

Wijzigingen Aanbestedingswet 2016: highlights voor de bouwpraktijk

Mr. T.A. Terlien en mr. L.E.M. Haverkort, datum 17-04-2016

Datum

17-04-2016

Auteur

Mr. T.A. Terlien en mr. L.E.M. Haverkort^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS201087:1

Vakgebied(en)

Bouwrecht (V)

Onbekend (V)

Aanbestedingsrecht / Aanbestedingsprocedure

Aanbestedingsrecht / Algemeen

1. Inleiding

Op het moment van inwerkingtreding per 1 april 2013 stond het al vast: de Aanbestedingswet 2012 zou, slechts enkele jaren nadat zij het levenslicht zag, op delen al moeten worden gewijzigd vanwege nieuwe Europese regelgeving. Deze nieuwe Europese regelgeving verscheen op 28 maart 2014 met de publicatie van drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen in het Publicatieblad van de Europese Unie: Richtlijn 2014/24/EU voor overheidsopdrachten^[2] (de 'Richtlijn Overheidsopdrachten'), Richtlijn 2014/25/EU voor speciale sectoropdrachten^[3] (de 'Richtlijn Nutssectoren') en de nieuwe Richtlijn 2014/23/EU voor concessieovereenkomsten^[4] (de 'Concessierichtlijn'). Uiterlijk op 18 april 2016 dienen deze richtlijnen in de Nederlandse wetgeving te zijn geïmplementeerd. Inmiddels is duidelijk dat deze datum niet zal worden gehaald. Het nieuwe streven van de minister is – op het moment van het schrijven van dit artikel – om de nieuwe Aanbestedingswet (hierna: 'Implementatiewet') op 1 juli 2016 van kracht te laten zijn.^[5]

Zonder te willen voorzien in een volledige overzichtsbijdrage, highlighten wij in deze bijdrage een aantal in onze optiek belangrijke wijzigingen voor de aanbestedings-bouwpraktijk. De thema's die aan de orde komen zijn achtereenvolgens: het begrip "overheidsopdracht voor werken" (2.1), de flexibilisering van aanbestedingsprocedures (2.2), het verdwijnen van IIB-diensten (2.3), keurmerken als technische specificatie (2.4), nieuwe uitsluitingsgronden: belangenverstrengeling en past performance (2.5), geschiktheidseisen: beroep op ervaring of draagkracht derden (2.6), gunningscriteria (2.7) en wijziging van overheidsopdrachten (2.8).

2. Belangrijke wijzigingen voor de bouwpraktijk

2.1 Begrip overheidsopdracht voor werken

In de Richtlijn Overheidsopdrachten en in de nieuwe Aanbestedingswet (hierna: 'Implementatiewet') treffen we een nieuwe definitie van het begrip "overheidsopdracht voor werken". Dit begrip heeft het afgelopen decennium in de praktijk veel aandacht gekregen. In veel uitspraken was de grens tussen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten voor werken enerzijds, en niet aanbestedingsplichtige initiatieven van ondernemers en/of aanbestedende diensten om werken voor de vrije markt (commercieel vastgoed) te (laten) realiseren anderzijds, aan de orde.^[6]

In sub c van de nieuwe definitie (artikel 1.1 Implementatiewet) is deze grens verduidelijkt, doordat (kort gezegd) is bepaald dat een overheidsopdracht voor werken een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel is die betrekking heeft op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst (tot zover niets nieuws onder de zon, maar dan komt het) *die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk*. Met deze laatste zinsnede zijn in de nieuwe definitie van "overheidsopdracht voor werken" passages uit het arrest *Helmut Müller* gecodificeerd. In het *Müller-arrest* is door het Europees Hof van Justitie onder meer verduidelijkt wat dient te worden verstaan onder "eisen van de aanbestedende dienst":

"heeft een aanbestedende dienst zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft

genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde “door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen” in de zin van deze bepaling.”^[7]

Wat opvalt is de keuze van de Europese wetgever om in de nieuwe definitie de woorden “soort werk” te gebruiken in plaats van de door het Hof van Justitie in het *Müller-arrest* gekozen bewoordingen “kenmerken van het werk”.^[8]

Op grond van de nieuwe definitie moet worden aangenomen dat zolang een aanbestedende dienst enkel regulerend optreedt vanuit zijn bevoegdheden inzake stedenbouw geen sprake is van “eisen” in de zin van de definitie. Gaan de voorwaarden van de aanbestedende dienst verder door ook voor te schrijven welk soort bouwwerk gerealiseerd moet worden of door eisen te stellen zonder dat daarvoor een publiekrechtelijke grondslag bestaat, dan moet wel worden gesproken van “eisen” als bedoeld in de definitie.

In het *Müller-arrest* is voorts nog een aantal andere overwegingen aan de orde geweest die niet ter verduidelijking in de Implementatiewet of de memorie van toelichting zijn opgenomen, maar wel in de considerans bij de Richtlijn Overheidsopdrachten. Wij doelen op de overwegingen dat: (i) bij het begrip “onder bezwarende titel” ook het begrip “rechtstreeks economisch belang” een rol speelt; en (ii) enkel sprake kan zijn van een overheidsopdracht als de ondernemer zich er direct of indirect – in rechte afdwingbaar – toe verbindt om het bouwwerk te realiseren. In het *Müller-arrest* is geoordeeld dat een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat een aanbestedende dienst in het kader van een overheidsopdracht een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. De prestatie moet ook een rechtstreeks economisch belang inhouden voor de aanbestedende dienst.^[9] Dat hoeft niet per definitie de verkrijging van de eigendom in te houden.

In de considerans van de Richtlijn Overheidsopdrachten wordt wel bevestigd dat onder verkrijging in ruimere zin ook het verkrijgen van baten of diensten moet worden verstaan, zonder dat de eigendom noodzakelijkerwijs moet worden overgedragen aan de aanbestedende diensten.^[10] Met andere woorden: er kan ook sprake zijn van een rechtstreeks economisch belang als een aanbestedende dienst bijvoorbeeld economisch voordeel haalt uit een werk of hierover uit andere titel dan eigendom komt te beschikken. Daarnaast wordt in de considerans benadrukt dat het voor de vraag of een opdracht is aan te merken als een “overheidsopdracht voor werken”, niet uitmaakt of de aannemer het werk geheel of ten dele zelf uitvoert, of het door een ander laat uitvoeren. Van belang is dat de aannemer een directe of indirecte in rechte afdwingbare verbintenis aangaat erop toe te zien dat de werken worden uitgevoerd.^[11]

Uit deze overwegingen wordt duidelijk dat het *Müller-arrest* een belangrijke rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de nieuwe definitie en waarschijnlijk ook een belangrijke rol blijft spelen bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken.

2.2 Flexibilisering aanbestedingsprocedures: meer ruimte voor concurrentiegerichte dialoog en mededingingsprocedure met onderhandeling

Onder de huidige Aanbestedingswet 2012 kan de concurrentiegerichte dialoog slechts toegepast worden wanneer sprake is van een ‘bijzonder complexe opdracht’ (artikel 2.28 Aanbestedingswet 2012). Mede doordat niet snel lijkt te kunnen worden gesproken van een ‘bijzonder complexe opdracht’ passen partijen de concurrentiegerichte dialoog relatief weinig toe.

Op grond van de Implementatiewet krijgen aanbestedende diensten meer ruimte voor toepassing van de concurrentiegerichte dialoog. Het ‘bijzonder-complex-vereiste’ om de concurrentiegerichte dialoog toe te passen geldt niet meer. Op grond van artikel 2.28 lid 1 sub a.1 van de Implementatiewet kan allereerst gebruik worden gemaakt van de concurrentiegerichte dialoog als er niet kan worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijke beschikbare oplossingen.^[12] Hierbij dient het te gaan om een *aanzienlijke* aanpassing van de beschikbare oplossingen. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit in het geval van werken bijvoorbeeld betreft: werken die geen standaardgebouwen zijn of werken die tevens het ontwerpen of innovatieve oplossingen behelzen, zoals omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten.^[13]

Voorts kan de concurrentiegerichte dialoog worden toegepast indien: a) onder meer sprake is van ontwerp- of innovatieve oplossingen (artikel 2.28 lid 1 sub a.2 Implementatiewet); b) de opdracht wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's niet kan worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen (artikel 2.28 lid 1 sub a.3 Implementatiewet); c) de technische specificaties door de aanbestedende dienst niet nauwkeurig kunnen worden vastgesteld (artikel 2.28 lid 1 sub a.4 Implementatiewet); of d) in een openbare of niet-openbare procedure alleen onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen^[14] zijn ingediend (artikel 2.28 lid 1 sub b Implementatiewet)^[15].

Onder dezelfde voorwaarden als op basis waarvan gebruik kan worden gemaakt van de concurrentiegerichte dialoog, kan de zogenoemde ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’ worden toegepast (artikel 2.30 Implementatiewet). Met betrekking tot overheidsopdrachten vervangt deze mededingingsprocedure met onderhandeling de

'onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking' ex. artikel 2.30 Aanbestedingswet 2012. Ter waarborging van transparantie en gelijke behandeling moeten de minimeisen en gunningscriteria voorafgaand aan de onderhandelingen worden vastgesteld en bekend worden gemaakt en mogen deze geen onderdeel uitmaken van de onderhandelingen (artikel 2.31 sub f Implementatiewet).^[16]

Al met al komt deze flexibilisering in onze optiek tegemoet aan de behoefte die er in de aanbestedingspraktijk bestaat om met elkaar in gesprek te kunnen gaan en is daarmee zeer welkom. Het kan leiden tot betere uitvoering van bepaalde overheidsopdrachten, leidt vaak tot optimalisatie van vraag en aanbod, bevordert innovatie en biedt veel ruimte voor interactie tussen opdrachtgever en potentiële opdrachtnemers om uiteindelijk de beste oplossing te vinden voor de vraag van de aanbestedende dienst. Bijkomend voordeel van de mogelijkheid tot communicatie tussen partijen vóór gunning is dat de uiteindelijke opdrachtnemer en de aanbestedende/opdrachtgever vóór opdrachtverlening al met elkaar in "dialogo" zijn. Hierdoor wordt de kans op succesvolle samenwerking ná opdrachtverlening ons inziens vergroot.

Wel dient een aanbestedende dienst per opdracht scherp in de gaten te houden welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is.^[17] Zo brengt de concurrentiegerichte dialoog bijvoorbeeld wel hogere kosten met zich (doordat deze procedure van hem en van de deelnemende marktpartijen meer inspanningen vraagt), maar zijn deze hogere kosten dikwijls goed te rechtvaardigen als de aanbestedende dienst bijvoorbeeld verschillende oplossingen aangedragen wenst te krijgen om te komen tot een oplossing die het beste aansluit bij zijn behoeften. Anderzijds ligt het weer meer voor de hand dat een aanbestedende dienst, die in een openbare of niet-openbare procedure alleen onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen heeft ontvangen, de mededingingsprocedure met onderhandeling gebruikt.^[18]

2.3 Verlicht regime sociale- en andere specifieke diensten

Op grond van de huidige Aanbestedingswet 2012 bestaat een onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten (artikel 2.38 en artikel 2.39 Aanbestedingswet 2012). II-A diensten moeten Europees worden aanbesteed. Met betrekking tot IIB-diensten geldt een verlicht aanbestedingsregime, dat inhoudt dat deze opdrachten rechtstreeks kunnen worden opgedragen zonder een voorafgaande aanbestedingsprocedure te volgen, tenzij sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de opdracht.

Het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten heeft onder de Implementatiewet plaatsgemaakt voor één verlicht regime voor 'sociale- en andere specifieke diensten' (voorheen: IIB-diensten) (artikel 2.6a Implementatiewet). Het verlicht regime ziet op bepaalde categorieën diensten die vanwege hun aard nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben, welke diensten zijn terug te vinden in bijlage XIV bij de Richtlijn Overheidsopdrachten.

In de praktijk dient men erop bedacht te zijn dat een behoorlijk aantal (nu nog) IIB-diensten onder het reguliere aanbestedingsregime komt te vallen en dus aanbestedingsplichtig wordt.^[19] In de projectenpraktijk zal dit waarschijnlijk gemerkt gaan worden aangezien (sleutel)functionarissen nu nog vaak worden ingezet op basis van detacheringsovereenkomsten die de aanbestedende dienst zonder voorafgaande aanbesteding is aangegaan met de rechtspersoon die de betreffende functionaris detacheert. Dergelijke detacheringsovereenkomsten zouden op grond van de huidige Aanbestedingswet 2012 nog kunnen kwalificeren als een opdracht zoals bedoeld in categorie 22 van bijlage II B bij de Richtlijn 2004/18/EG: 'arbeidsbemiddeling', en worden gesloten zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure.^[20] De bedoelde categorie kwalificeert op grond van de Implementatiewet echter niet meer als 'sociale of andere specifieke dienst', als gevolg waarvan het verlicht regime voor dergelijke detacheringdiensten per 18 april 2016 komt te vervallen.^[21]

2.4 Keurmerken

Er gaat meer ruimte bestaan om keurmerken te eisen in aanbestedingen. Op grond van de huidige Aanbestedingswet 2012 en Richtlijn 2004/18/EG mag een aanbestedende dienst in beginsel geen keurmerk eisen als technische specificatie. In het arrest *Max Havelaar* oordeelde het Europees Hof van Justitie nog dat het in een aanbesteding voor levering van warmedrankenautomaten en koffie door de provincie Noord-Holland voorgeschreven EKO-keurmerk een milieukeurmerk betrof dat kwalificeert als een technische specificatie, waardoor de provincie dit keurmerk niet als eis mocht opnemen. De provincie had conform artikel 23 lid 6 Richtlijn 2004/18/EG de specificaties van het keurmerk moeten opnemen in plaats van te vergen dat werd beschikt over het keurmerk zelf.^[22] Dezelfde redenering had bijvoorbeeld kunnen opgaan voor keurmerken voor duurzaam hout.

Eén van de speerpunten van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen is evenwel dat aanbestedende diensten meer mogelijkheden zullen krijgen om sociale en duurzaamheidsdoelstellingen via aanbestedingen te bereiken. Onderdeel hiervan is dat aanbestedende diensten straks wel keurmerken (bijvoorbeeld milieukeurmerken) mogen vragen als technische specificatie, mits aan een aantal strikte voorwaarden wordt voldaan: (i) de keurmerkeisen mogen alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht en deze moeten geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van het werk, de levering of de dienst die het voorwerp van de opdracht vormen; (ii) de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria; (iii) het keurmerk moet zijn vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties,

consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties, kunnen deelnemen; (iv) het keurmerk moet voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn; en (v) de keurmerkeisen moeten worden vastgesteld door een derde partij op wie de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent (artikel 2:78a Implementatiewet en artikel 43 Richtlijn Overheidsopdrachten).

Technische specificaties dienen niet alleen verband houden met het voorwerp van de opdracht maar dienen ook in verhouding te staan tot de waarde en doelstellingen van die opdracht (artikel 2.75 lid 2 Implementatiewet). In de memorie van toelichting wordt uitgelegd wanneer een eis (voldoende) verband houdt met het voorwerp van de opdracht:

“[...] ook eisen die niet op de materiële basis van het gevraagde werk, of de gevraagde levering of dienst zelf zien, maar hiermee wel een relatie hebben, verband kunnen houden met het voorwerp van de opdracht. Afhankelijk van de specifieke opdracht en van de onderliggende eisen van een keurmerk, kunnen aanbestedende diensten ook keurmerken vragen die zien op meerdere aspecten van de (levenscyclus van de) opdracht, zoals vaak het geval is bij branchekenmerken.”^[23]

Een aanbestedende dienst die een specifiek keurmerk eist moet ook andere gelijkwaardige keurmerken aanvaarden die aan de gestelde eisen voldoen (artikel 2.78a lid 3 Implementatiewet). Uit hoofde van het vierde lid van artikel 2.78a van de Implementatiewet mag een ondernemer ook op basis van andere geschikte bewijsmiddelen (zoals een technisch dossier) aantonen te voldoen aan de eisen, als hij niet de mogelijkheid heeft gehad het keurmerk of een alternatief keurmerk te verkrijgen voor het einde van de termijn voor inschrijving.

2.5 Uitsluitingsgronden

2.5.1 Belangenverstremgeling

Aanbestedende diensten moeten actief aan de slag om belangenconflicten en concurrentievervalsende voorkennis te voorkomen. Op grond van de artikelen 1.10b en 2.51 van de Implementatiewet moeten aanbestedende diensten kort gezegd passende maatregelen nemen om respectievelijk fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten (artikel 1.10b Implementatiewet) en vervalsing van de mededinging vanwege betrokkenheid van inschrijver/gedagigde of een daaraan verbonden onderneming bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure (artikel 2.51 Implementatiewet) te voorkomen. Als ultimum remedium kan een aanbestedende dienst een inschrijver/gedagigde uitsluiten vanwege een belangenconflict of voorkennis. Dit zijn nieuwe facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.87 lid 1 sub e en f Implementatiewet). Uitsluiting kan pas aan de orde zijn als minder ingrijpende maatregelen geen oplossing kunnen bieden.

Onder belangenconflicten als bedoeld in artikel 1.10b van de Implementatiewet wordt in ieder geval de situatie verstaan waarin: (i) personeelsleden – van de aanbestedende dienst of van een namens de aanbestedende dienst optredende derde partij die een aanvullende aankoopactiviteit op de markt aanbiedt – die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen uitoefenen op het resultaat daarvan; (ii) direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen kunnen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen (artikel 1.10b lid 2 Implementatiewet).

Uit de Memorie van Toelichting volgt dat het uiteindelijk aan de aanbestedende dienst is om invulling te geven aan de norm dat voorafgaande betrokkenheid niet tot vervalsing van de mededinging mag leiden en geen ongelijk speelveld mag creëren. Dit volgt uit de gedachte dat het sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval of voorafgaande betrokkenheid al dan niet ongeoorloofd is.^[24] De keuze van de wetgever om dit niet nader te specificeren, kunnen wij goed volgen. Aanbestedende diensten zullen voor ogen moeten houden dat uitsluiting echt een laatste middel is dat kan worden toegepast, één en ander ook met het oog op de Europese jurisprudentie waarin zulks ook tot uitgangspunt wordt genomen.^[25]

Passende maatregelen ter voorkoming van concurrentievervalsende voorkennis omvatten: (i) de mededeling van relevante bij de voorbereiding uitgewisselde informatie aan alle andere gedagigden en inschrijvers; en (ii) het bieden van een voldoende lange (passende) termijnen voor ontvangst van de inschrijvingen (artikel 2.51 lid 2 Implementatiewet). Daarnaast kunnen ook in de Nota Scheiding van Belang van Rijkswaterstaat (2007)^[26] passende maatregelen worden gevonden, zoals het betrachten van geheimhouding en het aanbrengen van “Chinese walls”. Ondanks dat in de wettekst en de memorie van toelichting niet expliciet wordt verwezen naar deze Nota Scheiding van Belang, wordt in de memorie van toelichting wel opgemerkt dat het nuttig kan zijn voor aanbestedende diensten om in hun omgeving naar zogenoemde ‘best practices’ te kijken. De in de Nota genoemde maatregelen zijn ons inziens hiervan een goed voorbeeld.

2.5.2 Past performance

Het kunnen uitsluiten van inschrijvers van aanbestedingen vanwege hun slechte prestaties in het verleden vormt een lang gekoesterde wens van veel aanbestedende diensten. Deze wens wordt deels ingewilligd door past performance als facultatieve uitsluitingsgrond toe te voegen aan het limitatieve stelsel van facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.87 lid 1 sub g Implementatiewet). Voordat een ondernemer echter kan worden uitgesloten moet aan vier cumulatieve voorwaarden

zijn voldaan: (i) de ondernemer dient blijk te hebben gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van (ii) een wezenlijk voorschrift van een eerdere opdracht, (iii) wat heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties. Tot slot (iv) dient de tekortkoming toerekenbaar te zijn aan de ondernemer. De bepalingen omtrent overmacht en toerekenbaarheid van de tekortkoming in het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.^[27] Op grond van artikel 2.87 lid 2 van de Implementatiewet mag een aanbestedende dienst alleen tekortkomingen betrekken die zich in de drie jaar voorafgaand aan het indienen van het verzoek tot deelneming/de inschrijving hebben voorgedaan.

De tekst van artikel 57 Richtlijn Overheidsopdrachten is in dit verband een-op-een overgenomen in het wetsvoorstel. In de Implementatiewet en ook in de parlementaire geschiedenis is echter geen expliciete aandacht besteed aan hetgeen ten aanzien van “grove wanprestatie” is bepaald in de considerans van Richtlijn Overheidsopdrachten:

“grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer.”^[28]

Hoewel gepoogd is om voldoende waarborgen in de tekst op te nemen zodat de uitsluitingsgrond past performance niet te lichtzinnig kan worden toegepast, kan men zich afvragen of de huidige tekst voldoende waarborgen biedt. De waarborgen in de bepaling betreffen namelijk open normen als “aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen” en “wezenlijk voorschrift”. Deze normen behoeven nadere invulling, hetgeen op basis van jurisprudentie zal moeten geschieden als de wetgever niet alsnog met een nadere invulling van deze open normen komt. Slot op de deur is evenwel dat uitsluiting altijd proportioneel moet zijn, waarbij overwogen is dat het voor de hand ligt om aan te nemen dat uitsluiting wegens een relatief lage schadevergoeding die standaard uit het contract voortvloeit voor een kleine tekortkoming niet proportioneel zal zijn.^[29]

Hoe dan om te gaan met het volgende voorbeeld? In aannemingsovereenkomsten wordt regelmatig een contractuele boete overeengekomen wegens te late oplevering van het werk of het niet behalen van tussentijds overeengekomen mijlpalen. Overschrijding van de opleverdatum leidt dan veelal tot het opleggen van een contractuele boete c.q. gefixeerde schadevergoeding. Uit hoofde van de wettekst zou een aannemer aan wie zo'n boete is opgelegd voor toekomstige aanbestedingen kunnen uitgesloten worden. Waar precies de grens ligt, is echter onduidelijk. Wat is een aanzienlijke c.q. voortdurende tekortkoming: 10 dagen overschrijding, 100 dagen overschrijding, 300 dagen overschrijding? Dit zal per werk verschillen.

Hier zit ruimte voor interpretatie, hetgeen kan leiden tot rechtsonzekerheid. Aanbestedende diensten doen er in het kader van de rechtszekerheid en in lijn met de aanbestedingsbeginselen ons inziens goed aan om in de aanbestedingsstukken transparant te zijn over de vraag onder welke omstandigheden sprake zal zijn van een zodanige tekortkoming dat tot uitsluiting kan worden overgegaan. Voor aannemers is het raadzaam om in geval van een uitvoeringsgeschil met de opdrachtgever het thema ‘past performance’ nadrukkelijk op de agenda te zetten. Zo is het onder bepaalde omstandigheden denkbaar dat ook een opdrachtgever niet elke tekortkoming van een aannemer ziet als een dermate ernstige tekortkoming die alle vertrouwen in de betreffende aannemer (ook voor de toekomst) wegneemt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin het intreden van een risico – in afwijking van de UAV 2012 of UAV-gc 2005 – bij de aannemer is gealloceerd, terwijl de aannemer zelf geen invloed heeft kunnen uitoefenen op dit risico. Te denken valt aan het risico op aanwezigheid van verontreiniging of fouten in het ontwerp van opdrachtgever. Een forse overschrijding van de opleverdatum kan dan als gevolg van een bijzondere risicoverdeling op grond van de overeenkomst kwalificeren als een toerekenbare tekortkoming van de aannemer, doch hoeft niet representatief te zijn voor de algehele kwaliteit van de desbetreffende aannemer. In een dergelijk geval zouden partijen kunnen overeenkomen dat de aanbestedende dienst/opdrachtgever de betreffende wanprestatie niet zal beschouwen als een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub g Implementatiewet. Dit biedt voor de betreffende aannemer zekerheid met het oog op toekomstige aanbestedingen.

Als een tekortkoming wel wordt aangemerkt als een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub g Implementatiewet, heeft dat potentieel vergaande consequenties voor de ondernemer. De kring van aanbestedende diensten die een ondernemer kan uitsluiten vanwege een bepaalde (grove) wanprestatie wordt namelijk niet door de Europese wetgever beperkt. Ook andere aanbestedende diensten, dan de aanbestedende dienst die de wanprestatie-ervaring met de betreffende ondernemer heeft opgedaan, zouden de aannemer kunnen uitsluiten vanwege deze wanprestatie. Uit de memorie van toelichting volgt dat aanbestedende diensten een register zouden kunnen gaan bijhouden waarin de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen kunnen worden geregistreerd.^[30] Er zijn al initiatieven ontstaan bij onder andere het CROW, Rijkswaterstaat, het Rijksvastgoedbedrijf en een aantal gemeenten om een past performance-instrument te ontwikkelen.^[31] Hoe het register c.q. instrument eruit moet zien en hoe hieraan specifiek invulling te geven maakt de wetgever niet duidelijk en wordt kennelijk voorlopig aan verschillende initiatiefnemers in dit verband overgelaten. Dit kan een onwenselijke situatie vormen met het oog op rechtszekerheid en rechtsbescherming.^[32] Immers, gelet op de tamelijk open normen die in de past performance-regeling zijn terug te vinden, is het maar de vraag op welke wijze aanbestedende diensten daaraan invulling zullen geven. Een aanzienlijke en voortdurende tekortkoming in het kader van de

ene overheidsopdracht behoeft geenszins een risico op te leveren bij de uitvoering van een overheidsopdracht van een geheel andere omvang en/of aard. Toevoeging aan het register zou op zo objectief mogelijke gronden en niet te lichtzinnig moeten plaatsvinden. Het register zal ons inziens gedetailleerde gegevens moeten bevatten om te voorkomen dat zij voor gegadigden een disproportionele uitwerking zullen hebben.

Mocht uitsluiting als sanctie in beeld komen, dan zal een aanbestedende dienst de inschrijver in de gelegenheid moeten stellen om te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (artikel 2.87a Implementatiewet). In de praktijk zal ook deze bepaling ons inziens nog tot de nodige discussies kunnen leiden. Immers, de inschrijver zal er alles aan willen doen om aan te tonen dat 'voldoende' maatregelen zijn getroffen. Wanneer is daar echter sprake van? Aanbestedende diensten hebben dan vervolgens de taak om te beoordelen of zij dit toereikend achten. Het is aan hen om te beoordelen of het bewijs van betrouwbaarheid toereikend is. Als de aanbestedende dienst de genomen maatregelen van de inschrijver onvoldoende acht, deelt hij dit gemotiveerd mee aan de betrokken inschrijver (artikel 2.87a lid 3 Implementatiewet).

2.6 Geschiktheidseisen

2.6.1 Beroep op ervaring of draagkracht van andere entiteiten

Op grond van artikel 2.92 van de Aanbestedingswet 2012 kan een gegadigde zich in verband met de geschiktheidseisen beroepen op de economische draagkracht van een andere entiteit. Dit is op grond van de Implementatiewet niet anders. Wel zijn de regels om van deze mogelijkheid gebruik te maken – in lijn met artikel 63 van de Richtlijn Overheidsopdrachten – aangescherpt, door de toevoeging van vier nieuwe leden.

Net als op grond van de huidige Aanbestedingswet 2012 moet een gegadigde, die met betrekking tot economische en financiële draagkracht een beroep op een andere entiteit wenst te doen, bij de aanbestedende dienst aantonen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de voor uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen van de andere entiteit (artikel 2.92 lid 1 Implementatiewet).^[33] Met het nieuw ingevoerde derde lid van artikel 2.92 van de Implementatiewet heeft de Nederlandse wetgever nader geconcretiseerd op welke wijze in ieder geval wordt aangetoond dat de gegadigde daadwerkelijk over de middelen van een derde kan beschikken: de aanbestedende dienst kan eisen dat, zowel de gegadigde als degene waar een beroep op wordt gedaan, hoofdelijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de desbetreffende overheidsopdracht. De Nederlandse wetgever lijkt hiermee buiten twijfel hebben willen stellen dat in het kader van artikel 2.92 Implementatiewet is toegestaan om de bedoelde verklaring te eisen. Deze mogelijkheid zou ervoor moeten zorgen dat de aanbestedende dienst meer grip heeft op de naleving van gestelde geschiktheidseisen inzake de economische draagkracht.^[34] Dit laat ons inziens onverlet dat een aanbestedende dienst ook voor andere (minder vergaande) opties kan kiezen, bijvoorbeeld door te vragen naar een bankgarantie die door de derde is afgedekt of een concerngarantie.^[35]

Ingevolge het vierde lid moet de aanbestedende dienst voortaan toetsen of op de derde waarop een beroep wordt gedaan een uitsluitingsgrond van toepassing is, alsook of de derde voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht. Deze toets vindt allereerst plaats op basis van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)^[36], waarin zowel de gegadigde, als de entiteiten op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, elk afzonderlijk moeten verklaren of op hen een van de (dwingende) uitsluitingsgronden van toepassing is en/of dat zij voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. De gegadigde die zich beroept op de draagkracht van één of meer entiteiten moet ervoor zorgen dat de aanbestedende dienst zijn eigen UEA samen met het UEA van de andere entiteiten ontvangt.^[37]

Indien op de andere entiteit een facultatieve uitsluitingsgrond^[38] van toepassing is en/of de entiteit niet blijkt te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht, kan een aanbestedende dienst verlangen dat de gegadigde de andere entiteit vervangt (artikel 2.92 lid 6 Implementatiewet). Als zich met betrekking tot de andere entiteit dwingende uitsluitingsgronden^[39] blijken voor te doen, is de aanbestedende dienst hier ingevolge het vijfde lid toe verplicht. Dit geldt eveneens in de situatie waarin een gegadigde zich in verband met de geschiktheidseisen op de technische en beroepsbekwaamheid van een derde beroept. Hierop zijn lid 5 en lid 6 van artikel 2.92 Implementatiewet van overeenkomstige toepassing verklaard.

Hoewel de memorie van toelichting niet ingaat op de vraag in welke fase eventuele vervanging van de andere entiteit zou moeten plaatsvinden, volgt ons inziens uit een richtlijnconforme interpretatie van artikel 2.92 Implementatiewet, dat de derde in ieder geval vóór gunning moet worden vervangen. Dit is eveneens het moment waarop de aanbestedende dienst de gegadigde aan wie hij voornemens is de opdracht te gunnen verzoekt om de vereiste bewijsstukken, onder meer met betrekking tot artikel 2.92 Implementatiewet en artikel 2.94 Implementatiewet (artikel 2.102 Implementatiewet). Op grond van de bewijsstukken zal blijken of – in lijn met de ingediende UEA'en – op de andere entiteiten, op wiens draagkracht de gegadigde aan wie de aanbestedende dienst voornemens is te gunnen een beroep wenst te doen, inderdaad geen (dwingende) uitsluitingsgronden^[40] van toepassing zijn, alsook of die voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Zo niet,

dan lijkt vervanging vóór gunning plaats te moeten vinden.

In het verlengde van deze interpretatie van de nieuwe bepalingen rijst de vraag wat na het van kracht worden van de bepalingen nog de betekenis is van de inmiddels bestendige lijn in de jurisprudentie, op basis waarvan geldt dat het niet daadwerkelijk kunnen beschikken over de bekwaamheid en/of de draagkracht van een derde (op wie een beroep is gedaan om te voldoen aan een geschiktheidseis), in de weg staat aan gunning.^[41] De mogelijkheid om in dat geval de desbetreffende onderaannemer of derde te mogen vervangen lijkt deze jurisprudentie te doorkruisen. Immers op basis van de nieuwe bepalingen lijkt de aanbestedende dienst de beoogd winnaar tot aan gunning in de gelegenheid te moeten stellen om de derde waarop een beroep wordt gedaan te vervangen en is geen sprake van directe uitsluiting. Met andere woorden: de aanbestedende dienst moet in dat geval een herstelkans bieden aan een gegadigde. Het is de vraag waarom de Europese wetgever lijkt te hebben gekozen voor minder strikte maatregelen met betrekking tot derden waar gegadigden een beroep op wensen te doen. Immers, indien op gegadigden en/of inschrijvers zelf dwingende uitsluitingsgronden van toepassing zijn, dienen zij (nog steeds) van deelneming aan de aanbesteding te worden uitgesloten.

Ondanks de beperkte lastenverzwaring voor gegadigden^[42], achten wij de nieuwe bepalingen van toegevoegde waarde voor de praktijk, gelet op de daarin besloten gelegen extra waarborg tot correcte uitvoering en tijdige oplevering van de opdracht door de uiteindelijke opdrachtnemer. Hier zijn in onze optiek zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers bij gebaat.

2.6.2 Bekwaamheid

Een veelgebruikte manier om te kunnen nagaan of gegadigden over de relevante technische of beroepsbekwaamheid – en de in het kader daarvan geformuleerde kerncompetenties voor een specifieke opdracht – beschikken, is het uitvragen van referenties. Op grond van de Gids Proportionaliteit wordt het in beginsel disproportioneel geacht om meer dan één referentie per kerncompetentie te vragen.^[43] Een volledige lijst met referenties van werken respectievelijk leveringen en diensten die gedurende de afgelopen vijf respectievelijk drie jaren zijn verricht – zoals omschreven in artikel 2.93 lid 1 Aanbestedingswet 2012 – wordt in de Nederlandse praktijk dan ook nauwelijks uitgevraagd. Desalniettemin is op basis van artikel 2.93 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 gebleken dat met name architecten en ingenieurs ermee worden geconfronteerd dat aanbestedende diensten slechts referenties accepteren van maximaal drie jaar oud, ook indien niet om een volledige lijst met referenties wordt gevraagd, maar om een beperkt aantal. Dit in onze optiek ten onrechte, aangezien de bepaling nu juist tot doel lijkt te hebben om de administratieve lasten van marktpartijen te beperken indien daadwerkelijk om een volledige lijst met referenties over de afgelopen vijf respectievelijk drie jaren wordt gevraagd. Door de beperking in de tijd wordt van gegadigden niet te veel informatie over referenties gevergd, zo lijkt de achterliggende gedachte. Als conform de Gids Proportionaliteit om een beperkt aantal referenties wordt gevraagd, hoeft artikel 2.93 lid 1 Aanbestedingswet 2012 in onze optiek geen beletsel te zijn om ook oudere referenties toe te staan. Weigering van oudere referenties zou in dat geval zelfs de concurrentie onnodig kunnen beperken en/of in strijd kunnen zijn met het proportionaliteitsbeginsel.

Ook op grond van artikel 2.93 lid 1 sub a en b van de Implementatiewet kan de aanbestedende dienst een inschrijver vragen om zijn technische of beroepsbekwaamheid aan te tonen door middel van een lijst van de voornaamste werken die gedurende de afgelopen periode van ten hoogste vijf jaar werden verricht. Voor leveringen en diensten geldt nog steeds een termijn van ten hoogste drie jaar. Aan artikel 2.93 is evenwel een nieuw lid 4 toegevoegd, dat luidt als volgt:

“In afwijking van het eerste lid, onderdelen a en b, kan de aanbestedende dienst werken onderscheidenlijk leveringen en diensten in aanmerking nemen over een langere periode dan in die onderdelen genoemd, indien dat noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te bereiken.”

Uitgaande van de ervaringen met de huidige regeling van artikel 2.93 lid 1 sub a en sub b Aanbestedingswet 2012, bestaat ook bij artikel 2.93 lid 1 sub a en b Implementatiewet jo. artikel 2.93 lid 4 Implementatiewet het risico dat de bepalingen voor tweërlei uitleg vatbaar zijn. Bij aanbestedende diensten zou namelijk (wederom) de indruk kunnen bestaan dat referenties niet ouder mogen zijn dan vijf respectievelijk drie jaar, ook indien niet om een volledige lijst met referenties wordt gevraagd. Zoals opgemerkt, ons inziens ten onrechte, mede gelet op wat in de memorie van toelichting bij artikel 2.93 lid 4 Implementatiewet is opgemerkt:

“Op grond van dit lid kunnen ondernemers die lijsten met werken als bedoeld in het eerste lid, onder a en onder b overleggen [onderstreping toegevoegd], ook werken, diensten of leveringen in aanmerking nemen over een langere periode dan vijf respectievelijk drie jaar. De aanbestedende diensten kan van deze mogelijkheid gebruik maken als er anders niet voldoende gegadigden zijn om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen. (...) In dat geval kan het wenselijk zijn de termijn te verlengen zodat er voldoende ondernemers overblijven die aan de gestelde eisen kunnen voldoen.”

Het is ons inziens een gemiste kans dat de Nederlandse wetgever in het kader van de Implementatiewet niet specifiek is ingegaan op de vraag hoe om te gaan met de situatie waarin in de praktijk niet om een volledige lijst wordt gevraagd, maar slechts om een beperkt aantal referenties. Ons inziens is er in dat geval namelijk – net als op grond van de huidige

Aanbestedingswet 2012 – geen reden om geen gebruik te mogen maken van oudere referenties. Het zou goed zijn geweest als dat in het kader van de Implementatiewet tot uitdrukking was gebracht.^[44]

Voorts is het de vraag of en wanneer aanbestedende diensten in de praktijk gebruik zullen maken van de afwijkingsbepaling, zoals opgenomen in het vierde lid. Wanneer kan bijvoorbeeld worden gesproken van een al dan niet ‘toereikend mededingingsniveau’? Ondanks dat dit per opdracht zal verschillen, was het wenselijk geweest als de Nederlandse wetgever hier in de memorie van toelichting meer handen en voeten aan had gegeven.

2.7 Gunningscriteria: economisch meest voordelige inschrijving op basis van laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit

Op grond van de Implementatiewet worden alle overheidsopdrachten gegund op grond van de ‘economisch meest voordelige inschrijving’ (‘EMVI’). Deze term krijgt echter een ruimere betekenis: het wordt de overkoepelende term voor drie mogelijk toe te passen gunningscriteria: (i) beste prijs-kwaliteitsverhouding;^[45] (ii) laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit; en (iii) laagste prijs (artikel 2.114 Implementatiewet). Aldus verdwijnt de tegenstelling tussen de begrippen “laagste prijs” en “EMVI”, nu ook de laagste prijsaanbesteding een vorm van EMVI-aanbesteding wordt.

Nieuw lijkt ook het gunningscriterium ‘laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals levenscycluskosten’. Het nieuwe gunningscriterium beoogt aanbestedende diensten de gelegenheid te bieden om in hun aankoopstrategieën duurzaamheidsdoelstellingen na te streven, door naast prijs ook andere economische kosten verbonden aan de aanschaf of eigendom van de levering, de dienst of het werk mee te wegen.^[46]

Een aanbestedende dienst kan kosteneffectiviteit onder meer berekenen door een raming te maken van de levenscycluskosten.^[47] Uit artikel 2.115a lid 1 Implementatiewet volgt wat onder levenscycluskosten moet worden verstaan. Levenscycluskosten hebben allereerst betrekking op kosten die door de aanbestedende dienst of door andere gebruikers worden gedragen, zoals kosten in verband met onderzoek, ontwikkeling, productie, de verwerving, het gebruik, het onderhoud, verwijdering of recycling.^[48] Onder levenscycluskosten wordt tevens verstaan: kosten die kunnen worden toegerekend aan externe milieueffecten en verband houden met het product, de dienst of het werk gedurende de levenscyclus, mits hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd.^[49]

Ook onder de huidige Aanbestedingswet 2012 is het echter reeds mogelijk om in het kader van het gunningscriterium EMVI en laagste prijs eisen en voorwaarden te stellen die zien op andere levenscyclusstadia dan enkel de oplevering van het werk, de levering of de dienst.^[50] Uit de memorie van toelichting volgt dat met het nieuwe gunningscriterium deze bestaande praktijk wordt gecodificeerd.^[51] Dit neemt niet weg dat voor de toepassing van het nieuwe gunningscriterium op grond van artikel 2.115 en artikel 2.115a Implementatiewet wel nader gestelde voorwaarden gelden. Voorts volgt uit de memorie van toelichting dat de berekeningsmethode van de levenscycluskosten algemeen van opzet dient te zijn en niet specifiek voor een bepaalde aanbestedingsprocedure moet zijn ontwikkeld. In dat kader raadt de Nederlandse wetgever aanbestedende diensten als volgt aan:

“Ter wille van de uniformiteit en bruikbaarheid van dergelijke berekeningsmethoden, wordt aanbestedende diensten aangeraden om deze in samenspraak met het bedrijfsleven en/of de brancheorganisaties te ontwikkelen”.^[52]

Het is de vraag of aanbestedende diensten de tijd en de kosten, die met een dergelijke samenspraak nu eenmaal gemoeid zijn, zullen gaan maken.

2.8 Wijziging van overheidsopdrachten

Tot 2008 leidde de wezenlijke wijziging een relatief onopgemerkt bestaan.^[53] Met de arresten *Pressetext* en nadien *Wall* plaatste het Europees Hof van Justitie dit leerstuk echter volop in de schijnwerpers.^[54] Daarbij is het niet gebleven. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bevatten een uitgebreide regeling over het wijzigen van overheidsopdrachten en de vraag wanneer een wijziging wezenlijk is (artikel 72 Richtlijn Overheidsopdrachten). Ook deze regeling wordt thans in de nieuwe Aanbestedingswet geïmplementeerd. De Uniewetgever heeft de regeling gepresenteerd als verduidelijking van de rechtspraak van het Hof van Justitie^[55], terwijl de Nederlandse wetgever de voorkeur geeft aan ‘codificatie’ en ‘aanvulling’^[56]. Van pure codificatie kan ons inziens niet worden gesproken. In de regeling staan ook zaken opgenomen die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie nog niet aan de orde zijn geweest.

In artikel 2.163 b van de Implementatiewet wordt allereerst verduidelijkt welke ruimte er bestaat om wijzigingen aan te brengen in een aanbestede overeenkomst zonder opnieuw te hoeven aanbesteden.^[57] Eén voorbeeld is de drempel voor wijzigingen in opdrachten voor werken: blijven die onder de Europese drempelwaarden én bedraagt de waarde van de wijziging niet meer dan 15% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde, dan is geen nieuwe aanbestedingsprocedure nodig (artikel 2.163b Implementatiewet). Hierbij geldt bovendien dat de algemene aard van de overheidsopdracht niet mag wijzigen.^[58]

De hierboven bedoelde situatie is nog vrij overzichtelijk. Complexer wordt het als geen gebruik kan worden gemaakt van

deze “de minimis-bepaling”. Dan zal beoordeeld moeten worden of een beroep op de noodzakelijke aanvullende werken (artikel 2.163d Implementatiewet) of onvoorziene omstandigheden (artikel 2.163e Implementatiewet) mogelijk is. Deze uitzonderingen kunnen enkel worden toegepast als de waarde van de oorspronkelijke opdracht niet met meer dan 50% stijgt en aan een serie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Zo dient – om te kunnen spreken van “noodzakelijke aanvullende werken” – onder meer te worden aangetoond dat vervanging van de opdrachtnemer “*tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden*”. Een nadere uitleg van deze (subjectieve) vage normen ontbreekt echter, evenals een bepaling over de oorzaken van deze noodzaak, zodat het mogelijk is dat een aanbestedende dienst profiteert van een ondeugdelijk opgezette aanbesteding.^[60]

Los hiervan, en ongeacht de kosten van de wijzigingen, kan een nieuwe aanbesteding worden afgewend als een herzieningsclausule in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen. Dit kunnen bijvoorbeeld prijsherzieningen en opties zijn, of een clausule inzake technische wijzigingen of problemen gedurende de looptijd van het contract.^[60] Allerlei wijzigingsclausules zijn denkbaar. Echter, niet iedere clausule die de naam ‘herzieningsclausule’ draagt, valt automatisch ook binnen de reikwijdte van artikel 2.163c van de Implementatiewet. Er dient te worden voldaan aan alle in artikel 2.163c Implementatiewet opgenomen criteria inzake duidelijkheid van de bepaling en voorwaarden van toepassing.

Een artikel dat ook van behoorlijke praktische waarde zal zijn, en dan niet alleen voor de bouwrechtpraktijk maar ook voor de ondernemingsrecht- en insolventierechtpraktijk – is het artikel over vervanging van de opdrachtnemer wegens rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke aannemer (artikel 2.163f Implementatiewet). Bepaald is dat een overheidsopdracht niet opnieuw aanbesteed hoeft te worden in geval van een herstructurering van de onderneming (zoals overname, fusie, acquisitie of insolventie). Het artikel lijkt meer ruimte te bieden voor herstructurering zonder een nieuwe aanbestedingsplicht, dan de over dit onderwerp beschikbare jurisprudentie.^[61] Dit lijkt ons voor de praktijk een welkome ontwikkeling. Voorwaarde is wel dat de opvolgende partij voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen. Daarnaast geldt in alle gevallen dat de wijzigingen niet de algemene aard van de opdracht mogen veranderen^[62], of tot doel mogen hebben de aanbestedingsregels te omzeilen.^[63] Verder blijven de *Presstext*-criteria onverkort van toepassing (artikel 2.163g Implementatiewet).

Ten slotte valt de keuze van de Nederlandse wetgever om artikel 73 van de Richtlijn Overheidsopdrachten niet te implementeren op. Voornoemde bepaling verplicht lidstaten onder meer te voorzien in een instrumentarium dat het aanbestedende diensten mogelijk maakt om wezenlijk gewijzigde opdrachten te beëindigen. Omzetting zou niet nodig zijn, omdat het civiele recht al in deze mogelijkheid zou voorzien.^[64] Deze stelling is kritisch ontvangen.^[65] Wij stellen ons voor dat de beëindiging van een lopende overeenkomst vanwege een nieuwe aanbestedingsplicht zal geschieden door middel van opzegging of (bijvoorbeeld in geval van ontbreken van een opzegbevoegdheid) ontbinding. Voor ogen moet worden gehouden dat iedere overeenkomst zijn eigen beëindigingsregime en vaak ook afrekenmethodiek kent. Overeenkomsten van aanneming van werk en opdracht zijn naar hun aard op grond van de wet opzegbaar (zie artikelen 7:764 BW en 7:408 BW). Ook standaard algemene voorwaarden in bouwcontracten bevatten vaak opzegbevoegdheden en een regeling voor de dan aan de orde zijnde financiële afwikkeling (zie bijvoorbeeld paragraaf 14 UAV 2012 en paragraaf 16 UAV-GC, artikelen 24 en 25 DNR 2011). Door de keuze van de wetgever om geen specifieke regeling te creëren voor het beëindigen van een overeenkomst in geval van een wezenlijke wijziging, zijn de rechtsgevolgen daarvan dus van geval tot geval verschillend, doch veelal wel afgestemd op de aard van de overeenkomst.

Het is goed om in gedachte te houden dat in de situatie dat een overeenkomst niet wordt beëindigd in geval van een wezenlijke wijziging, een benadeelde partij op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 een vordering tot vernietiging van de (wezenlijk gewijzigde) overeenkomst zou kunnen instellen. Een rechter kan besluiten een overeenkomst niet te vernietigen indien alle relevante aspecten in aanmerking genomen, dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft (artikel 4.18 Aanbestedingswet 2012). Deze bepalingen blijven ook in de te wijzigingen Aanbestedingswet van kracht en zijn relevant voor de praktijk en de daarin af te wegen belangen in situaties van wezenlijke wijzigingen.

3. Slot

Al met al denken wij dat deze wijzigingen niet onopgemerkt zullen blijven voor de dagelijkse aanbestedingspraktijk. Wij verwachten meer toepassing van de concurrentiegerichte dialoog en mededingingsprocedure met onderhandeling in geval van geïntegreerde contracten, discussie over past performance en meer aandacht voor thema’s als belangenverstrengeling en wijzigingen van opdrachten en gevolgen daarvan voor het kunnen voortzetten van de overeenkomst. De Aanbestedingswet neemt in omvang toe en zal soms zowel door aanbestedende diensten als door marktpartijen als een (nog) taai(er) instrument worden beschouwd om mee te werken. In dat kader zien wij een belangrijke rol voor de Schrijfgroep Gids Proportionaliteit weggelegd. Na het van kracht worden van de nieuwe Aanbestedingswet zal ook de Gids Proportionaliteit in overeenstemming moeten worden gebracht met de nieuwe bepalingen. Daar waar door de Nederlandse wetgever hier en daar tamelijk open normen zijn gelaten zou op basis van de Gids meer sturing kunnen worden gegeven.

Of dit ook daadwerkelijk zal plaatsvinden, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Voetnoten

[1]

Mr. T.A. (Tjinta) Terlien is werkzaam bij Croon advocaten te Den Haag, mr. L.E.M. (Liesbeth) Haverkort is werkzaam bij Infense advocaten te Deventer. Zij danken mr. ir. D. (Daniel) Santurio González voor het meelezen en zijn inbreng.

[2]

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG.

[3]

Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG.

[4]

Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

[5]

In de periode tussen 18 april 2016 en de inwerkingtreding van de nieuwe Aanbestedingswet zullen de bepalingen van de richtlijnen rechtstreekse werking hebben voor zover deze voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en rechten toekennen aan burgers en/of ondernemers. Zie onder meer: Kamerbrief d.d. 21 maart 2016 met reactie aanvullende amendementen en vragen wetsvoorstel tot wijziging Aanbestedingswet 2012.

[6]

Zie met name: Europees Hof van Justitie d.d. 12 juli 2001 (C-399/98 *Scala*); d.d. 22 januari 2007 (C-220/05 *Auroux/Roanne*); d.d. 29 oktober 2009 (C-536/07 *Kölnmesse*); 25 maart 2010 (C-451/08 *Helmut Müller*) en 10 juli 2014 (C-213/13 *Comune di Bari*).

[7]

Europees Hof van Justitie 25 maart 2010 (C-451/08 *Helmut Müller*, alinea's 67-68).

[8]

Zie art. 2 lid 6 sub c Richtlijn Overheidsopdrachten en overweging (9) considerans bij Richtlijn Overheidsopdrachten..

[9]

Europees Hof van Justitie 25 maart 2010 (C-451/08 *Helmut Müller*, alinea's 48-49).

[10]

Considerans bij Richtlijn Overheidsopdrachten, overweging (4).

[11]

Considerans bij Richtlijn Overheidsopdrachten, overweging (9). Zie ter vergelijking: alinea 63 *Helmut Müller*.

[12]

Art. 2.28 lid 1 sub a.1 Implementatiewet.

[13]

MvT bij het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (MvT), [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 44.

[14]

Op grond van de Aanbestedingswet 2012 geldt, dat onder meer gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking als sprake is van louter onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen, *mits* de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd (art. 2.30 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012). Ten aanzien van de mededingingsprocedure met onderhandeling en/of de concurrentiegerichte dialoog in het geval louter onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn gedaan, is deze voorwaarde niet terug te vinden.

[15]

In art. 2.28 lid 3 en 4 en art.2.32 lid 2 sub a van de Implementatiewet is nader gedefinieerd wat onder een onregelmatige respectievelijk onaanvaardbare respectievelijk ongeschikte inschrijving dient te worden verstaan.

[16]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 82 en p. 87.

[17]

Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit.

[18]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 45.

[19]

MvT bij het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 12.

[20]

Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat het onderscheid tussen "arbeidsbemiddeling" en een "gewone" (aanbestedingsplichtige) dienst in de praktijk niet altijd even scherp is.

[21]

Waar de aanbestedingsrichtlijnen voornamelijk bepalingen bevatten voor aanbestedende diensten en van een rechtstreekse werking slechts beperkt sprake zal zijn, is dit anders bij het aanbestedingsregime voor IIB-diensten. Vanaf 18 april 2016 kan het huidige IIB-regime niet meer worden gevolgd. Zie: Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, Nota van wijziging, Vierde nota van wijziging, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 31](#), p. 1.

[22]

Europees Hof van Justitie 10 mei 2012 (C-368/10, alinea's 63-67).

[23]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 58.

[24]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 51.

[25]

Zie onder meer: Europees Hof van Justitie 3 maart 2005 (C-21/03 *Fabricom*); 16 december 2008 (C-213/07 *Michaniki*); 19 mei 2009 (C-538/07 *Assitur*); 23 december 2009 (C-376/08 *Serranton*); 22 oktober 2015 (C-425/14 *Imprese Edilux*) en toepassing in een aanbesteding van de EC: GvEA 13 oktober 2015, T-403/12 *Intrasoft*.

[26]

Zie www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/zakendoen-met-rijkswaterstaat/inkoopbeleid/scheiden-van-belang.aspx.

[27]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 71.

[28]

Considerans bij de Richtlijn Overheidsopdrachten, overweging (101).

[29]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 71.

[30]

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 71.

[31]

C.H.N.M. Petit, "De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn en Past Performance", *TA* 2015/1.

[32]

Zie ook: G. Fimerius, "Internetconsultatie concept-wetsvoorstel Wijziging Aanbestedingswet 2012: de reacties", *TA* 2015/4 en M.A.B. Chao-Duivis, "Consultatie Aanbestedingswet 2012 – Verslag Expertmeeting Instituut voor Bouwrecht d.d. 24 april 2015", *TBR* 2015/98.

[33]

Zie ook: Europees Hof van Justitie d.d. 2 december 1999 (C-176/98 *Holst Italia*).

[34]

MvT bij het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 74.

[35]

Zie anders: M.J.J.M. Essers e.a., "Het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet", *TA* 2015/5.

[36]

Op 6 januari 2016 is het Uniform Europees Aanbestedingsdocument gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie (Uitvoeringsverordening 2016/7 van de Commissie van 6 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, *PbEU* L 3/16). Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument vervangt in Nederland de Eigen Verklaring voor opdrachten boven de Europese drempelwaarden. Minister Kamp heeft aangegeven voornemens te zijn het Uniform Europees Aanbestedingsdocument eveneens van toepassing te verklaren op opdrachten onder de Europese aanbestedingsdrempels (zie: Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 19 januari 2016 bij het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 6](#), p. 28).

[37]

[\[38\]](#)

Art. 2.87 Implementatiewet.

[\[39\]](#)

Art. 2.86 Implementatiewet.

[\[40\]](#)

Art. 2.86 Implementatiewet.

[\[41\]](#)

Zie onder meer: Europees Hof van Justitie 14 april 1994 (C-389/92 *Ballast Nedam I*), Europees Hof van Justitie 2 december 1999 (C-176/98 *Holst Italia*), Europees Hof van Justitie 18 maart 2004 (C-314/01 *Siemens Österreich*).

[\[42\]](#)

Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 19 januari 2016 bij het bij het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 6](#), p. 27-28.

[\[43\]](#)

Voorschrift 3.5 G Gids Proportionaliteit.

[\[44\]](#)

Het is overigens opmerkelijk dat uit de Gids Proportionaliteit lijkt te volgen dat de Aanbestedingswet uitgaat van een maximumtermijn voor referenties van drie respectievelijk vijf jaar, dit zonder acht te slaan op het gegeven dat de bepalingen betrekking hebben op de specifieke situatie dat wordt verzocht om een volledige lijst met referenties. Het lijkt alsof artikel 2.93 Aanbestedingswet 2012 onjuist is geïnterpreteerd bij het opstellen van de Gids. Nu de Nederlandse wetgever hierop niet is ingegaan, verdient het aanbeveling om in ieder geval de Gids Proportionaliteit wel op dit punt aan te passen.

[\[45\]](#)

Het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding betreft het oude vertrouwde EMVI.

[\[46\]](#)

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 84.

[\[47\]](#)

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 84.

[\[48\]](#)

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 84.

[\[49\]](#)

Uit de MvT (p. 85) volgt dat hierbij bijvoorbeeld dient te worden gedacht aan kosten van broeikasgasemissies en kosten van verontreiniging die ontstaan door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen.

[\[50\]](#)

Zie onder meer paragraaf 3.5.5 Gids Proportionaliteit.

[\[51\]](#)

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 7.

[\[52\]](#)

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 85.

[\[53\]](#)

Wat onverlet laat dat op Europees niveau wel degelijk aandacht voor dit leerstuk was, zie onder meer het arrest van het Europees Hof van Justitie d.d. 5 oktober 2000 (C-337/98 *Rennes*, alinea 44).

[\[54\]](#)

Arresten van het Europees Hof van Justitie d.d. 19 juni 2008 (C-454/06 *Presstext*, alinea's 34-37) en 13 april 2010 (C-91/08 *Wall AG*, alinea's 37-39).

[\[55\]](#)

'Verduidelijking' is een kernbegrip van de Europese wetgever, zie bijv. considerans nr. 107 Richtlijn Overheidsopdrachten.

[\[56\]](#)

MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3](#), p. 93 onder het voorgestelde artikel 2.163a.

[\[57\]](#)

Dit in tegenstelling tot het Voorstel uit 2011, waarin de Europese Commissie tot uitgangspunt nam wanneer een nieuwe aanbestedingsprocedure wel noodzakelijk zou zijn en aldus tot een negatief geformuleerd artikel kwam.

[58]

Uit pagina 95 van de MvT volgt dat hiervan bijvoorbeeld sprake is als de wijziging van een overheidsopdracht voor leveringen wijzigt in een overheidsopdracht voor een werk.

[59]

B.J.H. Blaisse-Verkooyen signaleert dat art. 2.163d tot slordiger aanbesteden kan leiden, zie 'De mogelijkheid om overheidsopdrachten tijdens de looptijd van een overeenkomst aan te passen is te ruim geformuleerd', *TBR* 2016/9.

[60]

Aldus art. 2.163c lid 1 en considerans nr. 111 Richtlijn Overheidsopdrachten.

[61]

Waarbij voornamelijk kan worden verwezen naar Hof van Justitie d.d. 19 juni 2008 (C-454/06 *Pressetext*, alinea's 34-37).

[62]

Zie art. 2.163b lid 1 onder b, 2.163c lid 2 aanhef en onder c, 2.163g lid 2.

[63]

Zie art. 2.163d lid 4, 2.163e lid 2, 2.163f onder b.

[64]

[Kamerstukken II](#) 2015/16, 34329, nr. 3, p. 96 en 155.

[65]

Zie o.m. A.J. van Heeswijck, 'Beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten', *TBR* 2016/10; vgl. D.J.L. van Ee, 'Wijzigingen tijdens de uitvoering van de overeenkomst', *TBR* 2015/76 en B.J.H. Blaisse-Verkooyen, F. François en E. Verweij, 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1). De Klassieke Richtlijn – wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG', *TBR* 2014/131.