

AANBESTEDING

Het definitieve 'wetgevend pakket': nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor de Nederlandse wetgever?

Op 29 januari 2004 stemde het Europees Parlement in met de tekst van de nieuwe Richtlijn leveringen, diensten en werken. De Europese fase van de totstandkoming van de nieuwe richtlijn is daarmee, ruim zeven jaar na de publicatie van het groenboek 'Overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over toekomstig beleid', ten einde.

De nieuwe richtlijn (evenals de daarvoor in 2000 ingediende ontwerp tekst ook wel aangeduid als 'het wetgevend pakket') dienen nu binnen 21 maanden door de wetgevers van de lidstaten van de Europese Unie te worden geïmplementeerd in nationale wetgeving. Anders dan haar voorgangers geeft deze richtlijn de nationale wetgevers daarbij op een aantal punten keuzevrijheid. Zo kunnen de lidstaten kiezen of zij aanbestedende diensten toestaan raamovereenkomsten aan te besteden, elektronische veilingen te houden of gebruik te maken van een zogenoemd dynamisch aankoopstelsel voor producten en diensten. Daarnaast hebben de lidstaten de mogelijkheid om een nieuwe aanbestedingsprocedure te introduceren voor bijzonder complexe opdrachten, de zogenoemde concurrentiële dialoog ('competitive dialogue'). Behalve deze optionele noviteiten kent de nieuwe richtlijn nog meer wijzigingen ten opzichte van de oude aanbestedingsrichtlijnen.

Cosmetische wijzigingen

Als eerste springt uiteraard in het oog dat naast de Nutssectoren richtlijn nog maar één algemene richtlijn bestaat. De drie 'klassieke' richtlijnen – Diensten, Werken en Leveringen – zijn nu samengevoegd tot één tekst. Daarnaast is de volgorde van de artikelen in die tekst anders dan in de drie genoemde richtlijnen. Ook is een aantal inleidende artikelen toegevoegd en een definitiebepaling opgenomen. Doel van deze herstructurering is de incoherenties weg te nemen die onderling bestaan tussen de tekst van de

oude richtlijnen Diensten, Werken en Leveringen en ook verder de regels te vereenvoudigen en te verduidelijken.

Inhoudelijke wijzigingen

De Commissie beoogt met de nieuwe richtlijn ook te voorzien in de behoefte aan modernere, eenvoudiger toepasbare en flexibeler aanbestedingsregels. De nieuwe richtlijn dient minder complex en star te zijn dan de oude en rekening te houden met nieuwe technologieën en veranderingen in het economische klimaat.¹ Een aantal belangrijke punten waarop deze richtlijn daaraan uitdrukking geeft wil ik hierna kort bespreken.

Raamovereenkomsten

Van belang is de al genoemde mogelijkheid om raamovereenkomsten aan te besteden. De Richtlijn nutssectoren kent een dergelijke regeling al.² Ook voor diensten, leveringen en werken buiten de nutssector bestaat op grond van artikel 32 van de nieuwe richtlijn nu de mogelijkheid om raamovereenkomsten te sluiten waarvan (nog) niet alle voorwaarden vaststaan, en op basis daarvan opdrachten te plaatsen zonder dat voor elk daarvan een aanbesteding conform de procedurevoorschriften van de richtlijn hoeft te worden gehouden.

Daarbij geldt een aantal voorwaarden. Allereerst dient de raamovereenkomst zelf overeenkomstig de richtlijn te zijn (aanbesteed en) gegund. Wordt met meerdere – dit dienen er minimaal drie te zijn – partijen gecontracteerd, dan moet bovendien bij de gunning van de op de raamovereenkomst gebaseerde vervolgoopdrachten de gelijkheid tussen die partijen gewaarborgd zijn. De richtlijn geeft voorschriften terzake. Zo dient al tijdens de aanbestedingsfase inzichtelijk te zijn op welke wijze afgeroepen en afgenomen zal worden en welke gunningscriteria daarbij worden gehanteerd. Om de mededinging op de markt te garanderen hebben raamovereenkomsten bovendien in beginsel een maximumduur van vier jaar.

'Competitive dialogue'

Artikel 29 van de nieuwe richtlijn introduceert een geheel nieuwe aanbestedingsprocedure, de concurrentiële dialoog. Na aankondiging van de opdracht en voorselectie van de gegadigden volgt in deze procedure een dialoofase waarin de aanbestedende dienst met de geselecteerden alle aspecten van de opdracht kan bespreken. Door de geselecteerden voorgestelde oplossingen of verstrekte informatie mag door de aanbestedende dienst niet aan hun mede-geselecteerden worden verstrekt. Aan de hand van de uitkomst van de dialoog stelt de aanbestedende dienst vervolgens haar wensen en eisen uit in een bestek en concept-overeenkomst, waarop de geselecteerden vervolgens kunnen offeren. Daarna vindt gunning plaats op basis van het criterium 'de meest voordelige aanbidding'.

Deze figuur ligt dicht aan tegen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking die de oude richtlijnen ook al kennen, maar is specifiek bedoeld voor complexe opdrachten die zich niet lenen voor gunning in een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure. Daarbij dient men te denken aan opdrachten waarvoor een aanbestedende dienst de benodigde technische, financiële of juridische middelen objectief gezien niet vooraf kan bepalen.

1 Aldus de Commissie sub II.1 van de toelichting op de Ontwerprichtlijn leveringen, diensten en werken d.d. 10 mei 2000 (2000/0115 COD).

2 Zie artikel 1 sub 5 Richtlijn nutssectoren (93/38/EEG).

Dynamisch aankoopstelsel

Het dynamisch aankoopstelsel biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om op elektronische wijze extra efficiënt en snel producten en diensten in te kopen. Artikel 33 van de nieuwe richtlijn vereist daartoe dat vooraf bekend gemaakt wordt welke de aard is van de producten of diensten die de desbetreffende aanbestedende dienst in een bepaalde periode beoogt in te kopen, alsmede dat en op welke wijze daartoe een aankoopstelsel wordt ingericht.

Gegadigden voor die leveringen worden daarna op basis van vooraf bekendgemaakte criteria geselecteerd en op een shortlist geplaatst. Zodra de aanbestedende dienst een concrete opdracht wenst te plaatsen volgt een vereenvoudigde publicatie van die opdracht, waarna al de geselecteerde gegadigden elektronisch worden uitgenodigd om in te schrijven. Efficiëntie staat steeds voorop in deze procedure: de termijnen en doorlooptijden zijn kort. De looptijd van een dynamisch aankoopstelsel is maximaal 4 jaar. Tussentijds dient aan nieuwe gegadigden de gelegenheid gegeven te worden om zich ook te kwalificeren voor plaatsing op de shortlist.

Overigens gelden ook buiten het kader van het dynamisch aankoopstelsel, in openbare, niet openbare en onderhandelingsprocedures, verkorte termijnen wanneer aankondigingen van een opdracht elektronisch worden verstuurd en – cumulatief – wanneer aanbestedingsdocumenten elektronisch ter beschikking worden gesteld.

Elektronische veiling

Artikel 54 biedt de mogelijkheid om in het kader van een openbare, niet openbare of onderhandelingsprocedure offertes te beoordelen door middel van een elektronische veiling. De wijze waarop de veiling plaatsvindt dient voldoende transparant te zijn en aan alle gegadigden dezelfde informatie en ook overigens gelijke kansen te bieden. Vereist is volgens lid 2 van dit artikel wel dat de desbetreffende opdrachtspecificaties '(...) met voldoende precisie vastgesteld kunnen worden.' Voor complexe opdrachten is de elektronische veiling dus niet toepasbaar.

Vereenvoudigde regeling technische specificaties en drempelbedragen

Artikel 23 van de Algemene richtlijn heeft als doel duidelijker en meer expliciet te regelen op welke wijze aanbestedende diensten hun opdracht mogen specificeren door verwijzing naar normalisatienormen. Ook de regeling van de drempelbedragen is, in artikel 7, sterk vereenvoudigd. In plaats van de zeventien (!) drempelbedragen die onder de oude richtlijnen gelden, kent de nieuwe richtlijn nog slechts vier drempelbedragen.

Gunnings- en selectiecriteria

In artikel 45 e.v. geeft de nieuwe richtlijn uitvoeriger dan voorheen aan op welke wijze selectiecriteria – met name ervarings- en omzeteisen – dienen te worden toegepast wanneer wordt ingeschreven door een combinatie of wanneer een gegadigde ervaring of omzet van een onderaannemer aan zichzelf wenst toe te rekenen. Daarnaast wordt het mogelijk partijen van deelname uit te sluiten die veroordeeld zijn wegens deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude of het 'witwassen' van geld.

Wordt gegund op basis van het criterium 'de economisch meest voordelige aanbidding', dan dient op grond van artikel 53 van de richtlijn aangegeven te worden welke criteria zij in dat kader han-

teert en welk relatief gewicht de aanbestedende dienst toekent aan die criteria onderling. Is het niet mogelijk dat relatieve gewicht te bepalen, dan dienen de gunningscriteria in volgorde van afnemende belangrijkheid vooraf vermeld te worden.

Gemeenschappelijke woordenlijst overheids-opdrachten

Als laatste speerpunt van de Commissie noem ik de invoering van één officiële nomenclatuur, de CPV,³ voor het aanduiden van het voorwerp van een opdracht en de vertaling daarvan in de elf officiële talen van de Europese Unie.

Eerste indruk en conclusie

De nieuwe richtlijn lijkt daadwerkelijk mogelijkheden en kaders te scheppen voor snellere, effectievere aanbestedingsprocedures. Ze sluit daarbij beter aan op wat in de praktijk gevraagd wordt of (ik noem het aanbesteden van raamcontracten) feitelijk al gebeurt. De nieuwe richtlijn is daarnaast logischer gestructureerd, op belangrijke punten duidelijker en daarmee gebruiksvriendelijker dan haar drie separate voorgangers.

Opmerking verdient daarbij wel dat de belangrijkste veranderingen – mijns inziens de mogelijkheid om een elektronische veiling te houden, raamcontracten aan te besteden of in een concurrentiële dialoog de specificaties van een opdracht te definiëren – optioneel zijn. Afgewacht moet dus nog worden of deze ook in de Nederlandse aanbestedingspraktijk zullen worden geïntroduceerd.

Bij de inhoud van de richtlijn is bovendien een aantal kritische kanttekeningen te plaatsen. Zo wijst Papenhuijzen⁴ erop dat de regeling van de concurrentiële dialoog en van de elektronische veiling aanvulling behoeft, wil de transparantie van een aanbesteding met gebruikmaking van deze procedures gewaarborgd zijn. Ter Mors⁵ ziet het bovendien als een gemiste kans dat een aanbestedende dienst onder de nieuwe richtlijn niet in alle gevallen hoeft aan te geven wat het relatieve gewicht van gehanteerde selectie- of gunningscriteria is. De richtlijn stelt daarmee minder vergaande eisen aan de objectiviteit en transparantie van aanbestedingsprocedures dan die nu op grond van de Nederlandse jurisprudentie terzake worden gehanteerd, aldus Ter Mors.

Zelf vraag ik mij af of naast fraude, omkoping, 'moneylaundering' en deelname in een criminele organisatie niet ook bewezen deelname aan verboden vooroverleg in eerdere aanbestedingen had moeten worden opgenomen als uitsluitingsgrond. Dat een dergelijke bepaling het overwegen waard is, blijkt wel uit de actuele 'tweede' bouwfraudeaffaire.'

Naast gematigd enthousiasme over de kersverse nieuwe richtlijn is voornamelijk vooral nieuwsgierigheid op zijn plaats. Zullen de ambitieuze doelstellingen van de nieuwe richtlijn in de praktijk gerealiseerd worden? Het wachten is op de Nederlandse wetgever. En daarna op de markt.

Mr. H.C. Leemreize, advocaat Kennedy Van der Laan Amsterdam

³ Common Procurement Vocabulary.

⁴ J.P. Papenhuijzen, Wetgevend pakket Europese aanbestedingen, Cobouw 18 februari 2004.

⁵ A. ter Mors, Aanbesteding: oude of nieuwe wijn, en in wat voor zakken?, in: Aangenomen werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.