

LANDSVERORDENING tot wijziging van de Aanbestedingsverordening in verband met de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de nieuwe aanbestedingsregels

MEMORIE VAN TOELICHTING

no.3

Algemeen

1. Inleiding

De Aanbestedingsverordening (AV) is in juni 2019 bekrachtigd en bevat de kaders van de nieuwe regels en procedures bij het aanbesteden van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Voor de inwerkingtreding van deze landsverordening is een groot aantal uitvoeringsregels vereist. Bij het opstellen hiervan is gebleken dat de AV in het kader van haar uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid op enkele belangrijke punten aanpassing behoeft. Het onderhavige ontwerp strekt primair tot het aanbrengen van deze wenselijk geachte wijzigingen. Daarnaast wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om een aantal redactionele en wetstechnische verbeteringen aan te brengen.

Opschortende termijn

De eerste wijziging betreft de regeling van de opschortende termijn. Artikel 18 van de AV bepaalt dat de verantwoordelijke minister (= de Minister) een met een gunningsbeslissing beoogde overeenkomst niet eerder mag sluiten dan nadat ten minste dertig dagen zijn verstreken vanaf de dag van bekendmaking van de voorgenomen gunning in het kader van een openbare of een onderhandse aanbesteding. De opschortende termijn stelt afgewezen inschrijvers in de gelegenheid om een voorziening bij voorraad te verzoeken, indien de opdracht naar hun mening ten onrechte niet aan hen is gegund. De gunning van een opdracht in het kader van een aanbesteding verloopt in twee stappen, een voorlopige en een definitieve gunning. Een afgewezen inschrijver van een aanbestedingsprocedure kan binnen een redelijke termijn na verzending van de voorgenomen gunningsbeslissing door de aanbestedende dienst beroep instellen bij de civiele rechter tegen deze beslissing. Dit volgt uit het Alcatel-arrest (HvJ EG, zaak C-81/98, 1999). Op grond van latere jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, namelijk het Universale Bau-arrest (HvJ EG, zaak C-470/99, 2002) is deze redelijke termijn bepaald op ten minste 15 kalenderdagen. De aanbestedende dienst dient aldus een termijn van minimaal 15 kalenderdagen in acht te nemen tussen het bekendmaken van de voorgenomen gunning en de definitieve gunning. Tijdens deze termijn mag geen overeenkomst worden gesloten, pas na het verstrijken van deze termijn kan de aanbestedder definitief gunnen.

De redelijkheid en proportionaliteit van de duur van de termijn om bezwaar te maken tegen een gunningsbeslissing is afhankelijk van verschillende omstandigheden. Als referentie wordt vermeld dat de opschortende termijn in Nederland, waar zowel de geldsomvang als de complexiteit van overheidsopdrachten veel groter is dan in Aruba, met de invoering van de Aanbestedingswet 2012, is vastgesteld op 20 kalenderdagen. Ook het gunningscriterium speelt een belangrijke rol

bij het bepalen van een redelijke opschortende termijn voor zowel de aanbestedder als de inschrijver. In Nederland wordt – in tegenstelling tot Aruba – vaker het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving “EMVI” gehanteerd, terwijl in Aruba het gunningscriterium van de “laagste prijs” meestal wordt gehanteerd. Als de economisch meest voordelige inschrijving wordt vastgesteld op basis van de ‘beste prijs-kwaliteitverhouding’, kan het maken van bezwaar meer tijd kosten dan wanneer ‘de laagste prijs’ het gunningscriterium is. De betrokken inschrijvers moeten immers in de gunningsbeslissing alle relevante informatie ontvangen om een doeltreffend beroep in te kunnen stellen. Denk hierbij aan eindscores van de afgewezen inschrijvers en winnaar, een motivering bij de toegekende waarderingen en een nauwkeurige beschrijving van de bezwaartermijn.

In het huidige artikel 18 van de AV is bepaald dat de opschortende termijn tenminste dertig kalenderdagen is. Bij nader inzien wordt een termijn van dertig kalenderdagen om bovengemelde redenen te lang en als onredelijk beschouwd en is het wenselijk om de minimale termijn van vijftien kalenderdagen te hanteren. In de rechtspraak is aldus bepaald dat een termijn van minstens vijftien kalenderdagen na het bekendmaken van de voorlopige gunningsbeslissing in het algemeen voldoende en redelijk moet worden geacht om de gunningsbeslissing te onderzoeken en te beoordelen of inschrijvers beroep willen instellen tegen de beslissing. Daarbij is ook aansluiting gezocht bij de Curaçaose opschortende termijn van vijftien kalenderdagen¹. Tot slot is de termijn verkort om ook tegemoet te komen aan het belang van de aanbestedder bij het snel verkrijgen van zekerheid over de voortgang van de procedure en over de budgettaire afdekking.

Mislukte aanbestedingen

Voorts is het wenselijk de regeling van de voortijdige beëindiging van een aanbesteding aan te passen. Het huidige artikel 17 schrijft voor dat een aanbesteding voortijdig wordt beëindigd, indien er geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend of indien alle ingediende inschrijvingen de geraamde kosten van de aanbestedder overschrijden. Indien de aanbestedder het project nog wil laten uitvoeren, kan hij daarvoor een nieuwe aanbesteding houden of het project uit de hand gunnen. Het wordt bij nader inzien onwenselijk geacht om te bepalen dat voor eenzelfde project een geheel nieuwe aanbesteding moet worden opgestart, indien de aanbestedder buiten zijn toedoen geen of geen geschikte inschrijvingen heeft ontvangen op grond waarvan een project kan worden gegund. Hierbij is het van belang rekening te houden met het feit dat een aanbesteding voor zowel de aanbestedder als de deelnemende ondernemers veel tijd vergt en geld kost. In de Arubaanse praktijk komt het verder regelmatig voor dat de prijs van de laagste inschrijving hoger is dan de door de aanbestedder geraamde kosten en het beschikbare budget. Dit heeft verschillende oorzaken en is afhankelijk van de marktsituatie op het specifieke moment van de aanbesteding. Bij een openbare of onderhandse aanbesteding staan de huidige aanbestedingsregels in de weg om met de betrokken ondernemer te onderhandelen om de prijs te verlagen, zodat het project toch kan worden gegund.

In Nederland is de problematiek van mislukte aanbestedingen ondervangen door de introductie van de mededingingsprocedure met onderhandeling en de onderhandelingsprocedure zonder

¹ Artikel 40, tweede lid, van het Landsbesluit aanbestedingsregels.

voorafgaande aankondiging. Het is wenselijk om ook in de AV de mogelijkheid op te nemen om in het geval van mislukte aanbestedingen een onderhandelingsprocedure toe te passen. In de artikelsgewijze toelichting zal nader hierop worden ingegaan.

Financiële paragraaf

Aan de invoering van deze landsverordening zijn geen financiële gevolgen verbonden voor de begroting van het Land.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel I

Onderdeel A

De invoering van de onderhandelingsprocedure in de AV vergt de toevoeging van een nieuwe begripsbepaling in artikel 1. Onderdeel A strekt daartoe. Daarnaast wordt het bij nader inzien wenselijk geacht om de begrippen “aanbesteder”, “aanbesteding”, “aanbestedingsstukken” en “dag” – die thans in het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit (AB) zijn opgenomen – in de AV zelf te omschrijven.

“aanbesteder”

Een aanbesteder is degene die namens het Land een aanbesteding houdt of een project uit de hand gunt. Een aanbesteding is gericht op de totstandkoming van een overeenkomst. Alle besluiten die in dat kader worden genomen, zijn derhalve besluiten die strekken tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Op grond van artikel 22 CV 1989 is daartoe de daarbij betrokken minister bevoegd of degene die krachtens algemene of bijzondere volmacht namens hem handelt, tenzij bij of krachtens landsverordening anders is bepaald. Om te voorkomen dat de indruk wordt gewekt dat alle handelingen in het kader van een aanbesteding of een gunning uit de hand alleen door de verantwoordelijke minister zelf moeten of kunnen worden verricht, wordt het bij nader inzien wenselijk geacht om het in de AV en het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit te hebben over de “aanbesteder”, waaronder dus valt de verantwoordelijke minister zelf, maar ook de door hem gemachtigde of gemandateerde persoon. De wijzigingen in onderdeel A, ten 2°, en onderdeel D houden met het vorenstaande verband. Intern zal dienen te worden gezorgd voor de nodige mandaat- of volmachtverlening aan de verschillende hoofden van dienst, diens waarnemers, of bij het bureau van de minister werkzame personeel dat belast is met het aanbesteden van overheidsprojecten.

Aandacht verdienen de leden twee tot en met zes van artikel 13 van de AV op grond waarvan het hoofd van dienst zelfstandig bevoegd is – zonder een bijzondere of algemene volmacht of mandaat – projecten met een financiële waarde van minder dan Afl. 25.000,- uit de hand te gunnen en de daarbij behorende overeenkomst te sluiten. Op grond van de CV 1989 was het hoofd van dienst daartoe enkel bevoegd als hij door de minister gemachtigd werd. Niettemin handelt het hoofd van dienst op grond van artikel 22, eerste lid, CV 1989 nog altijd namens de betrokken minister. Hij is daarom ook bij toepassing van artikel 13, tweede lid, aanbesteder in de zin van de AV en het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit.

“aanbesteding”

In de memorie van toelichting bij de AV wordt vermeld dat een aanbesteding kan worden gedefinieerd als de procedure waarbij een opdracht voor een werk, een levering of een dienst aan een ondernemer wordt gegund na vergelijking van de ontvangen inschrijvingen ofwel de offertes. Het is echter wenselijk om het begrip “aanbesteding” in de tekst zelf van de AV te definiëren. Een aanbesteding betreft de hele procedure die ten aanzien van de openbare aanbesteding aanvangt op het moment waarop de Minister zijn voornemen om een project aan te besteden, bekend maakt, en eindigt op het moment waarop het project aan de begunstigde ondernemer wordt gegund. Een onderhandse aanbesteding vangt aan op het moment dat de uitnodiging voor het doen van een inschrijving naar de geselecteerde ondernemers wordt verstuurd en eindigt op het moment waarop het project aan de begunstigde ondernemer wordt gegund. Zowel een openbare als een onderhandse aanbesteding eindigt ook op het moment wanneer de aanbesteder besluit om niet te gunnen en geen overeenkomst te sluiten.

“aanbestedingsstukken”

De aanbestedingsstukken zijn alle documenten die door de aanbesteder zijn opgesteld en in de procedure zijn ingebracht, zoals de bekendmaking en het daarbij behorende bestek, de eventuele rectificatie daarvan, de uitnodiging tot het doen van een inschrijving, nota's van inlichtingen, de verschillende processen-verbaal en de gunningsbeslissing. Onder omstandigheden, en afhankelijk van de procedure, kan ook (digitale) correspondentie worden aangemerkt als een aanbestedingsstuk als daarin door de aanbesteder mededelingen over de aanbestedingsprocedure worden gedaan. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de aanbesteder ook bij het gebruik van digitale communicatie(middelen) de aanbestedingsbeginselen in acht moet nemen.

“dag”

Termijnen zijn van essentieel belang voor de procedure van een aanbesteding en gunning uit de hand, aangezien zowel de aanbesteder als de inschrijver zich strikt moet houden aan de geldige termijnen voor een geslaagde aanbesteding of gunning uit de hand. Deze bepaling geeft aan dat alle in dit ontwerp of een in daarop berustende bepalingen gestelde termijn zijn uitgedrukt in kalenderdagen. Voor de berekening van de termijnen dient dus uit te gaan van kalenderdagen (en geen werkdagen).

“onderhandelingsprocedure”

De onderhandelingsprocedure is de procedure waarbij de aanbesteder met een beperkt aantal door hem geselecteerde ondernemers onderhandelingen voert en op grond daarvan de voorwaarden van het project (eventueel opnieuw) vaststelt om te komen tot de beste inschrijving die aansluit op de behoeften van de aanbesteder. Uit de omschrijving van het begrip volgt dat een onderhandelingsprocedure alleen kan worden toegepast in het geval dat bij de toepassing van een voorafgaande (openbare of onderhandse) aanbesteding uitsluitend ongeschikte inschrijvingen zijn ingediend. De onderhandelingsprocedure is daarmee dus een vervolgpprocedure op een mislukte aanbesteding (zie ook de toelichting op onderdeel H). Hierbij zijn de volgende elementen van belang:

1. er zijn bij de toepassing van een voorafgaande openbare of onderhandse aanbesteding uitsluitend ongeschikte inschrijvingen ingediend;
2. waardoor er niet tot gunning van het project kon worden overgegaan;
3. de aanbesteder nodigt een beperkt aantal door hem geselecteerde ondernemers uit om een nieuwe inschrijving in te dienen;
4. en onderhandelt met de geselecteerde ondernemers die een nieuwe inschrijving hebben ingediend.

Onderdeel B

Voor wat betreft de termijnen en de algemeen erkende feestdagen (in Aruba) is aansluiting gezocht bij de Algemene termijnenverordening. Het wordt wenselijk geacht om deze bepaling expliciet op te nemen in het ontwerp. Ter waarborging van het gelijkheidsbeginsel voor alle inschrijvers en met het oog op het transparantiebeginsel dienen deze termijnen immers voor eenieder bekend te zijn. Van belang voor een aanbesteding of gunning uit de hand is wanneer een termijn aanvangt en eindigt. Zoals reeds eerder vermeld gaat het ontwerp uit van kalenderdagen (artikel 1 AV) zodat algemeen erkende feestdagen, zater - en zondagen of een andere bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, als zodanig aangewezen dag, in de termijnen zijn inbegrepen. Als de laatste dag van een termijn echter valt op een van de algemeen erkende feestdagen, zater - of zondag of een andere bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, als zodanig aangewezen dag, loopt de betreffende termijn af op de daaropvolgende werkdag om 24.00 uur (Arubaanse tijd).

Onderdeel C

Het wordt wenselijk geacht ook arbeidsovereenkomsten uit te sluiten van de reikwijdte van de AV. Bij een arbeidsovereenkomst wordt namelijk arbeid verricht waarvoor in principe een aanbesteding zou moeten worden gehouden. Echter, bij een arbeidsovereenkomst bestaat een bepaalde vertrouwensrelatie met de (toekomstige) werknemer, waardoor het niet wenselijk wordt geacht een aanbesteding te houden voor het in dienst nemen van personeel. Dat zou een onwerkbaar situatie opleveren. Om diezelfde reden kan ten behoeve van het verrichten van diensten worden afgeweken van het houden van een aanbesteding (art. 16, eerste lid, onderdeel b, AV). In lijn hiermee strekt onderdeel C tot het uitsluiten van arbeidsovereenkomsten van de toepasselijkheid van de AV. Het nieuwe onderdeel k heeft betrekking op alle overeenkomsten waarmee de overheid natuurlijke personen in dienst neemt om zelf diensten te verrichten en waardoor een arbeidsverhouding ontstaat in het kader waarvan die personen gedurende een bepaalde tijd voor die overheidsinstantie en onder diens gezag prestaties leveren en als tegenprestatie een beloning ontvangen (HvJ EU 25 oktober 2018, C-260/17 (Anodiki Services)). De wijze waarop die personen in dienst zijn genomen is voor de definitie van het begrip arbeidsovereenkomst niet relevant en kan bijvoorbeeld bestaan uit louter objectieve criteria.

Onderdeel D

Dit onderdeel betreft een redactionele aanpassing als gevolg van het definiëren van het begrip "aangebesteder".

Onderdeel E

Indien de betrokken Minister beslist dat een project wordt aanbesteed, geeft hij aan het betrokken hoofd van dienst schriftelijk opdracht tot het houden van een aanbesteding. Met schriftelijk wordt in het onderhavige ontwerp verstaan een document dat kan worden gelezen, gereproduceerd en vervolgens medegedeeld, daaronder begrepen met elektronische middelen overgebrachte of opgeslagen informatie, zoals een e-mail. Met het woord schriftelijk wordt dus benadrukt dat de opdracht aan het betrokken hoofd van dienst traceerbaar moet zijn. Een mondelinge opdracht voldoet derhalve niet aan voornoemde bepaling.

Onderdeel F

Het is wenselijk in het ontwerp ook te voorzien in de mogelijkheid om van de aanbestedingsprocedures af te wijken indien het aannemelijk is dat er op de Arubaanse markt maar een leverancier is die een bepaald project kan uitvoeren (onderdeel ten 1°). Dit moet uiteraard worden onderbouwd dan wel aangetoond. Zo is het bekend dat er maar één bedrijf is in Aruba die gespecialiseerd is in het installeren en onderhouden van liften. In een dergelijk geval is het niet doelmatig een onderhandse of openbare aanbesteding te houden.

De wijziging in onderdeel ten 2° houdt verband met de in het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit opgenomen wijze van bekendmaking van een openbare aanbesteding. Besloten is om af te stappen van de huidige bekendmaking in de Landscourant van Aruba en over te gaan op bekendmaking op de algemene website van het Land. Het is dus wenselijk om de ministeriële beschikking, bevattende de motivering om af te wijken van een openbare of onderhandse aanbesteding, op de algemene website van de overheid bekend te maken. Daarbij is het eveneens wenselijk dat de publicatie binnen een bepaalde termijn plaatsvindt.

Onderdeel G

Dit onderdeel voorziet in een redactionele verbetering van de tekst van de AV.

Onderdeel H

Dit onderdeel omvat een van de belangrijkste wijzigingen van de AV. In aanvulling op hetgeen in het algemene deel van deze memorie van toelichting is vermeld, wordt het volgende opgemerkt. Aanbestedingen dienen plaats te vinden op grond van het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het onderhandelen met ondernemers strookt niet met deze beginselen en is daarom in principe verboden. Om praktische redenen is het in bijzondere gevallen echter wenselijk om in het (financieel) belang van het Land onder nader te stellen voorwaarden met ondernemers te onderhandelen om te komen tot de beste c.q. meest gepaste inschrijving. Ook de Nederlandse wetgever heeft met deze situatie rekening gehouden in de Aanbestedingswet 2012 (AW 2012), waarin wordt geregeld dat na een mislukte aanbesteding kan worden overgestapt op een mededingingsprocedure met onderhandeling of een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging van de opdracht. Hierdoor wordt het mogelijk om de prijs binnen de beschikbare middelen te krijgen. Twee cruciale punten hierbij zijn dat er sprake moet zijn van een zorgvuldige raming van de aanbesteder – die vooraf is gemaakt en vaststaat – en dat de oorspronkelijke voorwaarden van het project niet wezenlijk worden gewijzigd. De onderhandelingen mogen dus niet leiden tot een geheel ander project.

Mislukte aanbesteding in de AW 2012

Op grond van de AW 2012 is er sprake van een mislukte aanbesteding indien er *geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend* of indien *uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen* zijn ingediend. In deze gevallen kan de mededingingsprocedure met onderhandeling worden toegepast onderscheidenlijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging. De mededingingsprocedure met onderhandeling en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging kunnen in Nederland echter ook in andere gevallen worden toegepast. De keuze van de te volgen vervolgpcedure in Nederland hangt dus af van de omstandigheden van het geval. Bovendien hebben beide procedures eigen specifieke voorwaarden. Zo kan een mededingingsprocedure met onderhandeling ook worden toegepast bij opdrachten die betrekking hebben op onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen of bij opdrachten die 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 kunnen worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen. Onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande aankondiging kunnen daarnaast ook worden toegepast indien sprake is van een overheidsopdracht die slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht of in het geval dat de reguliere aanbestedingsprocedures wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen.

Mislukte aanbesteding in de AV

De in de AW 2012 opgenomen onderhandelingsprocedures met hun bijbehorende vormen en voorwaarden zijn vrij complex. Het letterlijk overnemen hiervan zou het Arubaanse aanbestedingsrecht bijgevolg onnodig compliceren. Bovendien zijn in de artikelen 3 en 16 van de AV reeds limitatief concrete gevallen opgesomd waarop de reguliere aanbestedingsprocedures niet van toepassing zijn onderscheidenlijk waarin van deze procedures kan worden afgeweken, en een project dus uit de hand kan worden gegund. Met het oog op simpliciteit zal in de AV daarom enkel sprake zijn van een mislukte aanbesteding indien er *geen enkele inschrijving* is ingediend en indien er *uitsluitend ongeschikte inschrijvingen* zijn ingediend.

Geen inschrijving ingediend = gunning uit de hand (art. 17, eerste lid, AV)

Indien een aanbesteder bij de toepassing van een voorafgaande openbare of onderhandse aanbesteding geen enkele inschrijvingen heeft ontvangen, is het gerechtvaardigd te bepalen dat hij het project uit de hand mag gunnen. Hij mag de voorafgaande aanbesteding alsdan beëindigen en vervolgens een ondernemer uitnodigen om een inschrijving in te dienen en daarmee in onderhandeling treden om te komen tot de beste prijs voor het project. Bij een gunning uit de hand is het namelijk toegestaan om te onderhandelen mits het project niet wezenlijk wordt gewijzigd.

In de praktijk zal het niet vaak voorkomen dat een aanbesteder geen enkele inschrijving ontvangt. Het is dan ook de verwachting dat het uit de hand gunnen van projecten boven de Afl. 25.000,- naast de gevallen genoemd in artikel 16, eerste lid, AV in zeer uitzonderlijke gevallen zal plaatsvinden. Het verschil met een "reguliere" gunning uit de hand op grond van artikel 13 AV onderscheidenlijk artikel 16, eerste lid, AV is gelegen in het feit dat een gunning uit de hand op

grond van artikel 17, eerste lid, AV alleen kan worden toegepast *nadat* een openbare of een onderhandse aanbesteding heeft plaatsgevonden en is mislukt.

Bij een gunning uit de hand zijn er minimale procedurevoorschriften, geen mededinging en dus minder transparantie. Daarom en gelet op de financiële consequenties voor het Land is het wenselijk dat de aanbesteder zijn beslissing om het project in voorkomende gevallen uit de hand te gunnen in een ministeriële beschikking neerlegt en deze beschikking publiceert. Er wordt hiermee aansluiting gezocht bij de procedure van artikel 16, derde en vierde lid, AV.

Uitsluitend ongeschikte inschrijvingen ingediend = onderhandelingsprocedure (art. 17, tweede lid, AV)

In het geval dat de aanbesteder wel inschrijvingen ontvangt, maar deze geen van allen (volledig) aansluiten op zijn wensen en dus allemaal ongeschikt zijn, mag de aanbesteder de voorafgaande aanbesteding beëindigen en overstappen op een onderhandelingsprocedure met een beperkt aantal ondernemers. Dit komt niet alleen de mededinging ten goede, maar vergroot ook de kans op de beste prijs binnen het budget voor een project, hetgeen in het (financieel) belang is van het Land. Door middel van onderhandelingsprocedures worden (serieuze) ondernemers, waarvan de inschrijvingen op onderdelen niet aan de gestelde facultatieve eisen voldoen, als het ware een tweede kans gegund om toch in aanmerking te kunnen komen voor het project.

Dat een onderhandelingsprocedure mag worden toegepast indien uitsluitend ongeschikte inschrijvingen zijn ingediend, wil zeggen dat indien er ten minste één inschrijving is ontvangen op basis waarvan tot gunning overgegaan zou kunnen worden (mits begroot), die inschrijving niet gepasseerd mag worden door over te stappen op een onderhandelingsprocedure.

Uit de omschrijving van de onderhandelingsprocedure (art. 1) blijkt voorts dat de aanbesteder verplicht is een beperkt aantal ondernemers uit te nodigen om een nieuwe inschrijving in te dienen. Dat wil zeggen dat een onderhandelingsprocedure alleen kan plaatsvinden indien ten minste twee ondernemers zijn uitgenodigd. Het is dus niet toegestaan om met één ondernemer, die bijvoorbeeld de laagste inschrijving heeft ingediend, te onderhandelen.

Dat ondernemers worden uitgenodigd om een inschrijving in te dienen, impliceert ook dat een onderhandelingsprocedure niet wordt bekendgemaakt. Plaatsing op de algemene website van de overheid of in lokale dagbladen is dus niet vereist; ook niet indien aan de procedure een mislukte openbare aanbesteding is voorafgegaan, die wel bekend is gemaakt.

Het derde lid bepaalt wanneer sprake is van een ongeschikte inschrijving. De onderdelen a, b en e, spreken voor zich. De onderdelen c en d behoeven enige toelichting.

onderdeel c

Voordat een project wordt aanbesteed, dienen de kosten daarvan tijdig en nauwkeurig te worden geraamd door de aanbesteder, rekening houdend met de marktontwikkelingen en mogelijke externe factoren. Dit voorkomt dat de raming te laag wordt vastgesteld. Deze kosten dienen daarnaast te zijn begroot. Een minister is namelijk uitsluitend bevoegd om op naam en voor

rekening van het Land kosten te maken, indien hij daartoe is gemachtigd in de landsverordening tot vaststelling van de begroting van zijn ministerie voor het desbetreffende dienstjaar (art. 31, eerste lid, Comptabiliteitsverordening 1989). Hij is daarnaast verplicht een aanbesteding in ieder geval op te schorten zodra hem blijkt dat de benodigde middelen voor het voldoen aan de uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeiende kosten of investeringen niet volledig begroot zijn (art. 6, tweede lid, AV). De raming van de kosten kan worden gezien als een soort taakstellend "budget" van de minister voor een bepaald project. Als de uiteindelijke kosten daaronder blijven, kan het project worden gegund. Blijken de kosten hoger dan hetgeen is geraamd, dan moet worden nagegaan of er extra middelen zijn op de begroting van de desbetreffende minister om het project toch te gunnen. Het wordt namelijk als te rigide ervaren om te bepalen dat een project in alle gevallen moet worden beëindigd, en helemaal opnieuw moet worden aangevangen in het geval dat de kosten van een project door de ontvangen offertes (iets) hoger zijn dan de door de aanbesteder geraamde financiële kosten (huidig art. 17, tweede lid, AV). Deze bepaling zal het risico op mislukte aanbestedingen ongetwijfeld vergroten. Het is daarom wenselijk enige flexibiliteit en (financiële) beweegruimte in de procedure in te bouwen, in die zin dat de aanbesteder bij overschrijding van zijn raming binnen een bepaalde marge, mits begroot, kan overgaan tot het gunnen van een project. Onderdeel c van het nieuwe derde lid van artikel 17 voorziet in de nodige flexibiliteit. Hieruit vloeit voort dat:

- a. de aanbesteder een project kan gunnen indien de laagste inschrijving de geraamde kosten van het project met niet meer dan 20% overschrijdt, mits begroot, en
- b. de aanbesteder de onderhandelingsprocedure mag aangaan met alle inschrijvers die daarvoor in aanmerking komen, indien de laagste inschrijving de geraamde kosten van het project met meer dan 20% overschrijdt. Het doel is te onderhandelen om de eventueel nieuwe prijs te verlagen tot binnen de marge van 20%, mits begroot.

onderdeel d

In het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit worden regels gesteld over het buiten beschouwing laten van inschrijvingen. Dit kan in ieder geval plaatsvinden in het geval dat:

- op een inschrijver een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing is of dat de aanbesteder heeft besloten een aanbesteder op grond van een facultatieve uitsluitingsgrond van verdere deelname uit te sluiten,
- een inschrijving door een ondernemer is ingetrokken,
- een inschrijving niet voldoet aan de in de aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen (inzake economische en financiële draagkracht, technische en beroepsbekwaamheid en/of beroepsbevoegdheid),
- een inschrijving ongeldig is en waarvan het gebrek niet voor herstel in aanmerking komt of niet binnen de door de aanbesteder gestelde termijn is hersteld. Ingevolge het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit is een inschrijving ongeldig als:
 - o die niet voldoet aan de voorschriften van de AV, het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit en de eisen gesteld in de aanbestedingsstukken,
 - o die is gedaan op grond van een overeenkomst, besluit of gedraging welke in strijd is met de Mededingingsverordening, en
 - o daaraan voorwaarden zijn verbonden.

Voor de toepassing van onderdeel d is dus van belang dat de inschrijving in voornoemde scenario's als ongeschikt wordt aangemerkt voor de vraag of een onderhandelingsprocedure mag worden toegepast.

Het vierde lid stelt tot slot beperkingen aan de keus van de aanbesteder ten aanzien van uit te nodigen ondernemers. Ten aanzien van onderdeel a in het vierde lid (uitsluiting van ondernemers vanwege het bestaan van een verplichte uitsluitingsgrond) wordt het volgende opgemerkt. Inschrijvers waarop een verplichte uitsluitingsgrond rust, moeten van (verdere) deelname aan een aanbesteding worden uitgesloten. Bij facultatieve uitsluitingsgronden is dat niet het geval. Derhalve is het de aanbesteder dan ook toegestaan om een inschrijver waarop in de voorafgaande aanbestedingsprocedure een facultatieve uitsluitingsgrond rustte (en misschien ook voor de onderhandelingsprocedure) toch uit te nodigen. Dat hangt samen met de facultatieve aard van de uitsluitingsgrond, die wellicht – naar het oordeel van de aanbesteder – minder zwaar weegt dan zijn belang om het project te laten doorgaan. In de regel zal een aanbesteder bij een onderhandelingsprocedure alleen ondernemers uitnodigen die in de voorfase goede inschrijvingen hebben ingediend, maar waarvan de aangeboden prijs bijvoorbeeld te hoog was, of waarvan de inschrijving op een of meer onderdelen niet aansloot op de gestelde eisen. Indien de aanbesteder echter nieuwe inschrijvingen wenst te ontvangen of ondernemers wenst toe te laten die in eerste instantie bijvoorbeeld niet aan de geschiktheidseisen inzake economische en financiële draagkracht, technische- en beroepsbekwaamheid of beroepsbevoegdheid voldeden, of het project (wezenlijk) wenst te wijzigen, moet hij een nieuwe aanbesteding houden.

Verbod wezenlijke wijziging van het project

Eerder is vermeld dat een voorwaarde voor het mogen toepassen van een onderhandelingsprocedure is dat het project niet wezenlijk wordt gewijzigd. Het project dat voorwerp was van de mislukte aanbesteding, dient dus hetzelfde te zijn als het voorwerp van de vervolgprocedure. Een wijziging van een project is wezenlijk indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van het oorspronkelijke project. Het schrappen van een deel van het project of het aanzienlijk verlagen van de gevraagde kwaliteit om minder te hoeven betalen, kan afhankelijk van de situatie betekenen dat het project wezenlijk wordt gewijzigd. Het gevolg daarvan is dat de onderhandelingsprocedure niet mag worden toegepast. Als een project wezenlijk wordt gewijzigd tijdens de onderhandelingsfase, dan is de aanbesteder verplicht om de procedure te beëindigen en het project opnieuw aan te besteden. De wezenlijke wijziging werkt in die zin beperkend. Materiële wijzigingen zien in het bijzonder op de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen. Hierbij kan ten eerste worden gedacht aan de situatie waarbij de wijziging voorziet in voorwaarden die – hadden zij deel uitgemaakt van de oorspronkelijke aanbesteding – de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken. Voorts verschilt het gewijzigde project materieel van het oorspronkelijke als de wijziging het economische evenwicht van het project ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in

het oorspronkelijke project of als de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht (hetgeen ook met zich kan meebrengen dat de aard van de opdracht wijzigt).

Tot slot kan gedacht worden aan de situatie dat een nieuwe opdrachtnemer in de plaats komt van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst het project oorspronkelijk had gegund. Met een aanbestedingsprocedure beoogt een aanbesteder namelijk de meest geschikte partij voor een specifieke opdracht te vinden. De identiteit van de contractpartij is dan ook vaak nauw verbonden met de gunning van het project. Daarom geldt als uitgangspunt dat de vervanging van een opdrachtnemer in beginsel kwalificeert als een wezenlijke wijziging (HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*), r.o. 40). Dit is alleen anders in het geval van rechtsopvolging in de positie van de oorspronkelijke opdrachtnemer ten gevolge van herstructurering, waaronder door overname, fusie, acquisitie of insolventie. Teneinde de rechtszekerheid te bevorderen, kan de opdrachtnemer in dit soort gevallen bij wijze van uitzondering vervangen worden. Deze situatie onderscheidt zich van de situatie waarin de opdrachtnemer aan wie het project is gegund van onderaannemer wijzigt of – naderhand – de opdracht of delen daarvan aan een onderaannemer uitbesteedt. In uitzonderlijke gevallen kan deze wijziging als wezenlijk kwalificeren, met name wanneer de keuze voor die onderaannemer van doorslaggevend belang is geweest voor de gunning aan de opdrachtnemer (HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall AG*)).

Voorwerp van de onderhandeling

In verband met de voorgaande alinea is het dus van belang te weten waarover kan worden onderhandeld. Bij een onderhandelingsprocedure kan worden onderhandeld over alle aspecten van de voorwaarden van het project, met uitzondering van de gunningscriteria en de minimumeisen. De onderhandelingen moeten gericht zijn op verbetering van de inschrijvingen (waaronder de prijs en uitvoeringsaspecten), zodat de aanbesteder werken, leveringen en diensten kan inkopen die volledig aansluiten op zijn specifieke behoeften en passen binnen zijn budget. De onderhandelingen kunnen betrekking hebben op alle kenmerken van de gekochte werken, leveringen en diensten, zoals kwaliteit, hoeveelheid, commerciële clausules, alsook sociale, milieu en innovatieve aspecten.

Afsluiten voorafgaande aanbesteding

Alvorens over te stappen op een onderhandelingsprocedure dient de mislukte aanbesteding formeel te worden beëindigd. De aanbesteder dient dus eerst alle betrokken inschrijvers van zijn beslissing om de aanbesteding vroegtijdig te beëindigen in kennis te stellen conform de daarbij behorende procedures. Verwezen wordt naar de desbetreffende bepaling(en) van het (ontwerp-)AB en de toelichting daarop. Pas daarna is de weg vrij om de onderhandelingsprocedure te starten. Het is dus niet toegestaan om na een mislukte aanbesteding gelijk in onderhandeling te treden met een van de inschrijvers, bijvoorbeeld de laagste inschrijver.

Verkeerde raming gunning uit de hand

Ten aanzien van het oude derde lid van artikel 17 (dat is verwijderd door de herformulering van dit artikel) wordt tot slot het volgende opgemerkt. Uit een a contrario redenering van artikel 13, eerste lid, volgt dat een project waarvan de geraamde kosten Afl. 25.000,- of meer bedragen niet

uit de hand mag worden gegund, maar onderhands moet worden aanbesteed (art. 11, eerste lid, AV) of misschien zelfs openbaar (art. 10 AV). Het derde lid was strikt gezien dus overbodig. Ook het in de tweede volzin van het oude derde lid van artikel 17 opgenomen gevolg indien een offerte wordt ontvangen dat hoger is dan Afl. 25.000,- was niet juist. De aanbesteder heeft in een dergelijk geval namelijk meerdere opties. Hij mag ten eerste onderhandelen om de aangeboden prijs (trachten) te verlagen. Ten tweede mag de aanbesteder de ondernemer 'bedanken' en een andere ondernemer uitnodigen om een inschrijving in te dienen. Dit kan hij doen zolang hij dit wenselijk acht om een offerte te ontvangen die past binnen zijn raming, en zeer waarschijnlijk zijn beschikbaar budget. Pas als het na het voeren van onderhandelingen of het ontvangen van meerdere inschrijvingen duidelijk wordt dat de geraamde kosten niet reëel zijn, en de aanbesteder het project toch wil laten uitvoeren, zou hij moeten overgaan tot het opnieuw ramen van de kosten en een onderhandse of openbare aanbesteding houden.

Onderdeel I

Dit onderdeel voorziet in een redactionele verbetering van de tekst van de AV.

Onderdeel J

Zoals in het algemene deel van deze memorie van toelichting is opgemerkt, is het wenselijk de opschortende termijn aan te passen. Onderdeel J strekt daartoe. Uit het eerste lid volgt dat een opschortende termijn alleen in acht moet worden genomen als de aanbesteder na een aanbesteding een overeenkomst zal sluiten met de winnende ondernemer. Dit is dus niet nodig als na een mislukte aanbesteding (voortijdige beëindiging van de aanbesteding) wordt overgestapt op een onderhandelingsprocedure. Pas indien het project na het succesvol doorlopen van een onderhandelingsprocedure wordt gegund, dient de aanbesteder de opschortende termijn van vijftien kalenderdagen in acht te nemen voordat hij de met zijn gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit. Uit het eerste lid volgt voorts dat de opschortende termijn niet vereist is indien er slechts een inschrijver is en de aanbesteder voornemens is om het project te gunnen aan de enige inschrijver. In dat geval zijn er immers in de procedure geen andere inschrijvers die belang hebben bij het ontvangen van de mededeling van de gunningsbeslissing en bij het gebruikmaken van een opschortende termijn die een doeltreffend beroep mogelijk maakt. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de Curaçaose aanbestedingsregels (art 40 lid 3 Landsbesluit aanbestedingsregels) en bij de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 (art 2.127 lid 4 sub b AW 2012).

Het is tevens wenselijk gebleken om in de AV zelf de aanvang van de opschortende termijn te regelen en niet in het (ontwerp-)Aanbestedingsbesluit. Onderdeel ten 2° strekt daartoe. De termijn begint te lopen de dag na (elektronische) verzending van de gunningsbeslissing aan alle betrokken inschrijvers. Wordt door de aanbesteder verzuimd de mededeling aan alle betrokken inschrijvers te verzenden, dan begint de termijn niet te lopen, totdat dat verzuim is hersteld. Wanneer de termijn eindigt op een zaterdag, zondag of erkende feestdag of een andere bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, als zodanig aangewezen dag, loopt de betreffende termijn af op de daaropvolgende werkdag om 24.00 uur (Arubaanse tijd).

Onderdeel K

De bepalingen in de AV betreffende de gunningsbeslissing dienen te worden aangevuld met het voorgestelde artikel 18a, dat onderstreept dat door het enkel verzenden van de gunningsbeslissing nog geen overeenkomst tot stand komt. Ten overvloede zij hier ook vermeld dat het aflopen van de opschortende termijn die is gaan lopen na het verzenden van de gunningsbeslissing evenmin een aanvaarding van een aanbod inhoudt.

Onderdeel L

Dit onderdeel voorziet in een redactionele verbetering van de tekst van de AV.

Onderdeel M

De invoering van de onderhandelingsprocedure brengt met zich dat in het (ontwerp-)AB aanvullende uitvoeringsregels moeten worden opgenomen. Het betreft hier onder meer bepalingen betreffende de te nemen stappen bij deze procedure.

Onderdeel N

Dit onderdeel voorziet in een redactionele verbetering van de tekst van de AV door de wijziging in de Landsverordening voorkoming en bestrijding witwassen en terrorismefinanciering (LWTF) om het begrip “meldpunt ongebruikelijke transacties” (MOT) te vervangen door “de Financial Intelligence Unit Aruba” (afgekort: FIU-Aruba of FIU).

Artikel II

Nu de AV nog niet in werking is getreden, is het wenselijk dat de in dit ontwerp voorgestelde wijzigingen in werking treden op hetzelfde tijdstip als dat waarop de AV in werking zal treden. Dit laatste zal plaatsvinden bij landsbesluit.

De minister van Financiën en Cultuur,



De minister van Algemene Zaken, Innovatie, Overheidsorganisatie,
Infrastructuur en Ruimtelijke Ordening,

