

TA 2015(4) 54 Art. - Internetconsultatie concept-wetsvoorstel Wijziging Aanbestedingswet 2012: de reacties...

06-08-2015

Auteur(s): Fimerius, M.M.

Op 5 mei jl. sloot de internetconsultatie van het Ministerie van Economische Zaken met betrekking tot de inhoud van het conceptwetsvoorstel tot Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van Aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.

Het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 dient ter implementatie van de herziene Europese Aanbestedingsrichtlijnen voor overheidsopdrachten (Richtlijn 2014/24/EU), voor speciale sectoropdrachten (Richtlijn 2014/25/EU) en de nieuw geïntroduceerde Concessierichtlijn (2014/23/EU).

Eenieder werd in de gelegenheid gesteld zijn of haar mening te geven over de inhoud van het wetsvoorstel. Op een aantal specifieke punten werd om inbreng gevraagd, namelijk:

1. Ingangsdatum voor verplicht elektronisch aanbesteden;
2. Verkorting van de termijnen;
3. Keuze om de mogelijkheid tot rechtstreekse betaling aan onderaannemers niet te implementeren;
4. Keuze om artikel 20 (2014/24/EU) en artikel 38 (2014/25/EU) met betrekking tot voorbehouden opdrachten wel te implementeren;
5. Keuze om artikel 77 (2014/24/EU) en 94 (2014/25/EU) met betrekking tot voorbehouden opdrachten voor specifieke diensten niet te implementeren.

Er zijn 41 reacties gekomen op het concept wetsvoorstel die openbaar mochten worden gemaakt. Het grootste deel van de reacties was afkomstig van partijen die doorgaans inschrijven op aanbestedingen (de inschrijvers). Circa een derde van de reacties was afkomstig van aanbestedende diensten. Daarnaast hebben een klein aantal 'onafhankelijke' partijen (zoals advocatenkantoren, de NVvA, IBR en de VU) een reactie ingediend.

Wat valt op?

Ten aanzien van (1) de ingangsdatum voor verplicht elektronisch aanbesteden, geldt dat alle inschrijvers aangeven dat deze ingangsdatum zou moeten worden uitgesteld naar 18 oktober 2018. De aanbestedende diensten geven echter bijna zonder uitzondering aan dat het niet nodig is om de huidige ingangsdatum uit te stellen en menen dat de verplichting om per 1 april 2016 elektronisch aan te besteden haalbaar is.

Ten aanzien van het elektronisch aanbesteden bestaat een door aanbestedende diensten en inschrijvers gedeelde zorg over het gebruik van verschillende platforms voor elektronisch aanbesteden. Het gebruik van diverse platforms voor het elektronisch aanbesteden leidt tot een lastenverzwaring voor de inschrijvers, omdat de inschrijvers zich meerdere platforms eigen moeten maken. Daarnaast wordt dit genoemd als oorzaak van onnodige fouten bij het indienen van de aanmeldingen c.q. inschrijvingen. Vanuit beide kanten wordt aangegeven dat behoefte bestaat aan één platform, zoals bijvoorbeeld TenderNed. Men vindt echter dat TenderNed nog niet goed functioneert (te weinig gebruiksvriendelijk, te traag en te vaak technische problemen). De aanbestedende diensten denken dat deze problemen voor 1 april 2016 kunnen worden opgelost. De inschrijvers geloven daar niet in. Voor wat betreft het elektronisch aanbesteden is daarnaast een veel gehoord geluid dat onvoldoende duidelijk is hoever de verplichting tot elektronisch aanbesteden reikt (voor welke opdrachten? Voor welke fases in de aanbesteding?).

Met betrekking tot (2) de verkorting van de termijnen, bestaat dezelfde verdeeldheid tussen de inschrijvers enerzijds en de aanbestedende diensten anderzijds. De inschrijvers zijn eensgezind en tegen het verkorten van de termijnen. De inschrijvers geloven niet dat aanbestedende diensten langere termijnen zullen hanteren dan de voorgeschreven minimumtermijn. Van de minimumtermijnen gaat een 'magneetwerking' uit. De aanbestedende diensten zijn echter een groot voorstander van het verkorten van de termijnen. Zij geven aan dat het om minimumtermijnen gaat en dat uiteraard een langere termijn zal worden gehanteerd indien dat proportioneel is. De 'onafhankelijken' hadden deze uitkomst al voorspeld en stellen voor om een motiveringsplicht op te nemen voor aanbestedende diensten ten aanzien van de gehanteerde termijnen teneinde de aanbestedende diensten op dit punt een bewuste keuze te laten maken en het niet tot een automatisme te laten verworden dat de minimumtermijnen worden gehanteerd.

(Bijna) alle aanbestedende diensten kunnen zich vinden in het besluit om (3) de mogelijkheid tot rechtstreekse betaling aan onderaannemers niet te implementeren. De inschrijvers zijn op dit punt minder eensgezind.

Ten aanzien van vraag (4) en (5) is met name opvallend dat de reacties op dit punt veelal zeer summier zijn. Veel partijen hebben helemaal geen reactie ingediend bij deze vragen, omdat dit onderwerp niet relevant wordt gevonden voor de betreffende partij. Ook is vaker aangegeven dat bij gebrek aan eigen ervaring met 'voorbehouden opdrachten' wordt meegegaan in de keuze van de wetgever.

In sommige reacties werd helemaal niet ingegaan op de gestelde vragen. Het betrof onder meer een aantal identieke reacties van verschillende inschrijvers. Deze reacties betroffen enkel de stelling dat branchekeurmerken expliciet zouden moeten worden benoemd in artikel 2.78a lid 1 omdat deze keurmerken zouden voldoen aan de voorwaarden van artikel 2.78a lid 1 sub a tot en met e. Deze inschrijvers willen voorkomen dat aanbestedende diensten de mogelijkheid om naar branchekeurmerken te verwijzen zouden benaderen vanuit lid 2 (uitvraag onderliggende eisen met keurmerk als bewijsmiddel).

De meeste partijen gaven wel een reactie op de vijf vragen, maar beperkten hun reactie daar niet toe. Naast de genoemde vijf vragen, leidden met name de volgende onderwerpen tot een aanvullende reactie:

- Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Veelal zeer negatieve reacties vanwege de verwachte lastenverzwaring die dit document zou meebrengen;
- Marktconsultatie. Veel positieve reacties op het feit dat marktconsultatie expliciet wordt benoemd. IBR stelt voor een definitie van een marktconsultatie op te nemen en in de MvT een stappenplan op te nemen bij wege van 'guidance';
- Toepassingsbereik mededingingsprocedure met onderhandeling en concurrentiegerichte dialoog. Het toepassingsbereik van deze procedures wordt vrijwel gelijk getrokken, terwijl wordt gemeend dat deze procedures niet in dezelfde situaties geschikt zouden zijn. Tevens is vaker opgemerkt dat een goed verloop van deze procedures een grote mate van professionaliteit van de aanbestedende dienst vereist, waarvan niet altijd sprake is.
- Gunningcriteria. Meerdere partijen zouden graag expliciet opgenomen zien dat voor het 'kostenelement' ook een vaste prijs mag worden gehanteerd. Er is meerdere malen aangegeven dat relatieve wegingen/beoordelingen afgeraden/verboden zouden moeten worden. Het voorgestelde begrip 'EMVI' (als koepelbegrip voor ieder gunningcriterium) wordt verwarrend gevonden, en er wordt aangegeven dat vanwege de gewijzigde inhoud van dat begrip de reeds bestaande jurisprudentie ontoegankelijk zal worden.
- Past performance. Zonder uitzondering wordt de wijze waarop dit thans is uitgewerkt onvoldoende doordacht gevonden, met name ten aanzien van de gehanteerde begrippen (tekortkoming versus grove wanprestatie versus aanzienlijke tekortkoming, versus toerekenbare tekortkoming). Iedereen is kritisch over het genoemde register en het feit dat rechtsbescherming ter zake niet is geregeld.
- Nummering en indeling. De wijze waarop nu is genummerd wordt door meerdere partijen benoemd als 'verwarrend' en 'onpraktisch'.

De beurt is nu aan de wetgever om dankbaar gebruik te maken van alle binnengekomen reacties en deze te verwerken in het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel wordt openbaar als het wordt behandeld in de Tweede Kamer. Behandeling in de Tweede Kamer staat gepland voor oktober 2015.

Over de auteur

Greetje Fimerius is advocaat bij AKD en redactielid van Tijdschrift Aanbestedingsrecht.

Copyright 2022 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.