

Wijzigingen Aanbestedingswet op komst

Auteur: [Leyla Bozkurt](#)

Op 11 februari 2014 heeft de Raad van Ministers twee nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen aangenomen ter vervanging van Richtlijn 2004/17 (nutssectoren) en Richtlijn 2004/18 (klassieke sectoren) en een derde nieuwe richtlijn aangenomen (concessies):

- [Richtlijn 2014/24](#) voor het gunnen van overheidsopdrachten (klassieke overheid);
- [Richtlijn 2014/25](#) voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en post (speciale sectoren);
- [Richtlijn 2014/23](#) voor het gunnen van concessies.

Deze richtlijnen moeten uiterlijk op 18 april 2016 zijn geïmplementeerd in de Nederlandse Aanbestedingswet. Indien dit de Nederlandse wetgever niet lukt, zullen de bepalingen in de richtlijnen die voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en waar particulieren rechten aan kunnen ontlenen vanaf deze datum directe werking hebben. De Nederlandse wetgever heeft op 3 april 2015 een [conceptwetsvoorstel](#) gepubliceerd tot wijziging van de Aanbestedingswet ter implementatie van de richtlijnen. Het wetsvoorstel is op 29 oktober 2015 samen met het [advies](#) van de Raad van State en de reactie hierop van de minister van Economische Zaken ([nader rapport](#)) ingediend bij de Tweede Kamer.

Vanaf – uiterlijk 18 april – 2016 komen er, met andere woorden, de nodige wijzigingen aan op het gebied van het aanbestedingsrecht. In dit artikel zullen de belangrijkste en meest opvallende wijzigingen als opgenomen in het conceptwetsvoorstel worden besproken. Het conceptwetsvoorstel kan in de uiteindelijke vorm uiteraard nog gewijzigd worden.

Concessies

Concessies voor diensten zijn in de huidige Aanbestedingswet uitgesloten van de werking van de Aanbestedingswet, tenzij er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. In dit laatste geval gelden de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Dit is conform de jurisprudentie op basis van de Europese verdragen.

Zoals uit de inleiding volgt, is er een hele nieuwe richtlijn aangenomen voor concessies. Uit deze richtlijn en het daarop gebaseerde hoofdstuk 2A in het conceptwetsvoorstel voor de Aanbestedingswet volgt dat concessieovereenkomsten voor diensten met een geraamde opdrachtwaarde vanaf EUR 5.186.000,- aanbesteed dienen te worden. Het gaat hierbij om concessies waar het *operationeel* risico daadwerkelijk wordt overgedragen aan de exploitant. De aanbestedingsprocedure die gevolgd moet worden, betreft een vormvrije procedure met enkele procedurele waarborgen.

Past Performance

Er wordt eveneens een nieuwe facultatieve uitsluitingsgrond ingevoerd op grond waarvan aanbestedende diensten ondernemers mogen uitsluiten: past performance. Het gaat hierbij om (i) aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van de ondernemer, (ii) die hebben geleid tot vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties en (iii) zich drie jaar voorafgaand aan de inschrijving hebben voorgedaan. Deze tekortkomingen hoeven zich niet bij dezelfde aanbestedende dienst te hebben voorgedaan.

Gunningscriterium: kosteneffectiviteit, bijv. levenscycluskosten

Er zijn straks drie mogelijke gunningsmethodieken op grond van de economisch meest voordelige inschrijving: de beste prijs/kwaliteitverhouding, de laagste prijs en – nieuw – de laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten.

Bij de levenscycluskosten gaat het – zoals de naam al zegt – om alle kosten, van zowel de aanbestedende dienst/andere gebruikers zoals onderhoud, gebruik en verwijdering, alsook de kosten die toegerekend worden aan externe milieueffecten. Dit gunningscriterium is algemeen van opzet en de methode dient nog gezamenlijk met de markt te worden ontwikkeld nu de inschrijver deze gegevens dient te verstrekken.

Twee nieuwe aanbestedingsprocedures: MMO en Innovatiepartnerschap

Er worden twee nieuwe aanbestedingsprocedures ingevoerd: mededingingsprocedure met onderhandeling (“MMO”) en innovatiepartnerschap.

MMO is de vervanger van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en kenmerkt zich door de mogelijkheid voor aanbestedende dienst en ondernemer om te onderhandelen. Deze procedure is – net als de concurrentiegericht dialog – bedoeld voor gevallen waarbij de markt niet kan voorzien in de behoefte van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen. Het gaat daarbij om ontwerp- of innovatieve oplossingen of om gevallen waarbij de aanbestedende dienst de technische specificaties niet nauwkeurig kan vaststellen e.d. Partijen mogen bij deze procedure niet onderhandelen over de gunningscriteria en de minimumeisen.

Innovatiepartnerschap is geheel nieuw en in het leven geroepen voor opdrachten die zijn gericht op de ontwikkeling en aanschaf van innovatieve oplossingen welke nog niet op de markt beschikbaar zijn. Het gaat hierbij naast opdrachtverlening ook om een samenwerking: enerzijds wordt voldaan aan de behoefte van de aanbestedende dienst, anderzijds krijgen innovatieve bedrijven meer kansen om hun ideeën uit te werken tot een bruikbare oplossing. De praktijk zal moeten uitwijzen of de opzet van de wetgever zal slagen. Ook hierbij geldt dat partijen bij deze procedure niet mogen onderhandelen over de vooraf vastgestelde gunningscriteria en minimumeisen.

Verlicht regime voor “sociale en andere specifieke diensten”

In de huidige Aanbestedingswet is het uitgangspunt dat sprake is van A- en B-diensten: een aanbestedende dienst mag het zogenaamde verlichte regime van B-diensten toepassen, tenzij sprake is van een A-dienst. Dit uitgangspunt wordt zodanig gewijzigd dat in beginsel alle opdrachten en diensten aanbesteed dienen te worden, tenzij dit expliciet in de Aanbestedingswet is uitgesloten. Het onderscheid A- en B-diensten komt hierdoor dan ook te vervallen.

Naast de expliciete uitzonderingen in de Aanbestedingswet, wordt ook een nieuwe lijst geïntroduceerd van “sociale en andere specifieke diensten” waar een verlicht regime voor geldt. Het gaat hierbij om onder meer gezondheidszorg en aan maatschappelijke diensten gerelateerde diensten. Voor sociale en andere specifieke diensten geldt wel een verplichting tot aankondiging van opdrachten boven de EUR 750.000,-. Melden zich naar aanleiding van de aankondiging meerdere geïnteresseerden zich bij de aanbestedende dienst dan zal de aanbestedende dienst op basis van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling een keuze moeten maken voor de partij aan wie hij de opdracht gunt.

Elektronisch aanbesteden en verkorting termijnen

Op dit moment dient alleen de aankondiging via TenderNed elektronisch te geschieden. Het uitgangspunt wordt dat in beginsel *alle* communicatie tussen aanbestedende dienst en een ondernemer elektronisch dient te geschieden via een aanbestedingsplatform. Eén van de gevolgen hiervan is dat de minimumtermijnen die gelden voor procedures ingekort (kunnen) worden.

Keurmerken, certificaten en bijzondere voorwaarden

Anders dan voorheen mogen aanbestedende diensten onder bepaalde voorwaarden specifieke keurmerken als bewijs eisen van ondernemers.

Eigen Verklaring vs Uniform Europees Aanbestedingsdocument

In het kader van lastenverlichting wil de Raad van Ministers een Uniform Europees Aanbestedingsdocument introduceren waarbij een ondernemer kan aangeven dat en hoe zij voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen. Gelet op de Eigen Verklaring, lijkt dit voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk eerder een lastenverzwaring op te zullen leveren dan een lastenverlichting. Overigens is er nog geen concept-Uniform Europees Aanbestedingsdocument gepubliceerd en is hierdoor dit punt nog niet meegenomen in de tekst van het conceptwetsvoorstel. Een en ander wordt vervolgd dus.

Inbesteding en publiek-publieke samenwerking

Een uitzondering op de aanbestedingsplicht betreft het (quasi-)inbesteden welke is aangenomen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie: een aanbestedende dienst mag kortgezegd een opdracht zonder voorafgaande aanbesteding gunnen aan een door hem

gecontroleerde rechtspersoon welke rechtspersoon ten minste 80% van haar werkzaamheden uitvoert voor aanbestedende diensten. Deze uitzondering is gecodificeerd en nader uitgewerkt in het conceptwetsvoorstel. Hieruit volgt ook dat niet alleen opdrachten van de aanbestedende dienst aan de gecontroleerde rechtspersoon zonder aanbesteding mag worden gegund, maar ook andersom en tussen gecontroleerde rechtspersonen.

Ook is in het conceptwetsvoorstel opgenomen dat aanbestedende diensten onderling opdrachten aan elkaar mogen gunnen zonder aanbestedingsplicht, indien dit in het openbaar belang is, gericht is op verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen en het marktaandeel niet meer betreft dan 20%.

Level playing field

Aanbestedende diensten handelen in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen indien zij een opdracht toeschrijven naar een bepaalde ondernemer. Dit verbod wordt straks op twee manieren gecodificeerd. Enerzijds wordt de aanbestedende dienst verboden de mededinging kunstmatig te beperken door bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Anderzijds wordt de aanbestedende dienst verplicht om passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door bijvoorbeeld andere inschrijvers te informeren om op die wijze de kennisvoorsprong te neutraliseren of – in het uiterste geval - partijen die hebben geholpen bij de voorbereiding van een aanbesteding uit te sluiten van deelname aan de aanbesteding.

Het huidige percelengebod blijft bestaan: aanbestedende diensten worden geboden hun opdrachten in percelen te verdelen, tenzij dit niet passend is. Per april 2016 geldt hierbij wel dat de aanbestedende dienst drie extra bevoegdheden krijgt: (i) het maximeren van inschrijvingen wordt toegestaan, (ii) het toelaten van combinatie-inschrijvingen en (iii) het maximeren van het aantal te gunnen percelen per ondernemer. Met het oog op de algemene beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden wel nadere voorwaarden verbonden aan het gebruik van deze bevoegdheden.

Bij combinatie-inschrijvingen gaat het om één inschrijving van een ondernemer waarin hij aangeeft mee te dingen naar twee of meer percelen. Indien de inschrijver voor de betreffende percelen de winnende inschrijving heeft, krijgt hij de betreffende percelen gegund, anders niet. Op deze wijze kan de uitvoering efficiënter worden gemaakt. Een voorbeeld uit de memorie van toelichting:

“(…) in een aanbesteding met drie percelen dient een inschrijver een inschrijving in voor percelen twee en drie samen. Dit betekent dat de inschrijver alleen de combinatie van die percelen kan winnen en niet de individuele percelen. Mocht de inschrijver niet het hoogste aantal punten behalen bij perceel twee maar wel bij perceel drie dan zou hij in een situatie zonder combinatie-inschrijvingen perceel drie gegund krijgen. In het geval van een combinatie-inschrijving is dit echter niet zo. De inschrijving is dan gedaan onder voorwaarde dat beide

percelen door de ondernemer worden gewonnen. In het genoemde voorbeeld krijgt de ondernemer geen van de percelen gegund.”

Wijziging van de opdracht

Het is vaste rechtspraak dat gedurende de aanbestedingsprocedure en ná gunning van een opdracht, opdrachten niet *wezenlijk* gewijzigd mogen worden. Wezenlijk gewijzigde opdrachten worden in de aanbestedingspraktijk gekwalificeerd als nieuwe opdrachten die – opnieuw – aanbesteed dienen te worden. Deze jurisprudentie van het Hof van Justitie is in de nieuwe richtlijnen en in het conceptwetsvoorstel gecodificeerd en nader uitgewerkt door de wetgever.

Vanaf april 2016 zal het uitgangspunt zijn dat wijzigingen in aanbestede opdrachten alleen in limitatieve gevallen mogen worden doorgevoerd. De belangrijkste gevallen zijn: (i) wijzigingen welke vooraf zijn opgenomen in de aanbestedingsdocumenten in “duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules” en (ii) wijzigingen die niet-wezenlijk zijn. In verschillende artikelen is uitgewerkt wat er onder *wezenlijke* wijzigingen wordt verstaan.

Tot slot

Dit artikel is geschreven ten behoeve van Xpert Inkoop en Aanbesteding door [Leyla Bozkurt](#). Met het [team Aanbestedingsrecht](#) van Ploum zullen wij u op de hoogte houden van de nieuwe Aanbestedingswet en andere relevante ontwikkelingen op dit gebied. Heeft u vragen, aarzelt u dan niet om contact op te nemen.

Voor meer informatie over de aankomende gewijzigde Aanbestedingswet, zie www.internetconsultatie.nl. Op deze pagina van de Rijksoverheid zijn de drie nieuwe richtlijnen te vinden, alsook een geconsolideerde versie van het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet met bijbehorende concept-memorie van toelichting en transponerings-tabellen.

Op deze pagina www.raadvanstate.nl van de Raad van State is het advies van de Raad van Staat terug te lezen alsook de reactie van de minister van Economische Zaken.