

Memorandum

Aan: Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
 Van: Loyens & Loeff en MKB INFRA
 Datum: 17 januari 2011
 Betreft: Aanbestedingswet

Uitgangspunten

MKB Infra streeft ten aanzien van overheidsaanbestedingen de volgende doelstellingen na:

- a. betere toegang tot aanbestedingen voor MKB
- b. lastenverlichting MKB
- c. professionalisering opdrachtgevers
- d. verantwoording van aanbestedingsbeleid door opdrachtgevers
- e. meer uniformiteit aanbestedingspraktijk
- f. verbetering mogelijkheden van innovatie
- g. verbetering naleving / rechtsbescherming

Het nieuwe wetsvoorstel betekent voor MKB Infra en haar leden bij vrijwel al deze doelstellingen een achteruitgang ten opzichte van het wetsvoorstel van 8 juli 2008. Het huidige wetsvoorstel moet daarom aangescherpt worden.

MKB Infra kan zich weliswaar in hoofdlijnen vinden in de opzet van het nieuwe wetsvoorstel, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en Europese aanbestedingen, maar ziet de summier uitwerking op nationaal niveau als een groot manco nu juist onder de Europese drempel het gros van de aanbestedingen plaatsvindt (60-70% van het inkoopvolume). Voor nationale aanbesteding kan niet worden volstaan met enkele beginselen. De beoogde uniformiteit van aanbestedingsprocedures en de daaraan verbonden lastenverlichting kunnen alleen worden bereikt door ook bij nationale aanbestedingen in een uitwerking van aanbestedingsprocedures te voorzien. MKB Infra pleit dan ook voor aanscherping van de regels voor nationale aanbestedingen om de toegang van het MKB tot overheidsaanbestedingen die niet onder de werkingssfeer van de EU aanbestedingsrichtlijnen vallen te vergroten en om bij dergelijke aanbestedingen de toepassing van een aanbestedingsreglement voor te schrijven. Deze reglementen moeten in overleg tussen (belangenorganisaties van) overheden en ondernemingen tot stand komen, waarbij de huidige ARW 2005 en ARN 2006 als uitgangspunt kunnen dienen.

Doelstellingen en middelen kunnen bij de voorstellen als volgt worden weergegeven:

Doelstelling	Middel	Waar uitwerken?
Betere toegang MKB	Verbod clusteren	Aw: 1.1. en 1.2.1. - 1.2.2.
	Uitbreiding proportionaliteitseis	Aw: 1.2.1. – 1.2.2.
	Uitwerking proportionaliteitseis voor aanbesteding van werken	Aw: 1.2.3.
	Verbod op enkelvoudige gunning bij werken met waarde > EUR 150.000	Aw: 1.2.3.

	verbod leuren onderaannemers	Aw: 1.2.3.
	verbod van ranking bij selectie	Aw: 1.2.3.
Lastenverlichting MKB	Beperking van gebruik financiële garanties / bankverklaringen	Aw: hoofdstuk 2
	Aanscherping regeling eigen verklaring	ARW/ARN
	Verplichte erkenningsregeling voor GWW werken	Voorlopig flankerend beleid
Uniformiteit aanbestedingspraktijk	Verplichte toepassing ARW bij opdrachten met waarde > EUR 150.000	Afdeling 1.2.3.
Professionalisering opdrachtgever	Aanbestedingsrapport	Aw: 1.1. en 1.2.1. -1.2.2.
Innovatie	Ruimere toepassing varianten bij nationale aanbesteding	ARW/ARN
Verbetering naleving / rechtsbescherming	Toezening aanbestedingsrapport	Aw: 1.2.1. - 1.2.2.
	Evaluatie van de wet na 2 jaar ivm evt. introductie van publieke handhaving	Aw: deel 4
	Evaluatie van wet na 2 jaar vanwege evt. introductie verplichte aanbestedingsaudit	Aw: deel 4
	Evaluatie van wet na 2 jaar vanwege evt. introductie erkenningsregeling werken voor nationale aanbestedingen met geraamde waarde van voorwerp van opdracht van meer dan EUR 150.000.	Aw: deel 4
	Ondersteunen van klachtenbureaus op brancheniveau w.o. ACA GWW	Flankerend beleid
Verantwoording aanbestedingsbeleid door opdrachtgevers	Ontwikkeling van aanbestedingsaudit 2011-2013 aan hand van NTA 8058	Flankerend beleid
	Verbetering transparantie: - opening van inschrijvingen openbaar - aanbestedingsrapport - uitwerken relevante redenen afwijzing	Aw: 1.2.1. – 1.2.2.

4. Uitwerking: “20 voorstellen ter verbetering van de Aanbestedingswet”

Hoofdstuk 1.1. Begripsbepalingen

Artikel 1.1.

Aanbestedingsrapport: schriftelijk document waarin de stappen worden beschreven en verantwoord die een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf in de aanbestedingsprocedure heeft gezet bij:

- a. *de bepaling van het voorwerp van de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst, concessieovereenkomst of prijsvraag, waaronder de mededingingstoets van artikel [xxx],*
- b. *raming van de waarde van de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst,*
- c. *de keuze van de aanbestedingsprocedure,*
- d. *afwijkingen van het toepasselijke aanbestedingsreglement,*
- e. *het vaststellen van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria,*

- f. *de aankondiging van een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst, concessieovereenkomst of prijsvraag,*
- g. *het verstrekken van inlichtingen,*
- h. *toetsing van inschrijvers aan uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria,*
- i. *toetsing van inschrijvingen aan technische specificaties, eisen en normen,*
- j. *toetsing van inschrijvingen aan de hand van de gunningscriteria bedoeld in artikel 2.113 en nadere criteria bedoeld in 2.114*
- k. *het verkrijgen van verduidelijkingen en aanvullingen,*
- l. *afwijkingen van de aanbestedingsstukken in de onder h-j bedoelde toetsingen,*
- m. *wijziging van het voorwerp van de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst, concessieovereenkomst of prijsvraag gedurende de aanbestedingsprocedure,*
- n. *gunningsbeslissing of beslissing om niet tot gunning over te gaan,*
- o. *motivering van gunningsbeslissing en van selectiebeslissing door middel van verstrekken relevante redenen voor die beslissingen, waaronder de namen van de inschrijvers c.q. gegadigden en hun respectievelijke scores voor elk van de selectie c.q. gunningscriteria en nadere criteria als bedoeld in artikel 2.114, alsmede nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn, bedoeld in artikel 2.126, eerste lid.*

Voorwerp van de opdracht: kenmerken, waaronder aard, omvang en duur van een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst

Eisen: technische specificaties en andere eisen en voorwaarden die verband houden met het voorwerp van de opdracht, waaronder bijzondere voorwaarden en contractvoorwaarden

Voorwaarden: voorwaarden waaronder een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst moet worden uitgevoerd, waaronder bijzondere voorwaarden en contractvoorwaarden

Criteria: uitsluitingsgronden, selectie- en gunningscriteria

Competentie: een functionele omschrijving waaruit de bekwaamheid blijkt om een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst technisch uit te voeren die als basis dient voor een geschiktheidseis inzake technische bekwaamheid

Toelichting:

Aanbestedingsrapport: opmaak van het aanbestedingsrapport is afgeleid van de regeling omtrent de opmaak van een proces-verbaal in artikel 43 Richtlijn 2004/18/EG (artikel 43 Bao, artikel 2.31.1 ARW 2005). Het doel van het proces-verbaal is de documentatie van het verloop van een aanbesteding, in het bijzonder van de keuzes die daarbij voor bepaalde procedures, gegadigden of inschrijvers worden gemaakt. Deze documentatie kan door de Europese Commissie worden opgevraagd. Door een uitwerking van dit instrument in een model dat als bijlage onderdeel wordt van de Aanbestedingswet kan het aanbestedingsrapport niet alleen dienen als instrument bij het toezicht op de naleving van de aanbestedingsverplichtingen door de Europese Commissie, maar als instrument om te komen tot een (intern en extern) verantwoorde aanbestedingspraktijk van een opdrachtgever, professionalisering van opdrachtgevers en verbetering van de rechtsbescherming van inschrijvers. In het aanbestedingsrapport dient de opdrachtgever overeenkomstig de stappen van de

aanbestedingsprocedures als omschreven in de Aanbestedingswet zijn beslissingen en keuzes verantwoord. Door de mogelijkheid te bieden aan inschrijvers om een versie van dit rapport op te vragen wordt tevens de rechtsbescherming verbeterd. Een dergelijk aanbestedingsrapport kan verder dienen als basis voor een ander instrument dat bij kan dragen tot de professionalisering van de aanbestedingspraktijk, de aanbestedingsaudit.

De uitwerking van een model en een regeling voor het aanbestedingsrapport komt tegemoet aan de verzoeken vanuit diverse fracties om te komen tot professionalisering van de aanbestedingspraktijk, betere verantwoording van daarbij genomen beslissingen en de mogelijkheid om die keuzes achteraf te toetsen aan het beginsel van proportionaliteit. Nederland zou met de invoering van een dergelijk aanbestedingsrapport overigens niet voorop lopen. Ook in andere landen, waaronder Duitsland (*“Vergabe-vermerk”*), zijn in het nationale aanbestedingsrecht verplichtingen inzake een aanbestedingsrapport uitgewerkt.

Voorwerp van de opdracht, eisen, voorwaarden, criteria en competentie: deze begrippen behoeven naar onze mening een toelichting in de vorm van een in de wet op te nemen definitie.

Hoofdstuk 1.2. Algemene beginselen

Voor alle afdelingen (1.2.1. – 1.2.3.)

1. *Van het verloop van de aanbesteding wordt door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een aanbestedingsrapport opgemaakt volgens het in [...] opgenomen model.*
2. *Op verzoek van een inschrijver of gegadigde stelt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf na de voorlopige gunning een afschrift van het aanbestedingsrapport binnen 3 dagen na ontvangst van het verzoek beschikbaar aan de inschrijver of gegadigde.*
3. *Het is verboden om bij het bepalen van het voorwerp van de opdracht de mededinging merkbaar te beperken. Bij het bepalen van het voorwerp van de opdracht moet een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf daadwerkelijke mededinging waarborgen.*
4. *Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die **objectief zijn en** in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, waarbij hij in ieder geval acht slaat op i) uitsluitingsgronden, ii) inhoud en aantal te stellen geschiktheidseisen (**waaronder competenties en bijzondere eisen aan combinaties**), iii) te stellen termijnen, iv) gunningscriteria, v) vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving en **vi) contractvoorwaarden**.*

Toelichting:

Algemeen: sinds het Ikon arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1987 (NJ 1987, 727) is algemeen aanvaard dat de beginselen van behoorlijk bestuur ook in privaatrechtelijke verhoudingen doorwerken. Dat wordt inmiddels weerspiegeld in artikel 3:1, tweede lid Awb: een aantal daar gecodificeerde beginselen zijn op privaatrechtelijke (rechts)handelingen van de overheid van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Hieruit volgt dat de overheid haar burgers gelijk behandelt, dat zij zich zichtbaar verantwoordt voor haar keuzes, en ook overigens zorgvuldig ten opzichte van haar burgers handelt. Van overheden kan en mag aldus worden verwacht dat zij hun publieke middelen op een integere, rechtmatige en doelmatige wijze besteden, en

daar publiekelijk verantwoording over afleggen. Daar past bijvoorbeeld een zorgvuldige keuze van gunningscriteria, waarbij onder andere wordt gelet op Total Cost of Ownership (TCO).

Voorstel 1: om het handelen en de besluitvorming van overheden zorgvuldig, objectief en transparant te laten verlopen worden aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven verplicht om alle relevante beslismomenten in het kader van aanbestedingen in een aanbestedingsrapport te documenteren en motiveren, zodat deze in het kader van interne of externe audits of in het kader van een voorlopige gunningsbeslissing beter gecontroleerd en verantwoord kunnen worden. Zie hierover ook de toelichting bij de definitie van het aanbestedingsrapport. Al de daarin genoemde onderdelen zouden, indien van toepassing, in het rapport moeten zijn terug te vinden.

Voorstel 2: inschrijvers en gegadigden worden op grond van voorstel 2 in de gelegenheid gesteld om aan de hand van het aanbestedingsrapport hun afwijzing te controleren.

Voorstel 3: dit voorstel dient ter vervanging van artikel 1.16. Bij de regeling inzake clustering in de Aanbestedingswet moet het niet alleen gaan om het samenvoegen van overeenkomsten, maar om elke disproportionaliteit bij de bepaling van het voorwerp van de opdracht. Het voorstel is ontleend aan het combinatieverbod dat op grond van artikel 6 Mededingingswet geldt voor inschrijvers en gegadigden. Het ligt voor de hand dat er niet alleen een verbod moet zijn voor inschrijvers en gegadigden om bij een aanbesteding door samenvoeging aan de aanbodzijde de mededinging merkbaar te beperken, maar ook een verbod voor aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven om door samenvoeging aan de vraagzijde de mededinging merkbaar te beperken. De naleving van dit verbod kan aan de hand van het aanbestedingsrapport door de burgerlijke rechter gecontroleerd worden. Daarbij kan door de rechter gebruik worden gemaakt van het door de NMa voor samenvoegen aan de aanbodzijde ontwikkeld beleid, als vastgelegd in haar Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2009. Een aanbestedende dienst kan aan haar motiveringsverplichting t.a.v. het voorwerp van de opdracht uit hoofde van het aanbestedingsrapport voldoen door te verwijzen naar de uitkomsten van een marktconsultatie. Zij kan ook op andere wijze aannemelijk maken dat er op basis van het voorwerp van de opdracht voldoende serieuze inschrijvers zullen zijn, bijvoorbeeld door verwijzing naar ervaringen bij andere aanbestedingen.

Voorstel 4: dit voorstel bevat – via de definitie van ‘voorwaarden’ – onder andere een uitbreiding van het proportionaliteitsbeginsel tot contractuele voorwaarden. Voorts wordt de eis van objectiviteit geïntroduceerd. Het beginsel van objectiviteit vloeit, net als het proportionaliteitsbeginsel, zowel voort uit de rechtspraak van de Nederlandse rechter als uit die van het Hof van Justitie van de EU. Het voorstel vervangt artikel 1.15 van het wetsvoorstel.

Afdeling 1.2.1. Europese aanbestedingen

5. *Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in artikel 1.4 volgt de voorschriften voor Europese aanbestedingen in het [ARW - nieuwe versie], respectievelijk het [ARN - nieuwe versie].*
6. *Onze Minister zendt twee jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de wijze waarop toepassing van het aanbestedingsrapport functioneert en of behoefte bestaat aan invoering van publieke handhaving door een toezichthoudende instantie, een verplichte erkenningsregeling en een verplichte aanbestedingsaudit voor aanbestedende diensten en speciale- sectorbedrijven.*

7. *De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf stellen aan een combinatie geen hogere geschiktheidseisen dan zij stellen aan een enkele ondernemer.*
8. *Een aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf verzendt binnen 3 dagen na een verzoek daartoe van een gegadigde of inschrijver dat plaatsvindt na ontvangst van een mededeling van een gunningsbeslissing het aanbestedingsrapport aan de betreffende gegadigde of inschrijver.*

Toelichting:

Voorstel 5: de ervaringen met de verplichte toepassing van het ARW 2005 en haar voorgangers zijn positief. Een verplichte onverkorte toepassing van ARW en ARN is een zeer belangrijke stap in het realiseren van de beoogde uniformiteit in de aanbestedingspraktijk. Deze verplichting dient in de plaats te komen van een niet-dwingend convenant of richtsnoeren in verband met het gebruik van aanbestedingsreglementen omdat er anders geen garantie is dat de aanbestedingsreglementen algemeen en uniform toegepast worden en de hoofddoelstelling van een uniform en duidelijk wettelijk kader voor aanbestedingen (met name door decentrale overheden) niet gerealiseerd wordt. ARW 2005 en ARN 2006 moeten worden aangepast aan het wetsvoorstel en (beter) op elkaar worden afgestemd om in dit doel te kunnen voorzien.

Voorstel 6: dit voorstel biedt de voorziening om maatregelen te treffen, indien uit de evaluatie van de aanbestedingspraktijk mocht blijken dat de toepassing van het aanbestedingsrapport niet goed functioneert en/of behoefte blijkt te bestaan aan publieke handhaving door een toezichthoudende instantie of aan verplichte aanbestedingsaudits. Het rapport kan zowel aan publieke handhaving als aan interne of externe verantwoording via aanbestedingsaudits¹ een belangrijke bijdrage leveren. In het kader van het flankerend beleid zouden erkenningsregelingen (o.a.) voor de GWW-sector ontwikkeld moeten worden en in een pilot moeten worden getest. Ontwikkeling en pilot moeten tijdig worden afgerond, zodat zij bij de in dit voorstel bedoelde evaluatie meegenomen kunnen worden. Bij de voorbereiding van een eventuele algemene maatregel van bestuur over erkenningsregelingen kunnen de gebruikelijke overlegkanalen in het kader van aanbestedingen, waarin alle departementen zijn vertegenwoordigd, worden betrokken.

Voorstel 7: voor het MKB is belangrijk dat er geen belemmering is op combinatievorming. Vandaar dat MKB Infra voorstelt om deze bepaling uit het wetsvoorstel van 8 juli 2008 (zie onder meer artikelen 1.9.6 en 1.9.12 in het 'Overzicht van soorten aanbestedingsprocedures met toelichtingen ter uitwerking van hoofdstuk 5 van het concept-Besluit aanbestedingen en een Model eigen verklaring aanbesteden' van 18 april 2008) in het nieuwe wetsvoorstel over te nemen.

Voorstel 8: om de rechtsbescherming te verbeteren, dienen een aanbestedende dienst en speciale-sectorbedrijf niet alleen de scores op de gunningscriteria, maar (bij keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving als gunningscriterium) ook de scores op de nadere criteria van de winnende inschrijver en van de inschrijver die het aanbestedingsrapport opvraagt in dat rapport te verstrekken.

¹ Wij noemen in dit kader de aanbestedingsnorm NTA 8058. NTA staat voor Nederlandse technische afspraak en is in samenwerking met NEN ontwikkeld. De norm beschrijft de eisen aan de aanbestedingspraktijk van een aanbestedende dienst waarmee invulling wordt gegeven aan het van toepassing zijnde aanbestedingsrecht en aan het eigen aanbestedingsbeleid alsmede eisen voor het uitvoeren van een audit van aanbestedende diensten met het doel om de conformiteit van de aanbestedingspraktijk van een aanbestedende dienst, of een onderdeel daarvan, met het toepasselijke aanbestedingsrecht, het eigen aanbestedingsbeleid en deze NTA vast te stellen. Door gebruik van dit instrument worden aanbestedende diensten ondersteund in de naleving van het aanbestedingsrecht en het eigen aanbestedingsbeleid. Ook beoogt deze NTA de ondersteuning en de stimulering van de verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk.

Afdeling 1.2.2. Nationale aanbestedingen

9. *Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in artikel 1.9 volgt de voorschriften voor nationale aanbestedingen in het [ARW - nieuwe versie], respectievelijk het [ARN - nieuwe versie] bij opdrachten voor de uitvoering van werken met een waarde van meer dan EUR 150.000.*
 10. *Het is een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf niet toegestaan bij overeenkomsten voor de uitvoering van werken met een waarde van meer dan EUR 150.000 een enkelvoudig onderhandse procedure te volgen.*
 11. *Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf past in een meervoudig onderhandse procedure in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de keuze van de uit te nodigen inschrijvers de beginselen van objectiviteit, transparantie, proportionaliteit en gelijke behandeling toe. De keuze wordt door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verantwoord in het aanbestedingsrapport.*
 12. *De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf stellen aan een combinatie geen hogere eisen, voorwaarden en criteria dan zij stellen aan een enkele ondernemer.*
 13. *Een aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf verzendt binnen 3 dagen na een verzoek daartoe van een gegadigde of inschrijver dat plaatsvindt na ontvangst van een mededeling van een gunningsbeslissing het aanbestedingsrapport aan de betreffende gegadigde of inschrijver.*
- de artikelen 1.11 en 1.12 vervallen, evenals afdeling 1.2.3.

Toelichting:

Voorstel 9: de drempels voor toepassing van de EU-aanbestedingsrichtlijnen zijn bij leveringen en diensten relatief laag. Om die reden bestaat geen behoefte aan een verplichte toepassing van een aanbestedingsreglement bij opdrachten met een waarde onder de drempelbedragen. Bij opdrachten voor de uitvoering van werken is er echter een vooral voor het MKB zeer belangrijke categorie van aanbestedingen (aanbestedingen met een waarde tot de Europese drempelwaarde) waarvoor het wetsvoorstel niet in uniforme aanbestedingsprocedures voorziet maar slechts in de toepassing van beginselen. Deze aanbestedingen worden vooral door gemeenten uitgeschreven. Het huidige wetsvoorstel neemt het probleem niet weg dat elke gemeente weer andere regels voor deze belangrijke categorie van aanbestedingen kan hanteren dan andere gemeenten. Dit leidt tot hoge lasten voor het MKB en ondoorzichtigheid. Door voor deze categorie een verplichte toepassing van het ARW voor te schrijven worden deze bezwaren weggenomen. Bovendien wordt daardoor de rechtsonzekerheid weggenomen die het wetsvoorstel creëert door voor deze categorie in feite een onderzoek naar een “duidelijk grensoverschrijdend belang” te vereisen. De ondergrens van EUR 150.000 sluit aan bij het huidige aanbestedingsbeleid van veel gemeenten en ook bij de bagatel in het wetsvoorstel van 8 juli 2008. Een lagere ondergrens zou – gezien de kosten van voorbereiding en uitvoering van een aanbesteding – ondoelmatig zijn.

Voorstel 10: voor de in de toelichting op voorstel 10 omschreven categorie van opdrachten voor de uitvoering van werken geldt naar de mening van MKB Infra dat een enkelvoudige gunning verboden zou moeten worden. De waarde van deze opdrachten is zodanig hoog en deze categorie is voor het

MKB zo belangrijk dat een gelijke behandeling, als beschreven in de recente preadviezen aan de Vereniging van Bouwrechtadvocaten, door toepassing van het ARW gewaarborgd moet worden.

Voorstel 9 en 10: het ligt voor de hand om de uitzonderingen die gelden op de aanbestedingsplicht voor Europese aanbestedingen ook op de aanbestedingsplicht voor nationale aanbestedingen van toepassing te verklaren. Eventueel kan zelfs gedacht worden aan toevoeging van aanvullende uitzonderingen met het oog op een ruimere toepassing van enkelvoudig aanbesteden bij opdrachten onder de EU-drempels.

Voorstel 11: door bij nationale aanbestedingen bij de toepassing van beginselen een onderscheid te maken tussen de meervoudig onderhandse procedure en de andere nationale aanbestedingen, ontsnapt de keuze van deelnemers aan de meervoudig onderhandse procedure aan een toetsing aan de beginselen. Dit lijkt in strijd met het Europese recht en maakt de Aanbestedingswet onnodig complex. Door voorstel 11 over te nemen wordt dit bezwaar weggenomen en kan afdeling 1.2.3 komen te vervallen. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf die een meervoudig onderhandse procedure wenst te volgen, dient op grond van voorstel 9 het ARW of het ARN te volgen.

Voorstel 12: voor het MKB is belangrijk dat er geen belemmering is op combinatievorming. Vandaar dat MKB Infra voorstelt om deze bepaling, die is afgeleid van het wetsvoorstel van 8 juli 2008, net als in afdeling 1.2.1, ook in afdeling 1.2.2 van het nieuwe wetsvoorstel over te nemen.

Voorstel 13: om de rechtsbescherming te verbeteren, dienen een aanbestedende dienst en speciale-sectorbedrijf niet alleen de scores op de gunningscriteria, maar (bij keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving als gunningscriterium) ook de scores op de nadere criteria van de winnende inschrijver en van de inschrijver die het aanbestedingsrapport opvraagt in dat rapport te verstrekken. Er ontstaat dus een verschil tussen de volledige versie van het aanbestedingsrapport van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en de versie die aan een inschrijver wordt toegestuurd. In de toelichting bij een dergelijke bepaling kan opgenomen worden dat bij opdrachten voor de uitvoering van werken de aannemingssommen in beginsel openbaar gemaakt moeten worden omdat deze in beginsel niet concurrentiegevoelig kunnen zijn en geheimhouding derhalve niet op basis van commerciële belangen gerechtvaardigd kan worden. Ook scores bij toepassing van het gunningscriterium economisch meest voordelige aanbidding dienen openbaar gemaakt te worden omdat ze in beginsel niet concurrentiegevoelig kunnen zijn.

1.2.3. Europese en nationale aanbestedingen voor de uitvoering van werken

Voor Europese en nationale aanbestedingen voor de uitvoering van werken gelden niet alleen de afdelingen 1.2.1 of 1.2.2 maar als bijzondere regeling ook afdeling 1.2.3.

- 14. Indien de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf bij een Europese of nationale aanbestedingsprocedure een geschiktheidseis inzake financiële en economische draagkracht stellen waaraan gegadigden dienen te voldoen die ziet op een gemiddelde omzet over de laatste drie boekjaren voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure dan mag deze omzeteis niet meer bedragen dan [150%] van de geraamde aanneemsom.*
- 15. De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf baseren bij een Europese of nationale aanbestedingsprocedure de geschiktheidseisen inzake technische bekwaamheid op competenties die in de aanbestedingsstukken zijn beschreven.*
- 16. Indien de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf bij een Europese of nationale aanbestedingsprocedure een geschiktheidseis inzake technische bekwaamheid stellen dat de*

gegadigde eerder opdrachten heeft verricht die gelet op de omvang en complexiteit of de voor de uitvoering van de opdracht benodigde bekwaamheid van de gegadigde vergelijkbaar zijn met het voorwerp van de opdracht, dan eisen de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf ten hoogste dat:

- a. de gegadigde per competentie één vergelijkbare opdracht voor werken heeft uitgevoerd en*
- b. die vergelijkbare opdrachten ieder een waarde hebben van maximaal [35%] van de geraamde aanneemsom van de opdracht die de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf wil verstrekken.*

Toelichting

Voorstel 14-16: MKB Infra is geen voorstander van een Gids Proportionaliteit die slechts de status krijgt van een best practice. Om de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten e.d. te waarborgen dient de proportionaliteitseis in elk geval in de wet zelf te worden uitgewerkt. De voorstellen 14 en 16 zijn gebaseerd op het wetsvoorstel van 8 juli 2008 met dien verstande dat het percentage van 200% naar 150% is verlaagd en het percentage van 60% is verlaagd naar 35%. Het voorstel 15 is opgenomen om de toegang tot aanbestedingen te vergroten wanneer te strikte referentie-eisen de mededinging onnodig beperken.

- 17. De inschrijver zal bij een nationale aanbesteding bij het aangaan van overeenkomsten van onderaanneming voor de uitvoering van een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst geen meer bezwarende voorwaarden bedingen dan in de aanbestedingsstukken voor de uitvoering een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst zijn vastgelegd.*

Voorstel 17: Het voorstel komt vooral tegemoet aan de grote problemen die (met name) MKB-ondernemers hebben met (gedwongen) onderaanneming. Verschillende fracties in de Tweede Kamer erkennen dit probleem en hebben aangedrongen op een regeling.

- 18. De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf eisen bij een Europese en nationale aanbesteding geen bankgaranties van gegadigden en inschrijvers waaraan de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst niet wordt gegund.*

- 19. De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf eisen bij een Europese aanbesteding geen bankgarantie voor meer dan 5% van de aanneemsom van een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, raamovereenkomst of concessieovereenkomst die wordt gegund.*

Voorstel 18 en 19: uit oogpunt van lastenverlichting stelt MKB Infra voor om het eisen van bankgaranties te beperken.

- 20. De aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf beperken bij een nationale aanbesteding het aantal gegadigden op een transparante en niet-discriminerende wijze zonder gebruikmaking van criteria die zijn gebaseerd op financiële en economische draagkracht of op aantal en omvang van referenties.*

Voorstel 20: de praktijk leert dat het MKB niet alleen bij selectiecriteria die zien op financieel-economische draagkracht wordt benadeeld ten opzichte van andere ondernemers, maar ook bij selectiecriteria die zien op aantal en omvang van referenties.