

NOTA VAN TOELICHTING

Algemeen

1. Inleiding

In de Aanbestedingsverordening (hierna: AV) worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten worden aanbesteed. Zij vervangt daarmee de artikelen 25 en 26 van de Comptabiliteitsverordening 1989 (hierna: CV 1989). De AV beoogt een eenvormig wettelijk kader te bieden voor de basisprocedures die gevolgd moeten worden bij het houden van een openbare en een onderhandse aanbesteding. Anders dan de CV 1989 stelt de AV echter ook regels met betrekking tot de gunning uit de hand, hoewel dit strikt gezien niet wordt beschouwd als een aanbesteding, daar er geen offertevergelijking plaatsvindt. De gunning uit de hand is wel een van de manieren waarop de overheid kan inkopen en waarvan ook met regelmaat gebruik wordt gemaakt. Om die reden werd het wenselijk geacht om de gunning uit de hand ook in de AV op te nemen.

Ter uitvoering van de artikelen 25 en 26 van de CV 1989 zijn in het Landsbesluit openbare aanbestedingen (hierna: LOA) nadere regels vastgesteld. Dit landsbesluit bevat evenwel enkel regels ten aanzien van de openbare aanbesteding. Hoewel het oorspronkelijk de bedoeling was dat ook voor de onderhandse aanbesteding nadere uitvoeringsregels zouden worden vastgesteld, heeft dit nimmer plaatsgevonden. In de praktijk wordt aan de wijze waarop een overheidsproject onderhands wordt aanbesteed beleidsmatig invulling gegeven, hetgeen nogal van dienst tot dienst varieert. Het voorgaande geldt ook voor de gunning uit de hand.

Ook in de AV is in de artikelen 17a en 26 een delegatiegrondslag opgenomen om onderwerpen die zich naar hun technische, operationele en gedetailleerde aard niet lenen voor het niveau van landsverordening, te regelen bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen. Het onderhavige landsbesluit – waarvoor grotendeels aansluiting is gezocht bij de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 (hierna: AW 2012) en het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna: ARW 2016) en in mindere mate het Curaçaose Landsbesluit aanbestedingsregels – strekt daartoe. Anders dan het LOA bevat het landsbesluit evenwel uitvoeringsregels ten aanzien van de openbare en de onderhandse aanbesteding, alsmede met betrekking tot de gunning uit de hand. Bij de inwerkingtreding van de AV en het landsbesluit zullen de artikelen 25 en 26 CV 1989 en het LOA komen te vervallen.

In de praktijk wordt door een aantal overheidsdiensten naast of in de plaats van het LOA ook het Uniforme Aanbestedingsreglement (UAR) van 1986 en de Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV) toegepast bij het openbaar aanbesteden van overheidsprojecten. Los van het feit dat het UAR 1986 een Nederlands reglement is en in Aruba geen wettelijke basis heeft, is het reglement ook in Nederland jaren geleden vervangen door nieuwe versies naar aanleiding van recente jurisprudentie en regelgeving. Wellicht ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat het UAR 1986 in Aruba niet van toepassing is en na de inwerkingtreding van de AV en het landsbesluit niet meer mag worden toegepast. Het toepassen van de UAV blijft

– naast het landsbesluit – wel mogelijk, mits de inhoud ervan niet strijdig is met de bepalingen van de AV, het onderhavige landsbesluit, het bestek, de nota('s) van inlichtingen en het proces-verbaal van bezoek van de locatie in het bijzonder en het Arubaanse recht in het algemeen.

De nieuwe aanbestedingsregels kunnen wellicht door de aanbesteder worden aangemerkt als complex. Er wordt immers veel meer geregeld dan voorheen en nieuwe situaties en procedures brengen aan het begin vaak weerstand met zich. De wijzigingen zijn evenwel noodzakelijk om te voldoen aan een modern en uniform systeem van inkopen tegen de beste prijs-kwaliteit verhouding voor de overheid, om invulling te geven aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, om te bewerkstelligen dat er een rechtmatige, transparante, doelmatige en doeltreffende aankoop plaatsvindt, en om de nodige rechtsbescherming aan inschrijvende ondernemers te bieden die zich door een gunningsbeslissing benadeeld voelen.

Het feit dat de Nederlandse AW 2012 in grote mate heeft gediend als voorbeeld voor de AV en dit landsbesluit, brengt met zich dat de aldaar geldende literatuur en de jurisprudentie in hoge mate zal kunnen worden toegepast. Dit komt het inzicht in en de werkbaarheid van de nieuwe voorschriften ten goede.

2. LOA – Aanbestedingsbesluit

De verschillen tussen het LOA en het onderhavige landsbesluit zijn groot. In het landsbesluit wordt namelijk een groot aantal onderwerpen geregeld dat niet in het LOA voorkomt. Eerder is opgemerkt dat het LOA enkel de openbare aanbestedingsprocedure regelt, terwijl het landsbesluit ook regels stelt ten aanzien van de onderhandse aanbesteding en de gunning uit de hand. Daarnaast bevat het landsbesluit, anders dan het LOA, regels ten aanzien van uitsluitingsgronden van de ondernemer, de raming van de financiële waarde van overheidsprojecten, (mondelinge) communicatie tussen de aanbestedende dienst en de ondernemer en de wijziging, opschorting en voortijdige beëindiging van een reeds aangevangen aanbesteding.

Een belangrijk verschil tussen het LOA en het landsbesluit is ook de invoering van de zogenaamde eigen verklaring. Een eigen verklaring is een standaardformulier waarin de ondernemer kan aangeven of uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn, of hij voldoet aan de in de bekendmaking of aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen en technische specificaties, of hij voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de desbetreffende bewijsstukken en dat hij in staat is deze binnen de door de aanbesteder aangegeven termijn over te leggen. In het bestek wordt vermeld welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt. Bij gebruikmaking van een eigen verklaring hoeven de actuele bewijsmiddelen niet direct bij de inschrijving door de ondernemer te worden ingediend. Dit bespaart de ondernemer een hoop tijd en geld doordat verschillende documenten in principe niet hoeven te worden opgevraagd bij verschillende instanties. Ook de aanbesteder wordt niet overrompeld met een hoop bewijsstukken van alle inschrijvers die gecontroleerd moeten worden. Pas bij de beoordeling van de inschrijvingen c.q. de gunning

van het project kunnen van de ondernemers die de beste inschrijvingen hebben ingediend onderscheidenlijk de ondernemer aan wie het project zeer waarschijnlijk zal worden gegund, de vereiste actuele bewijsmiddelen worden vereist. Door gebruikmaking van een eigen verklaring worden de administratieve lasten voor de ondernemer dan ook aanmerkelijk verlicht. Dit gezegd hebbende, is het gebruik van een eigen verklaring voor de aanbesteder facultatief. De aanbesteder heeft immers de keuze om het gebruik van een eigen verklaring te verlangen of om de bewijsstukken van alle inschrijvers direct bij de inschrijving op de traditionele manier op te vragen. De keuze kan onder meer afhankelijk zijn van de omvang, soort en ingewikkelde karakter van het uit te voeren project en de benodigde bewijsstukken. Indien bijvoorbeeld bij een inschrijving van een uit te voeren project veel bewijsstukken worden vereist van de ondernemer en van tevoren door de aanbesteder een groot aantal inschrijvers wordt verwacht, kan gedacht worden aan de keuze voor een eigen verklaring. Echter, ook bij een onderhandse aanbesteding en een gunning uit de hand kan een eigen verklaring dienen als een efficiënt instrument. In het bestek zal door de aanbesteder per aanbesteding worden aangegeven of het gebruik van een eigen verklaring wordt vereist. Benadrukt zij dat het gebruik van de eigen verklaring in het kader van het proportionaliteitsbeginsel de voorkeur heeft.

Een ander belangrijk verschil tussen het LOA en het landsbesluit is de introductie van de zogenaamde uitsluitingsgronden op grond waarvan de aanbesteder niet-integere ondernemers van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure kan uitsluiten. Het landsbesluit maakt een onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. Wanneer een onderneming onder een van de verplichte uitsluitingsgronden valt, is de aanbesteder verplicht de onderneming uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. Naast de verplichte uitsluitingsgronden kan een aanbesteder ook facultatieve uitsluitingsgronden stellen. Bij facultatieve uitsluitingsgronden gaat het om specifieke genoemde gronden waaronder ernstige beroepsfouten, voortdurende of aanzienlijke tekortkomingen bij eerdere projecten en het verstrekken van onjuiste verklaringen bij de uitvoering van een project. Het facultatieve karakter van deze uitsluitingsgronden is erin gelegen dat een aanbesteder in het bestek kan bepalen of hij facultatieve uitsluitingsgronden al of niet stelt. Ook in het geval dat een uitsluitingsgrond van toepassing is op de ondernemer, kan de ondernemer op grond van een gedegen belangenafweging besluiten om de ondernemer toch niet van verdere deelname uit te sluiten.

Het LOA voorziet tot slot niet in de mogelijkheid om fouten te herstellen; noch aan de zijde van de overheid, noch aan die van de inschrijvers. Het LOA wordt dan ook door velen beschouwd als een rigide regeling. Zo wordt de ondernemer die bij zijn inschrijving een bewijsstuk is vergeten toe te voegen, automatisch van verdere deelname uitgesloten. In een groot aantal gevallen is dat onwenselijk, inefficiënt en zeer disproportioneel gebleken. De nieuwe aanbestedingsregels gaan daarom uit van een meer flexibele insteek van het aanbestedingsrecht, mits de algemene beginselen niet worden geschonden. Zo wordt het mogelijk om onder nader te stellen voorwaarden een reeds gepubliceerde bekendmaking te rectificeren of aan te vullen en wordt de ondernemer in de gelegenheid gesteld om bepaalde gebreken in of bij zijn inschrijving binnen door de aanbesteder te stellen termijnen te herstellen.

3. Opzet

Hoofdstuk 1 bevat algemene bepalingen die gelden voor zowel de openbare als de onderhandse aanbesteding, maar ook voor de gunning uit de hand. In dit hoofdstuk worden bijvoorbeeld regels gesteld ten aanzien van de raming van de financiële waarde van overheidsprojecten, de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden van een ondernemer, bewijsmiddelen die gebruikt kunnen worden om te bewijzen dat een uitsluitingsgrond niet op de ondernemer van toepassing is, mondelinge communicatie en de zekerheidsstelling.

In hoofdstuk 2 wordt de openbare aanbesteding geregeld. Gelet op de totale waarde verbonden aan een project dat in het openbaar moet worden aanbesteed, spreekt het voor zich dat aan de procedure zware vereisten en verplichtingen zijn verbonden. Hoofdstuk 2 bevat daarom regels met betrekking tot de bekendmaking van een openbare aanbesteding tot aan de wijze waarop het project wordt gegund.

In hoofdstuk 3 worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop een uitnodiging voor het doen van een inschrijving in het geval van een onderhandse aanbesteding plaatsvindt tot aan de wijze waarop de opdracht wordt gegund. Tevens wordt een aantal bepalingen die gelden voor de openbare aanbesteding op de onderhandse aanbesteding van toepassing verklaard.

Hoofdstuk 4 bevat bijzondere bepalingen ten aanzien van de openbare en de onderhandse aanbesteding, zoals de mogelijkheid om een reeds aanbesteed en aangevragen project te wijzigen en de procedure die gevolgd moet worden in het geval een reeds aangevragen aanbesteding moet worden opgeschort of voortijdig moet worden beëindigd. De hierin opgenomen bepaling over de onderhandelingsprocedure op een voortijdige beëindiging van een aanbesteding is het gevolg van het opnemen van deze procedure in het eerste en tweede lid, van het nieuwe voorgestelde artikel 17 AV.

In hoofdstuk 5 wordt de gunning uit de hand geregeld, waarbij een aantal bepalingen die van toepassing zijn op de openbare of onderhandse aanbesteding van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Hoofdstuk 6 regelt tot slot de inwerkingtreding en citeertitel van het landsbesluit.

4. Hoofdverschillen tussen de openbare en de onderhandse aanbesteding

Tussen de openbare aanbesteding en de onderhandse aanbesteding bestaan vier hoofdverschillen die als volgt kunnen worden toegelicht.

Grensbedragen

Een openbare aanbesteding is ten eerste voorgeschreven als sprake is van een project met een totale waarde van Afl. 200.000 of meer (art. 10 AV), terwijl een project onderhands kan

worden aanbesteed als de totale waarde meer dan Afl. 25.000 doch minder dan Afl. 200.000 bedraagt. Uit de bedragen kan worden afgeleid dat een openbare aanbesteding doorgaans plaatsvindt bij omvangrijke c.q. complexe projecten waaraan dus hogere kosten zijn verbonden. De daarmee gepaarde procedure is daarom ook zwaar om zodoende de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te waarborgen. De grens waarboven een openbare aanbesteding moet worden gehouden, is verdubbeld in vergelijking met de huidige grens, vastgelegd in de CV 1989. Projecten die tot aan de invoering van de AV nog in het openbaar moesten worden aanbesteed, omdat de kosten boven de Afl. 100.000 lagen, zullen voortaan onderhands kunnen worden aanbesteed. Dit wil niet per se zeggen dat het gaat om kleine(re) projecten, doch enkel dat de zwaardere procedure van bekendmaking op de algemene website van de overheid en opening van de inschrijvingen in het openbaar niet gevolgd hoeft te worden. Om te waarborgen dat op verantwoorde en transparante wijze wordt omgegaan met publieke middelen wordt in het landsbesluit een aantal bepalingen die gelden voor de openbare aanbesteding van overeenkomstige toepassing verklaard op de onderhandse aanbesteding. Zo dient bij een onderhandse aanbesteding ook een projectdossier te worden bijgehouden (dit geldt overigens ook bij een gunning uit de hand), mag een project uitsluitend worden toegekend aan een ondernemer die voldoet aan alle door de aanbesteder zelf gestelde geschiktheidseisen en nadere voorwaarden, dient de gunningsbeslissing te worden verzonden naar alle afgewezen inschrijvers en dient de gunning van het project bekend te worden gemaakt op de algemene website van de overheid.

Bekendmaking - uitnodiging

Een openbare aanbesteding dient voorts middels een algemene aankondiging aan eenieder bekend te worden gemaakt, waarbij alle gegadigden een inschrijving mogen indienen. Alle partijen moeten immers dezelfde kansen krijgen en er mag niet worden onderhandeld. De overheid heeft door de algemene aankondiging niet in de hand wie op het project zal inschrijven. Aan het aantal inschrijvers dat aan de aanbesteding kan meedoen, is dus geen minimum of maximum gesteld in tegenstelling tot een onderhandse aanbesteding waarbij de aanbesteder zelf bepaalt hoeveel en welke ondernemers een offerte mogen indienen. Bij een onderhandse aanbesteding selecteert de aanbesteder immers zelf de ondernemers van wie hij een offerte wenst te ontvangen. In plaats van een bekendmaking wordt bij een onderhandse aanbesteding dus een uitnodiging gestuurd naar minimaal drie ondernemers. Ondanks het feit dat deze ondernemers in beginsel zijn geselecteerd op basis van objectieve gronden kan de aanbesteder uiteenlopende redenen hebben voor de selectie, zoals eerdere ervaringen en bekendheid met de specifieke kennis of deskundigheid die de uitgenodigde ondernemers hebben om het voorgenomen project uit te voeren. Echter, ook bij een onderhandse aanbesteding moeten de geselecteerde partijen dezelfde kansen krijgen en mag er niet worden onderhandeld.

Openbaar – niet openbaar

Uit de naam volgt dat de openbare aanbesteding in het openbaar plaatsvindt. In het kader van de transparantie kunnen dus niet alleen alle inschrijvers – of hun vertegenwoordigers –, maar ook anderen aanwezig zijn op het moment dat de inschrijvingen worden geopend. Van het

openen van de inschrijvingen wordt door de aanbesteder een proces-verbaal opgemaakt dat kosteloos voor eenieder ter inzage ligt en aan alle inschrijvers wordt verstrekt. Bij een onderhandse aanbesteding is de opening van de inschrijvingen niet openbaar, immers slechts de inschrijver in persoon of hun gemachtigde kunnen hierbij aanwezig zijn. Een ander verschil tussen een openbare en onderhandse aanbesteding is dat een nota van toelichting, een proces-verbaal van bezoek van locatie of een (rectificatie van) een bestek bij een onderhandse aanbesteding slechts wordt verstrekt aan de ondernemer die is uitgenodigd om een inschrijving te doen.

Termijnen en wijze van indiening inschrijving

De termijnen waarbinnen een inschrijving moet worden ingediend bij een openbare en bij een onderhandse aanbestedingsprocedure zijn vastgesteld met het oog op de aard en omvang van deze procedures. Bij de openbare aanbesteding wordt de ondernemer een langere termijn gegund (ten minste 30 dagen vanaf de bekendmaking) ten opzichte van de onderhandse aanbesteding (ten minste 14 dagen vanaf de datum waarop de uitnodiging tot het doen van een inschrijving is verzonden). Beide termijnen kunnen – indien dit door de aanbesteder noodzakelijk wordt geacht – worden verlengd. Ook de wijze waarop de inschrijving wordt ingediend, verschilt in die zin dat de inschrijving bij een openbare aanbesteding in een gesloten envelop in een daarvoor bestemde afgesloten bus dient te worden gedeponeerd, terwijl een inschrijving bij een onderhandse aanbesteding op twee manieren kan geschieden, namelijk op de traditionele manier middels deponeren van een gesloten envelop in een daarvoor bestemde bus of op dezelfde wijze kan worden ingediend als waarop de uitnodiging is verzonden, waarbij digitale communicatie steeds gangbaarder wordt. Bij de onderhandse aanbesteding beslist de aanbesteder op welke manier de inschrijving zal plaatsvinden.

5. De aanbestedingsprocedure in vogelvlucht

De bekendmaking van de aanbesteding

Zoals gezegd, vangt een openbare aanbesteding aan door middel van een algemene bekendmaking van het voornemen van een aanbesteder om een project te laten uitvoeren, en een onderhandse aanbesteding door middel van een schriftelijke of digitale uitnodiging aan een selectief bepaalde groep ondernemers. De bekendmaking van een project vindt – in afwijking van het LOA – formeel plaats op de algemene website van de overheid, maar kan daarnaast ook worden geplaatst in twee lokale dagbladen. Alvorens een project wordt aanbesteed, dient door de aanbesteder een zorgvuldige raming plaats te vinden van de totale kosten van de gehele looptijd op grond waarvan de te doorlopen procedure wordt vastgesteld. Aan de ondernemer aan wie het project zal worden gegund, kunnen bepaalde geschiktheidseisen worden gevraagd die verband houden met zijn financiële draagkracht, technische – en beroepsbekwaamheid en zijn beroepsbevoegdheid, alsmede eisen die verband houden met kwaliteitsnormen en normen inzake milieubeheer. De technische specificaties van het project worden (in ieder geval voor de openbare aanbesteding) opgenomen in een bestek dat voor alle belanghebbenden ter inzage wordt gelegd tot de dag van de aanbesteding. In het bestek vermeldt de aanbesteder verder of hij het gebruik van een

eigen verklaring verlangt, of kan worden ingeschreven op percelen, of varianten kunnen worden ingediend en of de aanbesteder zich het recht voorbehoudt om van de ondernemer aan wie het project zal worden gegund, een zekerheidsstelling te bedingen. Inlichtingen tot verduidelijking, aanvulling of wijziging van de informatie over het project kan de aanbesteder verstrekken tijdens een inlichtingenbijeenkomst en opnemen in een nota van inlichtingen. Ook telefonisch of via e-mail kunnen tot op zekere hoogte algemene vragen ten aanzien van de procedure van geïnteresseerde ondernemers beantwoord worden. De aanbesteder dient hierbij evenwel rekening te houden met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Specifieke vragen betreffende het project die voor alle ondernemers relevant zijn, dienen tijdens een inlichtingenbijeenkomst (en in de nota van inlichtingen) te worden beantwoord. Ondernemers hebben bij een openbare aanbesteding, zoals eerder vermeld, minimaal 30 dagen vanaf de bekendmaking om een inschrijving in te dienen, die op de bekendgemaakte datum in het openbaar wordt geopend. De inschrijvingstermijn voor projecten die onderhands worden aanbesteed, bedraagt ten minste 14 dagen vanaf de datum van de uitnodiging. Dit is een minimale periode. Indien er sprake is van grotere, meer complexe projecten kan de aanbesteder uiteraard een langere inschrijvingstermijn vaststellen, zodat de inschrijvers meer voorbereidingstijd krijgen om in te schrijven. De aanbesteder is daartoe echter niet verplicht.

De beoordelings- en selectiefase

Na de opening van de inschrijvingen volgt de beoordeling hiervan. In deze fase zal dus door de aanbesteder worden getoetst of er inschrijvingen zijn die buiten beschouwing moeten worden gelaten. Met het oog op de beoordeling en selectie van de ontvangen inschrijvingen kan de aanbesteder ondernemers vragen om hun inschrijvingen te verduidelijken, bijvoorbeeld in het geval dat een ontvangen offerte in vergelijking met andere ontvangen offertes opmerkelijk – in het ontwerp wordt gesproken van “abnormaal” – laag is. Indien uit de ingediende eigen verklaring blijkt dat meer dan een ondernemer in aanmerking komt voor gunning van het project, kan de aanbesteder in de selectiefase aan de potentiële begunstigde ondernemers verzoeken om de vereiste actuele bewijsstukken, behorende bij de eigen verklaring in te dienen. Hij kan echter ook besluiten om enkel van de potentiële begunstigde ondernemer aan wie de aanbesteder voornemens is het project te gunnen – in het geval dat uit de eigen verklaring bijvoorbeeld blijkt dat slechts een ondernemer voldoet aan alle (geschiktheids)eisen – de actuele vereiste bewijsstukken op te vragen.

In de beoordelingsfase zal door de aanbesteder tevens worden geconstateerd of er gebreken zijn in een eigen verklaring of in de ingediende verklaringen en bewijzen. Hij kan de inschrijvers dan verzoeken om hun bewijsstukken aan te vullen of toe te lichten, maar is ook verplicht de inschrijvers in de gelegenheid te stellen om geconstateerde omissies – behoudens hetgeen in de artikelsgewijze toelichting ter zake zal worden opgemerkt – te herstellen binnen de gestelde termijn.

Nadat alle inschrijvingen zijn beoordeeld, volgt de selectie van de potentiële inschrijver die voldoet of inschrijvers die voldoen aan alle gestelde (geschiktheids)eisen en die dus in

beginsel in aanmerking kunnen komen voor gunning van het project. Indien twee of meer inschrijvers gelijkelijk voldoen aan alle eisen, dient een loting plaats te vinden.

De gunningsfase

Zowel bij de openbare als de onderhandse aanbesteding is de aanbesteder verplicht alle inschrijvers gelijktijdig en schriftelijk, in ieder geval per elektronisch bericht, in kennis te stellen van zijn gunningsbeslissing. De aanbesteder die in de beoordelingsfase geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om van verschillende inschrijvers actuele bewijsstukken op te vragen, is in de selectiefase vóór het nemen van een gunningsbeslissing daartoe verplicht. Hierdoor is er meer zekerheid over de vraag of de ondernemer daadwerkelijk voldoet aan alle door de aanbesteder zelf gestelde eisen en dat alles “in orde” is voordat er een definitieve gunningsbeslissing bekend wordt gemaakt en de termijn van opschorting aanvangt.

De gunningsbeslissing houdt in de gemotiveerde beslissing om het project aan een bepaalde ondernemer te gunnen of om het project niet te gunnen. Tot dit laatste is de aanbesteder immers niet verplicht. In zijn gunningsbeslissing wordt in ieder geval ingegaan op de relevante redenen van de beslissing, de naam van de inschrijver aan wie de aanbesteder voornemens is het project te gunnen, een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn en waarom een inschrijving buiten beschouwing is gelaten. De opschortende termijn vangt aan op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers. De opschortende termijn stelt afgewezen ondernemers in staat om te bepalen of zij een onmiddellijke voorziening bij voorraad zullen verzoeken bij de rechter tegen de gunningsbeslissing. Gedurende de opschortende termijn mag de aanbesteder het project nog niet definitief gunnen en een overeenkomst sluiten. Als een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt verzocht, mag de overeenkomst ter uitvoering van het project pas worden gesloten nadat de rechter vonnis heeft gewezen. Indien de overeenkomst is gesloten zonder inachtneming van de verplichte opschortingstermijn kan de overeenkomst op grond van art. 22, tweede lid, AV achteraf door de rechter worden vernietigd. Als ondernemers geen onmiddellijke voorziening bij voorraad hebben verzocht, kan de aanbesteder na het verstrijken van 15 dagen (vanaf bekendmaking van zijn beslissing) het project (definitief) gunnen. Het is de aanbesteder evenwel verboden om een project te gunnen aan een inschrijver die niet voldoet aan de gestelde (geschiktheids)eisen, op wie een verplichte of in het bestek opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, of die niet heeft kunnen bewijzen dat hij aan de eisen voldoet. Ook een ondernemer die in strijd met de waarheid verklaringen of bewijsmiddelen heeft verstrekt, komt niet in aanmerking voor gunning van een project.

Bekendmaking van de gunning

De aanbesteder is verplicht om een project die in het kader van een openbare of een onderhandse aanbesteding is gegund te publiceren op de algemene website van de overheid binnen dertig dagen na de gunning van het project. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 20 AV.

Beginsel van tijdigheid bij nieuwe aanbestedingsregels

Het is van belang om op te merken dat overheidsaanbestedingen plaatsvinden in de vraagfase en binnen een beleidsmatige en budgettaire context. Dit impliceert het hanteren van een inkoopplanning en -controlecyclus waarbij bij een openbare en onderhandse aanbesteding rekening zal moeten worden gehouden met een langere termijn tussen de bekendmaking en de aanbesteding en de in te voeren opschortingstermijn of ‘*stand still period*’ van 15 kalenderdagen, gedurende hetwelk de aanbesteder een met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst niet mag sluiten met de begunstigde inschrijver ter uitvoering van het desbetreffende project¹. Na de beoordeling van de ingediende offertes dient de aanbesteder de gunningsbeslissing, bevattende onder meer de naam van de begunstigde inschrijver en de redenen waarom een of meer ondernemers van de aanbesteding zijn uitgesloten, aan alle inschrijvers te zenden. De opschortende termijn begint te lopen vanaf de bekendmaking door de aanbesteder, zijnde de datum van verzending van die gunningsbeslissing. Ook in het geval dat een aanbesteding tijdelijk wordt opgeschort – dit kan aldus artikel 6, derde lid, van de AV maximaal zes maanden duren – zal de procedure inclusief de opschortingstermijn in verband met het jaarlijks beschikbare budget binnen het dienstjaar moeten worden afgerond. Hierbij geldt voorts dat het dienstjaar vroegtijdig wordt afgesloten in verband met afrondende werkzaamheden ten behoeve van het opstellen van de suppletoire begroting en de financiële administratie voor het opstellen van de jaarrekening van het Land.

Het beginsel van tijdigheid dat besloten ligt in de langere indieningstermijnen van inschrijvingen en de opschortende termijn moet derhalve in de praktijk worden ingelijfd in de werkprocessen die gemoeid zijn met een aanbesteding. Deze werkprocessen zullen beleidsmatig door Directie Financiën worden uitgewerkt in een algemene handleiding (de Handleiding Aanbestedingen) om elke aanbesteder te ondersteunen en er zal worden zorggedragen voor de nodige voorlichting van de nieuwe voorschriften.

5. Administratieve lasten

Door de introductie van een eigen verklaring worden de administratieve lasten voor zowel de burger als de overheid verlicht. In het geval dat het gebruik van een eigen verklaring niet wordt verlangd, dan blijven de administratieve lasten voor de ondernemer min of meer gelijk.

Voor de overheid echter brengt de invoering van de AV en het onderhavige landsbesluit – in het kader van meer transparantie en verantwoording van uitgaven van gemeenschapsgelden – een aantal additionele verplichtingen met zich die administratieve handelingen vereisen. Genoemd kunnen worden de verplichting om:

- een projectdossier bij te houden van elk gehouden aanbesteding en een gunning uit de hand (art. 7, eerste lid, jo. art. 15 AV), dit dossier gedurende ten minste vijf jaren te bewaren (art. 7, tweede lid, AV) en na het verstrijken van deze termijn het dossier te deponeren bij de met het archief van het Land belaste dienst (art. 7, vierde lid, AV);

¹ Tijdens de opschortingstermijn hebben afgewezen ondernemers de mogelijkheid om te besluiten of zij ten aanzien van de gunningsbeslissing een onmiddellijke voorziening bij voorraad zullen verzoeken bij de civiele rechter.

- de raming van de totale financiële verplichtingen van een uit te voeren project te onderbouwen (art. 1.3 van het landsbesluit) en vast te leggen in het projectdossier;
- de ministeriële beschikking om af te zien van het houden van een aanbesteding wordt binnen tien dagen bekend gemaakt op de algemene website van het Land (art. 16 AV);
- een gegunde overheidsopdracht waarvan de financiële verplichtingen meer dan Afl. 25.000,- bedragen op de algemene website van het Land te publiceren (art. 20 AV);
- bepaalde mondelinge communicatie met de ondernemer met passende middelen vast te leggen (art. 1.7, derde lid, van het landsbesluit), en
- elke inschrijver tegelijkertijd de gunningsbeslissing toe te sturen (art. 2.26 van het landsbesluit).

Artikelsgewijze toelichting

Hoofdstuk 1 Algemeen

Artikel 1.1 (definities)

In artikel 1.1 wordt een aantal begrippen omschreven die vaker in het landsbesluit voorkomen. Deze begrippen worden, voor zover noodzakelijk, hieronder toegelicht.

“inschrijvingssom”

De inschrijver dient bij zijn inschrijving een specificatie van het totale bedrag om een project uit te voeren te verstrekken. Dit is het totale bedrag waarvoor een inschrijver heeft aangeboden om het project uit te voeren, waarbij hij al zijn kosten mee moet nemen in de prijs per eenheid voor het realiseren van het project. Van belang is dat de inschrijver op basis van eigen normen, onderzoek en opgedane kennis vaststelt dat hij in ieder geval kostendekkend heeft ingeschreven. Derhalve dient de inschrijvingssom realistisch te zijn en in verhouding te staan tot de aard en omvang van de te verrichten werkzaamheden.

“bijzonder trekkingsrecht”

Deze term komt reeds in het LOA voor en wordt in de nota van toelichting daarbij toegelicht. Een bijzonder trekkingsrecht – het ‘*special drawing right*’ of SDR – is de rekeneenheid die door de bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (hierna: Overeenkomst) oftewel de Government Procurement Agreement (hierna: GPA) aangesloten landen wordt gehanteerd ter aanduiding van het drempelbedrag waarboven de overeenkomst van toepassing is op de aanbesteding van werken. Het SDR is de monetaire rekeneenheid van het IMF en wordt momenteel samengesteld door vijf munteenheden, te weten de US-dollar, de Europese euro, de Chinese renminbi, de Japanse yen en het Britse pond sterling. De waarde van de SDR varieert dagelijks omdat zij afhankelijk is van de wisselkoersen van de genoemde munteenheden. De waarde van de SDR was op 1 augustus 2017 ongeveer 2,57 Arubaanse Florin en bedraagt momenteel 2,44 Arubaanse Florin.

In de memorie van toelichting op de AV is ingegaan op de toepasselijkheid van dit verdrag voor Aruba. Hiernaast bepaalt artikel XXII, onderdeel 4, van de GPA dat elke partij erop toe

dient te zien dat [...] haar wetten, verordeningen en administratieve procedures alsmede de regels, procedures en praktijken die door haar aanbestedende diensten worden toegepast in overeenstemming zijn met de bepalingen van de GPA. Hieraan is zowel in de AV als in het landsbesluit gevolg gegeven en zijn de daarin opgenomen voorschriften gebaseerd op de beginselen van het aanbestedingsrecht, namelijk de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. In artikel 2.1, vijfde en zesde lid, artikel 2.11, vijfde lid, en artikel 4.6 van het landsbesluit wordt met betrekking tot de GPA een aantal bijzondere bepalingen opgenomen.

Het begrip “eigen verklaring” is reeds in het algemeen deel van deze nota van toelichting besproken en op de begrippen “gunningscriterium” en “opschortende termijn” is in de memorie van toelichting op de AV ingegaan.

Artikel 1.2 (raamovereenkomst)

Een raamovereenkomst – in de praktijk ook wel aangeduid als een mantelovereenkomst – is een nieuwe vorm voor het plaatsen van overheidsprojecten. Van een raamovereenkomst is sprake indien een aanbesteder gedurende een bepaalde periode producten of diensten wil afnemen van of werken wil laten verrichten door een of meer aanbieders en daarover vooraf afspraken wil maken, bijvoorbeeld over de te leveren kwaliteit, hoeveelheid en leveringstermijnen. Het verschil tussen een raamovereenkomst en een overeenkomst tot het uitvoeren van werken, het doen van leveringen of het verrichten van diensten, is met name gelegen in de afwezigheid van een verplichting voor de aanbesteder om diensten, goederen of werken af te nemen. Als de aanbesteder opdrachten plaatst onder een raamovereenkomst hoeven de (vervolg)opdrachten die op de raamovereenkomst gebaseerd zijn, niet apart te worden aanbesteed. Een raamovereenkomst kan worden aangegaan met één of meerdere ondernemers. Voor de gunning van een raamovereenkomst gelden dezelfde procedureregels als voor een aanbesteding.

Artikel 1.3 (raming financiële waarde)

Dit artikel benadrukt het belang van een zorgvuldige berekening van de financiële waarde van een voorgenomen project door de aanbesteder. Een kostenraming helpt om de financiële haalbaarheid van een overheidsproject te bepalen. Een minister is immers 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, CV 1989). Vóór het organiseren van een aanbesteding dient de aanbesteder een objectieve en schriftelijke kostenraming te maken van het voorgenomen project, waarbij voorop staat dat hij zich bij het omschrijven van het project dient te laten leiden door de behoefte aan het werk, het product of de dienst waarop het project betrekking heeft en niet door de behoefte of de wens het project niet te hoeven aan te besteden. Afhankelijk van de geraamde waarde dient de aanbesteder de voorgeschreven procedures en -regels, opgenomen in de AV en dit landsbesluit, na te leven.

Het eerste en tweede lid bevatten een aantal uitgangspunten en rekenregels voor de raming van de waarde van een overheidsproject.

Het derde lid beoogt te voorkomen dat de aanbesteder bepaalde constructies kiest om zich aan de toepassing van de AV en dit landsbesluit te onttrekken of de mededinging te beperken. Op grond van dit lid mogen overheidsprojecten bijvoorbeeld niet worden gesplitst om te bewerkstelligen dat het project onder de desbetreffende drempelwaarde blijft (verwezen wordt naar artikel 9 van de AV), en mag ook de keuze van de wijze van berekening van de waarde niet met dat oogmerk worden gemaakt. Dergelijke praktijken zijn in geen enkele procedure waarop de AV en dit landsbesluit van toepassing zijn – dus ook in het geval van raamovereenkomsten – geoorloofd. Dit betekent echter niet dat de aanbesteder verplicht is om projecten zoveel mogelijk samen te voegen. Hij kan namelijk andere – bijvoorbeeld economische – redenen hebben om een project in meerdere projecten uiteen te splitsen met het doel om de markt te vergroten of om minder grote ondernemingen de kans te geven om in te schrijven op een project.

Artikelen 1.4 tot en met 1.6 (uitsluitingsgronden en bewijsmiddelen)

In de artikelen 1.4 en 1.5 worden de in het algemene deel van deze nota van toelichting besproken uitsluitingsgronden geregeld. Deze uitsluitingsgronden zien op situaties die de persoon van de inschrijver of zijn onderneming betreffen en die diens uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures of een gunning uit de hand kunnen rechtvaardigen. De inhoud van de uitsluitingsgronden zien dus niet op de inhoud van de inschrijving. Op grond van artikel 1.6 heeft de ondernemer de mogelijkheid om aan te tonen dat een uitsluitingsgrond op hem niet van toepassing is.

artikel 1.4 (verplichte uitsluitingsgronden)

Voor de verplichte uitsluitingsdelicten van artikel 1.4 (witwassen, subsidiefraude, lidmaatschap van een criminele organisatie en omkoping van ambtenaren) geldt dat de aanbesteder de ondernemer in de door deze aan de dienst aan te leveren eigen verklaring altijd zal moeten laten verklaren dat in de afgelopen vijf jaar geen veroordeling voor een verplicht uitsluitingsdelict onherroepelijk is geworden. In de eigen verklaring zullen daaromtrent standaard vragen worden opgenomen. Het eerste lid van artikel 1.4 bevat voor de aanbesteder een gebonden bevoegdheid. Indien blijkt dat een uitsluitingsgrond zich voordoet, moet de aanbesteder de ondernemer uitsluiten.

De in het tweede lid opgesomde onherroepelijke veroordelingen komen neer op witwassen van geld, het financieren van terrorisme, subsidiefraude, deelneming aan een criminele organisatie, omkoping (van ambtenaren) en veroordeling op basis van kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel. Het betreft dermate zware delicten waarbij sprake is van niet-integer handelen van een ondernemer of zijn onderneming dat de overheid met hem geen zaken zou moeten willen doen.

In verband met het vorenstaande wordt het wenselijk geacht om ook de inschrijver uit te sluiten indien bijvoorbeeld een directeur, een lid van zijn raad van toezicht of raad van commissarissen of zelfs een aandeelhouder onherroepelijk is veroordeeld wegens een feit als bedoeld in het tweede lid juncto het derde lid, onderdeel a.

Het derde lid, onderdeel b, bevat een verplichte uitsluitingsgrond in het geval van een onherroepelijke en bindende rechterlijke of administratieve beslissing met betrekking tot het niet voldoen van de betaling van belastingen of sociale zekerheidspremies waarvan de betaaltermijn is verstreken. De laatste volzin van onderdeel b bewerkstelligt dat de onderneming of natuurlijke persoon die inmiddels de verschuldigde belastingen of premies heeft voldaan of een bindende afspraak tot betaling heeft gemaakt, niet verplicht wordt uitgesloten. Er is in dat geval immers geen reden (meer) tot uitsluiting.

Het vierde lid bepaalt dat de aanbesteder bij de toepasselijkheid van het eerste en het derde lid een terugkijktermijn van vijf jaar moet toepassen. De keuze voor deze termijn hangt samen met de zeer ernstige aard van de misdrijven waarop het eerste lid betrekking heeft, maar ook met enerzijds het belang van de aanbesteder om de ondernemer in die gevallen uit te sluiten en anderzijds het belang van een ondernemer jegens wie niet tot in lengte van jaren gedragingen uit het verleden moeten worden nagedragen.

artikel 1.5 (facultatieve uitsluitingsgronden)

Anders dan bij de verplichte uitsluitingsgronden, kan de aanbesteder bepalen geen facultatieve uitsluitingsgronden te stellen. In de eigen verklaring hoeft hij daarover dus niet altijd vragen te stellen. Als de aanbesteder nochtans besluit om een of meer van de in artikel 1.5 opgesomde facultatieve uitsluitingsgronden te stellen, dan moet hij dat in het bestek aangeven en de ondernemer in de eigen verklaring daarover vragen stellen. De aanbesteder heeft op grond van artikel 1.5 dus beslissingsbevoegdheid en doet er daarom goed aan beleidsregels vast te stellen over de gevallen waarin hij van zijn bevoegdheid op grond van dit artikel gebruik zal maken. Dit is voor de rechtszekerheid van de ondernemer immers wenselijk. De proportionaliteit speelt hier een belangrijke rol. De aanbesteder moet dus per aanbesteding afwegen of het relevant en proportioneel is om de facultatieve uitsluitingsgronden te stellen.

Het eerste lid, onderdeel a, ziet op ernstige fouten die de ondernemer of zijn bestuurder in de uitoefening van zijn beroep heeft gemaakt. Bepaald wordt dat de ernstige fout er op enigerlei wijze toe moet leiden dat daardoor de integriteit van de ondernemer in twijfel kan worden getrokken. Onder de toepassing van dit onderdeel vallen daarom ook Gedragsregels voor Advocaten of de door de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants en andere van toepassing zijnde door officiële instituten vastgestelde gedrags- en beroepsregels. Aan het begrip “ernstige fout” is de aanbesteder vrij zelf nadere invulling te geven. Hij is hierbij echter verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen. De facultatieve uitsluitingsgrond van het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep is een open norm die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig toe te passen, waardoor de aanbesteder zeer restrictief dient om te gaan met

het toepassen van deze uitsluitingsgrond. Volgens het Europese Hof van Justitie EU moet er bij het begrip “ernstige beroepsfout” sprake zijn van gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst (HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta SA/Poczta Polska SA*)).

Ondernemers kunnen voorts op grond van het eerste lid, onderdeel b, van deelneming aan een aanbestedingsprocedure of een gunning uit de hand worden uitgesloten omdat hun prestaties bij het uitvoeren van een overheidsproject in het verleden tekortschoten (past performance uitsluitingsgrond). Om te voorkomen dat deze uitsluitingsgrond te makkelijk wordt ingeroepen voor kleine tekortkomingen worden er in het onderdeel enkele waarborgen opgenomen. i) De tekortkoming dient primair betrekking te hebben op de uitvoering van een eerder overheidsproject. ii) Daarnaast dienen de tekortkomingen hetzij aanzienlijk, hetzij, indien geringer van betekenis, van voortdurende aard te zijn. Een kleine, incidentele tekortkoming is dus niet voldoende. Onder aanzienlijke tekortkomingen dient in ieder geval te worden verstaan die gevallen waarin de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. De toepassing van het onderdeel is echter niet beperkt tot gevallen waarin sprake is van wanprestatie. De tekortkoming dient voorts te hebben geleid tot vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties van een aanbestedende dienst. Uiteraard dient een en ander altijd proportioneel te zijn (met andere woorden in verhouding te staan tot de verweten tekortkoming). Het ligt voor de hand dat uitsluiting vanwege een relatief lage schadevergoeding die standaard uit het contract voortvloeit voor een kleine tekortkoming niet proportioneel zal zijn. Het dient dus om een uitzonderlijke situatie te gaan. iii) Voorts dient de tekortkoming binnen de invloedssfeer van de ondernemer te liggen, de ondernemer dient immers blij te hebben gegeven van de tekortkoming. De bepalingen omtrent overmacht en toerekenbaarheid van de tekortkoming in het Burgerlijk Wetboek van Aruba zijn daarbij van toepassing. iv) Tot slot moet de tekortkoming betrekking hebben op een “wezenlijk voorschrift”. Voorbeelden die genoemd kunnen worden, zijn het consequent niet nakomen van essentiële levertijden of het wezenlijk afwijken van de gecontracteerde kwaliteit welke ernstige twijfel doet rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer, de niet-levering of niet-uitvoering van een project en de levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel. De eisen dienen cumulatief te worden gelezen.

Onderdeel c heeft betrekking op situaties waarin de ondernemer of zijn bestuurder zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van informatie of gegevens heeft verstrekt of heeft achtergehouden ten gevolge waarvan de overheid ten onrechte een besluit heeft genomen in het kader van de aanbesteding of een gunning uit de hand, bijvoorbeeld een project heeft gegund gebaseerd op onjuiste informatie. Niet is vereist dat de inschrijver opzettelijk heeft gehandeld. Het volstaat dat hij verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid met een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht (HvJ EU 4 mei 2017, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338 (*Esaprojekt*)). In 2017 oordeelde het EHvJ voorts dat er sprake kan zijn van het achterhouden van informatie wanneer inlichtingen met betrekking tot de strafbare gedragingen van een (oud) bestuurder, die op het

bestaan van een 'ernstige beroepsfout' (als in lid 1, sub c) zouden kunnen wijzen, niet worden verstrekt, ook indien deze (oud) bestuurder nog niet onherroepelijk veroordeeld is (HvJ EU 20 december 2017, C-178/16, ECLI:EU:C:2017:1000 (*Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*)). Als de aanbesteder evenwel constateert dat de ondernemer opzettelijk onjuiste verklaringen heeft verstrekt, en er dus sprake is van valsheid in geschrifte dan wel bedrog zal hij de ondernemer doorgaans moeten uitsluiten van deelname aan de procedure.

Met onderdeel e worden overeenkomsten die gericht zijn op de vervalsing van de mededinging expliciet als facultatieve uitsluitingsgrond opgenomen. Dit onderdeel ziet enkel op overeenkomsten die de mededinging beperken en niet op het misbruik van een dominante positie. Daarnaast ziet het enkel op overeenkomsten die er specifiek op gericht zijn om de mededinging te beperken en niet op overeenkomsten die als *effect* hebben dat zij de mededinging beperken. De aanbestedende dienst dient over 'aanmerkelijke aanwijzingen' te beschikken om op basis van deze grond te mogen uitsluiten. Dit wil zeggen dat de aanbesteder over voldoende en overtuigend bewijs moet beschikken dat hiervan sprake is.

Het tweede lid bepaalt dat de terugkijktermijn voor de facultatieve uitsluitingsgronden drie jaar bedraagt. Deze terugkijktermijn benadrukt dat de verplichte uitsluitingsgronden in artikel 1.4 van dermate ernstige aard zijn dat daarvoor een langere uitsluiting gerechtvaardigd is (vijf jaar) dan voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 1.5 (drie jaar).

Het derde lid hangt samen met het facultatieve karakter van de uitsluitingsgronden, genoemd in het eerste lid. Het is derhalve noodzakelijk dat de aanbesteder in het bestek aangeeft of hij facultatieve uitsluitingsgronden zal stellen en welke. Hij mag in de eigen verklaring dan ook enkel naar het bestaan van deze uitsluitingsgronden vragen.

artikel 1.6 (bewijsmiddelen uitsluitingsgronden)

Om aan te tonen dat een van de in artikel 1.4 genoemde uitsluitingsgronden zich niet voordoet, kan de inschrijver bewijsstukken overleggen bij de inschrijving dan wel op het moment dat de aanbesteder hem verzoekt om zulks te doen. In dit artikel wordt een opsomming gegeven van de desbetreffende documenten en welke officiële instantie verantwoordelijk is voor de uitgifte van een dergelijk bewijsstuk. De verklaring omtrent het gedrag (VOG) ziet toe op een onderzoek naar het justitiële verleden van een natuurlijke persoon. Aruba kent geen VOG voor rechtspersonen (bedrijven/organisaties). Vooralsnog zal de directeur van een rechtspersoon of degene die feitelijk leiding heeft in een onderneming een VOG moeten overleggen. Een aanvraag voor een VOG wordt ingediend bij het Openbaar Ministerie.

Vaak zullen buitenlandse ondernemers meedoen aan een openbare aanbesteding. Het is dan redelijk dat zij bewijsstukken van een bevoegde rechterlijke, administratieve instantie, notaris of bevoegde beroepsorganisatie kunnen overleggen uit hun land van herkomst of het land waar de ondernemer is gevestigd. Het vierde lid maakt dat mogelijk.

Artikel 1.7 (mondelijke communicatie)

Het voorgestelde artikel regelt dat – ondanks het uitgangspunt van schriftelijke of elektronische informatie-uitwisseling – mondelinge communicatie mogelijk blijft voor communicatie die niet de essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure betreft. Dit betekent bijvoorbeeld dat het mogelijk is om mondeling (bijvoorbeeld telefonisch) een inlichtingenbijeenkomst te organiseren. Essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure omvatten de aanbestedingsstukken, bevestigingen van belangstelling en inschrijvingen. Voorwaarde voor gebruik van mondelinge communicatie is dat de inhoud ervan voldoende wordt gedocumenteerd. Dit is met name nodig om voldoende transparantie te garanderen en te kunnen nagaan of het beginsel van gelijke behandeling in acht is genomen.

Ingevolge het derde lid dient mondelinge communicatie met inschrijvers die van grote invloed kan zijn op de inhoud en de beoordeling van de inschrijvingen (bijvoorbeeld informatie dat een ondernemer het proces tracht te manipuleren of de mededinging tracht te beïnvloeden), voldoende en met passende middelen te worden gedocumenteerd. Hierbij kan worden gedacht aan schriftelijke of auditieve registratie of een samenvatting van de voornaamste elementen van de communicatie.

Artikel 1.8 (zekerheidstelling)

Het kan voorkomen dat een ondernemer tijdens de uitvoeringsfase van het project niet meer aan zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst kan voldoen. Van belang is dat de aanbesteder uitsluitend zekerheidstelling kan bedingen van de inschrijver aan wie hij voornemens is het project uit te voeren. Om te waarborgen dat zich ter zake van de uitvoering van een project geen belemmeringen van financiële aard voordoen, kan de aanbesteder als zijnde de opdrachtgever zekerheid verschaffen door een zekerheidstelling te bedingen, voordat de voorgenomen opdrachtnemer met de uitvoering van het project begint. Dergelijke zekerheidsstellingen komen met name voor bij (bouw)werken. In het geval een inschrijver de op hem rustende verplichtingen niet nakomt na ingebrekestelling is de aanbesteder bevoegd om situaties te ondervangen waarin de inschrijver zelf niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen. Ook geldt de zekerheidsstelling ter dekking van eventuele schade, welke gedurende de uitvoering van de opdracht optreedt. Artikel 1.8 stelt ter zake van de mogelijkheid om de gewenste zekerheid te stellen een aantal regels.

Hoofdstuk 2 De openbare aanbesteding

Algemeen

Hoofdstuk 2 regelt de openbare aanbestedingsprocedure en is daarom het grootste hoofdstuk van het landsbesluit. In de hoofdstukken 3 en 5 wordt een aantal van de in dit hoofdstuk opgenomen voorschriften van overeenkomstige toepassing verklaard op de onderhandse aanbesteding onderscheidenlijk de gunning uit de hand.

Artikel 2.1 (de bekendmaking)

Artikel 2.1 stelt regels ter zake van de wijze waarop een openbare aanbesteding bekend wordt gemaakt. Openbare aanbestedingen dienen op grond van het LOA bekend te worden gemaakt

in de Landscourant van Aruba. Hieraan is een aantal nadelen verbonden. Bij een openbare aanbesteding wordt ten eerste getracht zoveel mogelijk interesse te wekken waardoor de aanbesteder een goed beeld kan krijgen van hetgeen de markt te bieden heeft en uiteraard de *'most bang for his buck'* te krijgen. De Landscourant wordt evenwel door een klein deel van de bevolking (met regelmaat) gelezen, waardoor voornoemde mogelijkheid door plaatsing in de Landscourant niet optimaal wordt benut. Ten tweede wordt de Landscourant een keer in de twee weken, telkens op een vrijdag, uitgegeven. Hierdoor is de aanbesteder – die op grond van de AV en dit landsbesluit al rekening moet houden met een groot aantal nieuwe termijnen – beperkt in zijn mogelijkheid om een openbare aanbesteding op een door hem te bepalen tijdstip aan te kondigen. De Landscourant wordt daarom als een inflexibel bekendmakingsmedium ervaren. In Nederland en Curaçao worden openbare aanbestedingen ook niet in de Staatscourant onderscheidenlijk Landscourant aangekondigd. De Nederlandse overheid gebruikt doorgaans het aanbestedingsplatform Tendersnet voor aanbestedingen. In Curaçao vinden aankondigingen primair plaats in twee lokale dagbladen op telkens twee verschillende dagen en kan het voornemen om een overheidsopdracht in het openbaar aan te besteden ook langs elektronische weg worden aangekondigd.

In het ontwerp wordt daarom afgestapt van dit bekendmakingssysteem en overgestapt naar bekendmaking van een openbare aanbesteding op de algemene website van de overheid. Dit medium is voor eenieder gratis toegankelijk en flexibel en past meer binnen de nieuwe voorschriften van het aanbestedingsrecht. Plaatsing op de algemene overheidswebsite kan voorts worden gezien als een eerste stap naar een digitaal aanbestedingsplatform in de toekomst. Hiernaast kan de aanbesteder de bekendmaking facultatief plaatsen in twee lokale dagbladen, met dien verstande dat de bekendmaking plaatsvindt op dezelfde dag als de algemene website van het Land (tweede lid). Er is namelijk maar een bekendmakingsdatum (derde lid, onderdeel a).

Ook het element dat voor de bekendmaking een standaardmodel (model 1) zal worden vastgesteld, is nieuw. Dit wordt in het belang van de uniformiteit binnen de overheid wenselijk geacht.

Bij het vaststellen van de datum waarop de aanbesteding zal plaatsvinden, dient door de aanbesteder een zeer goede planning te worden gemaakt. Dit wil zeggen dat de verschillende data en termijnen nauwkeurig dienen te worden bepaald en dat een goede communicatie wordt onderhouden en afstemming plaatsvindt met het voorlichtingsbureau van het Land. De aanbesteder doet er daarom verstandig aan om voldoende spelingsruimte in te plannen tussen de datum van de bekendmaking en die van de aanbesteding. Een te nauwe termijn tussen beide tijdstippen zal snel problemen kunnen opleveren voor de minimale inschrijvingstermijn van dertig dagen (veertig dagen indien de GPA van toepassing is). Indien de aanbesteder hiermee geen rekening houdt kan de bekendmaking geacht worden formeel niet (correct) te hebben plaatsgevonden met het risico dat de overeenkomst achteraf door de rechter wordt vernietigd. Een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst is immers in

rechte vernietigbaar indien de aanbesteder de overeenkomst zonder de voorafgaande bekendmaking heeft gesloten (art. 22, eerste lid, onderdeel a, AV).

In het derde lid wordt aangegeven waaraan de bekendmaking moet voldoen. In de bekendmaking worden de belangrijkste elementen van het project en vereiste gegevens voor de inschrijving opgenomen. Voor de openbare aanbesteding is het bestek altijd tegen betaling te verkrijgen. Bij de onderhandse aanbesteding is het aan de aanbesteder om, afhankelijk van de omvang en complexiteit van het project, aan te geven of het bestek al dan niet tegen betaling is. De aanbesteder doet er goed aan om in het bestek op te nemen dat uitsluitend een inschrijver die tegen betaling het bestek heeft verkregen, gerechtigd is tot deelneming oftewel inschrijving aan de openbare aanbesteding. Niettemin wordt in het tweede lid, onderdeel a, van artikel 2.27 nadrukkelijk bepaald dat een project alleen kan worden gegund aan een ondernemer die het bestek heeft gekocht. Na (verkregen bewijs van) betaling kan het bestek schriftelijk of middels elektronische weg naar de potentiële inschrijver worden verzonden of op een bepaalde door de aanbesteder aan te wijzen website worden geüpload. Dit is voor zowel de ondernemer als de aanbesteder kosten- en tijdbesparend.

In het ontwerp wordt in een groot aantal artikelen gesproken over “het tijdstip of de tijdstippen waarop”. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat hiermee zowel de datum als het exacte moment c.q. tijd waarop een bepaalde handeling of gebeurtenis dient plaats te vinden, wordt bedoeld.

Eenmaal vastgesteld, is het niet toegestaan om het tijdstip van de aanbesteding te vervroegen. Ingevolge het vierde lid ligt de datum van bekendmaking ten minste dertig dagen vóór de aanbesteding zodat inschrijvers genoeg tijd hebben om de inschrijving voor te bereiden en hiermede de inschrijvingssom te berekenen. Deze nieuwe termijn is een verdubbeling van de indieningstermijn van het LOA, te weten 14 dagen. De langere termijn beoogt ondernemers voldoende tijd te gunnen om hun inschrijving voor te bereiden en hen in een zo vroeg mogelijk stadium in kennis te stellen van de geschiktheidseisen en gunningscriteria die de aanbesteder daarbij stelt.

Op grond van de eerste bijlage behorende bij de GPA is de Overeenkomst van toepassing op een project omvattende de levering van goederen of het verrichten van diensten indien de kosten worden geraamd op een bedrag gelijk aan of hoger dan 100.000 SDR (omgerekend in Arubaanse florin gaat het om een bedrag van Afl. 244.000). De GPA is van toepassing op een project omvattende een werk indien de kosten worden geraamd op een bedrag gelijk aan of hoger dan 4.000.000 (omgerekend in Arubaanse florin gaat het om een bedrag van Afl. 9.760.000). In beide gevallen dient het project openbaar te worden aanbesteed met inachtneming van de bepalingen van de Overeenkomst. Artikel VII, onderdeel 3, van de GPA bepaalt in dit verband dat voor iedere voorgenomen aanbesteding de aanbesteder in één van de talen van de WTO, op hetzelfde tijdstip als het bericht van de voorgenomen aanbesteding, een gemakkelijk toegankelijke samenvatting publiceert. Deze samenvatting dient in ieder geval te bevatten de inhoud van de aanbesteding, de uiterste datum voor de indiening van de

inschrijvingen en het (email)adres waar stukken met betrekking tot de aanbesteding kunnen worden opgevraagd. Nu de bekendmaking van een project op de algemene website van de overheid wordt geplaatst, ligt het in de rede dat ook de vereiste samenvatting op grond van de GPA daar wordt gepubliceerd. Het vijfde lid geeft uitvoering aan dit vereiste. Met betrekking tot de taal waarin de inschrijving dient plaats te vinden, wordt in het vijfde lid, onderdeel ten vierde, vastgelegd dat de inschrijving ook in dezelfde taal als de samenvatting (Engels) kan plaatsvinden in het geval in het bestek wordt vermeld dat de inschrijving in een andere taal dan het Nederlands kan worden ingediend. Dit vereiste hangt samen met artikel VII, onderdeel 2, subonderdeel i, van de GPA. De termijn tussen de bekendmaking en de datum van de aanbesteding bedraagt dientengevolge eveneens veertig dagen (zesde lid).

Artikel 2.2 (het bestek)

Een bestek is een beschrijvend document waarin de technische, economische en financiële specificaties van het uit te voeren project worden opgenomen. In artikel 2.2 wordt aangegeven wat de inhoud van het bestek is en welke aanvullende regels daarbij gelden. Alle gegevens die in de bekendmaking zijn opgenomen (met uitzondering van een korte omschrijving van het project) dienen wederom te worden opgenomen in het bestek. Op grond van het transparantiebeginsel dient het bestek in ieder geval een volledige omschrijving van het project en alle (geschiktheids)eisen waaraan de inschrijver moet voldoen om in aanmerking te komen voor gunning van het project te vermelden, alsmede de essentiële gegevens over het project en het gunningscriterium. Dit voorschrift dient gelezen te worden in samenhang met artikel 2.27, tweede lid, onderdelen b en c, van het landsbesluit waarin is bepaald dat het project alleen mag worden gegund aan een inschrijver die voldoet aan de door de aanbesteder gestelde (geschiktheids)eisen. Uit de woorden “ten minste” in de aanhef van het eerste lid volgt dat ook andere dan in de onderdelen a tot en met i bedoelde vereisten in het bestek kunnen worden opgenomen. In verschillende artikelen van het landsbesluit zijn hierover bepalingen opgenomen, bijvoorbeeld dat de aanbesteder facultatieve uitsluitingsgronden zal stellen, dat hij zich het recht voorbehoudt om van de begunstigde inschrijver een zekerheidsstelling te bedingen of dat het gebruik van een eigen verklaring wordt verlangd.

Geschiktheidseisen, als bedoeld in onderdeel c, kunnen betrekking hebben op de economische en financiële draagkracht, de technische en beroepsbekwaamheid, de beroepsbevoegdheid van de ondernemer, alsmede op kwaliteitsborgingsregelingen en normen inzake milieubeheer.

Het gunningscriterium (onderdeel e) omvat een indicatie van de wijze waarop de aanbesteder de inschrijvingen zal beoordelen, namelijk naar het oordeel van de aanbesteder voor het Land economisch meest voordelige inschrijver of de laagste prijs. Met name indien de aanbesteder reeds op voorhand weet dat hij aan bepaalde aspecten van het project een zodanig belang hecht, dat die ertoe zouden kunnen leiden dat wordt afgeweken van het principe dat het project wordt gegund aan de inschrijver die – mede gelet op de verhouding tussen prijs en kwaliteit – voor het laagste bedrag heeft ingeschreven of – daarbij wederom gelet op de kwaliteit – voor een bepaald bedrag het meeste werk aanbiedt, moet hij daarop in het bestek ingaan. In het

geval dat het gunningscriterium “economisch meest voordelige inschrijving” (EMVI) wordt toegepast, bepaalt de aanbestede vóór de aanbesteding welk gewicht elk subgunningscriterium krijgt. Aan de hand van deze wegingsfactoren kan de potentiële inschrijver precies zien aan welke aspecten de aanbestede veel waarde hecht voor de beoordeling van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

Net als het LOA wordt in het landsbesluit niet bepaald in welke taal het bestek of de inschrijving dient plaats te vinden (onderdeel h). Daarover wordt dus per aanbesteding een besluit genomen en in het bestek vermeld. De aanbestede moet namelijk de mogelijkheid hebben om desgewenst, bijvoorbeeld met het oog op buitenlandse inschrijvers of de in een bepaalde bedrijfstak gangbare taal, het bestek in een andere taal dan de Nederlandse te doen stellen; het inschrijvingsformulier zal dan ook in deze taal gesteld dienen te worden. In de praktijk zullen de meeste bestekken overigens gewoon in het Nederlands worden gesteld.

De aanbestede die het bestek per e-mail verstrekt, moet er op grond van het tweede lid altijd voor zorgen dat aan het bestek worden gevoegd een model van het inschrijvingsformulier, een model van een intrekkingformulier en de Algemene voorwaarden voor de leveringen van goederen en diensten aan het Land. Indien het gebruik van een eigen verklaring wordt verlangd, voegt hij het model daarvan eveneens toe. Hetzelfde geldt voor het geval dat er ook tekeningen zijn gemaakt van het project. Als het project op een bepaalde website wordt geüpload, dient de aanbestede er dus voor zorg te dragen dat alle nodige formulieren en bescheiden, genoemd in de onderdelen a tot en met i,– voor zover toepasselijk – samen met het bestek door de ondernemer kunnen worden gedownload.

Het derde lid houdt verband met het transparantiebeginsel door te bepalen dat het bestek voor eenieder ter inzage wordt gelegd tot aan het uiterste tijdstip waarop een inschrijving kan worden ingediend. Ook deze termijn is langer dan de termijn die is opgenomen in het LOA en is er ook op gericht geïnteresseerden in de gelegenheid te stellen op het project in te schrijven.

Artikel 2.3 (rectificatie bekendmaking of bestek)

In het algemene deel van deze nota van toelichting is reeds ingegaan op de noodzaak voor meer flexibele voorschriften, in het bijzonder wat betreft het corrigeren van omissies. Aan een openbare aanbesteding zijn immers hoge kosten verbonden voor zowel de overheid als voor de ondernemers waardoor kennelijke, menselijke fouten hersteld moeten kunnen worden, mits de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht daardoor niet in het geding komen.

Dit artikel regelt de mogelijkheid voor de aanbestede om de gepubliceerde bekendmaking of bestek te corrigeren. Het kan namelijk voorkomen dat in de bekendmaking of bestek een gebrek wordt geconstateerd, die geredificeerd moet worden. Een rectificatie is dus een wijziging in de bekendmaking of het bestek nadat deze bekend zijn gemaakt. Hieronder valt ook het aanvullen van de bekendmaking of het bestek.

De rectificatie moet op dezelfde wijze plaatsvinden als de bekendmaking van het project (tweede lid) en dus op de algemene website van de overheid en – indien van deze mogelijkheid tevens gebruik is gemaakt – in twee lokale dagbladen. Een verschil met een wijziging via de nota van inlichtingen (toegelicht in artikel 2.8) is dat via het plaatsen van de rectificatie ook anderen dan de bestaande deelnemers op de hoogte worden gesteld van de wijziging. Met een rectificatie wordt inschrijving dus weer voor iedereen opengesteld. Hiermee wordt de schijn voorkomen dat één specifieke ondernemer wordt bevoordeeld.

Als het belangrijke c.q. wezenlijke wijzigingen zijn in de voorwaarden van het project – zoals geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria – dan moet ook de gestelde termijn voor de indiening van een inschrijving aangepast worden om de inschrijvers de tijd te geven hun inschrijving aan te passen en – desnoods – opnieuw in te dienen, nadat hij de eerst ingediende inschrijving op de voorgeschreven wijze heeft ingetrokken. Het derde en vierde lid strekken daartoe.

Artikel 2.4 (eigen verklaring)

Uit de eerste volzin van het eerste lid blijkt dat het gebruik van de eigen verklaring facultatief (dus niet verplicht) is. De aanbesteder bepaalt in de aanbestedingstukken of het gebruik van een eigen verklaring wordt vereist. In gevallen waarin geen gebruikmaking van een eigen verklaring wordt vereist, gelden de gebruikelijke voorschriften en dienen alle inschrijvers bij hun inschrijving de vereiste onderliggende (bewijs)stukken in te dienen. Het proportionaliteitsbeginsel brengt evenwel met zich dat de lasten voor de ondernemers zoveel mogelijk worden teruggebracht, waardoor het gebruik van een eigen verklaring zal dienen te worden gestimuleerd. Vanuit lastenperspectief bezien, is een belangrijk effect van de invoering van de AV en het onderhavige landsbesluit dat bedrijven aan minder eisen hoeven te voldoen en minder bewijsstukken hoeven te overleggen bij de indiening van hun inschrijving. Het proportionaliteitsbeginsel zorgt er immers voor dat de aanbesteder geen onnodige eisen stelt of om onnodige bewijsstukken vraagt. Anderzijds zijn aanbesteders minder tijd kwijt aan het controleren van de bewijsstukken van alle ondernemers die een inschrijving hebben ingediend.

Gewerkt zal worden met een standaardmodel van een eigen verklaring (model 2). Het is dus niet mogelijk om een door de ondernemer zelf ontworpen (model van een) eigen verklaring te gebruiken.

Indien de aanbesteder kiest voor het gebruik van een eigen verklaring, belet het derde lid van artikel 2.4 de aanbesteder om bij de inschrijving te verlangen dat ondernemers inlichtingen buiten de eigen verklaring om verstrekken, indien deze inlichtingen door middel van de eigen verklaring hadden kunnen worden verlangd en verstrekt.

Het vierde lid stelt dat de bewijsmiddelen waaruit blijkt dat men aan de gestelde eisen voldoet niet op voorhand opgevraagd mogen worden. Op deze regel zijn er twee uitzonderingen. Met betrekking tot de geschiktheidseisen, mogen ten eerste de referentie-projecten gevraagd worden. Dat geeft ondernemers ook de gelegenheid zich op dat moment te onderscheiden.

Daarnaast kunnen aanbesteders zich een beeld vormen van de potentiële winnaars van het project. Ten tweede mogen ook bewijsmiddelen gevraagd worden voor aspecten die niet opgenomen zijn in de eigen verklaring en dus geen betrekking hebben op gegevens die in het model van de eigen verklaring worden gevraagd. Te denken valt aan certificaten die aantonen dat de producten of diensten voldoen aan specifieke vereisten, maar ook aan verklaringen met betrekking tot bijvoorbeeld het niet van toepassing zijn van belangenverstrengeling, handelen met voorkennis en de voorwaarde dat bij het indienen van de offerte geen met het mededingingsrecht strijdige afspraken zijn gemaakt.

Artikel 2.5 (geschiktheidseisen)

Artikel 1.6 van het ontwerp ziet op de bewijsstukken die de inschrijver kan overleggen bij de inschrijving dan wel op het moment dat de aanbesteder hem verzoekt om zulks te doen, om aan te tonen dat een van de in artikel 1.4 genoemde de uitsluitingsgronden zich niet voordoen. Daarentegen ziet artikel 2.5 van het ontwerp op de bewijsstukken die de aanbesteder kan vragen van de inschrijver om de geschiktheidseisen te toetsen. Dit artikel bepaalt dat en welke geschiktheidseisen een aanbesteder kan stellen aan ondernemers. De geschiktheidseisen kunnen betreffen i) de financiële en economische draagkracht, ii) de technische – en beroepsbekwaamheid en iii) de beroepsbevoegdheid. De aanbesteder is op grond van het transparantiebeginsel gehouden de toe te passen geschiktheidseisen bekend te maken in het bestek. Op grond van artikel 5 van de AV kan de aanbesteder alleen eisen, voorwaarden en criteria stellen aan de geschiktheid van ondernemers die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van het project. Dit is een concrete invulling van het proportionaliteitsbeginsel. Dit is van groot belang omdat eisen die niet proportioneel zijn tot gevolg kunnen hebben dat een deel van de mogelijk geïnteresseerde ondernemers bij voorbaat wordt uitgesloten omdat zij niet aan de eisen kunnen voldoen. Een minder diverse markt leidt tot minder concurrentie en innovatie. Ook zal minder snel de beste prijs/kwaliteitverhouding worden bereikt. Hieronder wordt ingegaan op hetgeen uit deze bepaling kan voortvloeien met het oog op eisen inzake de financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid.

In het derde lid wordt aangegeven op welke manieren een ondernemer zijn financiële en economische draagkracht (i) kan aantonen. Het landsbesluit biedt in beginsel vier bewijsstukken voor de aanbesteder om de eisen te toetsen, te weten de bankverklaring, verzekering tegen beroepsrisico's, overlegging van gecontroleerde jaarrekeningen en een verklaring betreffende de omzet. Met een gecontroleerde jaarrekening wordt bedoeld dat de jaarrekening vergezeld moet gaan met een goedgekeurde controleverklaring. De eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht zijn evenwel niet limitatief. Er wordt immers gesproken van “in ieder geval”. Dit houdt in dat een aanbesteder aan een inschrijver kan vragen op een andere manier dan genoemd in dit lid zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen, bijvoorbeeld bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering als alternatief voor een beroeps-aansprakelijkheidsverzekering. Uiteraard dient alleen informatie te worden gevraagd die daadwerkelijk relevant is voor het desbetreffende project. De eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht zien op de draagkracht van de inschrijver en op eventuele derden op wiens draagkracht deze zich kan beroepen. De invulling

van de eisen met betrekking tot financiële- en economische draagkracht vereist maatwerk en is afhankelijk van de aard, omvang en waarde van het project. Met het woord “passend” in onderdeel a wordt dat ook benadrukt. Uit de praktijk valt wel af te leiden wat over het algemeen als proportionele eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht gezien kan worden. Zo kan bijvoorbeeld de eis dat de omzet binnen de bandbreedte van 0%-200% van het project moet liggen over het algemeen als proportioneel worden beschouwd. In de praktijk komt het voor dat er aan combinaties c.q. samenwerkingsverbanden hogere eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht worden gevraagd dan aan een enkele inschrijver. Uit het oogpunt van proportionaliteit kan de aanbesteder alleen aan combinaties hogere eisen stellen indien de hogere eisen in redelijke verhouding staan tot de aard en de omvang van het project.

Met het “voorwerp van het project” in artikel 2.5, derde lid, onderdeel d, wordt bedoeld het werk, de levering of de dienstverlening waar het project betrekking op heeft. Het gaat dus om de aard van het project. Bij de “omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van het project is” (onderdeel d) gaat er dus om dat aangetoond moet worden wat de omzet van de onderneming is voor dat gedeelte van zijn bedrijf dat specifiek betrekking heeft op het uit te voeren projecten.

Het vierde lid heeft betrekking op eisen met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid (ii). Deze eisen zien op de benodigde bekwaamheid van de onderneming voor de uitvoering van het betreffende project. Het vierde lid bevat anders dan het derde lid een limitatieve opsomming van middelen. Een aanbesteder kan dus niet aan een inschrijver vragen op een andere manier dan genoemd in dit lid zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen. De aanbesteder zal uit de in dit lid genoemde mogelijkheden een keuze moeten maken welke eisen hij in een concreet geval stelt. Ook ten aanzien van het aantal te stellen eisen geldt dat dit proportioneel moet zijn in het licht van het project in kwestie.

In de onderdelen a en b van het vierde lid is opgenomen dat een ondernemer zijn technische en beroepsbekwaamheid (ii) onder andere kan aantonen aan de hand van een lijst van werken of een lijst van diensten en leveringen die zijn uitgevoerd in de laatste vijf jaar voor werken respectievelijk in de laatste drie jaar voor leveringen en diensten. Deze lijst dient vergezeld te gaan van certificaten of referentieverklaringen die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd. Uit het oogpunt van proportionaliteit zou volstaan kunnen worden met het vragen van een aantal referentiewerken in plaats van de volledige lijst van referentiewerken van de afgelopen vijf respectievelijk drie jaar. Als een aanbesteder zich daartoe beperkt, zal in de regel het vragen om drie referentiewerken te verstrekken als proportioneel kunnen worden beschouwd. Of het vragen naar meer referentiewerken als proportioneel kan worden beschouwd, hangt af van de aard, omvang en waarde van het project. De aanbesteder kan uit het oogpunt van beperking van de administratieve lasten toestaan dat ondernemingen hun geschiktheid aantonen aan de hand van een beperkt aantal referentieprojecten. Het nadeel hiervan is dat daarmee een onvolledig beeld van de

geschiktheid kan ontstaan. Ondernemingen zullen zich immers beperken tot de geslaagde projecten en zullen mislukte of slecht uitgevoerde projecten bij voorkeur niet vermelden. Hierdoor krijgt de aanbesteder geen betrouwbaar beeld van de geschiktheid. Het vierde lid biedt aan aanbesteder de mogelijkheid om voor de beoordeling van de geschiktheid van de ondernemer te vragen naar de werken die hij de afgelopen vijf jaar heeft uitgevoerd of de diensten en leveringen die hij de afgelopen drie jaar heeft verricht.

Het vijfde en zesde lid hebben betrekking op eisen betreffende de beroepsbevoegdheid van de ondernemer (iii).

Artikelen 2.6 en 2.7 (kwaliteitsnormen en normen inzake milieubeheer)

Om het niveau van een bepaalde kwaliteit te bereiken of behouden, kan de aanbesteder verlangen dat de inschrijver voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen. Gedoeld wordt op kwaliteitsbewakingsregelingen door gecertificeerde onafhankelijke instanties, bijvoorbeeld certificaten van de bekende International Organization for Standardization (ISO). Hetzelfde geldt voor minimumeisen ten aanzien van het milieubeheer. Wanneer de aanbesteder een bepaalde verklaring op het gebied van kwaliteitseisen of milieueisen verlangt, dient hij ook andere bewijzen te accepteren indien die aantonen dat voldaan is aan gelijkwaardige maatregelen op het gebied van kwaliteitsbewaking of milieubeheer. Hieronder vallen ook buitenlandse bewijsstukken.

Artikelen 2.8 en 2.9 (nadere inlichtingen, bezoek van de locatie en details en monsters)

De aanbesteder kan additionele informatie over de inhoud van de aanbestedingsstukken opnemen in een zogenaamde nota van inlichtingen die aan alle belanghebbenden moet worden verzonden. Daarnaast kunnen potentiële inschrijvers vanaf het moment dat een aanbesteding is bekendgemaakt, zowel schriftelijk als – tijdens een inlichtingenbijeenkomst – mondeling vragen of inlichtingen stellen over de aanbestedingsdocumenten. Deze vragen en de antwoorden daarop worden op grond van het eerste lid in de nota van inlichtingen opgenomen. De nota van inlichtingen dient tot verduidelijking, aanvulling of wijziging van het bestek en de overige voor de inschrijving relevante stukken. Met behulp van deze nota kan een potentiële inschrijver, maar ook de aanbesteder, naderhand aantonen dat, indien hij of een andere inschrijver over een onduidelijkheid een schriftelijke of mondelinge vraag heeft gesteld, deze onduidelijkheid reeds in de aanbestedingsfase op enigerlei wijze (bijvoorbeeld tijdens een inlichtingenbijeenkomst) aan de orde is gesteld waarmee bepaalde geschillen die tijdens de uitvoering van de opdracht kunnen ontstaan, worden voorkomen. De aanbesteder mag alleen inlichtingen verstrekken die dienen ter verduidelijking van de eisen die in de bekendmaking of het bestek zijn gesteld. Het project zelf mag door de nota van inlichtingen niet van aard of strekking veranderen. Een nota van inlichtingen wordt dus opgemaakt aan de hand van een bestaand bestek en vormt daarmee onderdeel van het bestek.

Het is mogelijk dat bepaalde zaken betreffende een bouwterrein en omgeving niet afdoende in een bestek en bijbehorende tekeningen omschreven kunnen worden. In een dergelijk geval kan een zogenaamd bezoek van de locatie worden georganiseerd. In het LOA wordt gesproken van een “aanwijzing ter plaatse” en omvat een geleid bezoek aan de plek(ken) waar

het project dient te worden uitgevoerd. Op grond van het tweede lid dient van een bezoek van de locatie een proces-verbaal te worden opgemaakt, in plaats van een verslag op grond van het LOA. Ook het proces-verbaal van bezoek van de locatie maakt deel uit van het bestek.

In het derde lid is bepaald dat zowel de nota van inlichtingen als het proces-verbaal van het bezoek van de locatie uiterlijk zeven dagen na de inlichtingenbijeenkomst of het bezoek van de locatie beschikbaar dient te zijn voor de potentiële inschrijvers. Voormelde termijn is een minimumtermijn. De aanbesteder doet goed om in het bestek aan te geven tot welk moment (potentiële) inschrijvers uiterlijk schriftelijk of mondeling vragen kunnen stellen omtrent het project of de procedure. Voorkomen moet worden dat een potentiële inschrijver kort voor het verstrijken van dit tijdstip complexe vragen stelt of in aanzienlijke mate vragen gaat stellen, waardoor de aanbesteder het risico loopt de vragen niet tijdig meer te kunnen beantwoorden. Mocht daarvan nochtans sprake zijn, dan zal de aanbesteder in de praktijk de termijn voor de indiening van de inschrijving kunnen verlengen, waardoor de datum van de aanbesteding kan worden verschoven door de aanbesteder. Een verplichting daartoe bestaat evenwel niet voor de aanbesteder.

Het derde lid bepaalt bewust niet op welke wijze de nota van inlichtingen en het proces-verbaal van inlichtingen aan de belanghebbenden worden verstrekt. Dat wil zeggen dat de aanbesteder zelf kan bepalen of hij deze bescheiden via e-mail verzendt of op een bepaalde website uploadt, die door de belanghebbenden kunnen worden gedownload. De aanbesteder kan uiteraard de bescheiden ook in hard copy vorm met de post verzenden. Met het oog op digitalisering en de plannen van de regering op het gebied van e-governance, wordt dit laatste minder wenselijk geacht. De nota van inlichtingen en het proces-verbaal van bezoek van de locatie liggen in ieder geval vanaf het moment dat ze beschikbaar zijn kosteloos voor eenieder ter inzage op de in het bestek genoemde plaats.

Het voorschrift dat de nota van inlichtingen en het proces-verbaal van bezoek van de locatie met alle belanghebbenden worden gedeeld en dat deze bescheiden voor elke inschrijver bindend zijn, hangt samen met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel waaruit onder meer voortvloeit dat iedere ondernemer dezelfde kansen moet krijgen en over dezelfde informatie beschikt of kan beschikken. Daarmee wordt tevens de transparantie van het proces gewaarborgd. In de nota van inlichtingen of het proces-verbaal van bezoek van de locatie wordt tot slot eveneens vermeld als een kennisneming of een waarmeding van een detail onderscheidenlijk een monster, als bedoeld in artikel 2.9 heeft plaatsgevonden.

Artikel 2.10 (projectdossier)

Dit artikel implementeert artikel 7, eerste lid, van de AV dat het betrokken hoofd van dienst verplicht om van elke aanbesteding een projectdossier aan te maken en bij te houden. Het doel van het projectdossier is om het verloop van een aanbestedingsprocedure te documenteren. Met het oog op een deugdelijk verloop van de procedure waarin de aanbestedingsbeginselen te allen tijde worden gerespecteerd, is het van belang dat inzicht kan worden verkregen in het besluitvormingsproces van een aanbestedingsprocedure. De

aanbesteder moet daarom de genomen besluiten in alle stadia van de aanbestedingsprocedure kunnen motiveren. Uit artikel 2.10 blijkt dat het projectdossier alle aanbestedingsstukken en relevante bescheiden die betrekking hebben op de aanbesteding bevat, zoals de bekendmaking en het bestek, maar ook de vastgelegde communicatie met ondernemers en interne beraadslagingen over de beoordeling van de inschrijvingen (offertes), nota's van inlichtingen, processen-verbaal, publicaties, selectie en gunning van de opdracht, etc. Los van de omstandigheid dat een projectdossier een normaal onderdeel is van goed financieel beheer, kan de documentatie daarin ook van belang zijn in het kader van een rechterlijke procedure met betrekking tot de gunning of in het kader van controles door de Centrale Accountantsdienst en de Algemene Rekenkamer van Aruba. Het hoofd van dienst is op grond van artikel 7, tweede lid, van de AV verantwoordelijk en verplicht om het projectdossier ten minste vijf jaar te bewaren vanaf de datum waarop de aanbesteding wordt beëindigd.

Artikel 2.11 (de inschrijving)

In dit artikel worden regels gesteld ten aanzien van de inschrijving, waaronder de gegevens die de inschrijving moet bevatten en de termijn waarbinnen deze moet worden ingediend nadat een aanbesteding bekend is gemaakt. Het is namelijk wenselijk gebleken om deze termijn te verlengen om enerzijds de ondernemer voldoende tijd te geven voor het indienen van zijn inschrijving en anderzijds om rekening te houden met de nieuwe mogelijkheid om aanbestedingsstukken te rectificeren. Vooral bij grote complexe projecten, waartoe bijvoorbeeld het midden- en kleinbedrijf (MKB) minder snel toegang heeft, kan het wenselijk zijn om een inschrijvingstermijn van langer dan dertig dagen te stellen, zodat het de gelegenheid heeft om een combinatie te vormen. Op deze manier wordt bereikt dat ook het MKB bij grotere projecten mee kan doen. Een verplichting daartoe bestaat evenwel niet voor de aanbesteder.

Ook voor de inschrijving is het wenselijk gebleken om een standaardmodel (model 3) vast te stellen. Het model van inschrijvingsformulier dient te worden gebruikt voor alle projecten die openbaar of onderhands worden aanbesteed, maar ook bij een gunning uit de hand. Het indienen van een ander formulier voor de inschrijving is derhalve niet toegestaan door de inschrijver.

Uitgangspunt bij de openbare aanbesteding is dat de inschrijving schriftelijk plaatsvindt. In het licht van het mogelijk nog verder verlagen van de administratieve lasten en ter vergroting van de efficiëntie van de overheidsdiensten is het zeker wenselijk dat het Land op den duur overstapt op een gehele digitale infrastructuur voor aanbesteden. De infrastructuur voor digitaal aanbesteden is echter thans nog niet beschikbaar. Net als op grond van het LOA is inschrijving dan ook thans uitsluitend mogelijk door deponering van het inschrijvingsformulier (en alle daarbij vereiste bewijsmiddelen dan wel de eigen verklaring, indien het gebruik daarvan wordt verlangd) in de daarvoor bestemde en afgesloten bus (vierde lid).

Als de GPA van toepassing is, dient de inschrijvingstermijn op grond van artikel XI, onderdeel 3, van de Overeenkomst ten minste veertig dagen te bedragen. Het vijfde lid strekt tot uitvoering daarvan.

Artikel 2.12 (intrekking en wijziging inschrijving)

Een inschrijver kan zijn offerte slechts ongedaan maken door zijn inschrijving in te trekken. Een niet ingetrokken inschrijving constitueert immers een onherroepelijk aanbod (art. 2.16, eerste lid) en leidt, indien de aanbesteder besluit om het aanbod te aanvaarden en de betrokken inschrijver de uitvoering van het project te gunnen, zonder dat daarvoor nog toestemming van de inschrijver nodig is, tot de totstandkoming van een overeenkomst. Nadat de termijn is verstreken voor het indienen van een inschrijving, is de inschrijving gedurende de termijn van de gestanddoening onherroepelijk. Anders dan het LOA stelt het landsbesluit wel vormvereisten aan de intrekking van een inschrijving. Zo dient de inschrijver gebruik te maken van een vastgesteld model van intrekkingformulier (model 4) en dient het ondertekende formulier ook in de daarvoor bestemde en afgesloten bus te worden gedeponerd. Het deponeren van een ander formulier voor de intrekking van de inschrijving is derhalve niet toegestaan door de inschrijver.

Dat een inschrijving niet kan worden gewijzigd nadat de aanbesteding een aanvang heeft genomen, vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Een en ander uiteraard met inachtneming van hetgeen ter zake van de artikelen 2.19, 2.23, tweede lid, en 2.25, tweede lid, is vermeld.

Artikel 2.13 (percelen)

In een aantal gevallen kan een aanbesteder besluiten de aanbesteding te verdelen in zogenaamde percelen. Een reden daarvoor is vaak het feit dat een groot project blijkt opgebouwd te zijn uit diverse specialismen. Daarbij is het van belang dat er een logische verdeling gemaakt kan worden, bijvoorbeeld in doelgroepen of in werkzaamheden die elk een specifieke expertise vereisen of soms ook in territoria. De gunning vindt meestal plaats per perceel, maar het kan voorkomen dat inschrijvers op meerdere percelen inschrijven en dat ze ook meerdere percelen gegund krijgen. Dit is afhankelijk van wat in de bekendmaking, het bestek of de nota van inlichtingen is vermeld.

Het uitgangspunt van artikel 2.13 is dat een ondernemer op elk perceel afzonderlijk kan inschrijven indien het project in percelen is verdeeld. Indien de aanbesteder dat niet wenselijk acht, dan moet hij dat in het bestek vermelden (eerste lid).

Artikel 2.14 (gezamenlijke inschrijving)

Het komt regelmatig voor dat twee of meer inschrijvers gezamenlijk inschrijven voor een aanbesteding. Er is dan sprake van een samenwerking op basis van een combinatie of hoofd- en onderaanneming. Dit artikel regelt de combinatievorming. Ingevolge artikel 2.1, tweede lid, onderdeel b, van de Mededingingsverordening zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van

ondernemingen die bestaan uit het direct of indirect bepalen van inschrijfprijzen of andere biedingsvoorwaarden in geval van aanbestedingen, namelijk verboden. Verwezen wordt naar artikel 2.18 onderdeel b van het ontwerp. Artikel 2.14 van het ontwerp gaat niet hierover, maar regelt indien twee of meer inschrijvers tezamen inschrijven (combinatievorming). Deze samenwerkingsvorm is niet in strijd met artikel 2.1, tweede lid, onderdeel b, van de Mededingingsverordening, waardoor een vrijstellingsmogelijkheid van het verbod op mededingingsafspraken niet vereist is. Bij deze samenwerkingsvorm geldt de eis dat alle combinanten ten volle aan de gestelde geschiktheidseisen moeten voldoen die voor individuele inschrijvers worden gesteld. Dit betekent dat zij ook beiden verantwoordelijk zijn voor het aanleveren van gegevens van hun eigen organisatie of onderneming. Voordeel bij het inschrijven in combinatie is dat voor het voldoen aan eisen en wensen de combinatie geacht wordt gezamenlijk te kunnen voldoen. De gegevens van de individuele bedrijven worden in het kader van bijvoorbeeld financiële draagkracht opgeteld. Op deze manier kunnen kleinere bedrijven toch voldoen aan de eisen waar zij in beginsel alleen niet aan zouden kunnen voldoen. Een punt van aandacht bij deze vorm van inschrijven is wel dat beide combinanten gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn. Een andere vorm van gezamenlijk inschrijven is die van hoofdaannemer en onderaannemer. In de inschrijving dient duidelijk te zijn wie als hoofdaannemer fungeert en welk gedeelte in onderaanneming gegeven wordt. In het kader van de aansprakelijkheid is de hoofdaannemer te allen tijde volledig verantwoordelijk voor de uitvoering van de opdracht, ook voor het gedeelte van de onderaannemer, ten opzichte van de aanbesteder. De hoofdaannemer is de contractpartij. Ter aantoning van de technische en beroepsbekwaamheid kan de aanbesteder, in overeenstemming met artikel 2.5, vierde lid, onderdeel k, een omschrijving opvragen met betrekking tot het deel van het project dat de inschrijver in onderaanneming zal geven en onder welke voorwaarden. Deze opgave laat de aansprakelijkheid van de inschrijver onverlet.

Het tweede lid verbiedt de aanbesteder om voor de indiening van een inschrijving van een samenwerkingsverband van ondernemers een bepaalde rechtsvorm voor te schrijven. Echter, als het project wordt gegund, kan de aanbesteder dat wel eisen, indien dat in het belang van de uitvoering van het project wenselijk of noodzakelijk wordt geacht en dit in het bestek is vermeld. Omgekeerd kan de aanbesteder inschrijvers ook niet dwingen om met elkaar een samenwerkingsverband aan te gaan.

Artikel 2.15 (varianten)

Het bevorderen van innovatie is een van de speerpunten van het regeringsbeleid. Daarom is het belangrijk dat aanbesteders inschrijvers de ruimte bieden hun kennis en kunde optimaal te gebruiken. Een belangrijk instrument om deze innovatieve kracht te benutten, is het toestaan van het indienen van alternatieve, innovatieve oplossingen, die als variant bij een aanbestedingsprocedure door inschrijvers kunnen worden ingediend. Het is echter aan de aanbesteder te beslissen op welke wijze hij varianten toestaat en aan welke voorwaarden hij het indienen van varianten verbindt. De aanbesteder kan varianten niet alleen toestaan, maar ook verlangen. Het verlangen van varianten kan bijvoorbeeld interessant zijn voor een

aanbesteder die een vergelijking wil maken tussen de mogelijkheid om een wagenpark aan te schaffen (in eigendom) of te leasen.

Voorkomen dient te worden dat het gebruik van varianten een prijs/kwaliteit vergelijking moeilijk of onmogelijk maakt. Daarom bindt artikel 2.15 het gebruik van varianten aan enkele voorwaarden. Als een aanbesteder varianten toestaat of verlangt, geeft hij daarbij ten eerste te kennen of de inschrijving zowel een besteksconforme inschrijving als een of meerdere varianten dient te bevatten, of dat een inschrijver ook louter varianten kan indienen (derde lid). Verder moet de aanbesteder in de aanbestedingsstukken op transparante wijze vermelden aan welke minimeisen de varianten ten minste moeten voldoen en hoe zij worden ingediend. Met het enkel verwijzen naar een nationale wettelijke bepaling voldoet de aanbesteder dus niet aan de verplichting dat hij de minimeisen aan de varianten kenbaar dient te maken.

Het vierde lid bepaalt dat varianten verbonden dienen te zijn met het voorwerp van het project. Dit wil zeggen dat de varianten een nauwe samenhang moeten hebben met de eisen van het project. Als een aanbesteding wordt gehouden voor bijvoorbeeld het leveren van nieuwe computers kan een variant geen betrekking hebben op het leveren van kantoormeubilair.

Het spreekt voor zich dat de aanbesteder slechts die varianten in overweging neemt die aan de gestelde eisen voldoen (vijfde lid). De inschrijver die een variant indient, is derhalve verplicht om in te schrijven overeenkomstig het bestek en de nota van inlichtingen.

Artikel 2.16 (termijn van gestanddoening)

Een belangrijk element van de inschrijving is de termijn gedurende welke de inschrijver dit gestand moet doen, nadat de uiterlijke termijn voor de inschrijving is verstreken. In navolging van het LOA stelt artikel 2.16 de gestanddoeningstermijn in beginsel vast op 90 dagen. De aanbesteder kan hiervan in de bekendmaking of het bestek een langere of kortere termijn stellen. Het indienen van een offerte omvat impliciet de instemming van een inschrijver met de gestanddoeningstermijn.

In de gunningsfase kunnen rechtsmiddelen worden aangewend tegen een gunningsbeslissing. Dit kan voor de ondernemer aan wie het project waarschijnlijk zal worden gegund, inhouden dat de totale termijn van de gestanddoening nog langer dan 90 dagen is. Het derde lid bepaalt ter zake dat de gestanddoeningstermijn pas twee weken nadat de rechter in kort geding vonnis heeft gewezen, eindigt. De aanbesteder doet er dus goed aan om in het bestek op te nemen dat inschrijvers gehouden zijn hun offerte gestand te doen tot veertien dagen na de datum waarop het eventuele vonnis is gewezen.

Artikel 2.17 (opening inschrijvingen)

Artikel 2.17 komt nagenoeg overeen met de artikelen 16 en 17 van het LOA. Daarin wordt de procedure beschreven die gevolgd moet worden op de dag waarop de bus, waarin zich de inschrijvingen bevinden, wordt geopend. Nieuw is het nadrukkelijke verbod om de

inschrijvingen te openen, voordat de termijn waarop alle inschrijvingen zijn ingediend (eerste lid). Het tweede en derde lid komen overeen met artikel 16, eerste en tweede lid van het LOA. De procedure houdt in dat de bestemde bus met de inschrijvingsformulieren in het openbaar wordt geopend op de in de aanbestedingsstukken vermelde plaats en tijdstip. De inhoud van de inschrijvingen wordt vervolgens terstond voor eenieder hoorbaar voorgelezen. Op grond van het vierde lid worden geconstateerde in het oog springende gebreken of onregelmatigheden ook voorgelezen, zonder dat op dat moment wordt ingegaan op de geldigheid van de inschrijvingen ten gevolge van de onregelmatigheden. Dit is anders dan artikel 17, tweede lid, van het LOA op grond waarvan het melden van dit feit niet vereist is.

Om consequent te blijven, wordt in het landsbesluit (in plaats van een verslag op grond van artikel 17 van het LOA) een proces-verbaal voorgeschreven van de opening van de inschrijvingen, waarin de meest belangrijke aspecten hiervan worden opgenomen. Het proces-verbaal is openbaar en wordt, net als het proces-verbaal van bezoek van de locatie, aan de inschrijvers verstrekt (zesde lid). Ook hier geldt dat het de aanbesteder vrij staat om het proces-verbaal te mailen, op een website te uploaden of met de post te doen verzenden. De kanttekening wordt geplaatst dat het elektronische communicatieverkeer de voorkeur heeft.

Artikel 2.18 (ongeldigheid van inschrijvingen)

De beoordeling van de geldigheid van inschrijvingen is zeer casuïstisch. Het zal steeds van de feiten en omstandigheden van het geval afhangen of het ontbreken van bepaalde gegevens ook daadwerkelijk moet leiden tot ongeldigheid van de inschrijving.

Ongeldige inschrijvingen zijn ten eerste inschrijvingen die niet voldoen aan de in de AV, het landsbesluit, de bekendmaking, het bestek of de nota van inlichtingen gestelde eisen en die in principe niet voor herstel in aanmerking komen (onderdeel a). Hieronder vallen onder meer inschrijvingen die zijn ingediend:

- in een andere taal dan waarin de inschrijving conform het bestek had dienen plaats te vinden,
- door middel van een inschrijvingsformulier dat niet volledig is ingevuld of niet is ondertekend,
- nadat de uiterste termijn voor indiening van inschrijvingen is verstreken,
- zonder dat de voorgeschreven eigen verklaring of bewijsmiddelen zijn toegevoegd,
- zonder deponering in de speciaal daarvoor bestemde bus.

Onderdeel a dient te worden gelezen in samenhang met artikel 2.19, 2.23, tweede lid, en 2.25, tweede lid, inzake de mogelijkheid tot herstel van gebreken in de eigen verklaring of met betrekking tot de in te dienen bewijsmiddelen onderscheidenlijk de bevoegdheid van de aanbesteder om potentiële inschrijvers die in aanmerking komen voor gunning van het project te verzoeken om door hen in te dienen bewijsstukken aan te vullen of toe te lichten. Slechts bij tekortkomingen van geringe aard is herstel mogelijk. Indien de bepaling duidt op een inhoudelijke eis, en niet op bijvoorbeeld slechts een 'formaliteit', zal verzuim van een en ander doorgaans geen 'tekortkoming van geringe aard' zijn. Jurisprudentie over de onderhavige

bepaling wijst uit dat de toetsing van inschrijvingen aan de gestelde eisen met gepaste strengheid dient te geschieden. In de toelichting op artikel 2.19 zal hierop nader worden ingegaan.

Ongeldig zijn voorts inschrijvingen waarvan de inschrijvers prijsaanbiedingen met elkaar hebben afgestemd (onderdeel b). Ingevolge artikel 2.1, tweede lid, onderdeel b, van de Mededingingsverordening zijn deze overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die bestaan uit het direct of indirect bepalen van inschrijfprijzen of andere biedingsvoorwaarden in geval van aanbestedingen, namelijk verboden. Verwezen wordt naar de toelichting op artikel 2.14. Tot slot zijn vanzelfsprekend voorwaardelijke inschrijvingen ongeldig (onderdeel c). Hierbij is namelijk feitelijk sprake van niet-bestek conforme inschrijvingen.

Artikel 2.19 (herstel van gebreken)

Op grond van artikel 2.19 moet de inschrijver onder bepaalde omstandigheden in staat worden gesteld om zijn inschrijving te verbeteren of aan te vullen indien er sprake is van een gebrek van geringe aard in een inschrijving. Er is sprake van een gebrek wanneer de inschrijving niet beantwoordt aan alle door de aanbesteder gestelde eisen en voorwaarden. Bij de beoordeling van een herstelkans spelen de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit een belangrijke rol. Deze beginselen verzetten zich tegen onderhandelingen tussen de aanbesteder en een inschrijver. De aanbesteder moet bij de beoordeling van de geldigheid van een inschrijving uitgaan van de stukken die hij van de betrokken inschrijver heeft ontvangen. Een inschrijver mag slechts in uitzonderlijke gevallen in de gelegenheid worden gesteld zijn inschrijving aan te vullen of te verbeteren. Van de ondernemer mag immers een bepaalde mate van zorgvuldigheid worden verwacht bij het indienen van een offerte voor een project die in het openbaar wordt aanbesteed.

Van belang is dat de mogelijkheid tot herstel enkel bestaat indien het gaat om een eenvoudige precisering of herstel van een kennelijk materiële fout of kennelijke verschrijving (voor eenieder kenbare vergissing). Wat concreet hieronder moet worden verstaan, is niet zwart-wit. Er zijn geen lijsten van gebreken die respectievelijk wel of niet voor herstel in aanmerking komen. Het moet in ieder geval gaan om tekortkomingen van geringe aard, waarbij de vraag geldt of het gebrek een eenvoudige precisering of kennelijke materiële fout betreft en de wijziging er niet toe leidt dat een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Ook ontbrekende gegevens of bewijsstukken zal de ondernemer moeten kunnen herstellen, mits het herstel niet leidt tot een in werkelijkheid nieuwe inschrijving. Op de regel van tekortkomingen van geringe aard geldt een belangrijke uitzondering. Wanneer in de aanbestedingsstukken is bepaald dat op straffe van uitsluiting aan de aanbestedingsprocedure aan een bepaalde eis moet worden voldaan, is herstel van het gebrek niet toegestaan. Fouten in inschrijvingen die in de aanbestedingsstukken gesanctioneerd worden met uitsluiting zijn dus altijd fataal en kunnen niet hersteld worden. Dit vloeit voort uit het beginsel van gelijke behandeling op grond waarvan de aanbesteder verplicht is de door hem zelf gestelde eisen nauwgezet toe te passen. In dit

verband wordt ter verduidelijking verwezen naar een aantal uitspraken van het Europese Hof van Justitie en de Nederlandse rechter bij het Hof van Justitie.

In de zaak van *Cartiera dell'Adda SpA tegen CEM Ambiente SpA* (HvJ EU 6 november 2014/C-42/13) zijn ondernemers bij de inschrijving verplicht tot het overleggen van een verklaring die bewijst dat hun technisch directeur niet strafrechtelijk is (of wordt) vervolgd, op straffe van uitsluiting. Eén van de inschrijvers is vergeten de vereiste verklaring over te leggen en wordt van verdere deelname aan de aanbesteding uitgesloten. Een andere inschrijver heeft abusievelijk een verklaring verstrekt die betrekking had op de verkeerde persoon. Het gaat in deze zaak primair om de vraag of een inschrijver alsnog de verklaring die op straffe van uitsluiting verstrekt moet worden in een later stadium kan verstrekken, en secundair of, en zo ja in welke gevallen, de bevoegdheid van een aanbestedende dienst om een toelichting te vragen op een inschrijving, tevens leidt tot de verplichting voor een aanbestedende dienst om een toelichting te vragen. Het standpunt van het EHvJ is dat zowel het accepteren van voorgenoemde verklaring in een later stadium, alsmede het vragen om een toelichting op voorgenoemde verklaring zich niet verdragen met de beginselen van gelijkheid en transparantie. De aanbestedende dienst is dan ook verplicht om een inschrijver uit te sluiten zonder de mogelijkheid om omissies op enigerlei wijze te herstellen, wanneer een document ontbreekt dat bij de inschrijving op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.

In de uitspraak van 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*) wordt door het EHvJ geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel zich er in beginsel tegen verzet dat een inschrijving na indiening wordt aangepast c.q. gewijzigd. De aanbestedende dienst mag wel verzoeken dat bepaalde gegevens van een inschrijving worden verbeterd of aangevuld, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn, zoals een gepubliceerde jaarrekening of een uittreksel uit het handelsregister als bewijs van inschrijving.

In overeenstemming met de voorgaande uitspraken heeft de rechter van het Hof van Justitie in Nederland op 11 november 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:8646) geoordeeld dat de bevoegdheid van een aanbestedende dienst om herstel toe te staan niet zover gaat dat ook een herstelmogelijkheid mag worden geboden voor stukken die op straffe van uitsluiting moeten worden verstrekt. Gedacht kan worden aan een garantieverklaring van een bank. De herstelmogelijkheid mag voorts alleen betrekking hebben op stukken waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren vóór het einde van de inschrijvingstermijn.

Het gaat er dus om dat de aanbesteder verplicht is om de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht te nemen en in dat kader gehouden is een deelnemer uit te sluiten die een stuk of een gegeven dat volgens de aanbestedingsstukken op straffe van uitsluiting of ongeldigheid moest worden overgelegd, niet heeft verstrekt. Dat de aanbesteder proportioneel moet handelen, doet daaraan niet af. Als er plaats is voor herstel van een gebrek, dan mag de aanbesteder een verzoek tot herstel pas doen, nadat hij kennis heeft genomen van alle inschrijvingen. Daarnaast moet de aanbesteder alle inschrijvers die in dezelfde situatie

verkeren op gelijke wijze in de gelegenheid stellen om hun inschrijving aan te vullen of verbeteren. Voorts moet een verzoek tot herstel direct betrekking hebben op alle herstelpunten.

Hoewel het niet (juist) invullen van bepaalde verplichte tabellen in het inschrijvingsformulier op zichzelf als een kennelijke fout kan worden aangemerkt, is herstel van die fout bijvoorbeeld niet toegestaan. Het inschrijvingsformulier moet namelijk ingevolge artikel 2.11, eerste lid, aanhef van het landsbesluit immers volledig worden ingevuld. Herstel van een niet volledig ingevuld inschrijvingsformulier komt al snel neer op een wijziging van de inschrijving. Evenmin zal de inschrijver na het uiterste tijdstip waarop de inschrijving kan worden ingediend, de eigen verklaring of vereiste bewijsstukken aan het inschrijvingsformulier kunnen toevoegen. Artikel 2.11, derde lid, schrijft immers voor dat deze bescheiden aan het inschrijvingsformulier worden toegevoegd. Betreft het gebrek tot slot de inschrijvingssom in het inschrijvingsformulier en is op basis van de inschrijving niet vast te stellen dat er sprake is van een vergissing, dan komt het gebrek niet in aanmerking voor herstel.

Het abusievelijk niet indienen van een uittreksel uit het handelsregister of het per vergissing in de eigen verklaring niet aangeven of een uitsluitingsgrond niet van toepassing is, dient naar het oordeel van de regering evenwel hersteld te kunnen worden binnen de in het eerste lid gestelde termijn. Ook het per abuis hanteren van een verkeerde datum bij een referentieproject is een goed voorbeeld van een eenvoudig te herstellen gebrek. Men kan immers objectief vaststellen dat het project dateert van voor het einde van de uiterste inschrijvingstermijn.

Artikel 2.20 (verduidelijking inschrijving en verbod onderhandeling met inschrijvers)

Het kan soms noodzakelijk zijn om besprekingen met inschrijvers te houden om meer duidelijkheid te krijgen over de ingediende inschrijvingen. Dit is op grond van het eerste lid van artikel 2.21 toegestaan voor zover de besprekingen geen discriminatie opleveren of in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel of het transparantiebeginsel. Onderhandelingen met inschrijvers, anders dan bedoeld in het eerste lid, kunnen echter leiden tot wijziging van het project en de mededinging vervalsen en zijn daarom op grond van het tweede lid absoluut niet toegestaan voor de openbare aanbesteding. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing verklaard voor de onderhandse aanbesteding (artikel 3.6).

Artikel 2.21 (abnormaal lage inschrijvingen)

Het artikel biedt aanbesteders de mogelijkheid om inschrijvingen met een abnormaal lage prijs af te wijzen. Van een abnormaal lage inschrijving is sprake indien de inschrijver zijn inschrijving zodanig laag heeft geraamd in verband met de noodzakelijke werkzaamheden, dat gevreesd kan worden dat hij een fout heeft gemaakt bij de raming of een irreële prijs heeft geboden om zo het project te verkrijgen, waardoor het risico op kwalitatief lagere leveranciersprestaties of kosten in verband met meerwerk hoog is. De ondernemer zal immers het verschil tussen zijn prijs en de werkelijke prijs op de één of andere manier terug willen verdienen. In de Nederlandse rechtspraak wordt een abnormaal lage inschrijving daarom vaak aangeduid als de vloek van het winnende aanbod. Het is niet precies aan te geven wanneer een inschrijving

abnormaal laag is, maar het woord 'abnormaal' impliceert in ieder geval dat de inschrijvingssom (ruim) beneden een zeer scherpe prijs moet liggen. Het gemiddelde van de ingediende inschrijvingen kan dienen om te beoordelen of er sprake is van een abnormaal lage inschrijving.

Artikel 2.21 behelst een discretionaire bevoegdheid voor de aanbestedder. Hij is dus niet verplicht om elke abnormaal lage inschrijving af te wijzen. Indien de aanbestedder van oordeel is dat géén sprake is van een abnormaal lage inschrijving, moet uit zijn motivering blijken welk proces hij heeft doorlopen om vast te stellen of een prijs al dan niet abnormaal laag is. Hierbij kan vertrouwelijke informatie uit de betreffende inschrijving worden geparafraseerd of in algemene termen worden beschreven. Het staat de aanbestedder vrij de methode vast te stellen op grond waarvan de aangeboden prijs wordt gecontroleerd, mits die methode objectief en niet-discriminerend is (HvJ EU 19 oktober 2017, C-198/16 P (*Agriconsulting Europe*)). De aanbestedder mag evenwel geen gebruik maken van een mathematische benadering door bijvoorbeeld inschrijvingen die meer dan een bepaald percentage afwijken van de vooraf door de aanbestedende dienst opgestelde waardering automatisch van het project uit te sluiten zonder inschrijvers de kans te bieden een verduidelijking te geven (HvJ EG 22 juni 1989, 103/88 (*Fratelli Costanzo*)).

Van belang is het gegeven dat de geboden prijs (inschrijvingssom) abnormaal laag dient te zijn in verhouding tot de aard en omvang van het project dat wordt aanbesteed. Slechts een inschrijvingssom die abnormaal laag is, kan aanleiding geven voor afwijzing en niet een enkele opmerkelijk lage post. Een inschrijving onder de kostprijs hoeft dus niet automatisch als abnormaal laag te worden aangemerkt.

Hoewel de aanbestedder niet verplicht is abnormaal lage inschrijvingen af te wijzen, is hij wel verplicht de inschrijver te verzoeken om zijn inschrijving toe te lichten indien het niveau van de voorgestelde prijs of kosten van de inschrijving hem abnormaal laag voorkomt (eerste lid). Het verzoek tot toelichting is dus imperatief. Zonder dit verzoek te hebben gedaan, kan de aanbestedder de inschrijving niet afwijzen. Daarnaast kan de aanbestedder de inschrijver pas om toelichting vragen nadat alle andere inschrijvingen zijn beoordeeld.

Hoewel de aanbestedder uiteindelijk zelfstandig beslist of de ontvangen toelichting afdoende is om het (abnormaal) lage prijspeil te verklaren of dat de inschrijving wordt afgewezen, is hij op grond van de laatste volzin van het eerste lid gehouden met de betreffende inschrijver in overleg te treden over de door hem gegeven toelichting. Dergelijk overleg biedt de aanbestedder de mogelijkheid tot het stellen van (aanvullende) vragen en geeft de inschrijver de mogelijkheid zijn inschrijving verder toe te lichten. Doel van het overleg is verschil van begrip van de inschrijving zoveel mogelijk te voorkomen. Indien de aanbestedder verzuimt met de inschrijver in overleg te treden teneinde zijn inschrijving te onderzoeken, zijn niet alle voorwaarden voor toepassing van het artikel vervuld en kan niet tot afwijzing van de inschrijving worden overgegaan.

In het tweede lid wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van onderwerpen waarop de aanbesteder in elk geval een toelichting kan vragen. Het is de aanbesteder niet toegestaan om op voorhand beperkingen te stellen aan de inhoud van de te geven verduidelijkingen.

Tot slot bepaalt het derde lid dat de inschrijving alleen mag worden afgewezen, indien de ondernemer de lage prijs of kosten niet genoegzaam onderbouwt. De inschrijver is derhalve verplicht om een deugdelijke toelichting te geven. Indien de aanbesteder niettemin besluit tot afwijzing van de inschrijving, is hij gehouden te motiveren waarom hij de gegeven toelichting onvoldoende acht.

Artikel 2.22 (beoordeling inschrijvingen en buiten beschouwing laten)

Dit artikel regelt de beoordeling van de inschrijvingen en het buiten beschouwing laten hiervan wanneer verdere deelname aan de aanbesteding van de ondernemer niet toegestaan, wenselijk of zinvol is. Inschrijvingen die buiten beschouwing worden gelaten, mogen niet in de vergelijking met andere inschrijvingen worden meegenomen in de beoordeling. Deze inschrijvingen komen dan ook niet (meer) in aanmerking om hersteld te worden, aangezien ze gelijk definitief van verdere deelname aan de procedure worden uitgesloten. Het gaat ten eerste om ondernemers die op grond van artikel 1.4, eerste en derde lid (verplichte uitsluitingsgronden), verplicht door de aanbesteder moeten worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding. Het heeft dus in dergelijke gevallen geen zin om inschrijvingen van deze inschrijvers verder te beoordelen. Indien in het bestek facultatieve uitsluitingsgronden zijn gesteld, worden ook de inschrijvingen van deze inschrijvers – indien daartoe na intern overleg wordt besloten – terzijde gelegd (vierde lid). Ten tweede is het niet zinvol om ingetrokken inschrijvingen, waarvan de ondernemer om zijn moverende redenen dus niet meer geïnteresseerd is om het project uit te voeren, te beoordelen. Het spreekt voorts voor zich dat de aanbesteder inschrijvingen die niet voldoen aan door hem zelf gestelde (geschiktheids)eisen niet in zijn beoordeling meeneemt (onderdeel c). Uit de eigen verklaring zal in beginsel direct moeten blijken of op een inschrijver een uitsluitingsgrond rust en of hij al dan niet aan een geschiktheidseis voldoet. Het kan echter voorkomen dat een ondernemer niet eerlijk is bij het invullen van de eigen verklaring, waardoor de aanbesteder pas nadat hij de actuele vereiste bewijsmiddelen heeft opgevraagd, bekend zal worden met het feit dat de ondernemer mogelijk niet voldoet aan geschiktheidseisen of dat hij op grond van artikel 1.4 of 1.5 van verdere deelname aan de procedure moet worden uitgesloten. Verder mag de aanbesteder geen rekening houden met inschrijvingen die op grond van artikel 2.19 ongeldig zijn. Dit geldt zowel voor inschrijvingen waarvan een of meer gebreken in het geheel niet kunnen worden hersteld, als voor inschrijvingen waarvan een of meer gebreken niet binnen de gestelde termijn zijn hersteld (onderdelen d en e).

Tot slot mag de aanbesteder op grond van artikel 2.15, vijfde lid, slechts rekening houden met ingediende varianten die aan de door hem gestelde eisen voldoen, met dien verstande dat hij in het bestek heeft moeten vermelden dat varianten zijn toegestaan of worden verlangd. Indien hiervan geen sprake is, moet de aanbesteder op grond van onderdeel a van het derde lid van artikel 2.22 de varianten ook buiten beschouwing laten.

Artikelen 2.23 tot en met 2.25 (verzoek vereiste actuele bewijsstukken en loting)

In deze artikelen wordt een aantal voorschriften gesteld voor de controle van de uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en de selectie van inschrijvers. De artikelen 2.23, tweede lid, en 2.25, tweede lid, hangen dan ook direct samen met artikel 2.27, tweede lid, onderdelen b en c, dat bepaalt dat een project niet mag worden gegund aan een inschrijver die niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen of die in alle redelijkheid niet in staat zal zijn het beoogde project op deugdelijke en duurzame wijze uit te voeren.

artikel 2.23

Artikel 2.23 geeft de aanbesteder het recht te allen tijde tijdens de aanbestedingsprocedure alle of een deel van de bewijsmiddelen op te vragen, wanneer dit noodzakelijk is voor een goed verloop van de procedure of de beoordeling van de inschrijvingen. Op grond van dit artikel zal het veelal mogelijk zijn voor de aanbesteder om bewijsmiddelen op te vragen van inschrijvers die zeer waarschijnlijk in aanmerking kunnen komen (bijvoorbeeld op grond van hetgeen zij in de eigen verklaring hebben vermeld) voor gunning van het project. Een eis om de bewijsmiddelen op het moment van de beoordeling en selectie in te dienen, kan immers gerechtvaardigd zijn om te voorkomen dat de aanbesteder enkel een inschrijver uitkiest om het project te gunnen die later niet in staat blijkt de aanvullende stukken in de gunningsfase te kunnen overleggen, waardoor andere inschrijvers die wel aan de eisen voldoen, van deelneming zijn uitgesloten.

De bevoegdheid van de aanbesteder om de inschrijver te verzoeken om overgelegde verklaringen en bescheiden aan te vullen, omvat ten eerste de mogelijkheid om ontbrekende bescheiden (waarom de aanbesteder had gevraagd) alsnog in te dienen. Voorts kan de aanbesteder de inschrijver verzoeken om eventueel door hem onvoldoende geachte bewijsmiddelen aan te vullen met andere bewijsmiddelen. Dit laatste is evenwel uitsluitend mogelijk indien het verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn, bijvoorbeeld een gepubliceerde jaarrekening. Daarnaast kan de aanbesteder een inschrijver ook verzoeken om een toelichting te geven op door hem verstrekte bewijsstukken. Indien de aanbesteder van deze bevoegdheid gebruik maakt, dient hij alle inschrijvers daartoe in de gelegenheid te stellen en hen op correcte wijze en conform de vooraf bekendgemaakte voorschriften te behandelen, zodat de mededinging niet wordt vervalst of de schijn daarvan niet wordt veroorzaakt. De bevoegdheid van de aanbesteder op grond van het tweede lid moet evenwel in verband worden gelezen met artikel 2.19 inzake de mogelijkheid tot herstel van gebreken in de inschrijvingsformulier, eigen verklaring of ingediende bewijsstukken, waarbij voorop staat dat geen ruimte is voor herstel als bepaalde bewijsstukken op straffe van uitsluiting moeten worden verstrekt.

Op grond van het derde lid kan de aanbesteder besluiten om op basis van de inschrijvingen eerst te bepalen aan welke inschrijver hij voornemens is om het project te gunnen. Vervolgens hoeft hij louter met betrekking tot die inschrijver na te gaan of deze niet moet worden uitgesloten en of hij voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen. Hierdoor kan de aanbesteder

tijd en moeite besparen. Echter, wanneer tijdens de controle alsnog blijkt dat de inschrijver aan wie de aanbesteder voornemens is om het project te gunnen, dient te worden uitgesloten of niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, dan kan het project krachtens het tweede lid van artikel 2.27 niet aan die inschrijver worden gegund. Het toepassen van het derde lid van artikel 2.23 ligt het meest voor de hand in procedures waarin het gunningscriterium “laagste prijs” of “laagste kosten” wordt gehanteerd. Wanneer een aanbesteder dat gunningscriterium hanteert, kan hij eenvoudig overgaan tot het controleren van de op één na beste inschrijving, wanneer alsnog blijkt dat de nummer één dient te worden uitgesloten of niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen.

artikel 2.24

Artikel 2.24 komt overeen met artikel 22 van het LOA. Dit artikel regelt hoe gehandeld dient te worden in het geval dat bij de beoordeling van de inschrijvingen geen eenduidige “winnaar” is. Enige verschillen met het LOA zijn het feit dat de kennisgeving dat een loting zal plaatsvinden per elektronisch bericht wordt verzonden (tweede lid) en dat een proces-verbaal wordt opgemaakt in plaats van een verslag (derde lid). De termijn van 24 uur (opgenomen in het LOA) om ondernemers in kennis te stellen van het voornemen een loting te houden en de details daarvan, wordt als te kort en daarmee als onredelijk beschouwd. Daarom wordt in het landsbesluit een minimale termijn van vijf dagen gehanteerd.

artikel 2.25

In artikel 2.25 wordt een verplichting geïntroduceerd voor de aanbesteder om de inschrijver aan wie hij voornemens is het project te gunnen te verzoeken om de vereiste bewijsstukken over te leggen voordat hij een gunningsbeslissing gaat nemen. Een aanbesteder is niet gehouden een inschrijver te verzoeken de vereiste bewijsstukken te overleggen, als het gaat om de gunning van een overheidsproject dat is gebaseerd op een raamcontract. Achtergrond van deze uitzondering is dat de bewijsstukken voorafgaand aan het sluiten van de raamovereenkomst al zijn verstrekt.

Artikel 2.26 (de gunningsbeslissing)

Nadat de aanbesteder de inschrijvingen aan de door hem in de bekendmaking en de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en prestatie-eisen heeft getoetst, de inschrijvingen op grond van het vastgestelde gunningscriterium heeft beoordeeld en de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen heeft gecontroleerd, kan worden overgegaan tot het nemen van een zogenaamde gunningsbeslissing. Deze beslissing kan ook de keuze omvatten om geen overeenkomst te sluiten en het project dus niet te gunnen (art. 1 AV).

Met het eerste lid wordt bewerkstelligd dat de aanbesteder niet overgaat tot het nemen van een gunningsbeslissing zonder dat hij door middel van het opvragen en controleren van de actuele bewijsstukken heeft geverifieerd door middel van het opvragen van de actuele bewijsstukken en verklaringen dat de potentiële begunstigde ondernemer daadwerkelijk voldoet aan de door de aanbesteder gestelde eisen en voorwaarden. De situatie moet namelijk

worden voorkomen dat een gunningsbeslissing wordt genomen en verzonden naar de uitgesloten ondernemers – en daarmee de opschortende termijn van vijftien dagen begint te lopen – waarna tijdens controle van de bewijsstukken komt te blijken dat de ondernemer aan wie het project zou worden gegund, niet voldoet aan de gestelde (geschiktheids)eisen en voorwaarden. Hoewel het strikt gezien mogelijk is dat een nieuwe gunningsbeslissing wordt genomen, verzetten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel) zich daartegen. Immers, die nieuwe gunningsbeslissing zou ook naar de overige uitgesloten ondernemers moeten worden verzonden, waardoor een nieuwe opschortende termijn begint te lopen. Uit het oogpunt van doelmatigheid wordt in het landsbesluit daarom bepaald dat de aanbesteder zich er voor het nemen van de gunningsbeslissing van moet verzekeren dat de ondernemer aan wie hij het project zal gunnen, voldoet en de actuele bewijsstukken en verklaringen opvraagt op grond van de artikelen 2.23 en 2.25.

Nadat de verificatie door de aanbesteder heeft plaatsgevonden en er geen bezwaren zijn tegen de gunning van het project aan de “winnende” ondernemer, kan de aanbesteder overgaan tot bekendmaking van zijn gunningsbeslissing. In het tweede lid worden eisen gesteld aan de wijze waarop de gunningsbeslissing bekend wordt gemaakt en de inhoud ervan. Dat de inschrijvers gelijktijdig in kennis worden gesteld van de beslissing hangt samen met het gelijkheidsbeginsel. In het kader van het transparantiebeginsel is de aanbesteder verplicht de uitgesloten inschrijvers in kennis te stellen van een aantal belangrijke elementen die geleid hebben tot zijn beslissing, waaronder de reden(en) waarom een bepaalde ondernemer gekozen is en zijn naam. Met verzending van de gunningsbeslissing, inhoudende het voornemen van de aanbesteder om een project aan een bepaalde inschrijver te gunnen, zijn de overige inschrijvers in beginsel definitief uitgesloten. De ondernemers die zich door de gunningsbeslissing benadeeld voelen, hebben dan gedurende de opschortende termijn de mogelijkheid om tegen hun uitsluiting of tegen het voornemen om het project aan de begunstigde inschrijver te gunnen een onmiddellijke voorziening bij voorraad te verzoeken bij het gerecht. Wordt van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt, dan is de uitsluiting onherroepelijk. Ook wanneer de rechtmatigheid van de uitsluiting door de rechter is uitgesproken, is een inschrijver definitief uitgesloten. Gelet daarop dient de aanbesteder in de gunningsbeslissing ook een nauwkeurige omschrijving op te nemen van de aanvang en einde van de opschortende termijn, zodat de uitgesloten c.q. afgewezen inschrijvers helderheid krijgen over de dag waarop deze termijn verloopt en dus de tijd die zij hebben om een kort geding aanhangig te maken.

Als de gunningsbeslissing niet voldoet aan de eisen van artikel 2.26 – gelijktijdige verzending aan alle inschrijvers en mededeling van alle relevante redenen van de beslissing – begint de opschortende termijn niet te lopen (derde lid), met alle gevolgen van dien voor het sluiten van de met de gunningsbeslissing verbonden overeenkomst.

Het artikel 18a van de AV bewerkstelligt dat door het verzenden van de gunningsbeslissing nog geen overeenkomst tot stand komt. Ook het aflopen van de opschortende termijn die is

gaan lopen na het verzenden van de gunningbeslissing houdt geen aanvaarding van een aanbod in.

Artikel 2.27 (de gunning van het project)

Artikel 2.27 bevat een aantal belangrijke bepalingen ten aanzien van de definitieve gunning van het project. Eerder is vermeld dat een gunningsbeslissing kan omvatten de keus van de aanbesteder om geen overeenkomst te sluiten. De aanbesteder is dus niet verplicht om een project te gunnen (eerste lid). Dit uitgangspunt vloeit voort uit het beginsel van contractsvrijheid. Contractsvrijheid omvat ook het recht om geen overeenkomst te sluiten. Overigens behouden aanbesteders in hun aanbestedingsstukken zich vaak uitdrukkelijk het recht voor om het project niet te gunnen. De contractsvrijheid van aanbesteders is echter niet onbegrensd. Zowel de aanbestedingsbeginselen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengen met zich dat de aanbesteder niet op lichtvaardige wijze kan besluiten om een project niet te gunnen nadat een langdurige en dure aanbestedingsprocedure is gevolgd. Hiervoor zal hij zwaarwichtige redenen moeten hebben. Gedacht kan worden aan de situatie waarin geen enkele inschrijver voldoet aan de eisen en normen die door de aanbesteder zelf in de aanbestedingsstukken zijn gesteld, ongeacht dat de inschrijvingssommen gelijk zijn aan of lager zijn dan hetgeen de aanbesteder op basis van een zorgvuldige begroting van kosten redelijkerwijs mocht verwachten of aan de situatie waarin alle opdrachtsommen juist hoger zijn dan hetgeen de aanbesteder op basis van een zorgvuldige begroting van kosten redelijkerwijs mocht verwachten. In artikel 17 AV wordt met betrekking tot het laatste geval bepaald dat de aangevangen aanbesteding voortijdig wordt beëindigd. Het uitgangspunt is dat de aanbesteder altijd over een deugdelijke raming dient te beschikken en dat er overleg tussen de aanbesteder en de met de aanbesteding betrokken medewerkers dient plaats te vinden over het verschil tussen inschrijving en raming alvorens de aanbesteder de aanbesteding als mislukt mag aanmerken. Dat hij beschikt over een zorgvuldige begroting zal moeten worden aangetoond. Er kunnen zich overigens ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan de aanbesteder van oordeel is dat er een goede grond is om het project niet te gunnen. Hiervan zou sprake kunnen zijn in het geval dat er op het moment waarop het project moet worden gegund, blijkt dat er onvoldoende begroting is om het te bekostigen. Wellicht hebben – onverhoopt noodzakelijke – overhevelingen plaatsgevonden en is de in principe beschikbare begroting voor andere doeleinden gebruikt, of heeft de minister, belast met financiën, gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid op grond van artikel 18, tweede lid, van de CV 1989 en niet ingestemd met het aangaan van de overeenkomst verbonden aan de gunningsbeslissing.

Voorts mag een project op grond van het tweede en derde lid in vier gevallen niet worden gegund aan de “winnende ondernemer”. Een project wordt ten eerste niet gegund aan een ondernemer die het bestek niet heeft gekocht (tweede lid, onderdeel a). Dat uitgangspunt van het LOA wordt in het landsbesluit dus gehandhaafd. Voorts wordt het project niet toegewezen aan een ondernemer die niet voldoet aan de door de aanbesteder gestelde eisen en normen, ook al voldoen de afgewezen ondernemers evenmin aan deze eisen (dit voorschrift hangt dus samen met het eerste lid) (tweede lid, onderdeel b). De ondernemer die niet voldoet aan deze

eisen en voorwaarden zal het project in de regel ook niet vakkundig en op regelmatige wijze kunnen uitvoeren (tweede lid, onderdeel c). Tot slot wordt een project niet gegund aan een ondernemer die zich schuldig heeft gemaakt aan valsheid in geschrifte of bedrog, al heeft hij het bestek gekocht en voldoet hij overigens aan alle geschiktheidseisen en voorwaarden (derde lid).

Het vierde en vijfde lid bevatten tot slot bepalingen inzake de wijze waarop de definitieve gunning van het project wordt bekendgemaakt aan de winnende inschrijver en de datum waarop het project aanvangt.

Hoofdstuk 3 De onderhandse aanbesteding

Algemeen

Hetgeen in paragraaf 4 van het algemene deel van deze nota van toelichting inzake de verschillen tussen de openbare aanbesteding en de onderhandse aanbesteding is vermeld, wordt in hoofdstuk 3 duidelijk. De meeste bepalingen die gelden voor de openbare aanbesteding worden door middel van schakelbepalingen van overeenkomstige toepassing verklaard op de onderhandse aanbesteding, met uitzondering van een aantal afwijkende voorschriften of procedures die in de artikelen 3.1 tot en met 3.4 zijn opgenomen. Deze verschillen worden vervolgens toegelicht.

Artikel 3.1 (de uitnodiging tot het doen van een inschrijving)

Een onderhandse aanbesteding vindt ten eerste plaats door de uitnodiging van geselecteerde ondernemers van wie de aanbesteder denkt dat zij een voorgenomen project naar behoren zouden kunnen uitvoeren. Artikel 12 van de AV bepaalt in dit verband dat de aanbesteder minimaal drie ondernemers moet uitnodigen. Hierdoor kan een relatief goede offertevergelijking plaatsvinden. Het spreekt voor zich dat de aanbesteder meer dan drie ondernemers kan uitnodigen om zich een beter beeld te vormen van hetgeen de markt te bieden heeft.

Het is uiteraard mogelijk om de zowel de uitnodiging als de inschrijving schriftelijk te verzenden, maar met het oog op de flexibiliteit en onze moderne (digitale) samenleving kan zowel de uitnodiging als de indiening van de inschrijvingen – hetgeen bij een openbare aanbesteding (vooralsnog) niet mogelijk is – ook langs elektronische weg plaatsvinden. Communicatie via e-mail is heden ten dage vanzelfsprekend, waardoor het opsturen van een uitnodiging in “hard copy” steeds minder plaatsvindt (of plaats zou moeten vinden) en het opvragen van offertes via e-mail en het via e-mail indienen hiervan tot de normale gang van zaken behoort. Echter, vóór de inwerkingtreding van de AV en dit landsbesluit was de aanbesteder niet gehouden aan bepaalde vereisten van het aanbestedingsrecht, zoals het beginsel van gelijkheid en transparantie. Verzoeken voor offertes werden dan ook niet altijd gelijktijdig verzonden en de inschrijvingen werden niet als regel gelijktijdig geopend en beoordeeld.

Over het begrip “gelijktijdig” in het eerste lid kan het volgende worden opgemerkt. Uitnodigingen dienen daadwerkelijk op hetzelfde moment te worden verzonden. Dat is makkelijk als de uitnodigingen via e-mail worden verzonden. Bij het uitnodigen van ondernemers op de traditionele manier (schriftelijk) doet de aanbesteder er goed aan om ervoor te zorgen dat de verschillende op schrift gestelde uitnodigingen op hetzelfde moment “de deur uitgaan”, bijvoorbeeld door gebruikmaking van het Bureau Interne Diensten (BID). Op de uitnodiging dient de datum van verzending verder duidelijk te zijn vermeld.

Terwijl bij een openbare aanbesteding het bestek vergezeld gaat van een vijftal bescheiden moet de aanbesteder deze formulieren, voor zover van toepassing, bij de uitnodiging toevoegen (derde lid).

Het vierde lid maakt het mogelijk dat ook een omissie in de uitnodiging of het daarbij behorende bestek kan worden gecorrigeerd nadat de uitnodiging is verzonden. Van belang hierbij is dat een rectificatie op dezelfde wijze plaats vindt als de verzending van de uitnodiging, waarbij de rectificatie alleen wordt verstuurd naar de geselecteerde ondernemers.

Artikel 3.2 (het bestek)

Ook bij een onderhandse aanbesteding kan sprake zijn van een project dat het opstellen van een bestek rechtvaardigt. Alhoewel het hanteren van een bestek bij de onderhandse aanbesteding facultatief is, verdient het de voorkeur om bij de onderhandse aanbesteding (zeker bij grote en complexe projecten) ook een bestek op te stellen waarin dezelfde informatie ten aanzien van de technische, economische en financiële specificaties en overige vereisten van het uit te voeren project en verloop van de aanbesteding beschikbaar is voor de geselecteerde ondernemers. Bij de onderhandse aanbesteding is het voorts aan de aanbesteder om, afhankelijk van de omvang en complexiteit van het project, aan te geven of het bestek al dan niet tegen betaling is (tweede lid). Hij is daartoe echter niet verplicht zoals bij een openbare aanbesteding. In een dergelijk geval doet de aanbesteder er goed aan om in het bestek op te nemen dat uitsluitend een inschrijver die uitgenodigd is en tegen betaling het bestek heeft verkregen, gerechtigd is tot inschrijving. Indien wordt gekozen voor een bestek, dient de uitnodiging vergezeld met het daarbij behorende bestek te worden verzonden. Artikel 3.2 houdt daarmee rekening en stelt de vereisten die in dat geval gelden.

Artikel 3.3 (het projectdossier)

Met uitzondering van de bekendmaking van het project bij een openbare aanbesteding, het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen en de rectificatie van de bekendmaking of het bestek, zijn de bescheiden die bij een onderhandse aanbesteding bijgehouden moeten worden in het projectdossier gelijk.

Artikel 3.4 (de inschrijving)

De vereisten voor het indienen van een inschrijving bij een onderhandse aanbesteding komen op een aantal punten na overeen met die van de inschrijving bij een openbare aanbesteding, waardoor artikel 2.11 voor het grootste deel van overeenkomstige toepassing kan worden

verklaard. De belangrijkste verschillen betreffen met name om een kortere inschrijvingstermijn en de mogelijkheid van inschrijving, rectificatie en intrekking daarvan langs elektronische weg.

Artikel 3.5 (ontvangen inschrijvingen)

Van opening van de inschrijvingen als zodanig is bij een onderhandse aanbesteding per elektronisch bericht doorgaans geen sprake. De communicatie tussen de aanbesteder en de ondernemer verloopt, indien de uitnodiging per elektronisch bericht is verstuurd, over het algemeen langs elektronische weg. Een aanbesteder die een inschrijving via e-mail ontvangt, zal door het openen hiervan strikt gezien reeds de inschrijving hebben “geopend”. Het is dus weinig zinvol te bepalen dat de aanbesteder ontvangen inschrijvingen niet eerder opent dan nadat de uiterste termijn voor het indienen van de inschrijvingen is verstreken – zoals dat op grond van artikel 2.17 geldt voor de openbare aanbesteding. De aanbesteder is echter gehouden om zorgvuldig om te gaan met de ontvangen informatie en mag geen inhoudelijke uitspraken van de inschrijving doen of deze informatie verder verspreiden. De aanbesteder is evenwel verplicht om de inschrijvingen tegelijkertijd te beoordelen (art. 2.22). Gelet op het vorenstaande wordt in plaats van het opstellen van een proces-verbaal van de opening van de enveloppen, in artikel 3.5 bepaald dat de aanbesteder de door hem ontvangen inschrijvingen en de controle daarvan vastlegt. Dit blijft in het kader van de transparantie wenselijk. De informatie die moet worden vastgelegd, is nagenoeg dezelfde als de openbare aanbesteding.

Ingevolge het tweede lid wordt – in het kader van het transparantiebeginsel – een afschrift van de vastlegging uiterlijk 14 dagen na het uiterste tijdstip van het ontvangen of openen van de inschrijvingen aan de inschrijvers verstrekt. De verzending vindt op dezelfde wijze plaats als de verzending van de uitnodiging... De vastlegging vormt onderdeel van het projectdossier (art. 3.3, onderdeel c).

Artikel 3.6 (overeenkomstige toepassing)

Met uitzondering van onder meer de openbare aankondiging van een project, openbare opening van de inschrijvingen, een langere inschrijvingstermijn en ter inzagelegging van bepaalde aanbestedingstukken, zijn de openbare en onderhandse aanbestedingsprocedure nagenoeg dezelfde. Dit is ook gerechtvaardigd, nu het grensbedrag voor het houden van een onderhandse aanbesteding aanmerkelijk is verhoogd. De voorschriften die gelden bij een openbare aanbesteding kunnen dan ook over het algemeen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de onderhandse aanbesteding. Artikel 3.6, dat een schakelbepaling bevat, strekt daartoe. Op de onderhandse aanbesteding zijn dan ook van toepassing de mogelijkheid om het gebruik van een eigen verklaring te verlangen, geschiktheidseisen, eisen met betrekking tot kwaliteitsnormen en normen inzake het milieubeheer te stellen aan inschrijvers, nadere inlichtingen te verstrekken, de ondernemer in de gelegenheid te stellen tot het nemen van details en monsters, in te schrijven op percelen of om een gezamenlijke inschrijving of varianten in te dienen. Ook bij een onderhandse aanbesteding is de ondernemer verplicht om zijn inschrijving gedurende een bepaalde periode gestand te doen. De bepalingen inzake de ongeldigheid van inschrijvingen, de mogelijkheid tot herstel van gebreken bij de

inschrijving, verduidelijking c.q. toelichting van (abnormaal lage inschrijvingen) de inschrijvingen en de beoordeling van inschrijvingen zijn logischerwijs onverkort van toepassing bij een onderhandse aanbesteding. Bij een onderhandse aanbesteding gelden dezelfde criteria met betrekking tot de controle van de geschiktheidseisen en uitsluitingsgronden die gelden bij een openbare aanbesteding. Op de onderhandse aanbesteding is de opschortende termijn van 15 kalenderdagen, als bedoeld in artikel 18 van de AV, van overeenkomstige toepassing, zodat het van belang is dat de mededeling van de gunningsbeslissing gelijktijdig naar de inschrijvers wordt verstuurd. Bij de onderhandse aanbesteding geldt ook het verbod op onderhandeling met inschrijvers. Tot slot is het de aanbesteder verboden een project te gunnen aan een ondernemer die niet voldoet aan de door de aanbesteder zelf gestelde (geschiktheids)eisen, op wie een verplichte of in het bestek opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, of die niet heeft kunnen bewijzen dat hij aan de eisen voldoet. Ook een ondernemer die in strijd met de waarheid verklaringen of bewijsmiddelen heeft verstrekt, komt niet in aanmerking voor gunning van een project.

Hoofdstuk 4 Bijzondere bepalingen verband houdende met een openbare en onderhandse aanbesteding

Artikel 4.1 (wijziging van projecten)

De aanbesteder is verplicht ervoor te zorgen dat een project wordt uitgevoerd in overeenstemming met de voorwaarden op basis waarvan gunning heeft plaatsgevonden. Het wijzigen van een project en de voorwaarden waaronder deze moet worden uitgevoerd tijdens de looptijd, is beperkt mogelijk. De hoofdregel voor het wijzigen van een project nadat gunning heeft plaatsgevonden bepaalt dat een project in beginsel alleen na een nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden gewijzigd. In het eerste lid worden de uitzonderingen genoemd waarbij wijziging wel mogelijk is zonder het houden van een nieuwe aanbesteding. Dit is tijdens de looptijd van het project slechts mogelijk zonder dat een nieuwe aanbesteding dient te worden gehouden als primair sprake is van een niet-wezenlijke wijziging. Wezenlijke wijzigingen vormen immers een nieuwe opdracht, in welk geval de aanbesteder het project opnieuw dient aan te besteden. Dit vloeit voort uit de beginselen van gelijkheid en transparantie (HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*), r.o. 34). In het verlengde daarvan ligt in voorkomend geval de verplichting van de aanbesteder om de aanbestede overeenkomst (deels) te beëindigen. Nu een wezenlijke wijziging doorgaans niet leidt tot een tekortkoming in de nakoming (aan de zijde van de opdrachtnemer) is ontbinding geen gerechtvaardigde beëindigingsgrond. De opdracht dient dan te worden beëindigd via opzegging. Of een voortijdige beëindiging van een overeenkomst de verplichting met zich brengt voor de opdrachtgever tot betaling van schadevergoeding hangt af van de omstandigheden van het geval.

Het is evenwel wenselijk om aan de mogelijkheid van (niet-wezenlijke) wijziging van een project als bedoeld in het eerste lid van artikel 4.1 aanvullende eisen te stellen. De onderdelen a, b en c zijn daarnaast cumulatief. Een project kan dus enkel worden gewijzigd als het geen wezenlijke wijziging betreft en er sprake is van onderdelen a, b en c.

De wijziging mag de algemene aard van het project in de eerste plaats niet wijzigen (onderdeel a). De gedachte is hier dat ook een wijziging van beperkte financiële aard, een aanzienlijk effect op de mededinging kan hebben. De wijziging mag dus niet een geheel ander project als gevolg hebben. Zo mag een overheidsopdracht voor leveringen niet veranderen in een werkenopdracht, mogen geen opties of herzieningen worden opgenomen die niet gerechtvaardigd worden door het voorwerp van het project (vgl. HvJ EG 14 oktober 2004, C-340/02, r.o. 33-36), en is de wijziging van een raamovereenkomst in een reguliere overheidsopdracht niet toegestaan. Ook het geval waarin een project voor werken enkel ziet op de aanleg van een weg en daarna wordt verruimd naar het tevens beplanten van de berm, leidt tot een aanzienlijke verruiming en daarmee tot een niet toegestane wijziging in de aard van dat project.

Voorts legt onderdeel b vast dat de noodzaak (en dus niet de wens) van de wijziging tijdens de uitvoering van het project moet opkomen, en dat de aanvullende werken, leveringen of diensten door de opdrachtnemer noodzakelijk moeten zijn, bij gebreke waarvan het oorspronkelijke project niet voltooid zou kunnen worden. Er moet dus sprake zijn van een situatie waarin verandering van opdrachtnemer niet mogelijk is om bijvoorbeeld economische of technische redenen, én een dergelijke verandering tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbesteder. Het gaat dus met name om gevallen waarbij de aanbesteder door inschakeling van een andere dan de oorspronkelijke opdrachtnemer genoodzaakt zou zijn om materiaal, werken of diensten met andere technische kenmerken aan te kopen en daarbij incompatibiliteit of buitensporige technische problemen zouden ontstaan bij het functioneren en het onderhoud van het materieel, de werken of diensten die in het kader van de oorspronkelijke overheidsopdracht zijn verworven.

Onderdeel c hangt nauw samen met onderdeel b en heeft betrekking op externe omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normale zorgvuldige voorbereiding van de oorspronkelijke gunning door de aanbesteder, met name wanneer de uitvoering van het project zich over een langere termijn uitstrekt. Hieruit volgt ten eerste dat de wijziging betrekking moet hebben op onvoorzienbare omstandigheden waarmee de aanbesteder bij de aanbesteding van het project geen rekening kon houden en ten tweede dat die omstandigheden extern zijn. Bij de beoordeling of sprake was van een “normale zorgvuldige voorbereiding” worden in elk geval de volgende factoren betrokken: de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de gangbare praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan. In dit kader geldt dus dat indien komt vast te staan dat de aanbesteder onzorgvuldig heeft geraamd, geen wijziging van het project mogelijk is.

In het tweede lid wordt geconcretiseerd wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging. 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*)).

Artikel 4.2 (procedure opschorting of voortijdige beëindiging van een aanbesteding)

De aanbesteder is op grond van artikel 6, tweede lid, van de AV bevoegd om een aanbestedingsprocedure te allen tijde te beëindigen of op te schorten. Zoals eerder vermeld, geldt immers het uitgangspunt dat een aanbesteder niet verplicht is om een project te gunnen en daarmee bevoegd om van het gunnen van de opdracht af te zien en de aanbesteding in te trekken. Daarvoor zijn geen bijzondere omstandigheden vereist. De contractsvrijheid van aanbesteders is echter niet onbegrensd. In de toelichting op artikel 2.27 van het landsbesluit is op deze (niet onbeperkte) bevoegdheid van de aanbesteder ingegaan. Artikel 4.2 legt de procedure vast die doorlopen moet worden bij gebruikmaking van de bevoegdheid op grond van artikel 6, tweede lid, van de AV.

Uit de laatste volzin van het eerste lid volgt dat de bekendmaking een motivering moet bevatten voor de beslissing tot opschorting of voortijdige beëindiging van de aanbesteding. De motivering moet inschrijvers in staat stellen te controleren of de aanbesteder bij zijn beslissing de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht heeft genomen. Aanbesteders zijn bij het intrekken van een aanbesteding in de eerste plaats verplicht de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. Vooral de beginselen van gelijke

behandeling en transparantie spelen een belangrijke rol. Een aanbesteder mag een aanbesteding bijvoorbeeld niet intrekken, omdat de inschrijver die als winnaar uit de bus is gekomen hem niet aanstaat. Dit is namelijk in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Aan de andere kant zijn geen bijzondere omstandigheden vereist voor het intrekken van een aanbesteding. Er is ook geen uitputtende lijst van redenen die de beslissing om een aanbesteding in te trekken, kunnen rechtvaardigen. In de rechtspraak zijn in ieder geval de volgende omstandigheden geaccepteerd als gegronde redenen voor voortijdige beëindiging van een aanbesteding:

- De aanbesteder wil op basis van gewijzigde inzichten de specificaties van de opdracht wezenlijk aanpassen;
- De aanbesteder heeft niet langer behoefte aan de aanbestede opdracht;
- De ingediende prijzen overschrijden het budget van de aanbesteder;
- De aanbestedingsprocedure bevat ernstige gebreken, bijvoorbeeld tegenstrijdige of dubbelzinnige eisen;
- Er is maar één (geldige) inschrijving ontvangen, waardoor het concurrentieniveau te laag was.

In het geval dat een aanbesteding nog niet heeft plaatsgevonden, maar wel reeds inschrijvingen zijn ingediend op het moment dat de aanbesteder bekend maakt dat hij het project zal opschorten of voortijdig zal beëindigen, is het nodig dat de bus waarin de enveloppen met de inschrijvingsformulieren zijn gedeponneerd, wordt geopend. Het tweede lid biedt maakt dit mogelijk. De ingediende inschrijvingen worden vervolgens aan het projectdossier toegevoegd. Dit is immers ook verplicht in het geval dat een aanbesteding heeft plaatsgevonden voordat het besluit is genomen om de aanbestedingsprocedure op te schorten of voortijdig te beëindigen.

Geen inschrijving ingediend= gunning uit de hand als vervolgprocedure (artikel 17, eerste lid van de AV en 4.2, derde lid van het landsbesluit)

Het derde lid van artikel 4.2 voorziet in de situatie dat een aanbesteder bij de toepassing van een voorafgaande openbare of onderhandse aanbesteding geen enkele inschrijving heeft ontvangen en het project nog wil doen uitvoeren. Ingevolge artikel 17, eerste lid van de AV, wordt het onwenselijk geacht om te bepalen dat voor eenzelfde project een geheel nieuwe aanbesteding moet worden opgestart, indien de aanbesteder buiten zijn toedoen geen 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 aanbesteder als de inschrijvers veel tijd en geld kost. Indien de aanbesteder het project nog wil doen uitvoeren, biedt artikel 17, eerste lid, van de AV, de aanbesteder in een dergelijk geval de mogelijkheid om een vervolgprocedure van gunning uit de hand toe te passen. De eerste belangrijke voorwaarde voor het kunnen toepassen van een vervolgprocedure, als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de AV, is dat er geen enkele inschrijving is ontvangen.

Alvorens over te stappen op de gunning uit de hand dient de mislukte aanbesteding formeel te worden beëindigd door de aanbesteder. Beëindiging vindt plaats door een schriftelijke

mededeling aan de minister, belast met financiën (artikel 6, tweede lid, AV). Het betrokken hoofd van dienst zendt daarnaast een kopie van deze beslissing aan de directeur van de Directie Financiën (artikel 6, vierde lid, AV). Na beëindiging van de voorafgaande aanbesteding kan een ondernemer vervolgens worden uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. Op basis van deze inschrijving kan de aanbesteder binnen bepaalde kaders in onderhandeling treden om te komen tot de beste inschrijving voor het project. Bij een gunning uit de hand is het namelijk toegestaan om te onderhandelen. De regels voor de gunning uit de hand dienen onverkort te worden gevolgd. 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 gunningsbeslissing kan ook de keuze omvatten om het project niet te gunnen. Dit uitgangspunt vloeit voort uit het beginsel van contractsvrijheid.

Verbod wezenlijke wijziging van het project

De tweede belangrijke voorwaarde voor het kunnen toepassen van een vervolgprocedure, als bedoeld artikel 17, eerste lid, van de AV, is dat de oorspronkelijke voorwaarden van het project niet wezenlijk worden 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 vervolgprocedure van gunning uit de hand niet mag worden toegepast. Als een project wezenlijk wordt gewijzigd tijdens de vervolgprocedure, dan is de aanbesteder verplicht om deze procedure te beëindigen en het project opnieuw aan te besteden. De wezenlijke wijziging werkt in die zin beperkend. Voor een nadere toelichting over de vraag wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging van een project wordt verwezen naar de toelichting op artikel 4.1., tweede lid.

In verband met het transparantiebeginsel schrijft artikel 16, derde en vierde lid van de AV, voor dat er bij de vervolgprocedure van gunning uit de hand een gezamenlijke ministeriële beschikking van de betrokken minister en de minister belast met financiën aan de gunning vooraf gaat en gepubliceerd moet worden op de algemene website van het Land.

Artikel 4.3 (onderhandelingsprocedure)

Uitsluitend ongeschikte inschrijvingen ingediend = onderhandelingsprocedure (art. 17, tweede lid, AV en art 4.3 van het landsbesluit)

Het eerste lid van artikel 4.3 voorziet in de situatie dat een aanbesteder bij een openbare of onderhandse aanbesteding wel inschrijvingen heeft ontvangen, maar deze geen van allen (volledig) aansluiten op zijn wensen en dus allemaal ongeschikt zijn in de zin van artikel 17, derde lid van de AV. In dat geval heeft de aanbestedingsprocedure niet tot het beoogde resultaat geleid, te weten het verkrijgen van inschrijvingen op basis waarvan gegund kan worden. Indien de aanbesteder het project in een dergelijk geval nog wil doen uitvoeren, mag

de aanbestede de voorafgaande (openbare of onderhandse) aanbesteding beëindigen en overstappen op een onderhandelingsprocedure in de zin van artikel 17, tweede lid, van de AV. Na afsluiting van de mislukte aanbesteding mag de onderhandelingsprocedure als vervolgprocedure worden benut teneinde alsnog tot gunning te komen.

Een belangrijke voorwaarde is dus wel dat uitsluitend ongeschikte inschrijvingen zijn ingediend bij de voorafgaande aanbesteding. Voor een nadere toelichting over de vraag wanneer sprake is van ongeschikte inschrijvingen wordt verwezen naar de memorie van toelichting op artikel 17, derde lid, van de landsverordening tot wijziging van de Aanbestedingsverordening. 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, die inschrijving niet gepasseerd mag worden door over te stappen op een onderhandelingsprocedure. De tweede belangrijke voorwaarde voor het kunnen toepassen van de onderhandelingsprocedure is dat de oorspronkelijke voorwaarden van het project niet wezenlijk worden gewijzigd. Verwezen wordt naar de toelichting op de artikelen 4.1, tweede lid en 4.2, derde lid, van dit landsbesluit voor een uitleg van het begrip wezenlijke wijziging.

De onderhandelingsprocedure als vervolgprocedure (na een mislukte aanbesteding) komt niet alleen de mededinging ten goede, maar vergroot ook de kans dat de beste inschrijving binnen het budget voor een project blijft, 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 eisen voldoen, als het ware een tweede kans gegund om toch in aanmerking te kunnen komen voor het project. Ook voor een onderhandelingsprocedure blijven de principes van transparantie, proportionaliteit en gelijkheid van behandeling van de ondernemers van toepassing. Aangezien bij een onderhandelingsprocedure wordt afgeweken van de reguliere regels voor het plaatsen van een overheidsopdracht, volgt dat de onderhandelingsprocedure uitsluitend in de limitatief opgesomde gevallen open staat. Om die reden zal deze procedure met een zekere terughoudendheid toegepast moeten worden. De aanbestede dient in voorkomende gevallen te bewijzen dat de procedure toegepast mag worden.

Afsluiten voorafgaande aanbesteding

Alvorens over te stappen op een onderhandelingsprocedure dient ook hier de mislukte aanbesteding formeel te worden beëindigd. Beëindiging vindt plaats door een schriftelijke mededeling aan de minister, belast met financiën (artikel 6, tweede lid, AV). Het betrokken hoofd van dienst zendt daarnaast een kopie van deze beslissing aan de directeur van de Directie Financiën (artikel 6, vierde lid, AV). Daarnaast dient de aanbestede alle betrokken inschrijvers van zijn gunningsbeslissing in kennis te stellen conform de daarbij behorende procedures (artikel 4.2., eerste lid van het landsbesluit). Pas daarna is de weg vrij voor de aanbestede 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.

Het tweede lid van artikel 4.3 van het landsbesluit schrijft in de onderdelen a tot en met c voor welke toetsing de aanbesteder vooraf dient te houden. Na de toetsing en het voldaan aan de vereisten genoemd in het tweede lid, worden de volgende stappen doorlopen opgenomen onder het derde lid. Sommige onderdelen spreken voor zich en enkele behoeven enige toelichting.

onderdelen a,b en c van het tweede lid (toetsing vooraf van inschrijvers die in aanmerking komen om te worden uitgenodigd voor de procedure)

Slechts de inschrijver: die i) aan de voorafgaande aanbesteding een inschrijving heeft ingediend welke niet is ingetrokken, ii) waarop geen verplichte uitsluitingsgrond van toepassing is, en iii) die voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, kan door de aanbesteder worden uitgenodigd voor de onderhandelingsprocedure. Een inschrijver die niet heeft meegedaan aan de voorafgaande aanbesteding of zijn inschrijving voor het uiterste tijdstip van de aanbesteding heeft ingetrokken kan logischerwijs ook niet deelnemen aan de vervolprocedure. Hierdoor zijn “nieuwe inschrijvers” uitgesloten van de vervolprocedure. Voorts geldt dat de inschrijver waarop een van de in artikel 1.4 genoemde uitsluitingsgronden zich voordoet ook niet kan deelnemen aan de vervolprocedure. Daarnaast moet uit de ingediende stukken blijken dat de inschrijver voldoet aan de door de aanbesteder gestelde geschiktheidseisen. De geschiktheidseisen kunnen betreffen de financiële en economische draagkracht, de technische – en beroepsbekwaamheid en de beroepsbevoegdheid. Voor toetsing van bovengenoemde voorwaarden worden de ingediende stukken bij de voorafgaande aanbesteding gebruikt. Deze voorwaarden voor toepassing zijn cumulatief en dienen restrictief uitgelegd te worden waarbij de aanbesteder moet bewijzen dat die voorwaarden toepassing vinden.

onderdeel a van het derde lid (uitnodiging tot het doen van een inschrijving)

Uit de omschrijving van de onderhandelingsprocedure (art. 1 van de AV) blijkt voorts dat de aanbesteder verplicht is een beperkt aantal ondernemers die hiervoor in aanmerking komen 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. Zoals hiervoor aangegeven stelt de onderdelen a tot en met c in artikel 4.3, tweede lid, limitatieve beperkingen aan de keus van de aanbesteder ten aanzien van uit te nodigen ondernemers.

De verschillende voorwaarden impliceren dat de inschrijvers die de eerste keer een serieuze, doch mislukte poging hebben gedaan, bij de onderhandelingsprocedure een tweede kans krijgen om in te schrijven voor hetzelfde project, indien zij aan de bovengenoemde voorwaarden voldoen. Dat betekent dat slechts inschrijvers uitgenodigd mogen worden, waarvan de inschrijvingen (op een of meer onderdelen) niet aan de eisen voldoet. Bijvoorbeeld inschrijvingen met te hoge prijzen, abnormaal lage inschrijvingen en inschrijvingen die niet voldoen aan de materiële eisen van het bestek. 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.

Afhankelijk van de keuze van de aanbesteder kan de uitnodiging zowel schriftelijk als per elektronisch bericht worden verzonden. Dat geselecteerde 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.

onderdeel b van het derde lid (voorwerp van de onderhandeling)

De aanbesteder voert met ieder van de geselecteerde inschrijvers een onderhandeling op basis van de nieuwe inschrijving. Van belang is het om 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. Eerder is vermeld dat een voorwaarde voor het mogen toepassen van een onderhandelingsprocedure is dat het oorspronkelijk project niet wezenlijk wordt gewijzigd. Het project dat voorwerp was van de mislukte aanbesteding, dient dus hetzelfde te zijn als het voorwerp van de vervolprocedure. 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 en de aanbesteder een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te beginnen. Ook hier moeten de onderhandelingen 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 – met inachtneming van het bovenstaande – betrekking hebben op alle kenmerken van de gekochte werken, leveringen en diensten, zoals kwaliteit, hoeveelheid, commerciële clausules, alsook sociale, milieu en innovatieve aspecten.

Nadat de onderhandelingen hebben plaatsgevonden, kunnen de inschrijvers uiteindelijk binnen de door de aanbesteder opgegeven termijn een definitieve inschrijving indienen. De onderhandelingsprocedure voorziet niet in een wettelijke inschrijvingstermijn. Het ligt namelijk in de rede dat de aanbesteder zelf op grond van de aard en omvang van de werkzaamheden per procedure kan bepalen binnen welke redelijke termijn hij van de ondernemer een inschrijving verwacht. Deze termijn dient voor alle geselecteerde inschrijvers gelijk te zijn. Voorts is voor de onderhandelingsprocedure de gestanddoeningstermijn ook gesteld op 90 dagen vanaf de datum waarop de ondernemer zijn inschrijving heeft ingediend. Dit hangt samen met de betaaltermijn opgenomen in de Algemene voorwaarden voor de leveringen van goederen en diensten aan het Land.

onderdelen c en d van het derde lid (beoordeling inschrijvingen en vastlegging)

De aanbesteder toetst en beoordeelt de definitieve inschrijvingen aan de hand van de gestelde minimumeisen waaraan het project dient te voldoen en het door hem gestelde gunningscriterium. De inschrijvingen dienen allen op eenzelfde wijze te worden beoordeeld, zodat de gunning correct plaatsvindt (onderdeel c). In het kader van het transparantiebeginsel moet de aanbesteder een proces-verbaal opstellen van de ontvangen inschrijvingen en een afschrift hiervan verstrekken aan de geselecteerde inschrijvers (onderdeel d).

onderdeel e van het derde lid (mededeling gunningsbeslissing)

Nadat de aanbesteder de inschrijvingen aan de gestelde normen, functionele eisen en prestatie-eisen heeft getoetst, de inschrijvingen op grond van het vastgestelde gunningscriterium heeft beoordeeld en de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen heeft gecontroleerd, kan worden overgegaan tot het nemen van een zogenaamde gunningsbeslissing. Op de onderhandelingsprocedure is de opschortende termijn van 15 kalenderdagen, als bedoeld in artikel 18 van de AV, van overeenkomstige toepassing, zodat het van belang is dat de mededeling van de gunningsbeslissing gelijktijdig naar de inschrijvers wordt verstuurd. Voor nader uitleg ten aanzien van gunningsbeslissing en opschortende termijn wordt verwezen naar de toelichting op het artikel 2.26 van het landsbelsuit.

onderdelen f en g (gunning project en bekendmaking)

Nadat de opschortende termijn is verlopen en de overige inschrijvers geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om tegen hun uitsluiting of tegen het voornemen om het project aan de begunstigde inschrijver te gunnen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad te verzoeken bij het gerecht, kan het project (definitief) worden gegund en de overeenkomst worden getekend. Het is de aanbesteder evenwel verboden om een project te gunnen aan een inschrijver die niet voldoet aan de gestelde (geschiktheids)eisen, op wie een verplichte of in het bestek opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, of die niet heeft kunnen bewijzen dat hij aan de eisen voldoet. Ook een ondernemer die in strijd met de waarheid verklaringen of bewijsmiddelen heeft verstrekt, komt niet in aanmerking voor gunning van een project. Onderdeel g bevat de bepaling inzake de wijze waarop de definitieve gunning van het project wordt bekendgemaakt. Voor nader uitleg ten aanzien van de gunning van het project en bekendmaking wordt verwezen naar de toelichting op de artikelen 2.27 en 4.5. van het landsbesluit.

Het vierde lid bevat een aantal bepalingen die van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de onderhandelingsprocedure.

Artikel 4.4 (geschillenbeslechting)

Aan een aanbestedingsprocedure – met name een openbare – nemen vaak ook buitenlandse ondernemers deel, waardoor het wenselijk is een bepaling op te nemen om duidelijkheid te scheppen over de civiele rechter bij het Gerecht in eerste aanleg van Aruba die exclusief bevoegd is kennis te nemen van geschillen die kunnen ontstaan tussen de partijen die

betrokken zijn bij een aanbestedingsprocedure. Ondanks dat een arbitrageprocedure laagdrempeliger is dan een procedure bij de rechter, is niet hiervoor gekozen aangezien de aanbesteder het advies van een arbitragecommissie naast zich kan neerleggen (niet bindend). Daarnaast schort een dergelijke procedure een aanbestedingsprocedure niet op, waardoor deze minder effectief is dan een procedure bij de rechter. In artikel 26, tweede lid, onderdeel n, van de AV wordt ter zake bepaald dat bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, nadere regels worden gesteld met betrekking tot conflictregels. Artikel 4.4 van het landsbesluit strekt tot uitvoering hiervan. Geschillen zullen naar verwachting doorgaans ontstaan naar aanleiding van de gunningsbeslissing. Eerder is opgemerkt dat een aanbestedingsprocedure strekt tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling, waardoor inschrijvers die zich niet kunnen vinden in de gunningsbeslissing een onmiddellijke voorziening bij voorraad kunnen verzoeken bij de civiele rechter bij het Gerecht in eerste aanleg van Aruba, die op grond van het tweede lid, het Arubaanse recht moet toepassen.

Artikel 4.5 (bekendmaking)

Artikel 20 van de AV bevat een verplichting voor de aanbesteder om alle projecten waarvan de financiële verplichtingen meer dan Afl. 25.000,- bedragen uiterlijk 30 dagen nadat hij een project heeft gegund, hiervan melding te maken op de algemene website van de overheid. In artikel 4.5 van het landsbesluit wordt geregeld welke gegevens in elk geval in de publicatie dienen te worden opgenomen. Het gaat hier om de meest relevante gegevens van de gunning. Bij onderdeel f gaat het om de vraag of een openbare of een onderhandse aanbesteding en een eventuele vervolprocedure is gevolgd.

Artikel 4.6 (aanpassing bijzondere trekkingsrechten)

De minister, belast met economische zaken, is de aangewezen minister om – indien nodig – het aantal bijzondere trekkingsrechten dat bepalend is voor de toepasselijkheid van de GPA voor Aruba aan te passen. De wijziging kan op het niveau van ministeriele regeling worden plaatsvinden, omdat slechts bekend zal moeten worden gemaakt hetgeen de bij de GPA aangesloten partijen hebben besloten. Artikel 4.6 van het landsbesluit voorziet in de nodige bevoegdheidsgrondslag voor de betrokken minister.

Hoofdstuk 5 De gunning uit de hand

Algemeen

Zoals vaker werd opgemerkt, wordt een gunning uit de hand² in het Arubaanse aanbestedingsrecht niet beschouwd als een aanbesteding omdat er maar een inschrijver is aan wie wordt verzocht om een offerte uit te brengen. Aan het uit de hand gunnen van een overheidsproject zijn dan ook op grond van het proportionaliteitsbeginsel veel minder (strakke) regels verbonden. In een aantal gevallen zou dat bovendien niet zinvol zijn. Het is in dit verband bijvoorbeeld vermeldenswaard dat het verbod om met de ondernemer te onderhandelen niet geldt bij de gunning uit de hand. De vraag die evenwel moet worden

² In Nederland en Curaçao wordt gesproken van een enkelvoudig onderhandse aanbesteding.

gesteld, is of er bij gebruik van een gunning uit de hand daadwerkelijk de beste prijs–kwaliteitverhouding kan worden geboden, aangezien er geen sprake is van concurrentie en prijsvergelijking. Er worden immers publieke middelen uitgegeven, waardoor de aanbesteder de gunning van het project uit de hand niettemin op deugdelijke en transparante wijze dient te verantwoorden. De aanbesteder is – in vergelijking met de situatie die bestond voor de inwerkingtreding van de AV en dit landsbesluit – daarom gehouden aan een beperkt aantal voorschriften met betrekking tot bijvoorbeeld het uitnodigen van een ondernemer, het bijhouden van een projectdossier en de gunning van het project. Ook het gebruik van een eigen verklaring is een zeer handig en doelmatig middel, waardoor het wenselijk is dat de aanbesteder het gebruik daarvan ook bij het uit de hand gunnen van een project kan verlangen. Gedacht kan worden aan het voldoen door de ondernemer van zijn fiscale verplichtingen.

Artikel 5.1 (de uitnodiging)

Artikel 14 van de AV schrijft voor dat bij een gunning uit de hand een ondernemer vrijblijvend wordt uitgenodigd om een inschrijving in te dienen (aanvraag voor vrijblijvende offerte). Artikel 5.1 van het landsbesluit stelt ter zake de regels waaraan de uitnodiging moet voldoen. De vereisten daarbij zijn nagenoeg gelijk aan die bij de onderhandse aanbesteding waardoor wordt verwezen naar de toelichting op artikel 3.1. van het landsbesluit.

Artikel 5.2 (het projectdossier)

Artikel 7 van de AV, bevattende de verplichting van de aanbesteder om een projectdossier bij te houden, is in artikel 15 van de AV van overeenkomstige toepassing verklaard op een gunning uit de hand. Artikel 5.2 van het landsbesluit geeft daar uitvoering aan door vast te stellen welke bescheiden in het projectdossier moeten worden opgenomen. Het aantal gegevens dat een projectdossier bij een gunning uit de hand bevat, is uiteraard minder dan bij een openbare of een onderhandse aanbesteding.

Artikel 5.3 (de inschrijving)

In het kader van de transparantie (artikel 4, tweede lid, van de AV is op de gunning uit de hand van overeenkomstige toepassing) dient een ondernemer ook bij een gunning uit de hand een op schrift gestelde of digitale inschrijving uit te brengen die aan het verzoek daartoe kan worden getoetst. De verzending vindt plaats op dezelfde wijze als de verzending van de uitnodiging. De inschrijving wordt door de aanbesteder beoordeeld op basis van de criteria die in de offerteaanvraag (uitnodiging) waren genoemd. Artikel 5.3 stelt de vereisten waaraan de inschrijving moet voldoen en de wijze waarop de inschrijving moet worden ingediend. Anders dan bij een aanbesteding, voorziet het landsbesluit niet in een inschrijvingstermijn. Het ligt namelijk in de rede dat de aanbesteder zelf op grond van de aard en omvang van de werkzaamheden per geval kan bepalen binnen welke termijn hij van de ondernemer een inschrijving verwacht. Ook voor de gunning uit de hand is de gestanddoeningstermijn gesteld op 90 dagen vanaf de datum waarop de ondernemer zijn inschrijving heeft ingediend. Dit hangt samen met de betaaltermijn zoals opgenomen in de Algemene voorwaarden voor de leveringen van goederen en diensten aan het Land. Deze voorwaarden worden zowel bij de

openbare en onderhandse aanbesteding als bij de gunning uit de hand samen met het bestek onderscheidenlijk de uitnodiging meegestuurd (art. 2.2, tweede lid, onderdeel e, en art. 3.1, derde lid, onderdeel e). In het bestek en de uitnodiging moet bovendien telkens worden vermeld dat ze van toepassing zijn (art. 2.2, eerste lid, onderdeel i, en art. 3.1, tweede lid, onderdeel m). Voor het overige kan de inschrijving – afhankelijk van de keuze van de aanbesteder – ook langs elektronische weg plaatsvinden en in voorkomend geval op dezelfde wijze worden ingetrokken.

Een uitnodiging waarop door de ondernemer niet tijdig (op het uiterste tijdstip waarop hij een inschrijving kon indienen) heeft gereageerd, vervalt van rechtswege (zevende lid). Het is de aanbesteder dus niet toegestaan om na de verstreken termijn nog rekening te houden met de te laat binnengekomen inschrijving. Het staat de aanbesteder wel vrij om een andere ondernemer uit te nodigen tot het doen van een inschrijving of een aanbesteding te houden, indien hij het project nog wil (laten) uitvoeren. Ook bij de gunning uit de hand is de aanbesteder niet verplicht om het project te gunnen. Indien de aanbesteder zich in een ontvangen offerte niet kan vinden, dient hij de ondernemer hiervan schriftelijk of langs elektronische weg in kennis te stellen. Het enkel indienen van een inschrijving garandeert dus niet dat het project wordt gegund en een overeenkomst zal worden gesloten. Een overeenkomst komt immers pas tot stand door een rechtsgeldig aanbod door één partij en de aanvaarding daarvan door de wederpartij.

Artikel 5.4 (de gunning van het project)

Aan de gunning van een project zijn bij deze procedure niet veel vereisten verbonden. De aanbesteder is vrij om met de inschrijver te onderhandelen over zijn inschrijving. Daarnaast is de opschortende termijn hier niet van toepassing. Er zijn namelijk geen andere afgewezen inschrijvers met wie rekening moet worden gehouden dan wel met de mogelijkheid dat een onmiddellijke voorziening bij voorraad zal worden verzocht tegen een gunningsbeslissing. De aanbesteder is dan ook niet verplicht om de gunning van het project te publiceren (art. 20 AV). De met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst kan dus relatief snel worden gesloten waardoor het project spoedig van start kan gaan. Bij een gunning uit de hand is de inhoud van de gunningsbeslissing dus relatief korter dan die bij de openbare of onderhandse aanbesteding en omvat enkel de kennisgeving dat het project al dan niet wordt gegund en zo ja, wanneer het project van start gaat. Ten overvloede wordt vermeld dat een afwijzende gunningsbeslissing gemotiveerd wordt.

Een ander belangrijk verschil tussen de gunningsbeslissing bij een gunning uit de hand en die bij een openbare of onderhandse aanbesteding, is dat bij de eerste er sprake is van een definitieve gunning en bij een (openbare of onderhandse) aanbesteding van een *voornemen* van de aanbesteder om het project te gunnen. Als de aanbesteder heeft gecontroleerd dat de ondernemer voldoet aan alle door hem gestelde eisen en voorwaarden, en er voor het overige geen gronden zijn om de inschrijving buiten beschouwing te laten, kan – na ontvangst van de vereiste inkooporder – dus direct worden overgegaan tot de gunning van het project en het sluiten van de daarmee beoogde overeenkomst. Hierbij geldt evenwel ook het voorschrift dat

de aanbesteder geen gunningsbeslissing neemt voordat hij van het vorenstaande zekerheid heeft verkregen (eerste lid jo. art. 2.26, eerste lid). Uit de van overeenkomstige toepassingsverklaring van het tweede lid, onderdelen b en c, en derde lid van artikel 2.27 vloeit immers voort dat de aanbesteder een project niet (uit de hand) mag gunnen aan een ondernemer die niet voldoet aan door hem gestelde (geschiktheid)eisen en voorwaarden, op wie een verplichte of in het bestek opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is of die in strijd met de waarheid belangrijke informatie of bewijsstukken heeft verstrekt onderscheidenlijk overgelegd.

Artikel 5.5 (overeenkomstige toepassing)

In artikel 5.5 wordt een aantal bepalingen die gelden voor de openbare aanbesteding van overeenkomstige toepassing verklaard op de gunning uit de hand. Het gaat onder meer om de mogelijkheid om het gebruik van een eigen verklaring te verlangen, de bevoegdheid van de aanbesteder om geschiktheidseisen te stellen aan de ondernemer en de verplichting van de aanbesteder om de ondernemer, voor zover dit mogelijk is, in de gelegenheid te stellen om kennis te nemen van details en monsters. Ook hier wordt ten overvloede opgemerkt dat bij het stellen van geschiktheidseisen rekening wordt gehouden met het proportionaliteitsbeginsel en alleen eisen worden gesteld die in een redelijke verhouding staan met het uit te voeren project.

Verder ligt het in de rede dat ook de bepalingen inzake de ongeldigheid van inschrijvingen en de mogelijkheid tot het herstellen van gebreken en tot het vragen van verduidelijking c.q. toelichting op een (abnormaal lage) inschrijving van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Dat de bepalingen inzake het buiten beschouwing laten van bepaalde inschrijvingen, de controle van de actuele vereiste bewijsstukken en de uitsluiting van een ondernemer (zoals vermeld in de vorige alinea) ook gelden bij een gunning uit de hand spreekt voor zich.

Tot slot wordt opgemerkt dat het feit dat bepaalde artikelen niet nadrukkelijk van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de gunning uit de hand niet impliceert dat de aanbesteder dat zelf niet zou mogen bepalen. Niet valt bijvoorbeeld in te zien waarom twee ondernemers samen geen inschrijving – met instemming van de aanbesteder – zouden mogen indienen, of de aanbesteder geen varianten zou mogen verlangen of toestaan. Mocht de aanbesteder in voorkomend geval een bepaald artikel vrijwillig van toepassing willen verklaren, dan dient hij zich in het kader van het proportionaliteitsbeginsel aan de respectievelijke bepalingen te houden; in geval van het voornoemde voorbeeld aan de artikelen 2.14 en 2.15 van het landsbesluit.

Hoofdstuk 6 Inwerkingtreding en citeertitel

Nu alle nodige uitvoeringsregels – met inbegrip van de nieuwe modellen voor de bekendmaking, de eigen verklaring, het inschrijvings- en het intrekkingformulier – in dit landsbesluit zijn opgenomen, kunnen de AV en het landsbesluit tegelijkertijd in werking treden.

Artikel 6.2 voorziet in de gewenste gelijktijdige inwerkingtreding. Een apart inwerkingtredingsbesluit zal voor dit landsbesluit dus niet vereist zijn.

De minister van Financiën en Cultuur,

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