

Consultatie Wetsvoorstel tot wijziging Aanbestedingswet 2012

Algemene opmerkingen

Het voorliggende wetsvoorstel biedt ons inziens een complex(er) kader dan het kader dat thans geldend recht is. De gekozen verwijzingsystematiek leidt tot onduidelijkheden, beperkt de toegankelijkheid en zorgt voor vergaande juridisering van de aanbestedingspraktijk. Voor alle betrokkenen leidt dit tot een aanvullende lastenverzwaring. De daaruit volgende lastenverzwaring zal voorts onevenredig zwaar de kleinere aanbestedende diensten alsmede het midden-en-kleinbedrijf treffen daar deze in mindere mate in staat zijn op een dergelijke korte termijn (opnieuw) zelfstandig de materie te doorgronden. Ter onderbouwing van deze zienswijze dragen wij enkele uitwerkingen van specifieke passages aan na de beantwoording van de vijf gestelde consultatievragen.

Consultatievragen

1. Verplichting tot elektronisch aanbesteden: de ingangsdatum van verplicht elektronisch aanbesteden

Er lijkt gekozen te worden om deze verplichting alleen van toepassing te verklaren op overheidsopdrachten, raamovereenkomsten en concessies met een geraamde waarde welke de Europese drempelbedragen overstijgen. Met betrekking tot overheidsopdrachten is de vraag echter of de kleinere aanbestedende diensten, waaronder gemeenten tijdig klaar zullen zijn de interne processen en bijbehorende documenten hierop aangepast te hebben. Voorts blijkt in de praktijk dat het beheer van dergelijke omgevingen nog niet altijd goed ingeregeld is.

Daarnaast is onduidelijk waarom er een soortgelijke verplichting wordt gesteld met betrekking tot bovendrempelige concessies en sociale en overige diensten. Ons inziens is voor deze specifieke soort overeenkomsten een verlicht regime van toepassing welke zich beter leent voor een minder formalistisch kader zoals elektronisch aanbesteden. Vorenstaande laat onverlet dat elektronisch communiceren (per e-mail) een algemeen toegepaste wijze vorm van communicatie betreft. Een ander probleem waar tegenaan gelopen wordt is de borging van de rechtsgeldige (digitale) ondertekening welke benodigd is voor de totstandkoming van het aanbod en de daaropvolgende mogelijke aanvaarding in de zin van artikel 6:217 BW. Is eHerkenning voldoende om naar Nederlands recht te spreken van een rechtsgeldige ondertekening, conform artikel 3:15a BW? Afgevraagd wordt voorts of dit voor een ieder, derhalve ook kleinere organisaties, gemakkelijk en zonder te veel extra kosten valt te regelen? Aanbevelenswaardig is voorts middels het wetsvoorstel te komen tot een eenduidig rechtskader waaruit volgt op welke wijze er in een elektronische aanbesteding sprake is van een rechtsgeldige ondertekening ten einde de overgang naar elektronisch aanbesteden te vergemakkelijken en (onnodige) geschillen te voorkomen. Ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat de mogelijkheid om het huidige model Eigen verklaring 'digitaal' te ondertekenen oncontroleerbaar is en niet voldoet aan de vereisten zoals beschreven in artikel 3.15a BW, hetgeen in de praktijk tot de nodige problemen leidt.

Tot slot, in het geval de aanbestedende dienst kiest voor het gebruik van TenderNed, leidt de verplichtstelling van eHerkenning tot een aanvullende (financiële) drempel voor marktdeelnemers en relatief gezien met name het midden-en-kleinbedrijf. Hetgeen onwenselijk is in het licht van de inspanningsverplichting de administratieve lasten welke voortvloeien uit een aanbestedingsprocedure te beperken.

2. Termijnen: de verkorting van de termijnen

De termijn voor openbare procedures is middels 2.71 verkort van 45 dagen naar 35 dagen.

De termijn voor niet-openbare procedures is in de 1^e fase vastgesteld op 30 dagen en voor de tweede fase verkort van 40 dagen naar 30 dagen. Naar verwachting zal de aanbestedende dienst hier geen enkel bezwaar tegen hebben, echter hieruit rijst wel de vraag hoe dergelijke termijnen zich verhouden met de verplichting redelijke termijnen te stellen? Wordt de minimale wettelijke termijn 'automatisch' als redelijk en proportioneel beschouwd, zoals dat met de huidige termijnen in de praktijk wel wordt geacht?

Voor relatief eenvoudige opdrachten zal dit niet tot onoverkomelijke problemen leiden, mits er rekening gehouden wordt met zaken als vakantieperiodes. Echter het is wel degelijk van belang, voor

zowel de aanbestedende dienst alsmede de betrokken marktdeelnemer, dat de inschrijver vooral bij complexere opdrachten over voldoende tijd beschikt om een zorgvuldige en passende inschrijving op te stellen. De vraag luidt dan ook op welke wijze geborgd is dat de aanbestedende dienst per opdracht overweegt wat een redelijk termijn is en niet automatisch bij het opstellen van planningen wordt aangesloten bij de wettelijke en daarmee redelijk geachte minimumtermijnen. Ons inziens is een koppeling aan artikel 1.10 in die zin onvoldoende.

In het verlengde van het voorgaande volgt uit het wetsvoorstel voorts dat indien gebruik gemaakt is van een vooraankondiging (cf. § 2.3.2.1.) de inschrijvingstermijn verkort kan worden tot vijftien respectievelijk tien dagen. Met uitzondering van een zeer eenvoudige procedure is een dergelijke termijn irreëel. Voorts dient geborgd te worden dat de aanbestedende dienst ‘met haast’ hierin een uitweg vindt om middels een weinig omvattende vooraankondiging marktdeelnemers voor een onredelijke opgave te stellen.

3. *Rechtstreekse betaling van onderaannemers: de keuze om artikel 71 derde lid (2014/24/EU) en artikel 88 derde lid (2014/25/EU) niet te implementeren*

Ons inziens een zeer terechte en wenselijke keuze om deze bepaling niet te implementeren. Er bestaat nadrukkelijk geen overeenkomst onder bezwarende titel, bevattende verplichtingen over en weer, tussen opdrachtgever en onderaannemer. Een dergelijke overeenkomst bestaat enkel tussen opdrachtgever en hoofdaannemer, zijnde de opdrachtnemer.

Het wel implementeren zou leiden tot onoverzichtelijkheid en meer kosten aan de zijde van aanbestedende diensten. Daarbij kan het leiden tot dubbele dan wel onverschuldigde betalingen. Voorts leidt een dergelijke bepaling tot strijdigheid met het thans in Nederland geldende verbintenissenrecht. Immers stelregel is dat een overeenkomst alleen partijen bij die overeenkomst bindt. Wanneer dergelijke rechtstreekse betalingen wel kunnen plaatsvinden impliceert dit dat er ook een overeenkomst is tussen de onderaannemer en opdrachtgever, waarbij bij gebreke van een overeenkomst de aansprakelijkheid niet is geregeld. Voorts rijst de relevante vraag op welke wijze omgegaan dient te worden met een faillissement van de onderaannemer, wie draagt hierin het risico? Voorkomen dient te worden dat in een dergelijk geval de gevolgen van het faillissement voor rekening komen van de opdrachtgever. Onwenselijk is dat in het geval de opdrachtgever reeds betalingen heeft verricht voor nog niet uitgevoerde werkzaamheden, opdrachtgever dan de werkzaamheden van de door hoofdaannemer ingeschakelde vervanger van de gefailleerde nogmaals dient te vergoeden, en voor de onverschuldigde betaling middels een concurrente vordering achter in de rij kan aan sluiten bij de curator.

4. *Voorbehouden opdrachten: de keuze om artikel 20 (2014/24/EU) en artikel 38 (2014/25/EU) onverkort te implementeren*

Logische keuze welke aansluit bij de actuele ontwikkelingen inzake participatie. Middels deze implementatie is toegestaan een voorbehouden opdracht te plaatsen waar enkel ondernemingen aan kunnen deelnemen indien tenminste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

5. *Voorbehouden opdrachten voor specifieke diensten: de keuze om artikel 77 (2014/24/EU) en 94 (2014/25/EU) niet te implementeren.*

Het betrof een onwerkbare/onpraktische regeling. “De opdracht heeft een maximale looptijd van drie jaar.” In combinatie met de voorwaarde dat “door de betrokken aanbestedende dienst is uit hoofde van dit artikel in de laatste drie jaar aan de organisatie geen opdracht voor de diensten in kwestie gegund.” Een dergelijke bepaling biedt geen enkele ruimte om continuïteit te borgen en leidt tot staking van de bedrijfsvoering van de betreffende organisatie na uiterlijk 3 jaar. Ons inziens is het derhalve een terechte keuze deze bepalingen niet te implementeren.

Ten overvloed, implementatie zou voorts leiden tot de omstandigheid dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid wordt geboden om de mededinging te vervalsen door iedere 3 jaar een nieuwe stichting op te richten. Daarbij leidt een dergelijke werkwijze tot onwenselijke onzekerheid voor werknemers, werkgelegenheid en overige betrokkenen.

Opmerkingen inzake specifieke bepalingen

a. Artikel 2.30 jo 2.28 Wetsvoorstel

Het tekstvoorstel van artikel 2.30 luidt: *1. De aanbestedende dienst kan in de in artikel 2.28, eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde gevallen de mededingingsprocedure met onderhandeling toepassen. 2. Indien de mededingingsprocedure met onderhandeling wordt toegepast in een geval als bedoeld in artikel 2.28, eerste lid, onderdeel b, is het tweede, derde en vierde lid van dat artikel van toepassing.*

De lezer wordt derhalve verwezen naar het artikel betreffende de concurrentiegerichtte dialoog. Hetgeen, gelet op de aard van de afzonderlijke procedures in mindere mate logisch is.

Voorts luidt het tekstvoorstel van artikel 2.28: *1. De aanbestedende dienst kan in de volgende gevallen de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog toepassen:*

a. met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan een of meer van de volgende criteria voldoen:

1°. er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen; [of]

*2°. het betreft onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen; [of]
[...]*

b. met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.

2. In gevallen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, hoeft de aanbestedende dienst geen aankondiging van de overheidsopdracht bekend te maken, indien de aanbestedende dienst tot de procedure uitsluitend alle inschrijvers toelaat die:

a. niet met toepassing van artikel 2.86 of artikel 2.87 zijn uitgesloten, die aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en die

b. gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure een inschrijving hebben ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed, mits de oorspronkelijke voorwaarden voor de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.

In het kader van het vorenstaande de navolgende twee kanttekeningen:

- het wetsvoorstel impliceert dat de aanbestedende dienst kan kiezen voor hetzij een concurrentiegerichtte dialoog hetzij een mededingingsprocedure met onderhandeling wanneer zij, cf. lid 1 sub a, acht dat er geen sprake is van een ‘gemakkelijk beschikbare oplossing’ en/of sprake is van ‘ontwerp’ c.q. ‘innovatieve oplossingen’. Ons inziens zet deze (te) ruime formulering de deur open om in vrijwel alle gevallen de behoefte dusdanig te formuleren dat gebruik kan worden gemaakt van beide procedures. Voor de hand ligt dat er voor deze procedures gekozen gaat worden in verband met de ogenschijnlijke vrijheid die deze procedures de aanbestedende dienst zou bieden. Een en ander heeft als keerzijde dat marktdeelnemers geconfronteerd zullen worden met complexere, kostbare en langdurige dialoog- en/of onderhandelingsfasen welke betrekking hebben op opdrachten welke prima via een ‘reguliere’ procedure verworven hadden kunnen worden. Een dergelijke ruime keuzevrijheid strookt voorts niet met de in artikel 1.6 geformuleerde inspanningsverplichting de administratieve lasten tot een minimum te beperken.

- het wetsvoorstel bevat de mogelijkheid om een concurrentiegerichtte dialoog toe te passen in geval van ‘uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen’ binnen een reguliere openbare of niet-openbare procedure. Dit beoogt een zeer merkwaardige mogelijkheid aan de aanbestedende dienst te bieden, om in geval van een gefaalde aanbesteding, waarin voorts in beginsel geen ruimte is de voorwaarden van de betreffende aanbesteding (wezenlijk) te wijzigen. Het houdt namelijk in dat de aanbestedende dienst na afloop van een reguliere aanbesteding kan opteren voor een concurrentiegerichtte dialoog omdat er inschrijvingen zijn welke:

* niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken, of

* die te laat zijn binnengekomen, of

- * waarbij aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie, of
- * die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag zijn beoordeeld.

Dan wel dat er sprake is van:

- * inschrijvers die niet over de vereiste kwalificaties beschikken, of
- * het vastgestelde plafondbedrag wordt overschreden,

Deze mogelijkheid is zeer opmerkelijk, onlogisch en bevat geen inhoudelijk passende oplossing van de op dat moment ontstane situatie. Ons voorstel luidt voor een dergelijke situatie – naast volledige heraanbesteding – enkel de mogelijkheid van de mededingingsprocedure met onderhandeling toe te staan, hetgeen in lijn is met de huidige praktijk.

b. *Artikel 2.32 lid 2 sub a Wetsvoorstel*

Het tekstvoorstel luidt: *een inschrijving ongeschikt geacht indien zij niet relevant is voor de overheidsopdracht, omdat zij, zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst;*

Middels een dergelijke passage wordt ons inziens (te) veel ruimte voor interpretatie over gelaten hetgeen juridische geschillen in de hand werkt. De passage impliceert voorts dat indien de aanbestedende dienst van mening is dat er geen bevredigend aanbestedingsresultaat is zij zou kunnen overstappen naar de onderhandelingsprocedure. De onderdelen welke betrokkenen dan onderling dienen te beslechten zijn:

- Wat is ongeschikt?
- Wat zijn ingrijpende wijzigingen (leerstuk wezenlijke wijziging?)?
- Wat valt onder de behoeften van de A.D. en/of is cumulatief met eisen?
- Hoe verhoudt dit zich met de mededinging (indirecte mogelijkheid tot herstel?)?

Noodzakelijk wordt dan ook geacht deze bepaling nader uit te werken ten einde geschillen alsmede potentieel misbruik van deze bepaling te voorkomen.

c. *Artikel 2.143 Aw 2012 / artikel 2.143 Wetsvoorstel*

Artikel 2.143 Aw 2012 bepaalt dat wanneer een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers deze met tenminste drie ondernemers wordt gesloten. In de consultatieversie is in artikel 2.143 er voor gekozen om de toevoeging ‘*tenminste met drie ondernemers*’ niet over te nemen. Dit betekent dus dat onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemers ook een raamovereenkomst met twee ondernemers wordt verstaan.

Een dergelijke bepaling kan ons inziens dan ook een mededingingsbeperkende werking hebben. Dit verhoudt zich ons inziens niet met de doelstelling volgend uit artikel 1.10a, alsmede de vigerende kartelwetgeving voortvloeiend uit de Mededingingswet. Een dergelijke zienswijze past ook niet binnen het vigerende kader vanuit de Gids Proportionaliteit, waar het nadere opdrachten betreffen met een waarde welke de ca. 30.000 EUR overschrijden, daar deze het voorschrift bevat bij meervoudig onderhandse procedures tenminste 3 tot 5 partijen uit te nodigen ten einde de mededinging te borgen.

d. *Artikel 2.80 Wetsvoorstel*

Het tekstvoorstel luidt: *Aanbestedende dienst kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van de overheidsopdracht, mits deze voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht.*

De oorspronkelijke wetstekst bood de aanbestedende dienst de wenselijk geachte, breed gedragen en derhalve in de praktijk veelgebruikte mogelijkheid om Social Return On Investment (SROI) te kunnen toepassen. Nu dit tekstvoorstel gelijkgetrokken is met de passage omtrent het vereiste dat gunningscriteria verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht, vloeit hieruit voort dat de wetgever naast het uitsluiten van SROI als gunningscriterium nu tevens de mogelijkheid SROI als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde vrijwel geheel uitsluit, m.n. ook waar deze zag op de mogelijkheid dat de opdrachtnemer SROI buiten de specifieke overheidsopdracht mocht realiseren. Immers, de overheidsopdrachten waarbij SROI verband houdt met het voorwerp van de opdracht zijn in de praktijk zeer schaars. Indien dit een bewuste keuze betreft om SROI in het kader van aanbestedingen vrijwel geheel uit te bannen is het wenselijk dat hier in de memorie van toelichting specifiek aandacht aan wordt besteed.

NB. Vorenstaande betreffen vier ter illustratie aangehaalde voorbeelden ter onderbouwing van de eerste algemene opmerkingen, de consultatieperiode is te kort gebleken om naast de reguliere werkzaamheden een volledige en uitputtende analyse van het wetsvoorstel uit te kunnen voeren en hier een uitwerking van in deze reactie op te nemen.