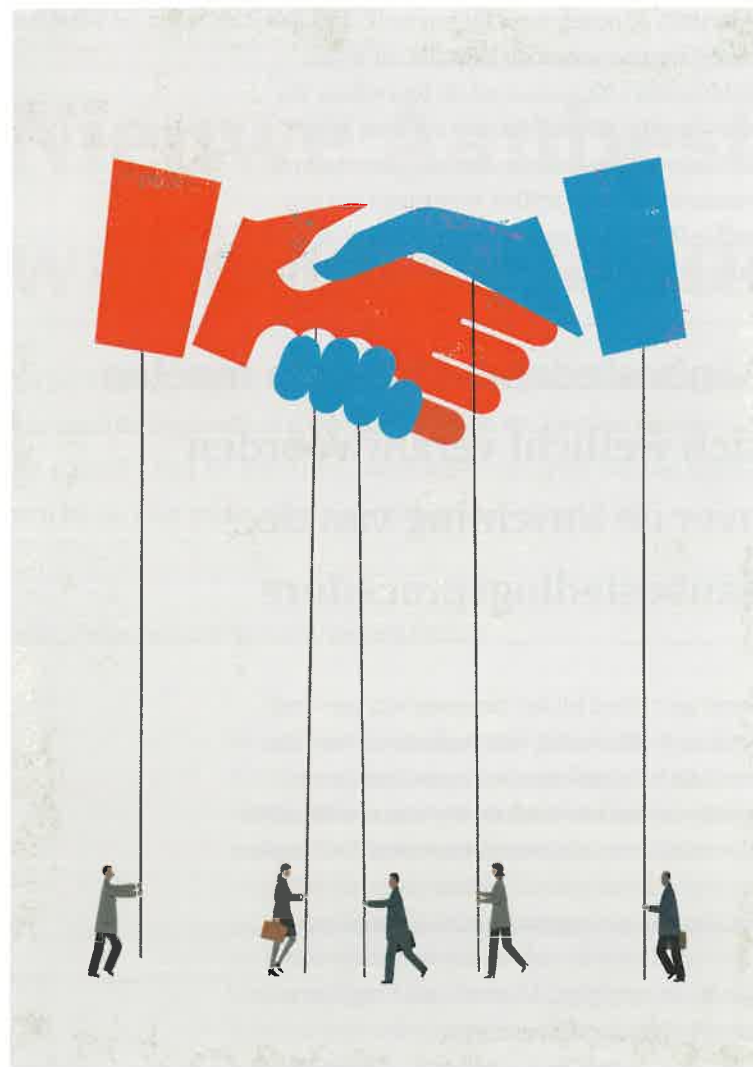
wordt gecreëerd bij het aangaan van een overeenkomst. Hieronder kan onder meer worden verstaan het opnemen van voorwaarden met betrekking tot het inschakelen van een bepaald percentage arbeidsgehandicapten of het toepassen van duurzaamheid en innovatie bij de uitvoering van een opdracht. Het is aan de aanbestedende dienst om te beoordelen op welke manier in een bepaald geval invulling kan worden gegeven aan dit vereiste.

Artikel 1.4

1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:
 - a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;
 - b. de keuze voor de ondernemer of onderne-



Figuur 1. Schaal uit de Gids Proportionaliteit die weergeeft welke omzeteisen nog proportioneel zijn ten opzichte van de geraamde waarde van de opdracht. Bron: Gids Proportionaliteit.



mers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.
3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.

Samenvoegen van opdrachten

Als een van de maatregelen om het mkb en zzp'ers meer kansen te bieden in aanbestedingsprocedures is artikel 1.5 in het leven geroepen. In dit artikel is vastgelegd waar rekening mee gehouden dient te worden alvorens opdrachten samengevoegd worden. Hierbij gaat het om:

1. of er bij samenvoeging nog voldoende toegang is voor bedrijven uit het mkb;

2. wat de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging zijn; en
3. wat de mate van samenhang van de opdrachten is.

Indien besloten wordt om opdrachten samen te voegen, moet dit gemotiveerd worden in de aanbestedingsstukken.

Artikel 1.5

1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:
 - a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het mkb;
 - b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
 - c. de mate van samenhang van de opdrachten.
2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.
3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.

Indien de aanbestedende dienst toch besluit de opdrachten samen te voegen tot één opdracht, dan zal deze in beginsel moeten worden gesplitst in meerdere percelen, tenzij er een goede reden is om dit niet te doen. Met het splitsen in percelen wordt hier bedoeld: de opdracht verdelen in stukken waardoor marktpartijen in een aanbesteding kunnen inschrijven op een of meer percelen.

De Gids Proportionaliteit en het opdelen van de opdracht in percelen

In de Gids Proportionaliteit staat dat er een goed evenwicht moet zijn tussen het belang van de marktpartijen en dat van de aanbestedende dienst. Hierbij is het belangrijk om op het volgende te letten: het uitsluiten van mogelijke marktpartijen en de beperking van de marktwerking. Een zorgvuldige afweging in het voortraject is dus vereist. Aanbestedende

diensten zullen zich mogelijk moeten verantwoorden over de inrichting van de aanbestedingsprocedure.

Aanbesteden boven de drempelwaarde

Voor aanbestedingen boven de drempelwaarde zijn nog meer aandachtspunten van belang. In de Aanbestedingswet wordt het toepassen van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) verplicht gesteld. Uitsluitend gunnen op laagste prijs mag dus niet meer, tenzij dat uitvoerig is gemotiveerd. Bovendien geldt een versterkte motiveringsplicht voor aanbestedende diensten; dit betekent concreet dat er een goed dossier moet worden opgebouwd waaruit duidelijk blijkt waarom in de aanbestedingsprocedure bepaalde keuzes zijn gemaakt. Ten slotte wordt de 'Alcatel-termijn' verlengd van 15 naar 20 kalenderdagen. Er dient na invoering van de wet door aanbestedende diensten dus een termijn van ten minste 20 dagen in acht te worden genomen voordat een overeenkomst wordt gesloten. Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen zowel facultatieve als dwingende uitsluitingsgronden buiten toepassing te verklaren indien:

1. er sprake is van een dwingende reden van maatschappelijk belang;
2. de inschrijver voldoende maatregelen heeft genomen om het vertrouwen te herstellen; en
3. uitsluiting niet proportioneel is gezien het tijdsverloop sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

Ook de termijnen zijn aangepast in de Aanbestedingswet. Waar het in de oude regelgeving mogelijk was om de procedure met zeven dagen te verkorten indien de aankondiging via de elektronische weg was opgesteld en verzonden, wordt nu verplicht gesteld de aankondiging via elektronische weg op te stellen en te verzenden. Om deze reden zijn de procedures standaard met zeven dagen verkort.

Termijnen

Openbaar:

- indienen inschrijvingen binnen 45 dagen na aankondiging opdracht.

Niet-openbaar:

- indienen aanmelding binnen 30 dagen na aankondiging van de opdracht;
- indienen inschrijving binnen 40 dagen na uitnodiging tot inschrijving.

Wanneer een vooraankondiging van de opdracht is geplaatst is het mogelijk de fase voor het indienen van inschrijvingen te verkorten naar 29 dagen.

Overgangsrecht

Aanbestedingsprocedures waarvan de aankondiging is gedaan voor 1 april 2013, mogen onder het huidige recht worden afgerond. Wanneer de aankondiging na deze datum wordt gepubliceerd, beheerst het nieuwe recht (de Aanbestedingswet) de aanbesteding.

Ook de termijnen zijn aangepast in de Aanbestedingswet

Een voordeel van de Aanbestedingswet is dat aanbestedingsprocedures uniformer worden en dat afwijkingen zorgvuldig moeten worden gemotiveerd. Aanbesteden blijft nog steeds maatwerk en per procedure zal moeten worden beoordeeld op welke multidisciplinaire wijze de aanbesteding het best vorm kan worden gegeven. Door de invoering van de Aanbestedingswet zullen aanbestedende diensten de keuzes die gemaakt worden in een aanbestedingsprocedure nog beter moeten motiveren.

Felia Palsenberg en Marjolijn Tausch zijn consultants bij AT Osborne Legal. AT Osborne Legal past het aanbestedingsrecht toe in complexe en minder complexe aanbestedingen. Daarnaast verzorgt AT Osborne Legal trainingen en workshops op het gebied van contracteren en aanbesteden. Meer info: www.atosborne-legal.nl.