

INTERNETCONSULTATIE WETSVORSTEL NIEUWE AANBESTEDINGSWET

I. Inleiding

1. Wij hebben kennis genomen van het wetsvoorstel voor aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 door implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Het ministerie heeft belangstellenden via internet opgeroepen om commentaar en input te geven op het concept wetsvoorstel en de concept memorie van toelichting. Graag maken wij van deze mogelijkheid gebruik.
2. Onder II maken wij een aantal algemene opmerkingen over de implementatie van de richtlijnen en het wetsvoorstel en doen wij suggesties voor aanpassingen. Vervolgens zullen wij onder III. ingaan op de specifieke consultatiepunten die door u zijn aangegeven, aangevuld met andere punten en commentaar onzerzijds.

II. Algemene opmerkingen n.a.v. het wetsvoorstel

3. Na bestudering van het wetsvoorstel is opgevallen dat in een aantal gevallen de wetgever ervoor opteert om af te wijken van het systeem en de opzet van de richtlijnen in de zin dat ervoor gekozen wordt om in het wetsvoorstel sommige zaken net iets anders te omschrijven dan in de richtlijnen lijkt te zijn voorgeschreven.
4. Een voorbeeld. Het voorstel voor het nieuwe artikel 2.114 gaat uit van de situatie dat een opdracht gegund moet worden op basis van de economisch meest voordelig inschrijving. Deze economisch meest voordelige inschrijving kan door de aanbestedende dienst door middel van 3 'methoden' worden vastgesteld, te weten beste prijs-kwaliteit verhouding, laagste kosten of laagste prijs.
5. Hoewel dit voorstel een verbetering is ten opzichte van de huidige wet aangezien daaruit lijkt te volgen dat gunnen op laagste prijs geen economisch meest voordelig inschrijving zou kunnen zijn, hetgeen natuurlijk onjuist is, wijkt het voorstel af van artikel 67 van richtlijn 2014/24. Daarin wordt namelijk uitgegaan dat de economisch meest voordelige inschrijving enerzijds kan worden bepaald door prijs en anderzijds door kosten. De beste prijs-kwaliteit verhouding volgt niet als een separate methode uit artikel 67, maar is onderdeel van laagste kosten.
6. Wij zouden ervoor kiezen om, tenzij dit uitgebreid wordt gemotiveerd in de memorie van toelichting hetgeen nu niet het geval is, zo weinig mogelijk af te wijken van de richtlijnen. De reden hiervoor is simpel. Het is slechts een kwestie van tijd totdat er geprocedeerd wordt over een onduidelijkheid ter zake de nieuwe richtlijnen, waardoor het Hof van Justitie van de Europese Unie gevraagd zal worden om een uitweg voor deze onduidelijkheden te bieden. Het Hof van Justitie zal dan de nieuwe richtlijnen gaan uitleggen. Indien in nationale wetgeving is afgeweken van de richtlijn zal derhalve altijd de vraag blijven bestaan in hoeverre de jurisprudentie over een artikel uit de richtlijn van toepassing is op de nationale situatie in Nederland en of het toch niet mogelijk is om af te wijken van het oordeel van het Hof van Justitie. Dit komt enerzijds de rechtszekerheid binnen de Europese Unie niet ten goede en anderzijds levert het onnodige problemen op voor juristen en overheden in Nederland die de vraag zullen moeten beantwoorden in hoeverre de jurisprudentie van het Hof van Justitie van toepassing is.
7. Een tweede punt. Wij menen dat het wetsvoorstel (en ook de huidige wet) nog eens goed bekeken zou moeten worden in het licht van het adagium 'niet roomser willen zijn

dan de paus'. De Aanbestedingswet 2012 is op diverse plaatsen een uitbreiding van verplichtingen voor aanbestedende diensten ten opzichte van hetgeen daadwerkelijk (minimaal) wordt voorgeschreven in de richtlijnen. Dit is onwenselijk en onnodig. Graag vernemen wij de noodzaak om meer en bovendien stringentere verplichtingen en eisen te stellen aan het plaatsen van een opdracht door aanbesteders dan waartoe Nederland verplicht is op grond van de richtlijnen. Ook hier geldt dat een afwijking van de richtlijnen, zou daar toch voor worden gekozen, uitvoerig zou moeten worden gemotiveerd in de richtlijnen.

8. Wij zijn van mening dat deze toch grote herziening van de Aanbestedingswet 2012 aangegrepen zou moeten worden om, veel meer dan nu het geval is, de inmiddels gebleken excessen en niet werkende onderdelen van de geldende wet aan te passen en te herzien. Blijkens de memorie van toelichting is een van de uitgangspunten van dit wetsvoorstel het verhogen van de flexibiliteit bij aanbesteden. De speerpunten uit het wetsvoorstel die zien op meer flexibiliteit en minder regels zouden ook toegepast moeten worden op de geldende wet.
9. Het beste voorbeeld van 'doorschieten' blijft toch de gids proportionaliteit. In 2012 is het proportionaliteitsbeginsel reeds in de wet opgenomen. Overheden en marktpartijen zijn destijds door de minister geconfronteerd met de gids proportionaliteit die voor een behoorlijk deel verplicht voorschrijft welke methoden en handvatten een aanbestedende dienst per fase van het aanbestedingstraject dient te hanteren om innovatie en proportionaliteit te bevorderen. De gids beoogde de toepassing van innovatie en proportionaliteit te uniformeren. Het ziet ernaar uit dat het nieuwe wetsvoorstel de gids handhaaft, terwijl wij menen dat deze gids niet benodigd is op grond van de richtlijnen, noch is deze in de praktijk makkelijk uitvoerbaar voor partijen. Het is een last waar we zonder kunnen. Het is een utopie om te denken dat door de minister uniform voorgeschreven zou kunnen worden op welke wijze innovatie bevorderd wordt en dit geldt eveneens voor het bewaken van de proportionaliteit van de eisen die een aanbesteder aan de inschrijver en de inschrijving stelt.
10. Dit wetsvoorstel is een uitgelezen kans om onder meer de effectiviteit van de gids proportionaliteit nader te bezien. Sterker nog, deze moet worden herzien in het licht van het wetsvoorstel. De voorgestelde grotere keuzevrijheid voor aanbestedende diensten inzake de toe te passen procedure waarvan wij een voorstander zijn verhoudt zich bijvoorbeeld niet tot de huidige gids proportionaliteit.
11. Graag zouden wij zien dat u tot de conclusie komt dat de gids wordt afgeschaft. Afschaffing van de gids proportionaliteit past perfect in het streven van een grotere flexibiliteit, aangezien het aanbesteders de mogelijkheid geeft om innovatie en proportionaliteit op maat gesneden na te streven. Innovatie zonder richtsnoeren dus. Laat het aan de markt over. Aangezien het proportionaliteitsbeginsel gehandhaafd blijft in de richtlijnen en in de wet, bestaat er geen vrees dat aanbesteders zich geen rekenschap zouden geven van de proportionaliteit van eisen en maatregelen. Hiervoor is de gids dan ook niet nodig. Dit geldt eens te meer nu het nieuwe wetsvoorstel en de richtlijnen specifiek voorzien in een speciale procedure voor de bevordering van innovatie.
12. Zou de gids al niet worden afgeschaft, dan menen wij dat de gids zou moeten herzien tegelijk met de AW 2012. Hierin zou duidelijk naar voren moeten komen dat de gids niet meer is dan dat de naam reeds doet vermoeden: een handreiking voor aanbestedende diensten maar zeker geen stuk waaruit verplichtingen kunnen voortvloeien voor

inschrijvers en gegadigden. Dit vereist een herziening van de gids. Een andere status en inhoud van de gids doet afbreuk aan de flexibiliteit die in het nieuwe wetsvoorstel terecht als speerpunt wordt genomen en heeft bovendien een grotere (administratieve) last voor aanbestedende diensten tot gevolg.

13. Vermindering van administratieve lasten is ook onderdeel van het nieuwe wetsvoorstel. Wat ons betreft kan dit nog verder worden doorgevoerd bij de aanpassingen van het wetsvoorstel.
14. Een ander gemist punt in het wetsvoorstel is dat de wetgever geen duidelijk standpunt lijkt in te nemen over de bij aanbestedende diensten levende problematiek ter zake de vraag of werkzaamheden voor wat betreft de raming van de waarde van de opdracht als één opdracht gezien moeten worden. De jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt is dusdanig algemeen dat niet volstaan kan worden met een simpele verwijzing hiernaar. Dit dient in een nationale regeling uitgewerkt te worden, veel meer dan nu gebeurt. In het wetsvoorstel zou door u een keuze gemaakt kunnen worden door een bepaalde lijn te kiezen voor de waardebepaling en ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van kunstmatige splitsing van een opdracht.

III. Consultatiepunten

15. Het eerste consultatiepunt betreft de **ingangsdatum van het verplicht elektronisch aanbesteden**. U kiest ervoor in het wetsvoorstel om geen gebruik te maken van de in de richtlijnen opgenomen uitstelmogelijkheid, maar laat de verplichting hiertoe reeds op 18 oktober 2016 ingaan. Binnen onze cliënten merken wij dat steeds vaker gebruik wordt gemaakt van elektronisch aanbesteden in de zin dat door middel van e-mail of soms een hiervoor apart bestaand software programma of omgeving over een aanbesteding wordt gecommuniceerd met inschrijvers of gegadigden. De datum van 18 oktober 2016 lijkt dan ook geen probleem te zijn voor aanbestedende diensten. Wel dient nagedacht te worden over de vraag hoe ver deze verplichting gaat en of dit ook inhoudt dat inschrijvers hun inschrijving te allen tijde zuiver elektronisch moeten indienen. Wij zouden menen dat de mogelijkheid hiertoe moet worden geopend, maar dat voorkomen moet worden dat, met name het MKB, gehouden is om speciale software aan te schaffen of zich te conformeren aan andere speciaal ontworpen methoden van elektronisch aanbesteden zoals bijvoorbeeld het uploaden bij een omgeving van een specifieke organisatie.
16. Vermindering van de administratieve lasten en de toegankelijkheid van het MKB maken dat elektronisch aanbesteden simpeler en goedkoper moet zijn en voorkomen moet worden dat het alleen meer lasten tot gevolg heeft of ingewikkelder wordt.
17. Het tweede consultatiepunt betreft **de verkorting van de termijnen**. In het wetsvoorstel heeft u ervoor gekozen om de termijnen van aanbestedingsprocedures te verkorten. Wij zien in verkorting van de termijnen geen problemen, aangezien de voorgestelde termijnen voor het overgrote deel van de aanbestedingen proportioneel en zeker niet te kort zijn. Aangezien het hier minimumtermijn betreft kunnen aanbestedende diensten er in meer complexere procedures altijd voor kiezen om langere termijnen te hanteren, maar in het kader van flexibiliteit juichen wij de mogelijkheid voor kortere termijnen toe. De meeste aanbestedingen zijn (ook voor inschrijvers) lopende band werk geworden, waardoor verkorte termijnen geen probleem hoeven te zijn.

18. Het derde consultatiepunt betreft **de rechtstreekse betaling van onderaannemers**. U heeft ervoor gekozen om de bepaling uit de richtlijn die het voor een aanbestedende dienst mogelijk maakt om onder omstandigheden direct te betalen aan de onderaannemer in plaats van de hoofdaannemer niet te implementeren. Een juiste keuze. Zeer onduidelijk is op dit moment wat hiervan de juridische grondslag is. Immers, men betaalt dan niet aan de contractspartij maar aan een derde. Dit is een duidelijke schending van de beginselen van het Nederlandse contractenrecht en bovendien is onduidelijk of de aanbestedende dienst in dat geval dan ook geacht moet worden bevrijdend te hebben betaald. Anders ontstaat de situatie dat de aanbestedende dienst wordt aangesproken door de hoofdaannemer op betaling terwijl reeds aan de onderaannemer is betaald.
19. Bovendien is maar de vraag of een onderaannemer aanspraak kan maken op de gelden van de hoofdaannemer, aangezien het voor de aanbestedende dienst vaak niet mogelijk zal zijn om de contractuele relatie en de afspraken tussen hoofd- en onderaannemer te overzien. Juridisch en praktisch zijn er allerlei bezwaren tegen deze bepaling uit de richtlijn waardoor de keuze om dit niet op te nemen in het wetsvoorstel de juiste is. Wij onderschrijven in het geheel niet dat in de richtlijnen is opgenomen dat voorzien zou moeten worden in contractvoorwaarden die inzicht zouden moeten geven in de verhouding tussen hoofdaannemer en onderaannemer of hierin zouden moeten ingrijpen. Los van de vraag of juridisch ingrijpen in die verhouding mogelijk is voor een aanbestedende dienst, zoals gezegd is dit in beginsel strijdig met het Nederlandse contractenrecht, menen wij dat het ook anderszins onwenselijk is. Dit omdat aanbestedende diensten opgezadeld zullen worden met een andere partij waar zij mogelijk rekening mee moeten houden, terwijl zij een opdracht hebben gegund aan de hoofdaannemer op basis van zijn inschrijving.
20. Het vierde consultatiepunt ziet op **de uitbreiding van de mogelijkheid om bepaalde opdrachten aan sociale werkvoorzieningen voor te behouden**. Wij zouden graag zien dat duidelijker in de wet naar voren komt dat het voorbehouden van een opdracht niet tot gevolg heeft dat geen aanbestedingsprocedure gehouden zou hoeven te worden. Er dient alsnog een aanbesteding gehouden te worden, zij het met de bijzonderheid dat alleen sociale werkvoorzieningen kunnen inschrijven. Dit is een onderscheid dat vaak wordt vergeten en derhalve duidelijker in de wet naar voren zou moeten komen.
21. Wij vinden de uitbreiding van de mogelijkheden om een opdracht voor te behouden prima, zij het dat wij erop wijzen dat wederom in het kader van flexibiliteit en maatwerk het geen automatisme zou moeten worden dat bepaalde opdrachten standaard worden voorbehouden aan sociale werkvoorzieningen. Hiermee wordt immers de mededinging beperkt, hetgeen ook voor de aanbestedende diensten tot gevolg kan hebben dat zij voor een opdracht teveel betaald aangezien deze in minder concurrentie dan te verwachten indien de opdracht niet zou zijn voorbehouden tot stand is gekomen.
