

## **Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)**

*In het kader van de introductie van het Aanbestedingsreglement Werken 2005, bespraken wij in de nieuwsbrief van 2 december 2005 al enkele nieuwe elementen van de Algemene Richtlijn, te weten de concurrentiegerichte dialoog, elektronisch veilen, raamovereenkomsten, varianten en selectiecriteria. Aan de hand van het Bao (en de Nota van Toelichting) hebben wij er voor gekozen in deze bijdrage andere, in het oog springende wijzigingen aan bod te laten komen.*

*Hélène Stergiou*

*Maarten van Rijn*

*Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, advocaten & notarissen*

### **Inleiding**

Via het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) is op 1 december 2005 in Nederland de nieuwe Europese richtlijn 2004/18/EG (Algemene Richtlijn) door de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen geïmplementeerd. Op grond van het Bao zijn Nederlandse aanbestedende diensten sinds die datum verplicht hun aanbestedingsprocedure in te richten conform dit Besluit (en daarmee conform de nieuwe richtlijn). Van 1 december 2005 tot en met 30 januari 2006 was nog sprake van een 'overgangsregime', waarbij aanbestedingen onder de 'oude' procedure opgezet, ook onder dit regime konden worden afgerond (artikel 81 Bao). Met ingang van 31 januari 2006 geldt alleen 'het nieuwe regime'.

Wat houdt dit voor de aanbestedingspraktijk in? In de eerste plaats is het voorbij met het bestaan van drie verschillende regimes voor resp. werken, diensten en leveringen. De Europese Commissie heeft met het samenvoegen van de drie verschillende richtlijnen 'eenvoud' beoogd: verschillen tussen overheidsopdrachten in de sectoren diensten, leveringen en werken dienen hierdoor zoveel mogelijk te worden opgeheven. Maar nog belangrijker, is dat de herziening in de tweede plaats op onderdelen een vernieuwing van het aanbestedingsrecht inhoudt. Zo introduceert het Bao een aantal nieuwe begrippen. Ook houdt het Bao ten opzichte van de oude richtlijnen een wijziging in op het terrein van de (verplichte) uitsluitingsgronden. Bovendien is de mogelijkheid om bij een aanbesteding elektronische middelen te gebruiken nieuw. In dat verband bespreken wij wanneer het gebruik van deze middelen is toegestaan en welke voordelen hiermee zijn te behalen? Tot slot staan wij stil bij de introductie van een aantal sociale bepalingen en het onderwerp rechtsbescherming.

### **Nieuwe begrippen**

In artikel 1 van het Bao wordt een aantal nieuwe begrippen geïntroduceerd. Dit vloeit in de eerste plaats voort uit de introductie van een aantal nieuwe aankooptechnieken en procedures (zie onze eerdere bijdrage van 2 december 2005). Zo kent het Bao een definitie van de concurrentiegerichte dialoog (onder v) en de daaruit voortvloeiende definitie van een 'bijzonder complexe overheidsopdracht' (onder w). Eveneens zien de definities 'elektronisch middel' (onder bb) en geavanceerde elektronische handtekening (onder aaa) het daglicht. In de tweede plaats hangt dit samen met de keuze van (met name) de nationale wetgever om een aantal begrippen te introduceren dan wel reeds bestaande begrippen te herformuleren.

Waar in de vorige richtlijnen (en het Besluit overheidsaanbestedingen, het Boa) nog werd uitgegaan van een gunningsvoornemen, bepaalt artikel 1 onder fff Bao uitdrukkelijk wat een gunningsbeslissing inhoudt: "de keuze van de aanbesteder voor de ondernemer met wie hij een raamovereenkomst *wil* sluiten of aan wie hij een overheidsopdracht *wil* gunnen". Hiermee is echter

op het eerste gezicht geen inhoudelijke wijziging beoogd. Artikel 1 onder ggg bevat in navolging van artikel 8 Algemene Richtlijn het containerbegrip ondernemer. Hieronder worden natuurlijke personen, rechtspersonen, openbare lichamen of samenwerkingsverbanden van natuurlijke personen, rechtspersonen of lichamen verstaan (artikel 1, onder d tot en met f). In artikel 1, onder iii, is een definitie opgenomen voor de term aanbestedingsstukken. Hieronder vallen in ieder geval de aankondiging en het bijbehorend beschrijvend document (bestek, leidraad etc.), zo vermeldt de Nota van Toelichting. Voorts kan worden gedacht aan documenten waarin de organisatie van de aanbesteder of zijn beleid worden omschreven. Ook zal een concept-overeenkomst veelal deel uitmaken van de aanbestedingsstukken.

Daarnaast is de term kopersprofiel nieuw (artikel 1 ddd). Dit profiel is niets anders dan een vrijwillige beschrijving door een aanbesteder van een desbetreffende dienst en zijn inkoopbeleid. Bijlage VIII van de Algemene Richtlijn specificeert dat een dergelijk profiel informatie kan bevatten over bijv. lopende aanbestedingsprocedures en voorgenomen aankopen. Ook de informatie, die een aanbesteder in een aankondiging bekendmaakt, kan worden opgenomen in het kopersprofiel. In het Bao worden in dat verband geen minimumeisen gesteld.

Het begrip 'publiekrechtelijke instelling' is ten opzichte van het 'oude regime' onveranderd in het Bao opgenomen (artikel 1 onder q). Wél biedt de Nota van Toelichting een interessante uiteenzetting over de rechtspraak in dat verband waarbij als uitgangspunt voor het kwalificeren van een instelling als een publiekrechtelijke instelling een functionele uitleg heeft te gelden. Zelfs als de instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke taken is gaan verrichten, maar de instelling volgens de statuten nog steeds een taak van algemeen belang heeft, niet zijnde van industriële of commerciële aard, blijft de instelling een publiekrechtelijke instelling. Tot slot wijzen wij op de definities met betrekking tot de nieuwe begrippen 'dynamisch aankoopstelsel' en 'aankoopcentrale' (artikel 1 onder o en s).

### **Uitsluitingsgronden**

De belangrijkste wijziging met betrekking tot de uitsluitingsgronden waarop een aanbesteder een gegadigde of inschrijver kan uitsluiten ziet op de verplichting deze toe te passen. De uitsluitingsgronden in de oude richtlijnen waren alle facultatief toepasbaar: een gegadigde of inschrijver *kon* worden uitgesloten. In de Algemene Richtlijn zijn alleen de uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 3 (artikel 45 lid 3 Bao) optioneel toepasbaar. Ingeval een uitsluitingsgrond in de zin van artikel 45 lid 1 Algemene Richtlijn (artikel 45 lid 1 Bao) van toepassing is, *moet* de aanbesteder, die op de hoogte is van een overeenkomstig het nationale recht uitgesproken onherroepelijk vonnis, de betreffende gegadigde of inschrijver uitsluiten van de aanbesteding.

Gronden voor uitsluiting van een aanbestedingsprocedure zijn deelneming aan criminele organisaties (artikel 140 WvSr), omkoping van ambtenaren (artikelen 177 en 177a WvSr), valsheid in geschrifte, valse opgave van authentieke akte en verstrekking onjuiste gegevens (artikelen 225, 227, 227a en 227b WvSr), valselijk aanwenden van een subsidie van de EG (artikel 323a WvSr), steekpenningen (artikel 328ter, lid 2 WvSr), heling (artikelen 416, 417, 417bis WvSr) en witwassen (artikelen 420bis, 420ter of 420quater WvSr).

Om dwingende redenen van algemeen belang *kan* de aanbesteder op de voet van artikel 45 lid 2 Bao afwijken van de verplichte uitsluiting. Als voorbeeld noemt de Nota van Toelichting (p. 41) een onderneming die ooit is veroordeeld wegens omkoping, maar in de jaren volgend op die veroordeling aantoonbaar maatregelen heeft genomen om herhaling van strafbare gedragingen door werknemers of door de onderneming te voorkomen en op die ene veroordeling geen andere veroordelingen zijn gevolgd.

Op grond van artikel 43 lid 3 kan een aanbestedder een gegadigde of inschrijver uitsluiten wegens het verkeren in dan wel aanvragen van faillissement of liquidatie of tegen wie een surseance van betaling of een akkoord geldt dan wel aanhangig is gemaakt. Bovendien kan een aanbestedder een gegadigde of inschrijver uitsluiten, 'wegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels'. Ook kan een gegadigde of inschrijver, die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn sociale zekerheidsbijdragen dan wel belastingen en die zich in ernstige mate heeft schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen die op basis van artikelen 45 tot en met 53 Bao kunnen worden verlangd (of die inlichtingen niet hebben verstrekt) door de aanbestedder worden uitgesloten.

Blijkens de Nota van Toelichting houdt artikel 45 geen verplichting voor de aanbestedende dienst in om onderzoek te doen naar de omstandigheden van de inschrijver of gegadigde en het al dan niet aanwezig zijn van uitsluitingsgronden. Voor de aanbestedende dienst en van de Staat geldt op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiten bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren (Stcrt. 2004, nr. 40, p. 15 en Stcrt. 2005, nr. 215, p. 20) wél een plicht om onderzoek te doen naar de integriteit van gegadigden of inschrijvers. Deze plicht geldt dan met betrekking tot Europese opdrachten in de sectoren bouw, milieu en informatie- en communicatietechnologie, die de drempelwaarden overstijgen (artikel 7 Bao). In het kader van de algemene (Europese) beginselen van proportionaliteit en non-discriminatie, dient de (duur van) de uitsluiting in verhouding te staan tot de ernst van de gedraging. De (duur van) de uitsluiting moet eveneens in verhouding tot de omvang van de overheidsopdracht staan.

Ook is een wijziging opgetreden wat betreft het aantal uitsluitingsgronden ten aanzien waarvan een bewijsstuk is vereist. Het Bao noemde slechts stukken ten aanzien van de in de oude richtlijnen genoemde uitsluitingsgronden onder a), b), e) en f) faillissement is aangevraagd, aanhangig zijn gemaakt van vereffening of surséance van betaling of akkoord, betaling van de sociale-zekerheidsbijdragen, betaling van zijn belastingen). Het Bao wijst in artikel 46 lid 1 tot en met 4 bewijsstukken aan ten aanzien van alle in artikel 45 lid 1 en 3 van het Bao genoemde uitsluitingsgronden uitgezonderd de in artikel 45 lid 3 onder g) Bao vermelde uitsluitingsgrond inzake valse verklaringen. Als bewijs dat de uitsluitingsgronden in artikel 45 lid 1 en 3 onder c niet op hem van toepassing zijn, kan de gegadigde of inschrijver een verklaring omtrent gedrag indienen. Een gegadigde of inschrijver, die geen verklaring van goed gedrag krijgt van COVOG, mag niet zonder meer worden uitgesloten. Aangezien de weigering kan plaatsvinden op andere gronden dan de uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 1 en 3, moet de aanbestedder in een dergelijk geval nader onderzoek verrichten.

De wetgever heeft een functionele benadering van de toerekening van frauduleuze handelingen gekozen en in de toelichting aangegeven dat het in de praktijk dan met name zal gaan om onregelmatig handelen door een natuurlijk persoon in dienst van (en handelend namens) een onderneming, dat wordt toegerekend aan die onderneming en vervolgens leidt tot uitsluiting van die onderneming. Eenzelfde functionele toerekening van frauduleuze handelingen zal plaatsvinden wanneer de gegadigde of inschrijver uit meerdere deelnemers bestaat, er sprake is van moeder- of dochterbedrijven, van rechtsopvolging (fusie, splitsing e.d.), of van nevenaanneming. Interessant genoeg, bepaalt de wetgever dat ingeval een gegadigde of inschrijver voor de uitvoering van de opdracht zich beroept op een derde, de integriteit van die derde in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van de integriteit van de gegadigde of inschrijver. In ieder geval kan de aanbestedder in zijn aanbestedingsdocumenten zich het recht voorbehouden om op grond van fraude een onderaannemer niet te accepteren.

### **Elektronische middelen**

Sinds de introductie van de Algemene Richtlijn is het een aanbestede toegestaan elektronische middelen te hanteren bij het aankondigen van een opdracht cq. toegankelijk maken van de aanbestedingsdocumenten. Sterker nog, deze ontwikkeling wordt aangemoedigd. Indien een aanbestede elektronische middelen inzet, verloopt een aanbestedingsprocedure sneller dan wanneer elektronische middelen niet worden gehanteerd. Dit geldt voor (niet-) openbare procedures, onderhandelingsprocedures en de concurrentiegerichte dialoog.

Ingeval een aanbestede de aankondiging via elektronische weg opstelt, wordt de termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen met zeven dagen verkort (artikel 38 lid 7 Bao). Indien de aanbestede de aanbestedingsstukken in elektronische vorm toegankelijk maakt, ontstaat vijf dagen termijnverkortung voor de ontvangst van de inschrijvingen (artikel 38 lid 8 Bao). In de aankondiging dient dan het internetadres dat toegang biedt tot deze documenten te worden vermeld. Cumulatief is bij een elektronische aanbesteding dus een totale korting van 12 dagen mogelijk op de termijn van 52 (openbare procedure) en 40 (niet-openbare procedure) dagen.

### **Sociale bepalingen**

De Algemene Richtlijn introduceert (op verzoek van het Europees Parlement, zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Algemene Richtlijn) een tweetal bepalingen waardoor een aanbestede bij een aanbestedingsprocedure bij de keuze voor een opdrachtnemer ook niet-economische overwegingen een rol kan laten spelen.

Zo is het een aanbestede op de voet van artikel 26 Bao toegestaan om sociale overwegingen te verbinden aan de uitvoering van een opdracht. Dit is slechts toegestaan indien (i) dergelijke voorwaarden verenigbaar zijn met het EG-Verdrag en (ii) deze voorwaarden in de aankondiging staan vermeld. In de praktijk komt het er op neer dat de voorwaarden niet discriminerend mogen werken.

De Nota van Toelichting licht toe dat deze voorwaarden met namen ten doel kunnen hebben de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen te bevorderen en de werkeloosheid te bestrijden. Een voorbeeld hiervan zou zijn de verplichting in een overeenkomst om voor de uitvoering van de opdracht langdurige werkelozen aan te werven of in opleidingsacties voor werkelozen of jongeren te voorzien (Nvt Bao, p 27).

Tot slot wijzen wij u in dat verband nog op het nieuwe artikel 19 Bao (vgl. ook: artikel 19 Algemene Richtlijn). Dit artikel bepaalt dat een aanbestede "de deelneming aan procedures voor de gunning van overheidsopdrachten kan voorbehouden aan sociale werkvoorzieningen als bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van het Besluit uitvoering sociale werkvoorziening en begeleid werken, indien de meerderheid van de bij de uitvoering van de betreffende overheidsopdracht betrokken werknemers personen met een handicap zijn, die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen".

De achtergrond van dit artikel is gelegen in het sociale belang van het voorzien van sociale werkvoorzieningen van voldoende activiteiten. Volgens de Europese wetgever is gebleken dat sociale werkvoorzieningen veelal een achterstand hebben bij het verwerven van opdrachten ten opzichte van bedrijven zonder arbeidsgehandicapte medewerkers (sub 26 considerans bij de Algemene Richtlijn en Nvt Bao, p. 23-24).

Lid 2 van artikel 19 Bao bepaalt dat een aanbesteder in de aankondiging vermeldt dat de overheidsopdracht is voorbehouden aan sociale werkvoorzieningen als bedoeld in het eerste lid. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Algemene Richtlijn dienaangaande blijkt dat de opdrachten, die worden gereserveerd voor sociale werkplaatsen open moeten staan voor sociale werkplaatsen overal in de Europese Gemeenschap en niet in de praktijk mogen neerkomen op 'regionale of plaatselijke preferenties'. Deze achtergrond in combinatie met lid 2 van artikel 19 Bao veronderstelt dat naar alle waarschijnlijkheid een aanbesteder in een dergelijk geval openbaarheid dient te geven aan de aanbesteding en een aankondiging plaatst.

### **Rechtsbescherming**

Naar aanleiding van vaste Europese rechtspraak (vgl. onder meer het Alcatel-arrest & Commissie/Oostenrijk) heeft de wetgever in artikel 55 Bao een voorziening opgenomen ter implementatie van kort gezegd, de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen. Op de voet van artikel 1 lid 1 van deze richtlijnen kan iedere inschrijver tegen de door de aanbesteder genomen besluiten beroep instellen. In deze uitspraken heeft het Europees hof geoordeeld dat aan deze vereisten wordt voldaan wanneer is gegarandeerd dat de belanghebbende gedurende een redelijke periode een gunningsbesluit in rechte kan aanvechten. Het Europees Hof en in navolging hiervan de Europese Commissie hebben aangegeven een termijn van 15 dagen in beginsel voldoende te achten.

Artikel 55 lid 2 bepaalt in het verlengde hiervan dat een aanbesteder geen overeenkomst mag aangaan op basis van een gunningsbeslissing voordat 15 dagen zijn verstreken na mededeling van deze beslissing. Aanbesteders dienen derhalve een 'standstill'- termijn van ten minste 15 dagen in acht te nemen waarbinnen de aanbesteder niet over mag gaan tot het sluiten van een overeenkomst. Volgens de Nvt is de termijn van 15 dagen voldoende om een voorziening te vragen bij burgerlijk rechter. In tegenstelling tot het ARW 2004 en het ARW 2005 bepaalt artikel 55 Bao niet uitdrukkelijk dat het vonnis moet worden afgewacht voordat tot gunning van de opdracht mag worden overgegaan.

Interessant genoeg, is in het Bao geen regeling opgenomen met betrekking tot tussentijdse rechtsbescherming, bijv. ingeval van een selectiebesluit in een niet-openbare procedure. Jurisprudentie wijst echter in dit verband uit dat een voor beroep vatbaar besluit in de zin van artikel 1 lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn elke handeling van een aanbesteder omvat, die is vastgelegd in verband met een overheidsopdracht en die rechtsgevolgen kan hebben, 'ongeacht of die handeling is vastgelegd buiten een formele gunningsprocedure om' (arresten Grossmann Air en Stadt Halle). Dit impliceert dat ingeval bijv. een gegadigde na selectie afvalt, deze hiertegen op basis van het Europees recht gerechtigd is bezwaar te maken.

Hélène Stergiou  
Maarten van Rijn