

DE GEWIJZIGDE AANBESTEDINGSWET

Betere positie mkb nog geen automatisme

Na de introductie van de Aanbestedingswet in 2013, is per 1 juli 2016 de gewijzigde Aanbestedingswet in werking getreden. Het is interessant om op basis van de eerste ervaringsmaanden te zien wat de wijzigingen voor invloed hebben op de dagelijkse praktijk. Naast een blik op die praktijk zetten we in dit artikel in vogelvlucht de opvallendste onderdelen en belangrijkste wijzigingen van de Aanbestedingswet voor de mkb-ondernemers uit de achterban van de Aannemersfederatie Nederland Bouw en Infra uiteen.

Tekst: **Joost Haest** - Foto's: **archief BouwBelang**



Mr. Joost Haest

Joost Haest, auteur van dit artikel, is advocaat bouw- en aanbestedingsrecht en tevens partner bij Severijn Hulshof advocaten. Hij behartigt de belangen van veel mkb-bedrijven in de bouw- en infra sector. Hij is tevens juridisch columnist voor Bouwbelang, vaste adviseur van onder meer Advies Centrum Aanbestedingen GWW en MKB INFRA en hij geeft regelmatig lezingen over bouw- en aanbestedingsrechtelijke onderwerpen.

severijnhulshof.nl



Een heel belangrijk uitgangspunt is (wederom) een nog betere toegang voor het midden- en kleinbedrijf tot de aanbestedingsmarkt. Die betere toegang moet onder meer gerealiseerd worden door: digitalisering van het grootste deel van het aanbestedingsproces, het gebruik van een standaard Europees Aanbestedingsdocument (ter vervanging van de Eigen Verklaring), een maximale omzet-eis van twee keer de contractwaarde (in plaats van drie keer) en – misschien wel de belangrijkste – het aansporen van aanbestedende diensten om opdrachten in percelen te splitsen. Dit om het clusteren van opdrachten, hetgeen nog altijd veel voorkomt en mkb-partijen benadeelt, te voorkomen.

□ **Het clusteren van opdrachten blijft een groot probleem voor het mkb. Zie bijvoorbeeld een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 4 mei 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:2737), waarin werd geoordeeld dat restauratieve voorzieningen, reststoffenmanagement, groenvoorziening, warme en koude drankenvoorziening, beveiligingsdiensten, klein facilitair onderhoud en BHV-middelen in één opdracht aanbesteed mogen worden.** <



EUROPEES AANBESTEDINGSDOCUMENT

Het Europese Aanbestedingsdocument zou moeten zorgen voor lastenverlichting. De praktijk laat tot op heden echter zien dat er veel vragen en onduidelijkheden bestaan ten aanzien van dit document. Zowel bij inschrijvers als ook bij aanbestedende diensten.

Om te beginnen zijn er op dit moment drie toepassingsmogelijkheden: de UEA-module in TenderNed, een interactief pdf-formulier en de Europese online tool. Daarnaast verschillen deze documenten van elkaar en zijn er de nodige voorbeelden dat het online invullen niet vlekkeloos verloopt.

□ **Aanbestedende diensten zijn de afgelopen periode soepel omgegaan bij de beoordeling van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument vanwege onduidelijkheden bij marktpartijen en kinderziekten in de in te vullen UEA-documenten.** <

NIEUW GUNNINGSCRITERIUM EN GEWIJZIGDE TERMEN

De term 'economisch meest voordelige inschrijving' (EMVI) is een overkoepelende term geworden voor drie gunningcriteria. Gegund kan worden op basis van I) de laagste prijs II) laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit (zoals levenscycluskosten, om zo duurzaamheid mee te wegen) en III) beste prijs-kwaliteitverhouding (wat we nu eigenlijk kennen als EMVI). De praktijk tot nu laat zien dat marktpartijen behoorlijk moeten wennen aan deze nieuwe terminologie.

DUURZAAMHEID EN INNOVATIE

Duurzaamheid en innovatie is een belangrijke onderlegger van de gewijzigde Aanbestedingswet. Zo is ervoor gekozen de marktconsultatie op te nemen in de wet. Met de marktconsultatie kan uit de markt vernomen worden hoe het duurzamer en innovatiever kan. Ook bestaat de expliciete mogelijkheid om eisen te stellen aan andere stadia van de levenscyclus dan alleen het moment van oplevering. Denk daarbij aan de productie- en verwijderingsfase, mate van recycling en milieubelasting van de productiemethode. En onder bepaalde voorwaarden zijn keurmerken als eis dadelijk toegestaan.

PAST PERFORMANCE

Er bestaat nu de mogelijkheid tot uitsluiting van de inschrijver op basis van prestaties uit het verleden (past performance). Een ondernemer die blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van een wezenlijk voorschrift dat heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van een eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties kan worden uitgesloten. De ondernemer moet echter wel de gelegenheid krijgen te bewijzen dat voldoende maatregelen zijn genomen om (alsnog) betrouwbaarheid aan te tonen. De Gids Proportionaliteit geeft overigens aan dat uitsluiting op basis van een eenmalige slechte beoordeling van een projectleider niet proportioneel is. En mocht een aanbestedende dienst al besluiten een register bij te houden van slechte prestaties uit het verleden, dan dient het opstellen en het gebruik daarvan in elk geval zeer zorgvuldig te gebeuren.

□ **Interessant in het kader van Past Performance is een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 3 maart 2016 (nummer 72046). Daarin werd geoordeeld dat de aanbestedende dienst voldoende geobjectiveerd en geconcretiseerd heeft onderbouwd dat een potentiële inschrijver op basis van past performance geweigerd mocht worden bij een meervoudig onderhandse aanbesteding.** <

WEZENLIJKE WIJZIGING TIJDENS OPDRACHT

De hoofdlijn blijft in beginsel dat de opdracht moet worden heraanbesteed, indien sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Maar er wordt nu een uitgebreide regeling gegeven wanneer er géén verplichting tot heraanbesteden bestaat. Zo hoeft geen heraanbesteding te volgen bij een wijziging kleiner dan 10 procent van de opdrachtwaarde bij leveringen en diensten of 15 procent bij werken, bij duidelijke herzieningsclausules in de oorspronkelijke aanbestedingsdocumenten, bij aanvullende werkzaamheden (meerwerk) - kleiner dan 50 procent van oorspronkelijke opdrachtsom - indien het inschakelen van een nieuwe aannemer tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kosten leidt, en wijzigingen - kleiner dan 50 procent van oorspronkelijke opdrachtsom - die een zorgvuldig aanbesteder niet kon voorzien.

Een hele belangrijke wijziging voor de praktijk is dat geen heraanbesteding hoeft te volgen als sprake is van rechtsovergang van de aanvankelijke opdrachtnemer ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door overname, fusie, acquisitie of faillissement. Het moet dan wel gaan om rechtsovergang door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheids- en uitsluitingsgronden.

□ **Een uitspraak van de rechtbank Almelo van 2 juni 2016 (ECLI:NL:RBOVE:2016:1948) geeft een mooi voorbeeld van een aanbestedende dienst die bij een faillissement van de contractant geen nieuwe aanbestedingsprocedure volgt, maar als eis aan de opvolgend aannemer stelt dat die moet voldoen aan oorspronkelijke geschiktheids- en uitsluitingsgronden.** <



GIDS PROPORTIONALITEIT

Ook de Gids Proportionaliteit is inmiddels aangepast. Er zijn een aantal overwegingen opgenomen die voor het midden- en kleinbedrijf waardevol zijn. Zo wordt bijvoorbeeld overwogen dat bij het hanteren van RAW-raamovereenkomsten (de oude OMOP-bestekken) het noodzakelijk is dat een reële inschatting wordt gemaakt van de omvang van de opdracht waarvoor een prijs wordt opgevraagd. En er valt ook te lezen dat een referentieperiode langer dan 5 jaar is toegestaan, indien er anders te weinig gegadigden zijn. En een aanbestedende dienst moet zich afvragen of er echt wel vijf exemplaren van de inschrijving nodig zijn (bij papieren inschrijvingen) en welk betrouwbaarheidsniveau proportioneel is (bij digitale inschrijvingen).

CONCLUSIE

Een betere positie van het mkb is een belangrijk uitgangspunt van de gewijzigde Aanbestedingswet. Ook de Gids Proportionaliteit laat zien dat gedacht is aan de positie van het midden- en kleinbedrijf. Dat betekent echter niet automatisch dat die betere positie ook daadwerkelijk bereikt wordt. De Aannemersfederatie en MKB INFRA blijven strijden voor een (nog) betere positie en ook andere mkb-marktpartijen doen er goed aan op te komen voor hun rechten.



Ook andere mkb-marktpartijen doen er goed aan op te komen voor hun rechten