

Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen: wat verandert er in de nieuwe Aanbestedingswet?

Zowel op het gebied van de uitsluitingsgronden als de geschiktheidseisen verandert er het nodige na de inwerkingtreding van de nieuwe Aanbestedingswet. In deze bijdrage bespreken wij de meest in het oog springende wijzigingen met betrekking tot de facultatieve uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen.

Facultatieve uitsluitingsgronden

Op grond van facultatieve uitsluitingsgronden kan een aanbestedende dienst een ondernemer uitsluiten van deelname aan de aanbesteding. De nieuwe Aanbestedingswet kent een aantal wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling. Zo is artikel 2.87 lid 1 sub c, welke ziet op de ernstige beroepsfout, verduidelijkt. De aanbestedende dienst kan een ondernemer uitsluiten indien aannemelijk kan worden gemaakt dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken.

De wijziging van de Aanbestedingswet brengt ook een uitbreiding van het aantal facultatieve uitsluitingsgronden met zich. Nieuw zijn bijvoorbeeld de bepalingen betreffende het voorkomen van belangenconflicten en betrokkenheid bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure. Artikel 2.87 lid 1 sub e ziet op de situatie van een belangenconflict als facultatieve uitsluitingsgrond. Van een belangenconflict, op grond van artikel 1.10b, is sprake wanneer personeel van de aanbestedende dienst dan wel door de aanbestedende dienst ingeschakelde derden betrokken zijn bij een aanbestedings- of gunningsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure en direct of indirect financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij de aanbesteding in het gedrang te brengen. Indien sprake is van een belangenconflict en dit belangenconflict niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen, kan als ultimum remedium uitsluiting plaatsvinden. Uitsluiting als ultimum remedium geldt (op grond van artikel 2.87 lid 1 sub f jo 2.51 lid 3) ook voor de eerdere betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst kan pas tot uitsluiting overgaan indien er geen andere (passende) middelen zijn om naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren.

De laatste facultatieve uitsluitingsgrond die wij willen bespreken is de introductie van de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om ondernemers uit te sluiten omdat hun prestaties in het verleden tekortschoten (artikel 2.87 lid 1 sub g). Om te voorkomen dat deze uitsluitingsgrond te gemakkelijk wordt ingeroepen voor kleine tekortkomingen, is een aantal waarborgen opgenomen. Het dient te gaan om aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht, die hebben geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties. Uit de memorie van toelichting bij de nieuwe Aanbestedingswet blijkt dat onder 'aanzienlijke tekortkomingen' die gevallen dienen te worden verstaan waarin de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. Uiteraard dient uitsluiting altijd proportioneel te zijn. Wat betreft de schadevergoeding wordt in de memorie van toelichting dan ook opgemerkt dat dit niet een relatief lage schadevergoeding mag zijn welke uit het contract voortvloeit door een kleine tekortkoming. Ten slotte bepaalt artikel 2.87a dat wanneer een uitsluitingsgrond op de situatie van de ondernemer van toepassing is, de ondernemer in staat gesteld moet worden aan te tonen 'voldoende maatregelen' te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Daarbij kan worden gedacht aan het vergoeden van eventuele schade, het actief meewerken met onderzoekende autoriteiten of het nemen van concrete maatregelen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen. Het is aan de aanbestedende dienst om te bepalen of het bewijs van betrouwbaarheid toereikend is. Indien de aanbestedende dienst de maatregelen onvoldoende vindt, moet hij dit gemotiveerd meedelen aan de ondernemer.

Geschiktheidseisen

Naast een aantal wijzigingen van technische aard en verduidelijkingen worden aan het

systeem van geschiktheidseisen ook enkele (nieuwe) elementen toegevoegd. In vogelvlucht bespreken we ook hier de meest in het oog springende wijzigingen.

Allereerst volgt uit het nieuwe artikel 2.90 lid 4 dat, indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, deze geschiktheidseisen dienen te worden beperkt tot geschiktheidseisen die kunnen garanderen dat een ondernemer over de juridische en financiële capaciteiten en de technische en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren. Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt met betrekking tot de financiële of economische draagkracht, kan door de aanbestedende dienst worden bepaald dat bij een beroep op een derde zowel de ondernemer als de derde hoofdelijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de opdracht. Deze bepaling (artikel 2.92 lid 3) is opgenomen om ervoor te zorgen dat een aanbestedende dienst meer grip heeft op de naleving van eisen. Bij een tekortkoming kan hij nu zowel de inschrijver als de derde aansprakelijk stellen. Indien een beroep wordt gedaan op een derde dient de aanbestedende dienst overigens te toetsen of op de derde uitsluitingsgronden van toepassing zijn (artikel 2.92 lid 4 en 2.94 lid 4). Deze verplichting beoogt te voorkomen dat een ondernemer die zelf niet in aanmerking komt voor een opdracht daarbij via onderaanneming alsnog wordt betrokken. Uit het nieuwe artikel 2.94 lid 2 volgt dat diegene op wiens technische en beroepsbekwaamheid met betrekking tot onderwijs- en beroepskwalificaties of relevante beroepservaring een beroep wordt gedaan ook daadwerkelijk de werken of diensten dient te verrichten waarvoor die bekwaamheid is vereist. Tot slot kan een aanbestedende dienst (op grond van artikel 2.95 lid 2) eisen dat bepaalde kritieke taken van een opdracht door de winnaar zelf worden verricht en daarmee bepalen dat een derde die taken niet mag uitvoeren.

mr. P.F.C. Heemskerk en mr. J.J. van Loenen-de Wild
CMS Derks Star Busmann N.V.