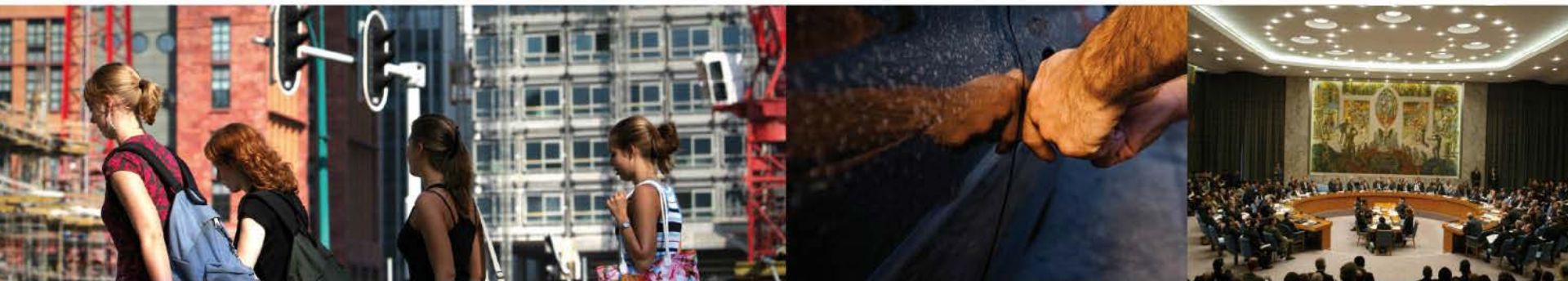




Alumnidag Rechtsgeleerdheid, 25 januari 2013

De nieuwe Aanbestedingswet is er!

Prof.mr. Chris Jansen



Plan van behandeling

- aanbesteden
 - begripsverkenning
- aanbestedingsrecht
 - vragen, beginselen en andere bronnen
- Aanbestedingswet
 - achtergrond en ontstaansgeschiedenis
 - belangrijke verschillen met het (nog) geldende wettelijk kader
 - formele aanbestedingsrecht
 - materiële aanbestedingsrecht

Begripsbepaling aanbesteden

Wat is een 'aanbesteding'?

- een aanbesteding is een bijzondere wijze van totstandkoming van overeenkomsten
- bij een aanbesteding richt de aanbesteder aan twee of meer marktpartijen een uitnodiging om in onderlinge competitie een aanbod te doen
 - dat aanbod ziet op de levering van goederen, diensten of werken in ruil voor een tegenprestatie
 - het spiegelbeeld is de veiling: het aanbod van marktpartijen ziet op de betaling van een prijs in ruil voor de levering van goederen, diensten of een exploitatierecht
 - inconsistentie: concessies voor werken en diensten

Cruciale kenmerk

- bij een aanbesteding richt de aanbesteder aan twee of meer marktpartijen een uitnodiging om in onderlinge competitie een aanbod te doen
- kenmerkend voor de figuur van de aanbesteding is dat een marktpartij uit de uitnodiging kan afleiden dat
 - één of meer andere partijen een gelijklopende uitnodiging tot het doen van een aanbod hebben ontvangen
 - hij in een rechtstreekse competitie met die andere partijen zal treden

(vervolg)

- bij een aanbesteding richt de aanbesteder aan twee of meer marktpartijen een uitnodiging om in onderlinge competitie een aanbod te doen
- kenmerkend voor de figuur van de aanbesteding is dat een marktpartij uit de uitnodiging kan afleiden dat
 - één of meer andere partijen een gelijklopende uitnodiging tot het doen van een aanbod hebben ontvangen
 - hij in een rechtstreekse competitie met die andere partijen zal treden

Modaliteiten van concurrentiestelling

- meervoudig onderhandse aanbesteding
 - rechtstreekse uitnodiging aan twee of meer partijen
- openbare aanbesteding
 - algemene bekendmaking en uitnodiging
 - marktpartijen doen meteen offerte
 - beoordeling kwaliteit marktpartij én offerte in één keer
- niet-openbare aanbesteding
 - algemene bekendmaking en uitnodiging
 - marktpartijen melden zich eerst als gegadigde waarna geselecteerde gegadigden mogen offreren
 - beoordeling offertes geselecteerde gegadigden

Feitelijk verloop aanbestedingsproces

- specificatie van de opdracht
- aankondiging van de aanbesteding
- marktpartijen melden zich als gegadigde
- kwalitatieve beoordeling van gegadigden op basis van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen
- geschikte gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving
- beoordeling van inschrijvingen op basis van gunningscriteria
- gunning (of niet)

Aanbestedingsrecht

Belangen en spanningsveld

- individuele vermogensbelangen
 - aanbesteder: optimale prijs-kwaliteitverhouding
 - marktpartij: orderportefeuille; continuïteit onderneming
- publieke belangen (overheidsaanbestedingen)
 - doelmatige besteding overheidsmiddelen (nationaal)
 - neutraliseren interstatelijke handelsbelemmeringen (EU)
- spanningsveld
 - bevoordeling van (nationale) marktpartijen; leuren; kartelvorming

Beginnelsen

- beginselen van aanbestedingsrecht
 - non-discriminatie en gelijke kans
 - transparantie
 - concurrentiestelling
 - besluitvormingsproces
 - proportionaliteit

Waarover gaat 'aanbestedingsrecht'?

- bestaat er in het concrete geval een verplichting tot aanbesteden?
- welke procedure mag daarvoor worden gebruikt?
- hoe moet die procedure worden voorbereid, ingericht en afgewikkeld?
 - specificatie van de opdracht
 - aankondiging van de aanbesteding
 - kwalitatieve beoordeling van gegadigden op basis van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen
 - beoordeling van inschrijvingen op basis van gunningscriteria
 - gunning (of niet)

Rechtsbronnen – (Semi)overheid

- Europees aanbestedingsrecht
 - (secundair) Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG
 - geïmplementeerd in Bao 2005 en Bass 2005, gebaseerd op Raamwet 1993
 - (primair) bepalingen EUWV en jurisprudentie HvJ EU
 - opdrachten die niet of slechts summier onder de richtlijnen vallen maar die wel een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ hebben
 - overheid moet in dat geval de fundamentele regels en algemene beginselen van het EUWV in acht nemen
 - ‘passende mate van openbaarheid betrachten’
 - HvJ EG 15 mei 2008, zaak C-47/06 (SECAP), *NJ* 2008, 445

Rechtsbronnen – (Semi)overheid

- (aanvullende) nationale rechtsbronnen
 - in het geval van verplichte aanbesteding op grond van Europees recht
 - (nog) geen aanvullend nationaal recht
 - voor de bouwministeries gelden altijd de BAW 2005 en – in het verlengde daarvan – het ARW 2005, ongeacht of een Europese aanbestedingsplicht bestaat
 - alle overige overheidsaanbesteders kunnen het ARW 2005 van toepassing verklaren (en doen dat over het algemeen ook)
 - algemene beginselen van behoorlijk bestuur van ondergeschikt belang

Rechtsbronnen – (Semi)overheid

- (aanvullende) nationale rechtsbronnen (vervolg)
 - in het geval van vrijwillige aanbesteding door overheid
 - algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarin aanbestedingsrechtelijke kernverplichtingen kunnen worden ‘ingelesen’
 - vergelijk Hof Den Haag 26 oktober 2010, *LJN*: BO2080 (Gemeente Noordwijk)
 - ARW 2005 relevant wanneer dat van toepassing is verklaard

Rechtsbronnen – Private aanbesteders

- geen verplichting tot aanbesteden
 - maar wat als er vrijwillig tóch wordt aanbesteed?
 - ook in dat geval moet de aanbesteder zich houden aan de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen
 - grondslag: pre-contractuele redelijkheid en billijkheid
 - HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp), m.nt. LEHR en HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (RZG/ConforMed), m.nt. M.A.M.C. van den Berg en *BR* 2003, p. 824 m.nt. H. Nijholt
 - kunnen de beginselen worden ‘uitgesloten’?
 - Rb. Amsterdam 6 mei 2009, *LJN*: BI4270 en Hof Amsterdam 20 september 2011, *LJN*: BT1963 (KLM/CCC)

Aanbestedingswet

Achtergrond en ontstaansgeschiedenis

Ontwikkelingen

- toename aanbestedingen buiten bouwsector
- bouwfraude
- gebrekkig juridisch kader
 - versnipperd
 - beleidsarme implementatie Europese richtlijnen
 - gericht op rechtmatige en niet op doelmatige overheidsinkoop
- maatschappelijk debat
 - regulering concurrentiestelling buiten strikte toepassingsgebied Europese richtlijnen?
 - inperking beleidsvrijheid overheidsinkopers?
 - met name ten aanzien van proportionaliteit van beslissingen

Aanbestedingswet I en II

- Aanbestedingswet I
 - keuzes en kritiek
 - weggestemd door Eerste Kamer op 8 juli 2008
- Aanbestedingswet II
 - “waarmee een hernieuwde, toegankelijker implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen wordt beoogd ter bevordering van de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving van het aanbestedingsrecht”
 - meer in de wet (307 art.), minder in amvb's
 - flankerend beleid
 - Gids Proportionaliteit; Klachtenregeling; Commissie van Aanbestedingsexperts

Stand van zaken

- **Aanbestedingswet**
 - aangenomen door Tweede Kamer: 14 februari 2012
 - aangenomen door Eerste Kamer: 30 oktober 2012
- **concept Aanbestedingsbesluit**
 - instemming Tweede Kamer: 11 oktober 2012
 - instemming Eerste Kamer: 30 oktober 2012
 - voorgelegd aan Raad van State
- **Gids Proportionaliteit**
 - aangeboden aan Tweede Kamer: 3 juli 2012
 - Motie Gesthuizen 11 oktober 2012

Stand van zaken (vervolg)

- Klachtenregeling/Commissie van Aanbestedingsexperts
 - consultatie tot 28 november 2012
- Richtsnoer Leveringen en Diensten
 - consultatie tot 28 november 2012
- Aanbestedingsreglement voor Werken 2013
 - gereed
- Alles treedt op één en hetzelfde moment in werking
 - 1 januari 2013? 1 april 2013?
 - hangt af van tijdstip ontvangst en inhoud advies Raad van State

Aanbestedingswet

Structuur en toepassingsbereik

Structuur en toepassingsbereik

- Deel 1
 - algemene bepalingen
 - werking van de beginselen voor de verschillende modaliteiten van concurrentiestelling
- Deel 2
 - implementatie 2004/EG/18
- Deel 3
 - implementatie 2004/EG17
- Deel 4
 - overige bepalingen

Aanbestedingswet

Opvallende zaken

Opvallende zaken

- art. 1.4 lid 1
 - objectief kiezen voor wijze van totstandkoming overeenkomst en tot de procedure toe te laten ondernemer(s)
- art. 1.4 lid 2
 - zorgplicht tot leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor publieke middelen
- art. 1.5
 - clusterverbod en splitsingsgebod
 - gemotiveerd afwijken mag
- art. 1.6
 - zorgplicht tot beperken administratieve lasten

(vervolg)

- art. 1.10, 1.13 en 1.16
 - codificatie proportionaliteitsbeginsel
 - Richtsnoer: Gids Proportionaliteit ('pas toe of leg uit')
 - hier zit mogelijk een probleem...
- art. 1.18
 - aankondigen via TenderNed
- art. 1.19, 2.84 en 2.85
 - Model Eigen Verklaring
- art. 1.21 en 2.66
 - aanbestedingsstukken kosteloos ter beschikking stellen
- art. 1.22
 - verplichte toepassing ARW 2013 onder de drempel

(vervolg)

- art. 2.38 en 2.39
 - diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening behandelen als 2B-diensten
- art. 2.90
 - geschiktheidseisen mogen geen betrekking hebben op omzet
 - tenzij gemotiveerd en dan niet meer dan 300% van de opdrachtwaarde
- art. 2.114
 - emvi verplicht
 - gemotiveerd afwijken mag

(vervolg)

- art. 2.127
 - verlengde Alcateltermijn
 - 20 kalenderdagen
- art. 4.27
 - Commissie van Aanbestedingsexperts



Alumnidag Rechtsgeleerdheid, 25 januari 2013

De nieuwe Aanbestedingswet is er!

Prof.mr. Chris Jansen

