



ABAB

ACCOUNTANTS - BELASTINGADVISEURS - JURISTEN

Biedt meerwaarde!

"Het MKB verdient meer.."

Kansen voor MKB-ondernemers bij aanbestedingsprocedures in de huidige aanbestedingspraktijk



ABAB

ACCOUNTANTS - BELASTINGADVISEURS - JURISTEN

Biedt meerwaarde!

"Het MKB verdient meer.."

Kansen voor MKB-ondernemers bij aanbestedingsprocedures in de huidige aanbestedingspraktijk

Student:	Marijke Pheninckx
Studentnummer:	2005664
Stageverlener:	ABAB, Belastingadviseurs en Juristen B.V.
Afstudeermentor:	De heer mr. P. van der Aa, Manager Juristen
Opleiding:	HBO-Rechten Juridische Hogeschool Avans-Fontys Tilburg
1^e Afstudeerbegeleider:	Mevrouw mr. C. van der Voort
2^e Afstudeerbegeleider:	Mevrouw mr. T. Wielders
Stageperiode:	8 februari 2010 – 31 mei 2010
Datum:	31 mei 2010

Voorwoord

In september 2006 ben ik gestart met de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Na drie en een half jaar gestudeerd te hebben, zal ik deze opleiding afronden met het schrijven van een afstudeerscriptie tijdens een stage bij ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V.

Voor u ligt het eindresultaat van mijn afstudeerscriptie. Op 8 februari 2010 startte ik een onderzoek naar de positie van de MKB-ondernemers bij nationale en internationale aanbestedingsprocedures in de huidige aanbestedingspraktijk. Het onderwerp van mijn scriptie komt voort uit de vraag naar advisering door MKB-ondernemers op het gebied van zowel het Europese als het nationale aanbestedingsrecht. Op 31 mei 2010 heb ik de scriptie afgerond.

Graag zou ik een aantal partijen willen bedanken voor het verlenen van medewerking aan deze afstudeerscriptie.

Allereerst wil ik graag een algemeen dankwoord uitbrengen aan de Juridische Hogeschool te Tilburg, voor de hoge kwaliteit van het onderwijs en daarnaast voor het zorgen voor interessante theoretische en praktijkgerichte lesstof en casus waar ik in de afgelopen vier jaar met veel plezier aan gewerkt heb.

In het bijzonder wil ik de twee docenten bedanken die direct betrokken zijn geweest bij het schrijven van mijn scriptie: mevrouw C. van der Voort als eerste afstudeerdocent en mevrouw T. Wielders als tweede afstudeerdocent. Ze hebben mij de nodige kritische feedback gegeven, mede waardoor mijn scriptie is geworden zoals deze nu is.

Om reden dat mijn scriptie toegespitst is op de MKB-klanten van ABAB, heb ik bij verschillende klanten een interview afgenomen. Deze klanten wil ik bij dezen graag bedanken voor hun medewerking aan het onderzoek en hun inbreng tijdens de interviews.

Tot slot gaat mijn dank uit naar ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V., die mijn stage en het schrijven van mijn scriptie mogelijk heeft gemaakt.

In het bijzonder wil ik mijn afstudeermentor, de heer P. van der Aa, bedanken voor zijn begeleiding bij het schrijven van mijn scriptie, het geven van kritische feedback en het vrijmaken van zijn tijd in een voor hem moeilijke periode.

Hopelijk geeft deze scriptie vernieuwende en duidelijke informatie omtrent de huidige positie van de MKB-ondernemers en hun kansen bij de inschrijving op en het doorlopen van een nationale of Europese aanbestedingsprocedure. Ik wens u veel leesplezier.

Marijke Pheninckx

Gebruikte afkortingen

<i>ARW 2005</i>	Aanbestedingsreglement Werken 2005
<i>BAO</i>	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
<i>BASS</i>	Besluit aanbestedingen speciale sectoren
<i>EEG</i>	Europese Economische Gemeenschap
<i>EG-Verdrag</i>	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
<i>EMVI</i>	Economisch meest voordelige inschrijving
<i>GPA</i>	Agreement on Government Procurement
<i>KvK</i>	Kamer van Koophandel
<i>MKB</i>	Midden- en kleinbedrijf
<i>PIANOo</i>	Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers
<i>SBA</i>	Small Business Act for Europe
<i>TED</i>	Tenders Electronic Daily
<i>WIRA</i>	Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden
<i>WTO</i>	World Trade Organisation

Leeswijzer

<i>Aanbestedende instantie</i>	(= Opdrachtgever) Op centraal niveau is dit de Staat, op decentraal niveau zijn dit provincies, gemeentes, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen of een samenwerkingsverband van de overheden of publiekrechtelijke instellingen.
<i>Aanbesteding</i>	(= Overheidsopdracht) Een al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten.
<i>Bestek</i>	Een document dat de aanbestedende instantie publiceert bij de bekendmaking van de aanbestedingsopdracht. Geïnteresseerde bedrijven kunnen zich aan de hand van dit bestek inschrijven op de opdracht. In het bestek wordt onder andere een gedetailleerde beschrijving van de opdracht verwerkt.
<i>Clusteren</i>	Clusteren is het samenvoegen van verschillende overheidsopdrachten tot één aanbesteding.
<i>Combinatievorming</i>	Bij combinatievorming werken ondernemingen op eenzelfde niveau met elkaar samen. Iedere ondernemer is bij deze vorm van samenwerken verantwoordelijk voor een bepaald deel van de uitvoering van de aanbestedingsopdracht.
<i>Drempelwaarde</i>	De drempelwaarde geeft een grens aan met betrekking tot de waarde van de opdracht. Komt de waarde van de opdracht boven deze grens dan moet er verplicht Europees aanbesteed worden. Is de waarde van de opdracht lager dan deze grens dan kan de opdracht nationaal aanbesteed worden. Elke categorie aanbestedingsopdrachten heeft aparte drempelwaarden voor Europees aanbesteden.
<i>Europese aanbesteding</i>	Een opdracht waarvan de waarde gelijk aan of hoger is dan de op dat moment geldende Europese drempelwaarden. De opdracht dient dan verplicht aanbesteed te worden op Europees niveau. Het BAO en het BASS zijn bij deze verplichte aanbesteding van toepassing.
<i>GPA-Verdrag</i>	Agreement on Government Procurement. Handelsverdrag dat in 1994 gesloten is tussen 153 verschillende landen over de hele wereld. Ondernemers uit de verschillende lidstaten hebben door ondertekening van het GPA-verdrag in beginsel 'vrijelijk' toegang tot elkaars markt. Inhoudelijk wordt er in dit verdrag ingegaan op de te volgen procedures, de te hanteren termijnen en geschillenbeslechting inzake het aanbestedingsrecht. Dit verdrag heeft geen directe werking en alleen door implementatie van dit verdrag in de Nederlandse wetgeving, kunnen burgers zich op de bepalingen uit dit verdrag beroepen.

<i>Gunningscriteria</i>	De criteria op basis waarvan uit alle aanbiedingen, de winnende aanbidding wordt geselecteerd. Er zijn twee soorten criteria waaruit moet worden gekozen: de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving.
<i>Implementatie</i>	Implementatie is het omzetten van Europese richtlijnen in nationale wet- en regelgeving.
<i>Marktconsultatie</i>	Een marktconsultatie is een vorm van marktbenadering door de aanbestedende instantie. Hierbij wordt er informatie uitgewisseld tussen de aanbestedende instantie en de geïnteresseerde bedrijven. Op basis van deze informatie-uitwisseling stelt de aanbestedende instantie de selectiecriteria vast. De resultaten van de informatie-uitwisseling worden openbaar gemaakt in een nota van inlichtingen.
<i>Midden- en kleinbedrijf (MKB)</i>	Nederlandse definitie MKB: bedrijf tot 100 werknemers Europese definitie: bedrijf tot 250 werknemers
<i>Nationale aanbesteding</i>	Opdracht waarvan de waarde lager is dan de Europese drempelwaarden en die toch wordt aanbesteed, maar dan op nationaal niveau. Deze vorm van aanbesteden valt buiten de werkingssfeer van het BAO en het BASS. De aanbestedende instanties zijn bevoegd om voor opdrachten onder de drempel eigen inkoopbeleid te ontwikkelen. Bij de nationale aanbestedingsprocedures dienen wel de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht in acht genomen te worden.
<i>Nutssector</i>	Ook wel speciale sector genoemd. Een nutssectorbedrijf is een overheidsinstelling of bedrijf waaraan door de overheid een bijzonder of uitsluitend recht is verleend, bijvoorbeeld aanbieders van gas, drinkwater of elektriciteit. ¹
<i>Offerte</i>	Opgave van prijs en leveringscondities van een onderneming aangevraagd door een aanbestedende instantie.
<i>Onderaanneming</i>	Bij onderaanneming kan de hoofdaannemer van de opdracht een onderaannemer contracteren om bepaalde delen van de opdracht uit te voeren zoals deze in het contract tussen de aanbestedende dienst en de hoofdaannemer is vastgelegd. Echter blijft de hoofdaannemer verantwoordelijk voor de uitvoering van de gehele opdracht.
<i>Ondernemer</i>	Het begrip 'ondernemer' in de definitie van de overheidsopdracht dekt zowel de termen 'aannemer', 'leverancier' als 'dienstverlener'. Deze omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie hiervan die respectievelijk de uitvoering van werken en / of de levering van producten of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt c.q. aanbieden. ²

¹ Artikel 2 t/m 7 BASS

² Corvers 2009, p. 33

<i>Overheidsopdracht</i>	Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer dienstverleners of leveranciers en tussen een of meer aanbestedende instanties is gesloten.
<i>Overheids- en semi-overheids-instanties</i>	Zie: Publiekrechtelijke instelling
<i>Perceel</i>	Een aanbestedingsopdracht wordt soms verdeeld in verschillende kleine opdrachten. Deze opdrachten waarin de aanbesteding onderverdeeld is, worden 'percelen' genoemd. Een ondernemer kan zich inschrijven op één of meerdere percelen of op de gehele aanbestedingsopdracht.
<i>Publiekrechtelijke instelling</i>	Een instantie is een publiekrechtelijke instelling wanneer het een rechtspersoon is, en de instelling onderdeel is van de Staat, onder toezicht staat van de Staat of gefinancierd wordt door de Staat. ³ Daarnaast dient de instelling 'het voorzien in behoeften van algemeen belang' te hebben.
<i>Richtlijn</i>	Een richtlijn is een bindend besluit van de Europese Unie, vastgesteld door de Raad van Ministers en het Europees Parlement of door de Europese Commissie. De resultaten van het besluit liggen vast, maar de manier waarop de lidstaten dit besluit implementeren in de nationale wetgeving is door hen zelf invulbaar. Een Europese richtlijn heeft geen directe werking, maar burgers kunnen zich er wel op beroepen indien de richtlijn is geïmplementeerd in nationaal recht. ⁴
<i>Samenwerkingsverband</i>	Meerdere ondernemingen werken met elkaar samen om de productiecapaciteit te verhogen en de administratieve lasten te beperken. ⁵ Op deze manier kunnen bedrijven welke zelfstandig niet aan de eisen van de aanbestedingsopdracht kunnen voldoen, toch door middel van een samenwerkingsverband meedingen naar een aanbestedingsopdracht.
<i>Selectiecriteria</i>	Criteria op basis waarvan uit alle inschrijvers een selectie wordt gemaakt. Ze betreffen kenmerken van de inschrijvende ondernemingen.
<i>Splitsingsverbod</i>	Verbod op het splitsen van een opdracht met als doel het ontwijken van de aanbestedingsverplichting met betrekking tot de Europese aanbestedingsregels. ⁶
<i>TED</i>	Europees systeem voor elektronisch aanbesteden.

³ Artikel 1 sub q BAO.

⁴ < www.pianoo.nl >

⁵ Artikel 4 lid 3 BAO.

⁶ Artikel 9 lid 4 BAO.

TenderNed

Nationaal systeem voor elektronisch aanbesteden.⁷ Naar verwachting zal eind 2011 de mogelijkheid bestaan tot het publiceren van aankondigingen van nationale aanbestedingsopdrachten. In 2012 zal het systeem klaar zijn voor het doorlopen van gehele procedures op elektronische wijze. TenderNed wordt een 'marktplaats' voor aanbestedende instanties en ondernemers.

⁷ Opgenomen in artikel 69 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet, 29 april 2009.

Inhoudsopgave

Samenvatting	9
1. Inleiding	10
1.1 Achtergrond aanbestedingen	10
1.2 Doel van het onderzoek	11
1.3 Vraagstelling	11
1.4 Opbouw van de scriptie	11
2. Theoretisch kader	12
2.1 Algemene informatie over aanbestedingen	12
2.1.1 Beschrijving van het MKB	12
2.1.2 De definitie van aanbestedingen	12
2.1.3 Verschillende categorieën aanbestedingsopdrachten	13
2.2 Het juridisch kader	13
2.2.1 Internationale wet- en regelgeving	14
2.2.2 Nationale wet- en regelgeving	14
2.3 De algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht	16
2.4 Aanbestedingsplichtige instanties en drempelwaarden	17
2.4.1 Aanbestedingsplichtige instanties	17
2.4.2 Drempelwaarden	17
2.5 De aanbestedingsprocedures	18
2.5.1 De procedures	19
2.5.2 Fasen van aanbesteden	20
2.6 Samenvatting	22
3. De huidige positie van het MKB	23
3.1 Positie MKB-ondernemers vs. positie grootbedrijf	23
3.1.1 Deskundigheid	23
3.1.2 Financiële middelen	23
3.2 Belangrijkste belemmeringen voor de MKB-ondernemers	24
3.2.1 Administratieve lasten	24
3.2.2 Disproportionele selectie- en gunningscriteria	24
3.2.3 Omvang van aanbestedingsopdrachten	25
3.2.4 Naleving aanbestedingsregels	25
3.2.5 Verscherpte selectiecriteria bij een samenwerkingsverband	26
3.3 De MKB-ondernemers en aanbestedingen	29
3.3.1 De betekenis van aanbestedingen voor de MKB-ondernemers	29
3.3.2 De ervaring van de MKB-ondernemers met aanbestedingen	30
3.4 Samenvatting	31
4. De ontwikkelingen binnen het aanbestedingsrecht	32
4.1 Recente ontwikkelingen binnen het aanbestedingsrecht	32
4.1.1 Implementatie van Europese richtlijnen in Nederlandse wet- en regelgeving	32
4.1.2 De aanbesteding opdelen in percelen	33
4.1.3 Elektronisch aanbesteden	33
4.1.4 Small Business Act for Europe	35
4.1.5 De Aanbestedingswet	35
4.2 De Aanbestedingswet	35
4.2.1 De invoering van de Aanbestedingswet	36
4.2.2 De gevolgen van de implementatie voor de MKB-ondernemers	36

4.3 Samenvatting	39
5. Kansen voor het MKB	40
5.1 Geïnformeerd zijn over wet- en regelgeving	40
5.2 Samenwerkingsverband	40
5.3 'Format' voor MKB-ondernemers	42
5.4 Bijwonen van marktconsultatie	43
5.5 'Laagdrempelige' aanbestedingsopdracht	44
5.6 Samenvatting	45
6. Terugblik	46
7. Conclusies	47
7.1 De invloed van de wetgeving op de aanbestedingsprocedures	47
7.2 De erkenning van de problematiek en de ontwikkelingen die hieruit voortvloeien	48
7.3 Toepassing van de wet- en regelgeving bij kansrijk inschrijven	48
8. Aanbevelingen	49
8.1 De MKB-ondernemers	49
8.2 ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V.	50
9. Handleiding ABAB	51
10. Jurisprudentie	54
11. Literatuurlijst	55

Bijlagen

Bijlage I:	Onderzoeksplan
Bijlage II:	Lijst van aanbestedende instanties
Bijlage III:	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO)
Bijlage IV:	Besluit aanbestedingen speciale sectoren (BASS)
Bijlage V:	Wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet, 29 april 2009
Bijlage VI:	Voorbeeld van 'laagdrempelig' aanbestedingsdocument
Bijlage VII:	Uitwerking van interviews met klanten van ABAB

Samenvatting

Deze scriptie is de uitwerking van een onderzoek dat verricht is met als doel: het ontwikkelen van een handleiding voor ABAB waarmee zij de MKB-klanten kunnen adviseren inzake een juridisch correcte inschrijving op en het doorlopen van een aanbestedingsprocedure.

Het aanbestedingsrecht kan opgesplitst worden in twee delen. Allereerst zijn er Europese aanbestedingen. Dit zijn opdrachten met een waarde boven een bepaalde drempel, welke verplicht op Europees niveau aanbesteed dienen te worden. Op deze aanbestedingsprocedures zijn twee richtlijnen van toepassing, die in 2005 in de Nederlandse wet geïmplementeerd zijn: het BAO en het BASS.

Naast Europese aanbestedingen zijn er ook nationale aanbestedingen. Dit zijn opdrachten met een waarde onder de Europese drempel. De aanbestedende instanties zijn niet verplicht deze opdrachten aan te besteden, met uitzondering van de instanties die deze verplichting hebben opgenomen in een zelf ontwikkeld inkoopbeleid. De nationale aanbestedingsprocedures vallen buiten de werkingssfeer van het BAO en het BASS, maar moeten wel voldoen aan de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht.

De MKB-ondernemers hebben moeite met het verkrijgen van aanbestedingsopdrachten op zowel Europees als nationaal niveau. Door geringe en onduidelijke wet- en regelgeving treden er enkele belemmeringen voor de MKB-ondernemers op. De administratieve lasten, disproportionele eisen, de omvang van de aanbestedingsopdrachten, de slechte naleving van de aanbestedingsregels en de verscherpte criteria bij samenwerkingsverbanden zorgen ervoor dat de MKB-ondernemers niet optimaal kunnen participeren in de huidige aanbestedingspraktijk.

Dit wordt overigens ook door de Nederlandse overheid en de Europese Commissie erkend. In de afgelopen jaren hebben zich namelijk enkele ontwikkelingen voorgedaan, waarvan een aantal te maken had met de positie van de MKB-ondernemers in de aanbestedingspraktijk.

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Daarnaast hebben de aanbestedende instanties de mogelijkheid om aanbestedingsopdrachten op te delen in percelen. Er wordt ook gewerkt aan een systeem waarmee op elektronische wijze de aanbestedingsprocedure doorlopen kan worden. Tevens is er door de Europese Commissie het SBA vastgesteld, dat erop gericht is de positie van de MKB-ondernemers in de huidige aanbestedingspraktijk te verbeteren. Tot slot wordt er al jaren gewerkt aan de invoering van de Aanbestedingswet, welke mede ontwikkeld wordt voor de verduidelijking van de regelgeving omtrent het aanbestedingsrecht.

Naast deze ontwikkelingen, die grotendeels zijn gericht op de positie van de MKB-ondernemers, zijn er voor de MKB-ondernemers enkele kansen geconstateerd waardoor zij meer kunnen participeren in de aanbestedingspraktijk.

Om tijd en geld te besparen is het van belang dat de MKB-ondernemers door middel van een format eenmalig de meest gevraagde aanbestedingsdocumenten opstellen met betrekking tot het bedrijf, zodat zij dit bij vrijwel alle aanbestedingsprocedures kunnen gebruiken. Wanneer de ondernemers niet kunnen meedingen naar een aanbestedingsopdracht omdat zij niet kunnen voldoen aan de selectie- of gunningscriteria, hebben zij de mogelijkheid een samenwerkingsverband te vormen met een aantal ondernemers.

Tevens hebben zij de mogelijkheid om tijdens marktconsultaties invloed uit te oefenen op de invulling van de aanbestedingsopdracht en eventueel de daaraan gestelde selectie- en gunningscriteria. Dit kan als gevolg hebben dat de aanbestedende instanties de eisen aanpassen en de ondernemers alsnog mee kunnen dingen naar de opdracht. Tot slot is het voor de MKB-ondernemers van belang dat zij zich meer richten op nationale aanbestedingen. Nationale aanbestedingen zijn veelal 'kleinere' opdrachten met lage selectie- en gunningscriteria, waar het grootbedrijf vaak niet in geïnteresseerd is. Bij deze opdrachten kunnen de ondernemers in meerdere mate voldoen aan de eisen, en maakt de inschrijving op dit soort opdrachten de kans op gunning van een opdracht groter.

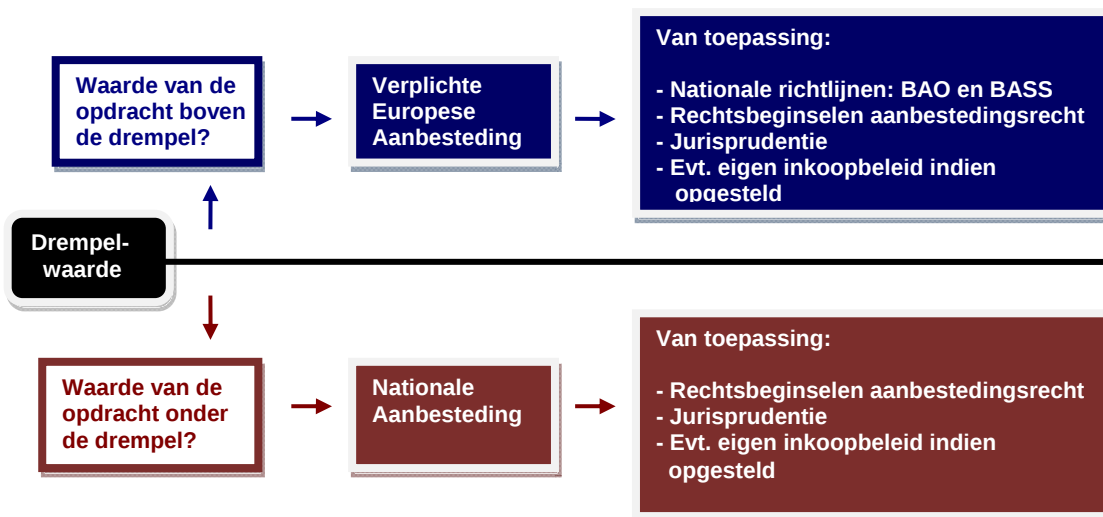
1. Inleiding

1.1 Achtergrond aanbestedingen

In de afgelopen decennia is de samenwerking tussen de lidstaten binnen de Europese Unie steeds meer gaan groeien. Mede hierdoor is zo ook de 'aanbestedingsmethode' tot stand gekomen. In de jaren '70 werden de eerste Europese regels omtrent Europees aanbesteden opgesteld. Het doel hiervan was de samenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie te bevorderen, eerlijke concurrentie te creëren, en daarnaast het zorgvuldig omgaan met gemeenschapsgelden door overheids- en semi- overheidsinstanties.

Na een aantal jaar van de methode van aanbestedingen gebruik te hebben gemaakt, rijst de vraag of de eerlijke concurrentie daadwerkelijk wordt bevorderd door deze methode van inkopen. Het lijkt erop dat het midden- en kleinbedrijf veelal last ondervindt van het op deze wijze reguleren van concurrentie. Daarnaast ziet het er naar uit dat zij juist achtergesteld worden in hun positie en veeltijds niet in staat zijn om aanbestedingsopdrachten via deze methode te verkrijgen. Eerlijke concurrentie door aanbesteding lijkt dus minder te werken voor de midden- en kleinbedrijven. Maar in hoeverre kunnen deze ondernemers er zelf voor zorgen dat zij alsnog op gelijke wijze als het grootbedrijf mee kunnen dingen naar aanbestedingsopdrachten?

Om dit rapport te kunnen begrijpen zullen eerst enkele begrippen, met betrekking tot 'nationaal' en 'Europees' aanbesteden, uitgewerkt worden waar veelal misverstanden over bestaan. Het aanbestedingsrecht kan in twee delen opgesplitst worden. Allereerst zijn er 'Europese aanbestedingen'. Dit zijn aanbestedingsopdrachten boven bepaalde waarden, de zogenaamde drempelwaarden.⁸ Deze opdrachten moeten volgens Europese aanbestedingsregels aanbesteed worden. Om reden dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd zijn in de nationale regelgeving, zijn de nationale richtlijnen⁹ van toepassing op de Europese aanbestedingen. Daarnaast zijn er aanbestedingsopdrachten met een waarde onder de drempel. Dit worden 'nationale aanbestedingen' genoemd en hierop is vooralsnog geen wet- en regelgeving van toepassing, met uitzondering van alle bouwministeries.¹⁰ Wel dienen te allen tijde de algemene rechtsbeginselen¹¹ van het aanbestedingsrecht in acht genomen te worden.



Figuur 1: Verschil tussen nationaal en Europees aanbesteden.

⁸ Zie paragraaf 2.4.2.

⁹ Zie paragraaf 2.2.2.

¹⁰ De bouwministeries hebben zichzelf verplicht bij nationale aanbestedingen het ARW 2005 in acht te nemen.

¹¹ Zie paragraaf 2.3.

1.2 Doel van het onderzoek

Op basis van de bovenstaande kwestie zal er onderzoek verricht worden naar de belemmeringen voor de MKB-ondernemers bij het inschrijven op en het doorlopen van een aanbestedingsprocedure. Daarnaast zal er onderzoek gedaan worden, met inachtneming van de in voorbereiding zijnde Aanbestedingswet, naar welke kansen de midden- en kleinbedrijven hebben met betrekking tot een kansrijke inschrijving op een procedure en daarnaast het op juridisch correcte wijze doorlopen van een aanbestedingsprocedure.

Het doel van het onderzoek is om voor 31 mei 2010 een handleiding ontwikkeld te hebben waarmee ABAB de midden- en kleinbedrijfsklanten kan informeren over de huidige aanbestedingspraktijk en hen daarnaast kan adviseren over hun kansen bij het inschrijven op en het doorlopen van een aanbestedingsprocedure.¹²

1.3 Vraagstelling

Bij dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

In hoeverre kan op een juridisch correcte wijze, mede door inachtneming van de toekomstige Aanbestedingswet, de positie van midden- en kleinbedrijven verbeterd worden wanneer het gaat om het inschrijven op nationale en Europese aanbestedingen en daarnaast het doorlopen van deze aanbestedingsprocedures?

Om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zullen de volgende deelvragen in dit onderzoek behandeld worden:

- Wat kan onder een aanbesteding worden verstaan? (Het theoretisch kader)
- Hoe ziet de positie van het midden- en kleinbedrijf er in de aanbestedingspraktijk op dit moment uit?
- Welke complicaties ondervindt het midden- en kleinbedrijf bij het verkrijgen van nationale en Europese aanbestedingsopdrachten?
- Op welke manier wordt er al gewerkt aan de verbetering van de positie van de midden- en kleinbedrijven met betrekking tot het verkrijgen van aanbestedingsopdrachten?
- Biedt het aanbestedingsrecht het midden- en kleinbedrijf de mogelijkheid om de positie binnen de aanbestedingspraktijk op een juridisch correcte wijze te verbeteren?

1.4 Opbouw van de scriptie

Bij de uitwerking van het onderzoek is rekening gehouden met het feit dat het onderzoek verricht is voor de MKB-klanten en dat daarom de uitwerkingen ook duidelijk voor hen moeten zijn.

Met inachtneming van dit gegeven is in hoofdstuk 2 de basis van het aanbestedingsrecht uitgewerkt. Hierin komt het juridisch kader naar voren, het verschil tussen nationaal en Europees aanbesteden en daarnaast de verschillende procedures. Vervolgens zijn de belemmeringen uitgewerkt waarvan het midden- en kleinbedrijf het meeste last ondervindt. Deze belemmeringen zijn mede op basis van interviews met MKB-klanten van ABAB vastgesteld. Tevens is er uitgewerkt welke recente ontwikkelingen zich hebben voorgedaan en wat deze betekenen voor de positie van het midden- en kleinbedrijf. Tot slot zijn op basis van de recente ontwikkelingen, met inachtneming van de toekomstige Aanbestedingswet, de kansen voor het midden- en kleinbedrijf beschreven.

Op basis van de uitwerkingen van dit onderzoek zal er een handleiding geschreven worden voor ABAB, zodat de juridisch adviseurs aan de hand daarvan de MKB-klanten kunnen informeren en adviseren op het gebied van nationale en Europese Aanbestedingen.

¹² Bijlage I: Onderzoeksplan

2. Theoretisch kader

Al sinds 1815 wordt er in Nederland gebruik gemaakt van aanbestedingsregels.¹³ In dat jaar werd het eerste Koninklijke Besluit omtrent aanbestedingen uitgebracht, dat de Rijksoverheid verplichtte om openbaar aan te besteden. Destijds was het doel van de aanbestedingsregels: *“een doelmatig beheer van middelen en het bestrijden van corruptie van ambtenaren.”*¹⁴

In 1970 werden de eerste Europese regels over aanbesteden uitgebracht. Deze regels hadden tot doel vrije, eerlijke concurrentie binnen de Europese Economische Gemeenschap (EEG).¹⁵ In de afgelopen decennia hebben er heel wat ontwikkelingen plaatsgevonden op het gebied van het aanbestedingsrecht en is het uitgegroeid tot een complex rechtsgebied op zowel nationaal als Europees niveau.

2.1 Algemene informatie over aanbestedingen

In deze paragraaf komt de algemene informatie over aanbestedingen aan bod. Het gaat hierbij voornamelijk over de definitie van aanbestedingen en daarnaast de verschillende categorieën aanbestedingen. Alvorens de definitie van aanbestedingen uitgewerkt wordt, zal er eerst een korte omschrijving van het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB) volgen aangezien het onderzoek alleen betrekking heeft op deze ondernemingen.

2.1.1 De beschrijving van het MKB

Onder midden- en kleinbedrijven worden verstaan: bedrijven die niet meer dan 100 werknemers¹⁶ in dienst hebben en die een jaarlijkse omzet hebben van minder dan 40 miljoen euro. Daarnaast mag een MKB-bedrijf maar voor 25 % in het bezit zijn van één of meer organisaties die zelf geen midden- en kleinbedrijf zijn.¹⁷ In totaal valt 99,7 % van het Nederlandse bedrijfsleven onder het MKB en vervult 60 % van het totale aantal werknemers een functie bij het MKB.¹⁸ Dit onderzoek is van toepassing op slechts een klein deel van het MKB. Het gaat hierbij om de MKB-ondernemers die bij ABAB om advies vragen over de inschrijving op en het doorlopen van het aanbestedingsproces.

2.1.2 De definitie van aanbestedingen

Onder aanbesteden wordt verstaan: een procedure, waarbij een opdrachtgever geïnteresseerde aanbieders van diensten, werken of leveringen vraagt of deze zich met een offerte willen inschrijven op een aanbestedingsopdracht. De opdrachtgever kan op deze manier de beste leveranciers selecteren op basis van prijs, kwaliteit, ervaring en dienstverlening. Het doel van aanbesteden is het bevorderen van de marktwerking¹⁹ en daarnaast het zo goed mogelijk op elkaar afstemmen van vraag en aanbod. Ondanks dat er geen eenduidige definitie van een aanbesteding bestaat, kan er wel een omschrijving gegeven worden van een veel gebruikte definitie.

*“Een aanbesteding is de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten.”*²⁰

Tot op heden is er, naast bovenstaande definitie, in geen enkele wet- of regelgeving een eenduidige definitie van een aanbesteding verwerkt.

¹³ < www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/historie_eu_aanbesteding >, geraadpleegd op 16 februari 2010.

¹⁴ < www.europeseaanbestedingen.eu >, geraadpleegd op 16 februari 2010.

¹⁵ < www.europeseaanbestedingen.eu >, geraadpleegd op 16 februari 2010.

¹⁶ Nationale definitie van het MKB: kleiner of gelijk aan 100 werknemers.

Europese definitie van het MKB: kleiner of gelijk aan 250 werknemers.

¹⁷ Hoevenagel 2004, p. 17.

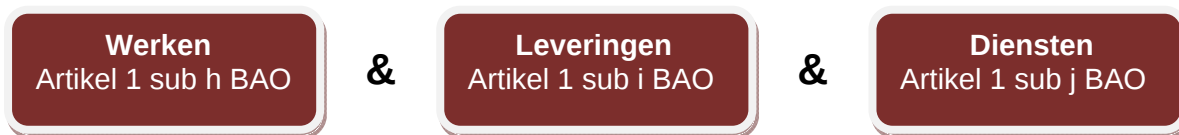
¹⁸ < dev.mkb servicedesk.nl/569/informatie-over-mkb-nederland.htm >, geraadpleegd op 18 februari 2010.

¹⁹ Marktwerking wordt tot stand gebracht door een aanbestedingsopdracht te publiceren en meerdere marktpartijen op een gelijke en non-discriminatoire wijze toegang tot die opdracht te verlenen.

²⁰ Artikel 1 sub b Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, vervallen m.i.v. 1 januari 2009.

2.1.3 Verschillende categorieën aanbestedingsopdrachten

De Europese en nationale wet- en regelgeving inzake aanbestedingen zijn van toepassing op verschillende categorieën overheidsopdrachten, opdrachten van aanbestedende instanties. Deze opdrachten kunnen worden onderverdeeld in verschillende categorieën. In artikel 1 Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: BAO)²¹, zijn deze overheidsopdrachten onderverdeeld in drie groepen, te weten:



Figuur 2: Verschillende categorieën aanbestedingsopdrachten.

Deze begrippen zijn zo ruim in te vullen dat in artikel 1 BAO de precieze definiëring hiervan vastgesteld is. Hieronder volgt een korte toelichting van deze categorieën zoals deze in het besluit beschreven zijn.

De categorie 'werken' kan, op grond van artikel 1 sub h BAO, worden gedefinieerd als:
"Het product van bouw- dan wel wegebouwkundige werken in hun geheel en dat daartoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen."

Onder aanbestedingsopdrachten voor 'leveringen' kan, op grond van artikel 1 sub i BAO, worden verstaan:

"Alle opdrachten met betrekking tot de aankoop, leasing, huur of huurkoop met of zonder koopoptie, van producten dan wel de levering van producten en het zijdelings verrichten van werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering."

Onder de categorie 'diensten' wordt, op grond van artikel 1 sub j BAO, het volgende verstaan:

"Schriftelijke overeenkomsten die betrekking hebben op het verrichten van diensten dan wel het leveren van producten alsmede het verrichten van diensten (waarvan de waarde van de betreffende diensten hoger is dan die van de producten), of het verrichten van diensten en van werkzaamheden, waarbij de werkzaamheden bijkomstig zijn ten opzichte van het verrichten van de diensten."

Hieronder valt bijvoorbeeld het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden of de werkzaamheden die verricht worden door adviesbureaus.

2.2 Het juridisch kader

In de jaren '70 is het Europese aanbestedingsrecht ontstaan. Rechtstreeks voortvloeiend uit het EG-verdrag zijn er twee Europese aanbestedingsrichtlijnen tot stand gekomen, richtlijn nr. 2004/17 EG en richtlijn nr. 2004/18 EG. Met de invoering van deze Europese aanbestedingsrichtlijnen, heeft de Europese Unie als doel het openstellen van de Europese markt voor alle bedrijven uit de lidstaten van de Europese Unie.²² Daarnaast zorgen de richtlijnen voor een transparante markt, waarbij bedrijven uit alle lidstaten gelijkwaardig aan elkaar mee kunnen dingen op de internationale markt, artikel 5 BAO. Indien de richtlijnen op de juiste wijze toegepast worden, zou dit de concurrentie in het bedrijfsleven van de Europese Unie moeten bevorderen en zal daarnaast het aanbestedingsbeleid effectiever ingevuld worden. Onderstaand zal het gehele juridisch kader uitgewerkt worden.

²¹ Zie bijlage III: Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *Stb.* 2004,408.

²² < www.europees-aanbesteden.nl/default.asp?cntParent=1&cntID=3 >, geraadpleegd op 23 februari 2010.

2.2.1 Internationale wet- en regelgeving

Het belangrijkste internationale verdrag is het World Trade Organisation Agreement on Government Procurement (GPA), dat op 1 januari 1996 in werking is getreden.²³ Dit verdrag heeft betrekking op overheidsaanbestedingen voor werken, diensten en leveringen en is door 153 landen over de hele wereld ondertekend.²⁴ Inhoudelijk wordt er in dit verdrag ingegaan op de te volgen procedures, de te hanteren termijnen en geschillenbeslechting inzake het aanbestedingsrecht. Dit verdrag heeft geen directe werking en alleen door implementatie van dit verdrag in de Nederlandse wetgeving, kunnen burgers zich op de bepalingen uit dit verdrag beroepen.²⁵

Naast het GPA-verdrag zijn er in het EG-Verdrag, het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, regels opgesteld die van toepassing zijn binnen het aanbestedingsrecht. Deze regels bevatten onder andere bepalingen over de interne markt, het non-discriminatiebeginsel en verboden beperkingen. Tevens zijn in het EG-verdrag de 'vier vrijheden' opgenomen waarop het gehele internationale aanbestedingsrecht gebaseerd is. Het gaat hierbij om de volgende vrijheden:

- vrij verkeer van goederen;²⁶
- vrij verkeer van werknemers;²⁷
- vrijheid van vestiging;²⁸ en
- vrij verlenen van diensten.²⁹

Deze vier vrijheden zorgen ervoor dat alle nationale markten van de Europese lidstaten als één interne markt kunnen worden gezien.

In het EG-Verdrag zijn tevens enkele algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht opgenomen, die op internationaal gebied voortvloeien uit de vier bovenstaande vrijheden. Deze rechtsbeginselen zullen in paragraaf 2.3 aan bod komen.

Op Europees niveau zijn de regels en procedures van het aanbestedingsrecht op dit moment in twee richtlijnen uitgewerkt. Richtlijn nr. 2004/18 EG is de algemene richtlijn en regelt de Europese aanbestedingen voor werken, leveringen en diensten, met uitzondering van de werken, leveringen en diensten uit de nutssector.³⁰ Daarnaast is er de Richtlijn nr. 2004/17 EG, welke de Europese aanbestedingen regelt voor de nutssectoren, ook wel de speciale sectoren genoemd.³¹

2.2.2 Nationale wet- en regelgeving

Op nationaal niveau is er de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, welke op 20 april 1999 ingevoerd is. Deze wet regelt de bevoegdheid om communautaire³² regels bij AMvB om te zetten in nationale regelgeving. Op basis van deze EEG-voorschriften zijn in juli 2005 de Europese richtlijnen nr. 2004/17 EG en nr. 2004/18 EG geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Deze richtlijnen zijn ondergebracht in het BAO en BASS. Beide richtlijnen zijn op 1 december 2005 in werking getreden. Dit zijn tevens de belangrijkste besluiten van het aanbestedingsrecht op nationaal niveau met betrekking tot Europese

²³ < http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm >, geraadpleegd op 18 februari 2010.

²⁴ Geldend vanaf 1 januari 2010.

²⁵ Pijnacker Hordijk 2009, p. 13.

²⁶ Artikel 28 EG-Verdrag.

²⁷ Artikel 39 EG-Verdrag.

²⁸ Artikel 43 EG-Verdrag.

²⁹ Artikel 49 EG-Verdrag.

³⁰ Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb EU* 2004, L 134/114.

³¹ Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren, energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb EU* 2004, L 134/1.

³² Wet- en regelgeving van de gemeenschap, de Europese Unie.

aanbestedingen. Zoals in de inleiding al is besproken zijn deze nationale richtlijnen alleen van toepassing op de Europese aanbestedingsprocedures.

Naast deze richtlijnen is er op nationaal niveau het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (hierna: ARW 2005). Dit reglement is van toepassing op zowel de Europese aanbestedingsopdrachten voor werken als voor de nationale aanbestedingsopdrachten voor werken. Alle bouwministeries moeten dit reglement verplicht toepassen, andere ministeries zijn hiertoe niet verplicht maar wel bevoegd.³³

Tot slot is op 19 februari 2010 de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: WIRA) in werking getreden.³⁴ Deze wet regelt dat de aanbestedende instanties, bij aanbestedingen boven de drempelwaarden³⁵, de gunningsbeslissing voldoende moeten motiveren. Tevens bevat de wet regels over het vernietigen door de rechter van aanbestedingsopdrachten bij onrechtmatige gunning.

Aanbestedende instanties zijn bevoegd om voor nationale aanbestedingsprocedures, procedures met betrekking tot opdrachten met een waarde onder de drempel een eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen. Het komt ook vaak voor dat de aanbestedende instanties de richtlijnen voor de Europese aanbestedingsprocedures van toepassing verklaren op de te voeren nationale aanbestedingsprocedure. De aanbestedende instanties worden hierin dus vrijgelaten. Wel zullen te allen tijde, door de aanbestedende instanties, de algemene rechtsbeginselen van het Europese aanbestedingsrecht in acht genomen moeten worden, ongeacht of het gaat om een nationale of Europese aanbestedingsprocedure. Deze rechtsbeginselen worden uitgewerkt in paragraaf 2.3.

In 2006 is er daarnaast door de Minister van Economische Zaken een wetsvoorstel ingediend in de Tweede Kamer voor de nieuwe Aanbestedingswet. Deze wet moet zorgen voor een uniforme regelgeving omtrent aanbestedingen voor overheidsopdrachten op Europees en op nationaal niveau. Het zou moeten leiden tot heldere regelgeving. Door zware kritiek van de Raad van State is het wetsvoorstel meerdere malen gewijzigd. Tot op heden is het wetsvoorstel nog niet definitief goedgekeurd, naar verwachting zal de Aanbestedingswet eind 2010 afgerond zijn en ingevoerd worden.³⁶ Deze wet zal regelgeving bevatten afgeleid van de nationale aanbestedingsrichtlijnen met betrekking tot Europese aanbestedingen, het BAO en het BASS. Daarnaast zullen er in deze wet enkele regels opgenomen worden met betrekking tot de nationale aanbestedingsprocedures, waar tot op heden nog geen richtlijnen op van toepassing zijn.

Bovenstaande alinea's omvatten alle geschreven wet- en regelgeving op het gebied van het aanbestedingsrecht. Naast deze wet- en regelgeving, verdienen ook de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht de vermelding, waaraan regelmatig getoetst wordt bij aanbestedingsprocedures op zowel nationaal als Europees niveau. Dit geldt met name voor het gelijkheidsbeginsel, het objectiviteitsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.³⁷

Tot slot behoort ook de jurisprudentie op Europees en nationaal niveau tot het juridisch kader. Hieronder vallen uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap, uitspraken van de burgerlijke rechter en van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Deze jurisprudentie zorgt voor aanvulling van de wet- en regelgeving op het gebied van het aanbestedingsrecht.

³³ < git.pianoo.nl/html/arw_2005.html >, geraadpleegd op 23 februari 2010.

³⁴ Het BAO en het BASS zijn gewijzigd bij Besluit van 10 februari 2010 in verband met de WIRA, *Stb.* 2010, 67

³⁵ Zie paragraaf 2.4.2.

³⁶ < www.pianoo.nl >, geraadpleegd op 23 februari 2010.

³⁷ Zie paragraaf 2.3.

2.3 De algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht

Naast de in paragraaf 2.2 besproken wet- en regelgeving zijn de algemene rechtsbeginselen ook van essentieel belang in de aanbestedingspraktijk. De aanbestedende instanties zijn bij nationale aanbestedingen niet gebonden aan de aanbestedingsrichtlijnen, maar zijn wel verplicht zich te houden aan de algemene beginselen van het Europese aanbestedingsrecht. Ook bij Europese aanbestedingsprocedures zijn de aanbestedende instanties verplicht deze rechtsbeginselen in acht te nemen.

In het BAO en in het EG-Verdrag ligt de grondslag van deze verschillende rechtsbeginselen, wat ertoe moet leiden dat de aanbestedende instanties transparant, objectief en non-discriminatoir handelen en geen disproportionele eisen mogen stellen aan zowel de inschrijvende bedrijven als de offertes.

- **het gelijkheidsbeginsel / non-discriminatiebeginsel**
Voor de aanbestedingspraktijk houdt dit beginsel in dat alle gelijke gevallen een gelijke behandeling verdienen. Hiervan kan afgeleid worden dat iedereen dezelfde informatie dient te krijgen over de aanbestedingsopdracht en er daarnaast niemand bevooroordeeld mag worden. Dit wordt ook wel het non-discriminatiebeginsel genoemd omdat dit een verbod is op elke vorm van discriminatie bij de deelnemende partijen. Dit beginsel is neergelegd in artikel 12 EG-Verdrag en artikel 2 BAO.
- **het transparantiebeginsel**
Dit beginsel heeft als doel dat alle informatie en handelingen die van belang zijn voor de aanbesteding, zichtbaar zijn voor alle partijen. Er dient dus 'een passende mate van openbaarheid' gehandhaafd te worden, wat betekent dat er voldoende gepubliceerd moet worden.³⁸ Dit beginsel leidt er uiteindelijk toe dat controleerbaar is of de aanbestedende instantie op de juiste manier de aanbestedingsprocedure doorlopen heeft en of het gelijkheidsbeginsel in acht genomen is. Dit beginsel vindt zijn grondslag in artikel 2 BAO.
- **het proportionaliteitsbeginsel**
Volgens dit beginsel moeten de besluiten in verhouding staan tot het doel. Voor het aanbestedingsrecht betekent dit dat de in de aanbesteding opgenomen voorwaarden voor een onderneming en de gestelde eisen aan de offerte in verhouding moeten staan tot de opdracht van de aanbesteding. Met de opdracht van de aanbesteding wordt bedoeld het doel, de aard en de omvang van de opdracht. Dit beginsel is in artikel 5 van het EG-Verdrag opgenomen.
- **het beginsel van wederzijdse erkenning**
Dit beginsel houdt in dat er vrij verkeer van goederen en diensten mogelijk is tussen verschillende lidstaten. Dit kan mogelijk gemaakt worden zonder dat de nationale wet- en regelgeving van deze lidstaten geharmoniseerd zijn. Er zijn echter wel uitzonderingen op dit beginsel gemaakt voor het algemene belang. Hieronder vallen onder andere de gezondheidszorg en de consumenten- of milieubescherming omdat deze sectoren aan strenge regels gebonden zijn die enkel op nationaal niveau gelden.³⁹

Bovenstaande beginselen zijn de belangrijkste beginselen die in de aanbestedingspraktijk gehanteerd dienen te worden. Dit moet ervoor zorgen dat de aanbestedingsprocedures en inschrijvingen hierop in alle gelijkheid en eerlijkheid zullen verlopen.

³⁸ HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, *Jur.* 2000 (Telaustria).

³⁹ <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/l21001b_nl.htm>, geraadpleegd op 25 februari 2010.

2.4 Aanbestedingsplichtige instanties en drempelwaarden

De aanbestedingsprocedure is voor bepaalde instanties een verplicht te volgen procedure, welke zowel op Europees als op nationaal niveau gevolgd kan worden. Dit zal nader uitgewerkt worden in onderstaande paragrafen.

2.4.1 De aanbestedingsplichtige instanties

De methode van aanbestedingen zorgt ervoor dat het meest geschikte bedrijf met het meest geschikte product, dienst of werk wordt geselecteerd en gecontracteerd door de aanbestedende instantie. Bepaalde instanties zijn aanbestedingsplichtig op grond van artikel 1 sub r BAO en het Besluit Aanbestedingsregels Speciale Sectoren (hierna: BASS)⁴⁰. Op centraal niveau is dit de Staat en op decentraal niveau zijn dit provincies, gemeenschappen, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.⁴¹ Een instantie is een publiekrechtelijke instelling wanneer het een rechtspersoon is, en de instantie in hoofdzaak door de Staat of andere instellingen gefinancierd wordt of de instantie onder toezicht staat van de overheid.⁴² De doelstelling van deze instelling dient daarnaast 'het voorzien in behoeften van algemeen belang' te zijn. Het Ministerie van Economische Zaken heeft een lijst opgesteld waarin alle aanbestedingsplichtige instanties zijn weergegeven.⁴³

De aanbestedende instanties, overheids- en semi-overheidsinstellingen, investeren jaarlijks voor grote bedragen in werken, leveringen en diensten. De reden dat deze instanties aanbestedingsplichtig zijn, is dat zij zo zorgvuldig mogelijk om dienen te gaan met gemeenschapsgelden. Door middel van het huidige aanbestedingsbeleid, hebben zij de mogelijkheid om een opdracht te laten realiseren door het bedrijf met de goedkoopste of economisch meest voordelige offerte.

2.4.2 Drempelwaarden

Aanbestedingsplichtige instanties zijn niet verplicht alle opdrachten aan te besteden. Er ontstaat een verplichting tot Europees aanbesteden indien de waarde van de gehele opdracht boven een van de, door de Europese Commissie vastgestelde, drempels komt. Dit worden ook wel de drempelwaarden genoemd. In artikel 9 lid 1 en lid 6 BAO wordt expliciet vermeld dat het om de waarde van de gehele opdracht gaat. Dit om reden dat de aanbesteding niet wordt onderverdeeld in verschillende opdrachten zodat op deze wijze een aanbestedingsprocedure ontlopen wordt.⁴⁴ Voor de verschillende categorieën van overheidsopdrachten zijn er aparte drempelwaarden opgenomen in de aanbestedingsrichtlijnen. Deze bedragen worden voor een periode van twee jaar vastgesteld. De drempelwaarden zijn vastgelegd in artikel 7 van het BAO juncto artikel 7 Richtlijn nr. 2004/18 EG. Onderstaand volgt een schema waarin de drempelbedragen, per categorie overheidsopdrachten, voor de aanbestedingen weergegeven zijn. Deze drempelwaarden zijn middels het BAO en het BASS in 2010 en 2011 in Nederland van toepassing.

⁴⁰ Zie bijlage IV: Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren), *Stb.* 2005, 409.

⁴¹ Artikel 1 sub r Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten.

⁴² Artikel 1 sub q Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten.

⁴³ Zie bijlage II: Lijst van aanbestedende instanties.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 1 sub h BAO.
HvJ EG 18 januari 2008, nr. C-220/05, *Jur.* 2008 (Auroux-arrest).

Alle bedragen zijn exclusief omzetbelasting	De Staat	Andere overheidsinstanties	Speciale sectoren
Werken	€ 4.845.000	€ 4.845.000	€ 4.845.000
Leveringen	€ 125.000	€ 193.000	€ 387.000
Diensten	€ 125.000	€ 193.000	€ 387.000

Figuur 3: Europese drempelbedragen voor aanbestedingen, geldend op 1 januari 2010.⁴⁵

Bij overheidsopdrachten met een waarde boven deze drempelbedragen, moeten de nationale aanbestedingsrichtlijnen gehanteerd worden, het BAO en het BASS. Indien de waarde van de opdracht niet boven deze bedragen komt, kan de aanbestedende instantie ervoor kiezen om de opdracht toch aan te besteden. De aanbestedende instanties worden in dat geval vrijgelaten in het ontwikkelen van een eigen aanbestedingsbeleid. Bij het ontwikkelen van een eigen aanbestedingsbeleid staat voorop dat de aanbestedende instanties de verantwoordelijkheid dragen om zo zorgvuldig mogelijk de gemeenschaps-gelden te besteden en daarnaast de Europese rechtsbeginselen in acht te nemen. Het feit dat er bij de nationale aanbestedingsprocedures geen specifieke wet- of regelgeving van toepassing is, speelt een grote rol bij de huidige positie van de MKB-ondernemers tijdens het nationale aanbestedingsproces.

2.5 De aanbestedingsprocedures

In het BAO wordt er onderscheid gemaakt in de volgende aanbestedingsprocedures. Deze procedures kunnen doorlopen worden bij nationale en Europese aanbestedingen, met uitzondering van de onderhandse procedure, welke alleen bij nationale aanbestedingen gebruikt mag worden.

- de openbare procedure;
- de niet-openbare procedure;
- de concurrentiegericht dialogoog;
- de onderhandelingsprocedure met en zonder voorafgaande aankondiging;
- de procedure voor de uitgifte van concessies voor openbare werken;
- de prijsvraag voor ontwerpen;
- de procedure voor opname lid bouwteam; en
- de onderhandse procedure.

Deze verschillende procedures zullen in paragraaf 2.5.1 kort toegelicht worden. Daarnaast zullen de algemene fasen van een aanbestedingsprocedure in paragraaf 2.5.2 besproken worden, welke bestaan uit de voorbereidingsfase, inschrijvingsfase, selectiefase en de fase van contracteren.

⁴⁵ < www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/drempelbedragen >, geraadpleegd op 26 februari 2010.

2.5.1 De procedures

De meeste aanbestedingsprocedures hebben in hoofdlijnen hetzelfde verloop. Deze hoofdlijnen houden het volgende in. Bij het opstellen van een aanbesteding maakt de aanbestedende instantie tijdig bekend dat hij een opdracht wil laten uitvoeren, artikel 35 BAO. Hij vraagt daarbij bedrijven een offerte uit te brengen en zich in te schrijven op de opdracht. De bedrijven krijgen dan de tijd om een offerte op te stellen die aan eisen, gesteld door de opdrachtgever, moet voldoen. Op een vooraf bepaalde datum en een vooraf bepaald tijdstip wordt de inschrijving van de offertes gesloten. De opdrachtgever selecteert op basis van verschillende criteria de beste aanbieding en gunt de opdracht aan het bedrijf dat deze offerte opgesteld heeft. De aanbestedingsprocedure is pas afgerond wanneer de opdrachtgever en de opdrachtnemer het contract ondertekend hebben.

Onderstaand zullen alle procedures in het kort beschreven worden. De termen 'opdrachtgever' en 'aanbestedende instantie' zullen hierbij door elkaar gebruikt worden.

- De openbare procedure, artikel 28 lid 1 BAO

De openbare aanbestedingsprocedure is een procedure met maar één ronde waarvoor elk bedrijf een offerte mag opstellen en zich mag inschrijven. In deze ronde mag er niet geselecteerd worden. Dit betekent dat van elk bedrijf, dat voldoet aan de gestelde voorwaarden, de offerte inhoudelijk bekeken dient te worden. De overheidsopdracht wordt gegund aan het bedrijf dat volgens de aanbestedende instantie het best voldoet aan de vastgestelde criteria.

- De niet-openbare procedure, artikel 28 lid 1 BAO.

Bij de niet-openbare procedure is er sprake van twee fasen. In de eerste fase publiceert de aanbestedende instantie een oproep aan belangstellende bedrijven om zich aan te melden voor de opdracht. Vervolgens selecteert de opdrachtgever, op basis van vooraf vastgestelde selectiecriteria, welke bedrijven uitgenodigd worden om een offerte in te dienen. In de tweede fase beoordeelt de aanbestedende instantie de offertes op grond van gunningscriteria⁴⁶ die eveneens vooraf bekend zijn gemaakt. Deze procedure wordt ook wel de procedure met voorselectie genoemd.

- De concurrentiegerichte dialoog, artikel 29 lid 1 BAO.

Bij deze procedure geschiedt de dialoog op basis van een 'beschrijvend document'.⁴⁷ Dit document bevat wel informatie over de wensen van het te bereiken resultaat, maar gaat inhoudelijk niet in op oplossingen die naar dat resultaat kunnen leiden. Met behulp van selectiedocumenten selecteert de aanbestedende instantie een aantal bedrijven om met hen, door middel van een dialoog, tot een oplossing te komen voor het probleem. Ieder bedrijf dient een offerte in met daarin de door henzelf ontwikkelde oplossing. Deze aanbestedingsprocedure wordt voornamelijk gebruikt bij:

- * Omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten;
- * Grote computernetwerken; en
- * Projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet vooraf kan worden bepaald.

- De onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging, artikel 30 lid 1 BAO.

In deze procedure gaat de opdrachtgever bij de inschrijving in overleg met de geselecteerde bedrijven en stelt de aanbestedende instantie door onderhandelingen met één of meer van hen de voorwaarden van de opdracht vast. De selectiecriteria, op basis waarvan partijen geselecteerd worden waarmee de opdrachtgever gaat onderhandelen, dienen wel vooraf openbaar gemaakt te worden.

⁴⁶ Zie leeswijzer: 'gunningscriteria'.

⁴⁷ <www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbesteden/Regelgeving_Bao_en_Bass/Aanbestedingsprocedures/Concurrentiegerichte_dialoog>, geraadpleegd op 26 februari 2010.

- De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging, artikel 31 BAO.

Deze aanbestedingsprocedure is een onderhandelingsprocedure zonder publicatie van de opdracht vooraf, wat betekent dat de aanbestedende instantie de opdracht mag gunnen aan een leverancier naar keuze. Dit wordt ook wel onderhandse gunning genoemd. Voor deze procedure zijn er enkele situaties omschreven waarbij deze procedure ingesteld kan worden. Een aantal voorbeelden van deze toepassingsmogelijkheden zijn:

- * Als er geen geschikte inschrijvingen ontvangen zijn in de openbare dan wel niet-openbare procedure, is het daarna toegestaan over te stappen op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging.⁴⁸
- * Wanneer, door dwingende spoed, de termijnen niet in acht kunnen worden genomen.

Een voorbeeld van een dergelijke situatie is een natuurramp, zoals overstromingen of aardbevingen.

- De procedure voor de uitgifte van concessies voor openbare werken, artikel 58 e.v. BAO.

Bij deze procedure dient de opdrachtgever de opdracht vooraf bekend te maken. Aan de vervolgfase van de procedure stellen de richtlijnen geen verplichtingen voor de aanbestedende instantie,⁴⁹ zolang de procedure in overeenstemming met de Europese aanbestedingsbeginselen wordt gevoerd.

- De prijsvraag voor ontwerpen, artikel 31 lid 3 BAO.

De prijsvraag voor ontwerpen kan openbaar of niet-openbaar zijn en er bestaat een vrije keuze voor selectiecriteria. Deze procedure heeft tot doel de aanbestedende instantie, voornamelijk op het gebied van stadsplanning, ruimtelijke ordening, architectuur en weg- en waterbouw of automatische gegevensverwerking een plan of ontwerp te leveren dat op basis van mededinging door een onafhankelijke jury wordt geselecteerd. De aanbestedende instantie mag de opdracht gunnen aan het winnende bedrijf.⁵⁰

- De procedure voor opname lid bouwteam, artikel 34 BAO.

Een aanbestedende instantie kan gebruik maken van een bijzondere procedure voor de selectie van een aannemer als lid van een bouwteam voor overheidsopdrachten betreffende de uitvoering van sociale woningbouwprojecten. Door de complexiteit en de omvang van de opdracht wordt er van begin af aan samengewerkt met de afgevaardigden van de aanbestedende diensten, deskundigen en de aannemer. Voorafgaand aan de gunning dienen de regels van de niet-openbare aanbestedingsprocedure toegepast te worden.

Bij een nationale aanbesteding kan, naast bovengenoemde procedures, ook gebruik gemaakt worden van de onderhandse aanbestedingsprocedure. Deze procedure verloopt als volgt:

- De onderhandse procedure, artikel 7 ARW 2005.

De aanbestedende instantie heeft bij deze procedure zelf de keuze wie hij tot inschrijving uitnodigt, met een minimum van twee en een maximum van zes bedrijven. Daarnaast is de aanbestedende instantie niet verplicht tot bekendmaking van de opdracht. Tevens zijn onderhandelingen tijdens deze procedure niet toegestaan.⁵¹

2.5.2 Fasen van aanbesteden

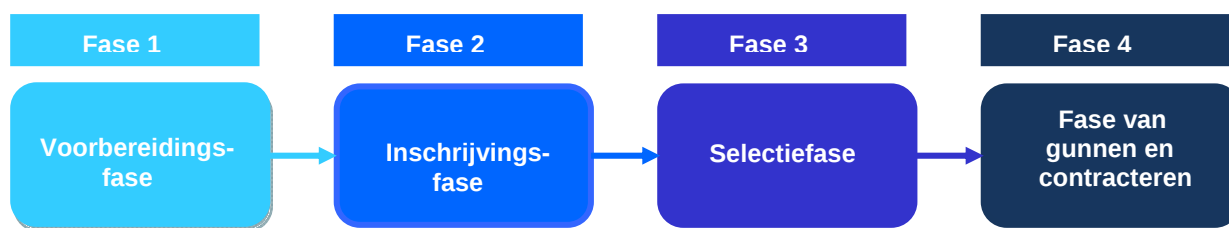
Zowel de nationale als Europese aanbestedingsprocedures kunnen onderverdeeld worden in vier verschillende fasen:

⁴⁸ Pijnacker Hordijk 2009, p. 200.

⁴⁹ < www.europadecentraal.eu >, geraadpleegd op 22 februari 2010.

⁵⁰ Pijnacker Hordijk 2009, p. 186.

⁵¹ Artikel 7.18.1 ARW 2005



Figuur 4: De vier verschillende fasen in een aanbestedingsprocedure.

Fase 1: De voorbereidingsfase

In de voorbereidingsfase worden er alleen door de aanbestedende instantie handelingen verricht. Allereerst dient deze opdrachtgever zijn eigen situatie te analyseren. Hierdoor moet duidelijk worden wat de aanbesteding zal inhouden ofwel, wat er ingekocht moet worden. Aan de hand hiervan worden de aanbestedingsdocumenten opgesteld, welke bestaan uit het bestek en de selectieleidraad, artikel 35 en 36 BAO. In het bestek wordt alle informatie, die de geïnteresseerde bedrijven nodig hebben voor een volledige inschrijving en het maken van een offerte, met betrekking tot de opdracht weergegeven. In de selectieleidraad komen de beoordelingscriteria terug. Deze beoordelingscriteria bestaan uit selectie- en gunningscriteria. De selectiecriteria zijn criteria waarmee de aanbestedende instantie kwalitatieve eisen stelt aan de inschrijvende bedrijven.⁵² Deze criteria moeten voor alle bedrijven op gelijke wijze worden toegepast. Artikel 44 BAO lid 1 staat het gebruik van vier verschillende selectiecriteria toe: uitsluitingscriteria artikel 45 BAO, financieel-economische criteria artikel 48 BAO, criteria ten aanzien van beroepsbekwaamheid en technische criteria, artikel 49 BAO.

De gunningscriteria, artikel 54 BAO, hebben betrekking op de offerte en worden toegepast nadat er al een aantal bedrijven geselecteerd is. De aanbestedende instantie moet vooraf uit een van de twee gunningscriteria kiezen: de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbidding. Hier worden dan uiteindelijk de offertes op beoordeeld.

In sommige gevallen wordt er in de voorbereidingsfase ook een nota van inlichtingen opgesteld. Dit is alleen nodig indien er sprake is geweest van marktconsultatie⁵³ voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure. Wanneer dit het geval is worden de resultaten van de consultatie verwerkt in de nota van inlichtingen. Tot slot zal er een geschikte aanbestedingsprocedure voor deze opdracht vastgesteld moeten worden. Wanneer de aanbestedingsdocumenten opgesteld zijn kan de aanbesteding gepubliceerd worden, artikel 35 en 36 BAO.

Fase 2: De inschrijvingsfase

In de inschrijvingsfase reageren geïnteresseerde bedrijven op de gepubliceerde aanbestedingsopdracht. De bedrijven, die voldoen aan de selectiecriteria, stellen een offerte op die moet voldoen aan de gunningscriteria uit de aanbestedingsopdracht, artikel 23 lid 7 BAO. Daarnaast worden de geïnteresseerde bedrijven in de gelegenheid gesteld om vragen te stellen aan de aanbestedende instantie met betrekking tot de aanbestedingsopdracht. Met een offerte voor de desbetreffende aanbesteding schrijft het bedrijf zich in op de aanbestedingsopdracht.

Fase 3: De selectiefase

Op een vooraf vastgestelde datum en tijdstip sluit de inschrijvingsfase en gaat de selectiefase van start. In deze fase worden de aanbieders op basis van selectiecriteria en de offertes op basis van gunningscriteria beoordeeld. Hierbij wordt veelal gebruik gemaakt van een puntensysteem, waarbij punten worden toegekend voor de uitwerking van de

⁵² Pijnacker Hordijk 2009, p. 334.

⁵³ Zie leeswijzer: 'marktconsultatie'.

verschillende onderdelen van de offerte. De aanbestedende instantie licht de geïnteresseerden vooraf in over de werking van dit puntensysteem. Het meest geschikte bedrijf met de beste offerte wordt in deze fase geselecteerd.

Fase 4: Fase van gunnen en contracteren

In deze fase wordt de opdracht aan een bedrijf gegund. Alle partijen die deelgenomen hebben aan de inschrijving op de opdracht, worden van deze gunning op de hoogte gebracht, artikel 41 BAO. Dit wordt ook wel de 'voorlopige gunning' genoemd, welke in artikel 55 van het BAO is opgenomen naar aanleiding van het Alcatel arrest.⁵⁴ In dit arrest is vastgesteld dat de deelnemende partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld om binnen redelijke termijn na de 'voorlopige gunning' bezwaar aan te kunnen tekenen tegen de gunningsbeslissing van de aanbestedende instantie. Om deze reden wordt deze redelijke termijn de 'Alcatel-termijn' genoemd. Door veel onduidelijkheid over de duur van de redelijke termijn, werd door het Hof van Justitie⁵⁵ overwogen dat een termijn van vijftien dagen in beginsel als redelijk moet worden beschouwd. Wanneer deze vijftien dagen verstreken zijn en er geen bezwaar aangetekend is, is de gunning definitief wanneer het geselecteerde bedrijf en de aanbestedende instantie de overeenkomst ondertekend hebben.

Indien deze vier fasen correct doorlopen zijn is de aanbesteding een feit. De opdrachtgever kan de opdracht uit laten voeren door een bedrijf dat, op basis van door de opdrachtgever zelf opgestelde selectie- en gunningscriteria, het meest geschikt is.

2.6 Samenvatting

Uit het voorafgaande blijkt dat aanbesteden het plaatsen van een opdracht is, conform Europese en nationale wet- en regelgeving door overheids- en semi-overheidsinstanties waar bedrijven zich op in kunnen schrijven met als doel het bevorderen van de nationale dan wel internationale marktwerking en daarnaast het zo zorgvuldig mogelijk omgaan met gemeenschapsgelden. Op zowel nationaal als internationaal niveau is er wet- en regelgeving opgesteld waar de aanbestedende instanties en inschrijvende bedrijven zich aan moeten houden tijdens het doorlopen van de Europese aanbestedingsprocedures. Wanneer de waarde van de opdracht boven een bepaald drempelbedrag komt is de aanbestedende instantie verplicht om de opdracht Europees aan te besteden. Ligt de waarde van de aanbesteding onder de vastgestelde drempelbedragen, dan is de aanbestedende instantie niet verplicht de opdracht Europees aan te besteden, maar kunnen zij wel vrijwillig de opdracht op nationaal niveau aanbesteden. Er is nauwelijks verschil tussen aanbestedingsprocedures op Europees en nationaal niveau. Ondanks het feit dat er geen wet- en regelgeving bestaat met betrekking tot nationale aanbestedingen, blijkt uit de praktijk dat de nationale en Europese aanbestedingsprocedures nagenoeg hetzelfde zijn. Wel zijn de aanbestedende instanties bevoegd om zelf aanbestedingsbeleid te ontwikkelen voor de opdrachten die nationaal aanbesteed worden. Deze mogelijkheid komt hen toe om reden dat de nationale aanbestedingsprocedures niet onder de werkingssfeer van het BAO en BASS vallen.

Het aanbestedingsrecht is een complex rechtsgebied waarin vele mogelijkheden en vrijheden bestaan voor de aanbestedende instantie met betrekking tot de aanbestedingsprocedure. Het vergt veel kennis om op de juiste manier binnen dit rechtsgebied te kunnen handelen, zowel voor de aanbestedende als voor de inschrijvende bedrijven. Dit blijkt uit de vele aspecten waarmee rekening gehouden moet worden: verschillende categorieën aanbestedingen, aanbestedingsdrempels, aanbestedingsprocedures, de beoordelingscriteria, de jurisprudentie en daarnaast de wet- en regelgeving op verschillende niveaus.

⁵⁴ HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-81/98, *Jur.* 1999, (Alcatel), artikel 4 lid 1,2,3 WIRA.

⁵⁵ HvJ EG 12 december 2002, nr. C-470/99, *Jur.* 2002 (Universale Bau).

3. De huidige positie van het MKB

De huidige positie van de MKB-ondernemers in de aanbestedingspraktijk geeft weer in hoeverre de MKB-ondernemers zijn toegetreden tot de markt van aanbestedingen. Hierbij van belang is de positie van deze ondernemers gedurende het gehele aanbestedingsproces, de positie van hen ten opzichte van het grootbedrijf en de belemmeringen waarmee de MKB-ondernemers te maken krijgen gedurende het doorlopen van een aanbestedingsprocedure.

3.1 De MKB-ondernemers en aanbestedingen

De MKB-ondernemers hebben gemengde gevoelens over de aanbestedingsprocedures zoals deze op dit moment verlopen.⁵⁶ In eerste instantie, toen de aanbestedingsmethode werd ingevoerd, hadden zij het idee dat er kansen voor hen gecreëerd werden doordat de tijd van vriendjespolitiek achter ze werd gelaten; de overheid richtte zijn pijlen op eerlijke concurrentie. Echter in praktijk bleken de kansrijke gedachten van de ondernemers wat optimistisch.⁵⁷

3.1.1 De betekenis van aanbestedingen voor de MKB-ondernemers

Het verkrijgen en uitvoeren van overheidsopdrachten kan een belangrijke bron van inkomsten zijn voor de MKB-ondernemers. Voornamelijk doordat er voor grote bedragen door overheids- en semi-overheidsinstanties geïnvesteerd en dus aanbesteed wordt, is het voor hen de moeite waard om mee te dingen naar deze opdrachten. Bovendien is ook voor de aanbestedende instantie de positie van de MKB-ondernemers van belang. Het aantal inschrijvers en de diversiteit hiervan zal toenemen naarmate deze ondernemers meer zullen participeren in de aanbestedingspraktijk. Meer betrokkenheid van de MKB-ondernemers in de nationale en Europese aanbestedingsmarkt kan voor beide marktpartijen als 'voordeliger' bestempeld worden omdat dit de concurrentie, innovativiteit, efficiency en flexibiliteit met betrekking tot de aanbestedingen bevordert. Het is dus van belang dat de MKB-ondernemers in dezelfde mate gaan participeren binnen de aanbestedingspraktijk als het grootbedrijf.

3.1.2 De ervaring van de MKB-ondernemers met aanbestedingen

De MKB-ondernemers zelf ervaren de aanbestedingspraktijk als een onzeker en tijdrovend proces waarbij de eisen die gesteld worden disproportioneel zijn en de rechtsbeginselen vaak onduidelijk zijn of onvoldoende gehandhaafd worden.⁵⁸ De MKB-ondernemers ondervinden veelal nadeel bij selectie- en gunningscriteria die vastgesteld worden door de aanbestedende instanties. Daarnaast zijn alleen de algemene rechtsbeginselen van toepassing bij een nationale aanbestedingsprocedure en zijn de aanbestedende instanties vrij in het ontwikkelen van eigen aanbestedingsbeleid. De MKB-ondernemers krijgen hierdoor het idee dat de aanbestedende instanties compleet vrijgelaten worden in het voeren van aanbestedingsprocedures, mede doordat er geen enkel toezicht wordt gehouden op de naleving van de rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht.⁵⁹ Deze beoordelingsvrijheid voor de aanbestedende instanties wordt in veel rechtszaken ook uitgesproken door de voorzieningenrechters.⁶⁰

Tevens denken de ondernemers dat het voor de aanbestedende instanties mogelijk is, door de geringe wet- en regelgeving, de aanbesteding een bepaalde kant op te sturen. Door op een bepaalde manier selectie- en gunningscriteria vast te stellen, wint het vooraf bepaalde bedrijf de aanbestedingsprocedure.

⁵⁶ o.b.v. gedeelde ervaringen bij bijeenkomst van 'Ondernemend Aanbesteden' waarbij zowel MKB-ondernemers als overheids- en semi-overheidsinstanties aanwezig waren. (Provinciehuis 's-Hertogenbosch, 2 maart 2010).

⁵⁷ o.m. Bijeenkomsten Ondernemend Aanbesteden, 2 maart 2010 en 7 april 2010. Zie bijlage VII: Interviews met MKB-klienten van ABAB.

⁵⁸ o.m. < www.vno-ncw.nl/Publicaties_en_commentaren/Pages/Positie_van_het_MKB_in_aanbestedingsrecht >, geraadpleegd op 5 maart 2010.

⁵⁹ Gebleken uit interviews met MKB-klienten van ABAB.

⁶⁰ o.m. Rb. Alkmaar (vzr.), 17 april 2008, LJN BC9684.

De grootste belemmering voor de MKB-ondernemers is de vaststelling van disproportionele eisen voor de inschrijving op een aanbesteding. Voornamelijk vanuit bedrijfseconomisch standpunt is het voor de MKB-ondernemers niet verantwoord om nog mee te dingen naar aanbestedingen, althans dat is wat de MKB-ondernemers nu denken.

3.2 Positie MKB vs. positie grootbedrijf

Dat de MKB-ondernemers moeite hebben met het verkrijgen van overheidsopdrachten is uit vele onderzoeken bekend geworden.⁶¹ Onderstaand wordt beschreven in hoeverre het verkrijgen van aanbestedingen in de huidige aanbestedingspraktijk voor het grootbedrijf gemakkelijker is dan voor de MKB-ondernemers. Dit geldt voor zowel nationale als Europese aanbestedingen.

3.2.1 Deskundigheid

Allereerst beheerst het grootbedrijf over meer kennis van het aanbestedingsrecht dan de MKB-ondernemers. Dit vloeit voort uit het feit dat het grootbedrijf in veel gevallen continu werkzaam is met aanbestedingen en dit een onderdeel is geworden van de werkzaamheden. Het is zelfs niet uitzonderlijk wanneer het grootbedrijf in het bezit is van een afdeling welke gespecialiseerd is in het inschrijven op aanbestedingen. De specialisten toetsen voornamelijk de gestelde eisen op rechtmatigheid en helpen het bedrijf daarnaast met een juiste inschrijving aan de hand van de selectie- en gunningscriteria.

Bij de MKB-ondernemers ligt dit anders. Zij zijn veelal, financieel gezien, niet in staat om een specialist in te schakelen op het gebied van het aanbestedingsrecht. Dit heeft als gevolg dat de MKB-ondernemers zich alleen op een aanbestedingsopdracht inschrijven, wanneer zij zelf denken aan de eisen te kunnen voldoen om op die manier zo weinig mogelijk risico's te lopen.⁶² Uit onderzoek blijkt dat de MKB-ondernemers die zich niet regelmatig inschrijven op een aanbesteding, dit in steeds mindere mate doen omdat de opdracht veelal niet aan hen gegund wordt.⁶³ Om reden dat zij zich maar een enkele keer inschrijven op een aanbestedingsopdracht, is er geen volledige deskundigheid op dat gebied bij de MKB-ondernemers aanwezig, wat juist zo belangrijk is bij een correcte inschrijving.

3.2.2 Financiële middelen

Het bovenstaande verschil tussen de MKB-ondernemers en het grootbedrijf heeft alles te maken met de financiële middelen die de bedrijven te besteden hebben. Binnen het grootbedrijf is er de mogelijkheid om de administratieve lasten, die de aanbestedingen met zich meenemen, op te vangen door bijvoorbeeld financiële reserves. Bij de MKB-ondernemers ligt deze kwestie anders. Zij hebben hiervoor geen financiële reserves en ondervinden daardoor meer 'last' van de kosten van alleen al de inschrijving op een aanbesteding. Tevens kost de inschrijving op een aanbesteding meer tijd door de ondeskundigheid bij de MKB-ondernemers, waardoor dit ten koste gaat van andere werkzaamheden. De investering in tijd en geld voor aanbestedingen betekent voor deze ondernemers het mislopen van inkomsten.⁶⁴ Wanneer zij investeren in het inschrijven op een aanbesteding, is het voor hen van groot belang dat de opdracht uiteindelijk aan hen gegund wordt. Om reden dat dit vaak juist niet het geval is, willen zij niet onnodig het risico nemen dat er tijd en geld geïnvesteerd wordt in een aanbesteding die uiteindelijk niet aan hen gegund zal worden.

⁶¹ o.m. Van der Zeijden 2005.

⁶² o.b.v. gedeelde ervaringen bij bijeenkomst van 'Ondernemend Aanbesteden' waarbij zowel MKB-ers als overheids- en semi-overheidsinstanties aanwezig waren. (Provinciehuis 's-Hertogenbosch, 2 maart 2010).

⁶³ Gebleken uit interviews met MKB-klanten van ABAB.

⁶⁴ Gebleken uit interviews met MKB-klanten van ABAB.

3.3 Belangrijkste belemmeringen voor de MKB-ondernemers

In de afgelopen jaren is er steeds meer onderzoek gedaan naar de belemmeringen, welke MKB-ondernemers ondervinden, met betrekking tot het doorlopen van een aanbestedingsprocedure. Dat het MKB hierbij een 'achtergestelde positie' heeft, is vastgesteld door meerdere onderzoeken die zijn uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken.⁶⁵ In onderstaande paragrafen zijn de belemmeringen beschreven zoals de MKB-kanten van ABAB deze bij de aanbestedingsprocedures ondervinden. Deze moeilijke positie van de MKB-ondernemers uit zich in meerdere punten. Deze punten zullen onderstaand vermeld en toegelicht worden. Tevens zullen deze belemmeringen op rechtmatigheid beoordeeld worden aan de hand van de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht. Daarnaast wordt er onderzocht wat er door middel van marginale toetsing door de rechter over deze onderwerpen gezegd wordt. In deze paragraaf gaat het om de volgende vijf belemmeringen:

- administratieve lasten;
- disproportionele selectie- en gunningscriteria;
- omvang van aanbestedingsopdrachten;
- slechte naleving aanbestedingsregels; en
- verscherpte selectiecriteria bij combinatievorming.

3.3.1 Administratieve lasten

Om mee te kunnen dingen in het proces van aanbestedingen, moeten bedrijven zich inschrijven op deze overheidsopdrachten. Bij deze inschrijving dienen de geïnteresseerde bedrijven een aantal documenten aan de aanbestedende dienst te overhandigen. Hiertoe kunnen onder andere behoren: uittreksels van de inschrijving bij de Kamer van Koophandel, verklaringen van de Belastingdienst en het UWV omtrent de tijdige betaling van de premies en daarnaast verklaringen omtrent gedrag. Uit de praktijk blijkt dat er ook gevraagd wordt naar de volgende informatie: cv's van medewerkers, jaarrekeningen van de drie voorafgaande jaren, bankgaranties, informatie met betrekking tot het ziekteverzuim en de winst.⁶⁶

In het BAO, BASS of EG-verdrag zijn geen artikelen gewijd aan het stellen van eisen door de aanbestedende instantie betreffende het overhandigen van documenten voor de inschrijving op de aanbesteding. De aanbestedende instanties zijn hierbij alleen gebonden aan de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht, welke vermeld zijn in artikel 2 BAO en artikel 5 en 12 EG-Verdrag. Daarnaast reguleert artikel 44 lid 2 BAO dat deze eisen in verhouding moeten staan tot de opdracht, maar beperkingen worden in dit artikel niet gesteld. Deze ruime bevoegdheid van de aanbestedende instantie wordt tevens mede onderbouwd door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht:

*"Vooropgesteld zij dat aanbestedende diensten over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken bij het stellen van geschiktheidseisen. Dit neemt niet weg dat deze eisen de toets van algemene rechtsbeginselen dienen te doorstaan (...)."*⁶⁷

Het overhandigen van dit soort documenten kost de inschrijvende bedrijven tijd en geld. De administratieve lasten die voortkomen uit het overhandigen van de vele documenten zijn vaak zo hoog, dat dit al een te hoge drempel kan vormen voor de MKB-ondernemers om op een aanbesteding in te schrijven en daarnaast een offerte op te maken. Bovendien blijkt uit de praktijk dat de kosten van het opvragen van deze documenten, de aanbesteding niet waard zijn gezien het bedrag dat de uitvoering van de aanbesteding op zal leveren.⁶⁸

⁶⁵ o.m. Van der Zeijden 2005.

⁶⁶ Gebleken uit interviews met MKB-kanten van ABAB.

⁶⁷ Rb. Maastricht (vzr.), 23 februari 2006, LJN AV2496.

⁶⁸ < www.tenders2go.com/NL?Achtergronden/Teveel+Rompslomp >, geraadpleegd op 15 maart 2010.

Typisch is dat door meerdere MKB-ondernemers werd aangehaald tijdens de interviews dat het vaak moeilijk was om de administratieve lasten terug te kunnen verdienen bij een relatief kleine aanbestedingsopdracht. MKB-ondernemingen die zich hadden ingeschreven op een overheidsopdracht met een waarde van ongeveer € 50.000,- euro, waren al minstens een paar duizend euro kwijt aan alleen de inschrijving op de opdracht. Bij 'kleine' overheidsopdrachten als deze, is het voor de inschrijvende bedrijven moeilijk om deze administratieve lasten terug te verdienen.

Ondanks dat inschrijvende bedrijven de waarde van de opdracht deels zelf in de hand hebben, moeten zij – en voornamelijk de MKB-ondernemers – de offerte zo voordelig mogelijk aanbieden om kans te maken op de aanbesteding. Dit maakt het voor zowel het grootbedrijf als de MKB-ondernemers moeilijk om de administratieve lasten te kunnen dekken, zoals uit bovenstaand voorbeeld blijkt. Echter, voor de MKB-ondernemers wegen deze lasten zwaarder dan voor het grootbedrijf door de financiële positie waarin zij zich bevinden. Ook dit is een belemmering voor de MKB-ondernemers die de aanbestedingsmethode minder aantrekkelijk maakt.

Het rechtsbeginsel dat bij deze situaties voornamelijk in het geding is, is het proportionaliteitsbeginsel.⁶⁹ Dit geldt voornamelijk wanneer het om relatief kleine overheidsopdrachten gaat; opdrachten met een waarde tot € 50.000,- euro. In dat geval is het van belang dat de administratieve lasten in verhouding staan tot de aard en omvang van de aanbestedingsopdracht. Daarnaast speelt het proportionaliteitsbeginsel een rol bij de bruikbaarheid van de te overhandigen documenten. Is het proportioneel gezien rechtmatig om van de inschrijvende bedrijven te verlangen dat zij documenten dienen te overhandigen die in eerste instantie niets te maken hebben met de aanbestedingsopdracht en waarmee nauwelijks een goed oordeel gegeven kan worden over het desbetreffende bedrijf? De voorzieningenrechter in Alkmaar gaf op 17 april 2008 het volgende aan:⁷⁰

“Vereist is slechts dat de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, dat zij non-discriminatoir zijn, dat zij in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn vermeld en dat zij zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn de criteria op dezelfde wijze te interpreteren.”

Onder de gestelde criteria vallen ook de documenten die overhandigd dienen te worden. De documenten die de aanbestedende instanties opvragen moeten dus verband houden met het voorwerp van de opdracht. Dit betekent dat het opvragen van documenten die niet direct verband houden met de opdracht, in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 5 EG-Verdrag. Uit bovenstaande vloeit een andere belemmering voor de MKB-ondernemers voort; de 'papieren rompslomp' die de aanbestedingsprocedures met zich meebrengen. Alle informatie wordt door beide partijen schriftelijk aan elkaar overgedragen omdat er (nog) geen gebruik wordt gemaakt van het op elektronische wijze aanbesteden.

Uit het voorafgaande kan opgemaakt worden dat een verlaging van de administratieve lasten zou kunnen zorgen voor meer toegankelijkheid tot de aanbestedingsprocedures voor de MKB-ondernemers. Het gevolg hiervan is dat dit de onderlinge concurrentie bevordert en dit resulteert weer in een beter inkoopresultaat, hetgeen het doel is van de invoering van de methode van aanbestedingen.

3.3.2 Disproportionele selectie- en gunningscriteria

Alvorens de aanbestedingsopdracht gepubliceerd wordt, stelt de aanbestedende instantie selectie- en gunningscriteria op. Dit zijn eisen waaraan de geïnteresseerde bedrijven en de offerte moeten voldoen om deel te kunnen nemen aan de aanbestedingsprocedure.

De MKB-ondernemers ervaren veel van de gestelde selectiecriteria als disproportioneel op

⁶⁹ Artikel 5 EG-Verdrag.

⁷⁰ Rb. Alkmaar (vzr.) 17 april 2008, LJN BC9684.

grond van artikel 5 EG-Verdrag. De aanbestedende instantie stelt een eisenpakket op waarbij de opdracht zelf uit het oog verloren wordt. Er wordt door de aanbestedende instantie veelal geen ruimte gegeven voor overleg of een discussie tussen de aanbestedende instantie en de geïnteresseerden in de aanbestedingsopdracht.

Een van de eisen welke vaak als disproportioneel bevonden wordt, op grond van artikel 5 EG-Verdrag, is de omzeteis. De aanbestedende instantie stelt veelal een omzeteis vast die een aantal keer de waarde van de aanbesteding kan bedragen.⁷¹ Bovendien voegt de aanbestedende instantie er regelmatig aan toe dat de omzeteis alleen betrekking mag hebben op de omzet welke gerelateerd is aan soortgelijke opdrachten als de aanbestedingsopdracht.⁷² De aanbestedende instanties stellen veelal uit voorzichtigheid hoge omzeteisen vast. Het kan niet gesteld worden dat de aanbestedende instanties de MKB-ondernemers bewust uit willen sluiten van deelname door het stellen van hoge selectie-eisen. Het enige dat de aanbestedende instantie wil is zekerheid over een juiste uitvoering en afronding van de aanbestedingsopdracht.

In artikel 48 BAO wordt ingegaan op het stellen van de draagkrachteis, maar over de maximale hoogte van het percentage van de omzeteis is in het BAO en het BASS niets vastgelegd. In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem is echter wel uitspraak gedaan over een omzeteis van 500% van de waarde van de opdracht. In deze rechtszaak werd de omzeteis disproportioneel bevonden.⁷³ Dit betekent echter niet dat er geen omzeteis vastgesteld mag worden van 500% van de waarde van de opdracht, dit heeft alles te maken met de aard van de opdracht en het risico dat de aanbestedende instantie loopt bij de uitvoering van de opdracht.

Over het algemeen zal per situatie bekeken moeten worden of de omzeteis in strijd wordt bevonden met het proportionaliteitsbeginsel. Dit vormt een van de belangrijkste belemmeringen voor toetreding van de MKB-ondernemers tot de aanbestedingsmarkt; zij zijn veelal niet in staat om aan deze draagkrachteis te kunnen voldoen. Het feit dat de MKB-ondernemers niet kunnen voldoen aan een omzeteis van een aantal keer de waarde van de aanbestedingsopdracht, geeft niet per definitie aan dat zij niet garant kunnen staan voor de continuïteit en dat betekent niet dat er geen sprake is van voldoende stabiliteit en draagkracht vanuit deze ondernemingen.

Naast de omzeteis hanteert de aanbestedende instantie bij een groot aantal overheidsopdrachten de eis van referentiewerken, artikel 49 BAO. Bij het vaststellen van deze eis neemt de aanbestedende instantie veelal geen genoegen met referentiewerken van soortgelijke omvang en eindproduct. Het dient veelal te gaan om exact dezelfde opdrachten als de geplaatste aanbesteding. Tevens moeten deze referentiewerken zo recent mogelijk uitgevoerd zijn. Dit heeft als gevolg dat startende bedrijven uitgeschakeld zijn in deze aanbestedingsprocedures en zich niet in kunnen schrijven wanneer de aanbestedingsopdracht deze eis bevat. In artikel 49 BAO is de grondslag voor het stellen van een referentie-eis geregeld, maar ook dit artikel geeft de aanbestedende instantie veel vrijheid in de vaststelling hiervan.

Deze belemmering is niet zozeer alleen voor de MKB-ondernemers van belang, maar in de praktijk komt naar voren dat deze eis het mede voor het grootbedrijf moeilijk maakt om mee te kunnen dingen in de aanbestedingspraktijk.⁷⁴ Nu rijst de vraag in hoeverre dit selectie criterium de concurrentie bij de aanbesteding beïnvloedt. Wanneer de aanbesteding een specifieke opdracht omvat, zullen er niet veel bedrijven zijn die veel referentiewerken hebben van een soortgelijke opdracht. Dit betekent dat maar een klein percentage van alle

⁷¹ Gebleken uit interviews met MKB-kanten van ABAB.

⁷² < www.pianoo.nl >, geraadpleegd op 19 maart.

⁷³ Rb. Arnhem (vzr.) 20 februari 2008, *LJN BC4705*.

⁷⁴ < www.mkb servicedesk.nl >, geraadpleegd op 16 maart 2010.

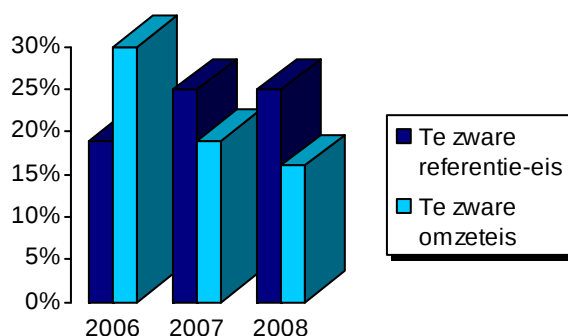
bedrijven aan deze eis kan voldoen. Dit blijkt ook uit het volgende voorbeeld van een aanbestedings waarbij het de vraag is of er een proportionele referentie-eis gesteld wordt.

Het gaat hierbij om een overheidsopdracht voor de bouw van een brandweerkazerne in een provinciale stad. In de selectiecriteria was de volgende eis opgenomen: Het bedrijf moest in de afgelopen drie jaar minstens drie brandweerkazernes, politiebureaus of ambulanceposten van gelijkmatige omvang hebben gebouwd om in aanmerking te kunnen komen voor de uitvoering van de opdracht. Voor veel bedrijven betekent dit een directe uitsluiting van de opdracht zonder dat zij de kans gekregen hebben om aan te tonen dat zij deze opdracht wel uit kunnen voeren. Is het stellen van dit soort eisen niet mededingingsbeperkend? Het sluit juist de concurrentie uit in plaats van deze te bevorderen, wat in eerste instantie het doel is van het voeren van aanbestedingsprocedures.

Over de vraag of het proportionaliteitsbeginsel voldoende in acht wordt genomen bestaat vaak onduidelijkheid. In hoeverre is het proportioneel gezien rechtmatig om alleen bedrijven de kans te geven om de opdracht uit te voeren die een soortgelijke opdracht al eens uitgevoerd hebben? Dit kan als mededingingsbeperkend worden beschouwd indien er bedrijven uitgesloten worden van deelname die met behulp van competenties en andere referentiewerken kunnen aantonen dat zij wel in staat zijn de aanbestedingsopdracht op een correcte wijze uit te voeren.

Over referentiewerken is veel uitspraak gedaan waarin geen eenduidigheid te herkennen is.⁷⁵ Uit de jurisprudentie valt wel op te maken dat de rechters de referentiewerken van belang vinden voor de beoordeling van de geschiktheid van de bedrijven, maar enkel in bepaalde situaties. Hierbij wordt rekening gehouden met de waarde, de omvang en de aard van de opdracht.

Door de Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw en Infra is in 2006, 2007 en 2008 onderzoek gedaan naar het stellen van disproportionele eisen door aanbestedende instanties. Het gaat hierbij voornamelijk om te zware omzeteisen en te zware referentie-eisen. In het onderzoek is er sprake van een te zware omzeteis indien de gevraagde omzet meer dan vijf keer de waarde van de gevraagde referentie bedroeg.⁷⁶ Van een te zware referentie-eis zijn ze uitgegaan indien er meer dan twee referenties gevraagd werden. Onderstaand zijn de resultaten van het onderzoek in een grafiek weergegeven. Uit de grafiek is af te lezen dat de disproportionele referentie-eisen de afgelopen jaren toegenomen zijn en de disproportionele omzeteisen juist gedaald zijn ten opzichte van voorafgaande jaren.



Figuur 5: Resultaten van het gebruik van disproportionele omzet- en referentie-eisen.⁷⁷

⁷⁵ o.m. Rb. Zwolle 28 september 2009, LJN BK3783.
Rb. Maastricht (vzr.) 23 februari 2006, LJN AV2496.
Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 26 april 2005, LJN AT4942.

⁷⁶ o.b.v. Rb. Arnhem (vzr.) 20 februari 2008, LJN BC4705.

⁷⁷ Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw en Infra, *Notitie Resultaten Aanbestedingsregistratie 2008*, < www.aanbestedingsinstituut.nl >, geraadpleegd op 16 maart 2010.

Van belang voor het opstellen van de voorafgaande selectiecriteria is dat er voldaan moet zijn aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.⁷⁸ Dit houdt in dat de vereisten voor iedere inschrijver gelijk zijn en dat deze in verhouding staan tot de aard en omvang van de aanbesteding. Zoals voorafgaand al toegelicht is, is het maar de vraag of de aanbestedende instanties deze rechtsbeginselen daadwerkelijk in acht nemen bij het opstellen van de aanbestedingsdocumenten.

3.3.3 Omvang van aanbestedingsopdrachten

Voornamelijk in Nederland hebben de overheids- en semi-overheidsinstanties de voorkeur om, indien deze mogelijkheid bestaat, aanbestedingsopdrachten te clusteren en deze als een geheel aan te besteden.⁷⁹ Dit bespaart hen kosten en daarnaast is het voor hen efficiënter doordat de verschillende opdrachten in één aanbestedingsprocedure verwerkt kunnen worden. Deze methode van aanbesteden zorgt er echter wel voor dat de MKB-ondernemers uitgesloten worden van deelname doordat zij, individueel gezien, niet in staat zijn aan de eisen van de opdracht in zijn geheel te kunnen voldoen, terwijl deze ondernemers wel kunnen voldoen aan de eisen van verschillende delen van de aanbesteding.

De methode van clustering door overheidsinstanties zorgt voor een typisch vraagstuk. In hoeverre wil de overheid zorgen voor een betere positie van de MKB-ondernemers wanneer diezelfde overheid zorg draagt voor de clustering van overheidsopdrachten, en dus praktisch uitsluiting van deze ondernemers bij de aanbestedingsprocedures? De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht heeft op 12 december 2007 uitspraak gedaan over een clustering van achttien opdrachten door zestien gemeenten en twee gewesten. In deze uitspraak onderbouwt de rechter dat er op een rechtmatige wijze geclusterd kan worden indien:

“dit uit oogpunt van doelmatigheid, efficiency en kwaliteitsverbetering gedaan wordt. Daarnaast moet aannemelijk gemaakt worden dat dit een positief effect op de tarieven heeft en uiteindelijk kostenbesparing oplevert.”⁸⁰

Deze uitspraak van de voorzieningenrechter valt niet te rijmen met het doel van het aanbestedingsrecht. Het aanbestedingsrecht is tot stand gekomen om ervoor te zorgen dat er eerlijke concurrentie ontstaat. De uitspraak van de voorzieningenrechter zorgt er juist voor dat er in bepaalde gevallen mededingingsbeperking mogelijk gemaakt wordt, iets dat het aanbestedingsrecht met name probeert te voorkomen. Hierbij moet echter wel vermeld worden dat bovenstaande vereisten niet wettelijk vastgesteld zijn. Uit het voorafgaande blijkt dat door geringe wet- en regelgeving ook de rechter veel vrijheid heeft, maar dan in het doen van uitspraken.

MKB-Nederland, een ondernemersorganisatie die sinds 1995 opkomt voor de belangen van het midden- en kleinbedrijf, is in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter. Volgens MKB-Nederland verliest men het doel van het aanbestedingsrecht uit het oog: eerlijke en daadwerkelijke mededinging.⁸¹ Dit doel kan niet gerealiseerd worden indien de MKB-ondernemers alleen kunnen meedingen naar overheidsopdrachten wanneer zij zich door een samenwerkingsverband met concurrenten inschrijven op een aanbesteding. Er is nog geen uitspraak gedaan in deze rechtszaak. Hierover meer in paragraaf 2 van hoofdstuk 5.

3.3.4 De slechte naleving aanbestedingsregels

In paragraaf 3.2.1 is al ingegaan op het feit dat de deskundigheid op het gebied van het aanbestedingsrecht bij de MKB-ondernemers over het algemeen erg laag is. Dit verdient een

⁷⁸ Artikel 2 BAO en artikel 5 jo. 12 EG-Verdrag.

⁷⁹ Van der Zeijden 2005, p. 38.

⁸⁰ Rb. Utrecht (vzr.) 12 december 2007, LJN BB9889.

⁸¹ < www.mkb.nl >, geraadpleegd op 23 maart 2010.

aanvulling. Ook de overheids- en semi-overheidsinstanties hebben weinig kennis van hun rechten, plichten en mogelijkheden op het gebied van aanbestedingen. Dit heeft als oorzaak dat er bij het voeren van Europese aanbestedingsprocedures alleen het BAO en het BASS van toepassing zijn, welke veelal als onduidelijk bestempeld worden. Bij de nationale aanbestedingsprocedures is er geen specifieke wet- en regelgeving van toepassing. Alleen het ARW 2005 dient in acht genomen te worden door alle bouwministeries die aanbestedingen plaatsen. Tevens hebben de aanbestedende instanties de bevoegdheid om een eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen.⁸² Op deze manier krijgt de aanbestedende instantie aanzienlijk veel vrijheid in de invulling van de aanbestedingsprocedure, voornamelijk op nationaal niveau. Om reden dat de aanbestedende instanties eigen aanbestedingsbeleid kunnen ontwikkelen en er verder weinig wet- of regelgeving van toepassing is, is de naleving ervan moeilijk controleerbaar. Juist door het ontbreken van specifieke wet- en regelgeving in het nationale aanbestedingsrecht, ontstaan er veel onduidelijkheden.⁸³

Bovendien is er geen enkele instantie bevoegd tot het houden van voorafgaand toezicht op de naleving van de aanbestedingsregels. Dit geeft beide partijen, maar voornamelijk de aanbestedende instantie, 'vrij spel' in de aanbestedingsprocedures. Bij het ontstaan van een geschil tussen twee partijen betreffende het nationale aanbestedingsrecht, is in hoofdregel uitsluitend de burgerlijke rechter bevoegd tot het oordelen hierover.⁸⁴ De MKB-ondernemers zullen om financiële redenen niet gemakkelijk van deze mogelijkheid gebruik maken wanneer zij vinden dat de aanbestedingsprocedure op een onrechtmatige wijze verlopen is. Niet alleen de kosten die hieraan verbonden zijn dwingen het MKB tot deze keuze, maar door geringe wet- en regelgeving is de uitkomst van de gerechtelijke procedure vaak nauwelijks te voorspellen. Dit blijkt uit de hoeveelheid uiteenlopende uitspraken over verschillende onderwerpen van het aanbestedingsrecht.

Op Europees niveau is het Europese Hof van Justitie van de EG bevoegd om kennis te nemen van en een oordeel te geven over eens situatie met betrekking tot een Europese aanbestedingsprocedure.

3.3.5 *Verscherpte selectiecriteria bij een samenwerkingsverband*

Het MKB heeft de bevoegdheid om met enkele bedrijven een samenwerkingsverband te vormen en zich als één gegadigde in te schrijven op een overheidsopdracht. In artikel 4 lid 3 BAO is dit samenwerkingsverband met betrekking tot een aanbesteding opgenomen. In beginsel is een samenwerkingsverband, waarbij door meerdere bedrijven één bod op een aanbesteding uitgebracht wordt en deze opdracht vervolgens gezamenlijk uitgevoerd wordt, in strijd met het kartelverbod op grond van artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Echter, in artikel 6 lid 3 Mededingingswet is een vrijstelling op het kartelverbod uit artikel 6 lid 1 Mededingingswet opgenomen:

"Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of

*b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen."*⁸⁵

⁸² HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, *Jur.* 2000, (Telaustria-arrest).

⁸³ Sluis-Thiescheffer 2006, p. 13.

⁸⁴ Pijnacker Hordijk 2009, p. 579, artikel 254 – 260 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Burgerlijke rechter is bevoegd omdat het gaat om een privaatrechtelijke rechtshandeling, ookal is een van de partijen een overheidsinstantie. Er bestaat één uitzondering op deze hoofdregel: wanneer er een arbitrageovereenkomst gesloten is, is de bestuursrechter bevoegd kennis te nemen van het geschil.

⁸⁵ Artikel 6 lid 3 Mededingingswet.

Deze vrijstelling is pas geldig wanneer het strikt noodzakelijk is voor bedrijven om een combinatie te vormen. Deze strikte noodzakelijkheid uit zich in het feit dat bedrijven zonder een samenwerkingsverband niet aan de gestelde geschiktheidseisen kunnen voldoen en daardoor dus niet kunnen meedingen naar de overheidsopdracht, artikel 40 Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009.⁸⁶ Daarnaast is er de voorwaarde dat door de samenwerking tussen de bedrijven niet een fundamenteel deel van de markt uitgeschakeld mag worden. Over de mogelijkheden tot het vormen van een samenwerkingsverband door de MKB-ondernemers volgt meer in hoofdstuk 5.

Juist nu er een kans voor het de MKB-ondernemers gecreëerd is om alsnog mee te kunnen dingen naar grotere overheidsopdrachten, blijkt er alsnog een addertje onder het gras te zitten. De aanbestedende instanties stellen aan deze vorm van deelname strengere selectie-eisen dan aan andere inschrijver. Bij deze belemmering rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel wel in acht wordt genomen door de aanbestedende instanties. In de jurisprudentie wordt de strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel of het non-discriminatiebeginsel niet onderbouwd. Zoals in paragraaf 2.3 omschreven wordt, moeten deze beginselen de gelijkheid van alle inschrijvende bedrijven waarborgen en daarnaast geldt dit als een verbod van elke vorm van discriminatie bij de deelnemende partijen.⁸⁷ Wel wordt in de jurisprudentie bevestigd dat de eisen die gesteld worden aan samenwerkingsverbanden objectief en eenduidig dienen te zijn en in redelijke verhouding moeten staan tot de aard en de omvang van de opdracht.⁸⁸

3.4 Samenvatting

Uit het voorafgaande blijkt, mede uit de jurisprudentie, dat er onvoldoende eenduidigheid heerst over de aanbestedingsregels op Europees niveau en op nationaal niveau met betrekking tot Europese procedures. Het gevolg hiervan is dat de MKB-ondernemers over het algemeen te maken krijgen met verschillende belemmeringen gedurende de aanbestedingsprocedure waar het grootbedrijf geen of minder last van heeft. Deze belemmeringen bestaan voornamelijk uit administratieve lasten, disproportionele selectie- en gunningscriteria, clustering van de overheidsopdrachten, onvoldoende naleving van de aanbestedingsregels en de verscherpte criteria voor combinatievorming door het MKB. Bij veel van deze belemmeringen worden de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht niet in acht genomen door de aanbestedende instanties, dit blijkt uit eerder genoemde jurisprudentie. Daarnaast zorgen de hoeveelheid eisen voor minder concurrentie, waardoor het doel van de aanbestedingsprocedure niet nagestreefd wordt. Aangezien de aanbestedende instanties bevoegd zijn eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen voor nationale aanbestedingsprocedures en er daarnaast geen enkele instantie aangewezen is om toezicht te houden op de naleving van de aanbestedingsregels, hebben de aanbestedende instanties 'vrij spel' in het starten en doorlopen van de aanbestedingsprocedures, wat uiteindelijk ten nadele van de MKB-ondernemers komt.



Figuur 6: Invloed van onduidelijke wet- en regelgeving op participatie van MKB-ondernemers.

⁸⁶ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ / 9153048, met betrekking tot de toepassing door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van artikel 6 van de Mededingingswet ten aanzien van combinatieovereenkomsten (Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009).

⁸⁷ Artikel 2 BAO.

⁸⁸ RvA 13 augustus 1997, BR 1997, nt. Donders.

4. Ontwikkelingen binnen het aanbestedingsrecht

Voor de MKB-ondernemers is het van belang dat het aanbestedingsrecht in ontwikkeling blijft. Dit heeft als reden dat zij graag mee willen dingen naar overheidsopdrachten om zo ook op een andere wijze een bron van inkomsten te creëren. Echter zou het aanbestedingsrecht meer voordelen kunnen hebben voor de MKB-ondernemers. In dit hoofdstuk zal uitgewerkt worden in hoeverre de overheid al werkt aan de positie van deze ondernemers in de huidige aanbestedingspraktijk.

4.1 Recente ontwikkelingen

In de afgelopen jaren is er steeds meer gebruik gemaakt van aanbestedingsprocedures. Niet alleen op Europees niveau zijn bedrijven zich steeds meer bewust van de verplichting tot aanbesteding, op nationaal niveau worden er ook steeds meer opdrachten vrijwillig aanbesteed. Door de geringe wet- en regelgeving, voornamelijk op nationaal niveau, hebben zich verschillende aanpassingen voorgedaan betreffende het aanbestedingsrecht en de desbetreffende wet- en regelgeving. De volgende vijf ontwikkelingen zullen aan bod komen:

- de implementatie van Europese richtlijnen in Nederlandse wet- en regelgeving;
- de aanbesteding opdelen in percelen;
- elektronisch aanbesteden;
- Small Business Act for Europe; en
- de Aanbestedingswet.

4.1.1 De implementatie van Europese richtlijnen in Nederlandse wet- en regelgeving

In juli 2005 zijn de twee Europese aanbestedingsrichtlijnen, nr. 2004/18 EG en nr. 2004/17 EG, in de Nederlandse wet- en regelgeving geïmplementeerd als het BAO en het BASS. Deze implementatie had de volgende vier doelstellingen:⁸⁹

- flexibilisering;
De flexibilisering van de regelgeving uit zich in het feit dat er nieuwe procedures zijn opgenomen in het besluit. Een voorbeeld hiervan is de concurrentiegerichtte dialoog.⁹⁰ Deze procedure biedt de mogelijkheid om voor de gunning van de aanbestedingsopdracht een gesprek te laten plaatsvinden, tussen de aanbestedende instantie en de MKB-ondernemers, dat zal gaan over een oplossing voor de uitvoering van de aanbestedingsopdracht.
- vereenvoudiging;
De vereenvoudiging komt naar voren doordat er verschillende richtlijnen zijn samengevoegd tot één richtlijn, hetgeen het overzicht van de wet- en regelgeving duidelijker zou moeten maken.
- modernisering;
Deze doelstelling komt tot uiting in bijvoorbeeld de mogelijkheid tot elektronisch aanbesteden. Het gevolg hiervan is dat de aanbestedingstermijnen verkort kunnen worden doordat de procedures op digitale wijze sneller doorlopen kunnen worden.
- verduidelijking.
De verduidelijking komt naar voren doordat er verschillende criteria die gebruikt worden in de aanbestedingsprocedures, in de richtlijnen verwerkt zijn.

⁸⁹ < www.europeseaanbestedingen.eu >, geraadpleegd op 30 maart 2010.

⁹⁰ Artikel 29 BAO.

De implementatie van deze richtlijnen in de Nederlandse wet- en regelgeving heeft voor de positie van de MKB-ondernemers weinig direct voordeel opgeleverd. Dit heeft als oorzaak dat de aanbestedende instanties, na de implementatie van de twee richtlijnen in de nationale wet- en regelgeving, nog steeds veel vrijheid hebben in het starten en doorlopen van de aanbestedingsprocedures. Over de rechten, plichten en bevoegdheden van deze instanties zijn geen nieuwe regels opgenomen in het BAO of in het BASS. Dit heeft als gevolg dat de MKB-ondernemers zich in dezelfde positie bevinden als voor de implementatie van de twee richtlijnen.

4.1.2 De aanbesteding opdelen in percelen

Een andere recente ontwikkeling is het aanbesteden in percelen. Bij deze methode van aanbesteden wordt de opdracht onderverdeeld in verschillen delen, percelen genoemd, waardoor geïnteresseerde bedrijven zich in kunnen schrijven op een of meerdere delen van de opdracht. Het kan hierbij gaan om overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten. Deze ontwikkeling verbetert de toegang voor de MKB-ondernemers in twee opzichten:⁹¹

1. Er ontstaat een betere overeenstemming tussen de productiecapaciteit van de MKB-ondernemingen en daarnaast de omvang van de percelen; en
2. De gescheiden percelen sluiten beter aan op het vakgebied waarin de MKB-ondernemers zich gespecialiseerd hebben.

In artikel 9 lid 6 BAO is bepaald dat bij het aanbesteden in percelen, de totale waarde van de opdracht als grondslag genomen moet worden. Dit betekent dat aan de hand van de totale waarde van de opdracht getoetst wordt of er nationaal dan wel Europees aanbesteed moet worden. Tevens is in artikel 9 lid 4 BAO het splitsingsverbod expliciet opgenomen. De reden dat deze artikelen in het BAO opgenomen zijn, is om het ontlopen van de aanbestedingsverplichting te voorkomen.

Niet alle aanbestedingsopdrachten kunnen opgedeeld worden in verschillende percelen. Het is van belang dat alle delen van de aanbesteding, onafhankelijk van elkaar, uitgevoerd kunnen worden. De aanbestedende instantie moet om die reden per perceel geschiktheidseisen vaststellen, welke bestaan uit selectie- en gunningscriteria. Deze worden tegelijkertijd met de aankondiging van de opdracht bekendgemaakt, net als bij de openbare aanbestedingsprocedure. Aan de hand van de inschrijvingen wordt door de aanbestedende instantie de beste verdeling van de percelen bepaald.

Uit het voorafgaande kan afgeleid worden dat deze methode van aanbesteden voor de MKB-ondernemers een goede ontwikkeling is. Voor de aanbestedende instanties is het echter een minder efficiënte methode. Zij hebben nu als taak het beoordelen van elk perceel en het hiervoor opstellen van de geschiktheidseisen, wat zij normaal gesproken alleen voor de gehele opdracht doen. De vraag hierbij is dus in hoeverre er gebruik zal worden gemaakt van deze methode door de aanbestedende instanties. Tevens is het van belang dat er voldoende geïnteresseerde bedrijven zijn anders levert deze methode van aanbesteden voor alsnog niets op.

4.1.3 Elektronisch aanbesteden⁹²

Nationaal aanbesteden op elektronische wijze zal in de toekomst met behulp van TenderNed, het elektronische aanbestedingssysteem opgezet door PIANOo⁹³, gerealiseerd worden. Naar verwachting zal eind 2011 op TenderNed de verplichting ontstaan tot het

⁹¹ Telgen 2008, p. 6.

⁹² Opgenomen in artikel 69 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 29 april 2009.

⁹³ PIANOo = Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers, onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken.

publiceren van de aankondiging van nationale overheidsopdrachten. In 2012 zal het systeem beschikbaar zijn voor het doorlopen van de gehele aanbestedingsprocedure op uniforme en geautomatiseerde wijze. Dit bespaart beide partijen veel tijd en geld. Het is de bedoeling dat alle bedrijven eenmalig belangrijke formulieren invullen. Deze kunnen dan op TenderNed bewaard blijven, zodat deze documenten ook bij andere inschrijvingen gebruikt kunnen worden.

De invoering van TenderNed heeft een aantal voordelen voor de MKB-ondernemers. Deze voordelen bestaan onder andere uit de volgende vijf punten:⁹⁴

- vermindering van administratieve lasten;
De 'papier rompslomp' betreffende de aanbestedingen is met het gebruik van TenderNed volledig achterhaald. Alle documenten worden op digitale wijze ingevuld en blijven op TenderNed bewaard. Dit bespaart beide partijen veel tijd en geld. Zoals in paragraaf 3.2.1 omschreven is, vormen de huidige administratieve lasten een hoge drempel voor veel MKB-ondernemers om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Indien deze lasten door het gebruik van TenderNed verminderd worden, kunnen meer MKB-ondernemers het zich veroorloven aan de inschrijvingen op aanbestedingen mee te doen.
- eenduidigheid en uniformiteit;
In het systeem van TenderNed kunnen voorbeelddocumenten worden gebruikt voor het invullen van bedrijfsgegevens en belangrijke informatie. Indien alle inschrijvende bedrijven gebruik maken van dezelfde formulieren ontstaat er eenduidigheid en uniformiteit in de aanbestedingsprocedures, dat tijdsbesparend zal werken voor beide partijen.
- minder procedurefouten;
Het systeem van TenderNed begeleidt alle betrokken partijen bij het doorlopen van de aanbestedingsprocedure. Een voorbeeld van deze begeleiding is een waarschuwing door het systeem wanneer het bedrijf een onjuiste handeling verricht of als een termijn bijna overschreden is. Dit soort meldingen en begeleiding moet er uiteindelijk toe leiden dat er geen (vorm)fouten gemaakt worden tijdens de procedures. Voor de MKB-ondernemers levert dit een direct voordeel op. Juist omdat er bij de MKB-ondernemers veelal geen specialisten op het gebied van aanbestedingen in dienst zijn, is het voordelig dat zij worden begeleid door het systeem van TenderNed gedurende de aanbestedingsprocedure.
- eenmalige registratie van gegevens;
Met het gebruik van TenderNed is eenmalige registratie van bedrijfsgegevens gemoeid. Het gaat hierbij voornamelijk om contactgegevens, informatie met betrekking tot referentiewerken en financiële gegevens. De bedrijven kunnen deze gegevens zelf aanvullen en actueel houden. Deze ontwikkeling zorgt ervoor dat de bedrijven bij iedere aanbestedingsprocedure dezelfde gegevens kunnen gebruiken.
- plaats voor vraag en aanbod;
Het doel van TenderNed is dat de aanbestedende instanties via dit systeem met bedrijven in aanraking komen die geïnteresseerd zijn in overheidsopdrachten. De aankondigingen van aanbestedingen worden via dit systeem geplaatst en geïnteresseerde bedrijven kunnen zich direct, via datzelfde systeem, inschrijven op de aanbestedingsopdrachten.

⁹⁴ < [www.tenderned.nl/index.php/over-tenderned/voordelen-van- TenderNed](http://www.tenderned.nl/index.php/over-tenderned/voordelen-van-TenderNed) >, geraadpleegd op 2 april 2010.

Bovenstaande geldt voor nationale aanbestedingen, opdrachten met een waarde onder de Europese drempelwaarden. Indien er sprake is van een overheidsopdracht boven deze drempelwaarden, publiceert TenderNed de aankondiging van deze opdracht eveneens op Tenders Electronic Daily (TED). Het TED is het Europese systeem voor het op elektronische wijze doorlopen van Europese aanbestedingsprocedures.

Het gevolg van het opzetten van TenderNed en TED voor de MKB-ondernemers is dat de drempel tot het inschrijven op een aanbesteding minder hoog wordt, doordat de administratieve lasten en de papieren rompslomp omtrent de aanbestedingen door het gebruik van TenderNed af zullen nemen. Daarnaast is de deskundigheid op het gebied van het aanbestedingsrecht niet meer zo van belang, doordat de bedrijven door het systeem van TenderNed en TED begeleid worden bij de inschrijving op en het doorlopen van de aanbestedingsprocedure.

4.1.4 Small Business Act for Europe

De Small Business Act for Europe (SBA) is op 25 juni 2008 door de Europese Commissie vastgesteld.⁹⁵ Het SBA is een voorstel, afgeleid van de Amerikaanse Small Business Act, waarin tien beginselen opgenomen zijn die de implementatie van zowel nationale als Europese wet- en regelgeving ondersteunen. Daarnaast bevat het voorstel maatregelen en een aantal initiatieven voor wetsvoorstellen welke voornamelijk in het teken staan van het MKB. Het hoofddoel van dit voorstel is de toegang tot de Europese aanbestedingspraktijk te verbeteren voor MKB-ondernemers.

Het SBA is geen formele wet- of regelgeving en daarnaast bevat het voorstel geen juridische verplichtingen om de genoemde intenties daadwerkelijk te kunnen realiseren.⁹⁶ Het Europese Parlement raadt de lidstaten wel aan de maatregelen en initiatieven uit dit voorstel op te nemen in nationale regelgeving, maar kan dit niet afdwingen. De vrijheid in het opnemen van deze maatregelen en initiatieven zorgt voornamelijk niet voor een betere positie van de MKB-ondernemers.

Voor de Europese aanbestedingspraktijk is de erkenning van de problematiek omtrent de MKB-ondernemers een enigszins positieve ontwikkeling, maar in de nationale aanbestedingspraktijk levert dit voorstel niet direct voordeel op voor de MKB-ondernemers.

4.1.5 De Aanbestedingswet

Al sinds 2005 wordt er door het Ministerie van Economische zaken gesleuteld aan een wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet. De invoering van de Aanbestedingswet zal moeten zorgen voor één geheel van wet- en regelgeving omtrent het aanbestedingsrecht en zal daarnaast verhelderend moeten zijn. Bij de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet zullen het BAO en het BASS komen te vervallen, deze besluiten worden geïntegreerd in de Aanbestedingswet. Meer over het voorstel voor de Aanbestedingswet in onderstaande paragraaf.

4.2 Het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet ⁹⁷

Op dit moment is de huidige aanbestedingspraktijk, op zowel nationaal als Europees niveau, te omschrijven als een onoverzichtelijk lappendeken van wet- en regelgeving en een chaos van disproportionele eisen, hoge lasten, onnodige clustering en slechte naleving van aanbestedingsregels. De Minister van Economische Zaken beoogt de realisatie van een duidelijkere aanbestedingswetgeving door middel van een wetsvoorstel voor de

⁹⁵ < www.europadecentraal.nl/menu/755/MKB.html >, geraadpleegd op 2 april 2010.

⁹⁶ < www.europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/et0001_nl.htm >, geraadpleegd op 2 april 2010.

⁹⁷ Zie bijlage V: Wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet, 29 april 2009.

Aanbestedingswet. Tot op heden is het wetsvoorstel niet definitief goedgekeurd. Naar verwachting zal de Aanbestedingswet eind 2010 in Nederland in werking treden.

4.2.1 De invoering van de Aanbestedingswet

Door de hoeveelheid onduidelijkheden in de huidige aanbestedingspraktijk is er op 25 november 2005 een wetsvoorstel ter advisering ingediend bij de Raad van State door de Parlementaire Enquêtecommissie.⁹⁸ Het uitgangspunt van dit wetsvoorstel is de vernieuwde implementatie van de twee Europese aanbestedingsrichtlijnen nr. 2004/17 EG en nr. 2004/EG. Dit betekent dat tegelijkertijd de twee nationale aanbestedingsbesluiten, het BAO en het BASS, geïntegreerd worden in de Aanbestedingswet. Daarnaast wil de Nederlandse overheid dat er ook voor de nationale aanbestedingen regels gaan gelden, welke naast de regels voor Europese aanbestedingen in de Aanbestedingswet verwerkt zullen worden.

Op 8 juli 2008 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 20 september 2006 verworpen.⁹⁹ Op 29 april 2009 werd er een nieuw wetsvoorstel bekendgemaakt: "Nieuwe regels omtrent aanbesteding, Aanbestedingswet 20..". Tot 17 juli 2008 werden betrokken partijen in de gelegenheid gesteld om een reactie te geven op het nieuwe wetsvoorstel. Het Ministerie van Economische Zaken buigt zich op dit moment verder over het wetsvoorstel voor verdere uitwerking hiervan. Het wetsvoorstel beoogt een duidelijk en eenduidige juridische basis voor een vernieuwd aanbestedingskader. Dit vernieuwde aanbestedingskader moet de lasten voor zowel de aanbestedende instantie als voor de geïnteresseerde bedrijven verminderen. De volgende verbeterpunten wil het Ministerie van Economische zaken in de nieuwe Aanbestedingswet uitwerken:

- extra onderhandelingsruimte tussen aanbesteders en aanbieders;
- uitwerking van de algemene rechtsbeginselen;
- uniforme voorschriften;
- voorkomen van onnodig clusteren; en
- grenzen stellen aan selectie- en gunningcriteria.

4.2.2 De gevolgen van de implementatie voor de MKB-ondernemers

Bovenstaand is uitgewerkt wat de Nederlandse overheid beoogt met het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet. In deze paragraaf zal aan bod komen wat dit voor gevolgen heeft voor de MKB-ondernemers. Allereerst zullen bovenstaande verbeterpunten uitgewerkt worden.

De extra onderhandelingsruimte tussen de aanbestedende instanties en de geïnteresseerde ondernemers, op grond van artikel 142 Wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet is niet alleen voor de MKB-ondernemers een voordeel, maar ook voor de grootbedrijven. Dit voordeel kan aan de hand van een voorbeeld toegelicht worden.¹⁰⁰

Bij de tweede bijeenkomst van 'Ondernemend Aanbesteden' op 7 april 2010, kwamen de aanbestedende instanties en de MKB-ondernemers bij elkaar om over een aantal aanbestedingsopdrachten in gesprek te gaan. De persoon die de aanbestedingsopdracht opgesteld had, ging in gesprek met MKB-ondernemers die gespecialiseerd zijn in het onderwerp van de aanbestedingsopdracht. Onderstaand volgt een korte beschrijving van de overheidsopdracht zoals deze uitgereikt en besproken werd bij de bijeenkomst:

⁹⁸ Bestaat uit Kamerleden en is een middel dat de Eerste en Tweede kamer in kunnen zetten, na het verkrijgen van een meerderheidsbesluit, om informatie over een bepaald onderwerp te verkrijgen.

⁹⁹ *Kamerstukken I 2006/07, 30 501, nr. 2.*

¹⁰⁰ Bijeenkomst 'Ondernemend Aanbesteden' in het Provinciehuis te 's-Hertogenbosch, 7 april 2010.

“Aanbesteden bomen en heesters.

Levering van bomen en heesters. Deze levering dient te worden uitgevoerd ultimo 2010. De overeenkomst gaat eind 2010 in en zal een looptijd hebben van vier jaar. Opdrachtgever is een tiental Brabantse gemeenten. Geschatte contractwaarde is circa €..... De exacte contractwaarde is vooraf niet exact te bepalen, maar zal – gebaseerd op bestedingen uit het verleden – boven de Europese drempel liggen.”

“Toelichting:

De gemeenten in kwestie hebben besloten om gezamenlijk één aanbesteding in de markt te zetten. De toestand van de gemeentelijke financiën wordt bekend verondersteld. Zeker in het licht van de nog te verwachten, ingrijpende bezuinigingen vanuit Den Haag, dient iedere eurocent te worden omgedraaid. Door clustering van diverse gemeentelijke behoeftes wordt beoogd “kwantumkorting” te verkrijgen. Tegelijkertijd bestaat wel bij de gemeenten zorg over het effect van deze clustering. Het kan zijn dat kleinere bedrijven niet aan bod komen. Daardoor neemt de concurrentie af en zouden de overblijvende bedrijven inschrijvers aangeboden prijzen weer kunnen stijgen. De gemeenten hechten grote waarde aan duurzaamheid. Zij willen er zeker van zijn dat de te leveren bomen en heesters biologisch zijn geteeld. Dat moet aantoonbaar zijn. Ten slotte zullen van de inschrijvers passende financiële garanties moeten worden gekregen, waardoor zeker is dat de op zichzelf omvangrijke opdracht correct kan worden uitgevoerd.”¹⁰¹

Uit het gesprek tussen de aanbestedende instantie en de geïnteresseerde MKB-ondernemers bleek al snel dat, door afwezigheid van specifieke kennis over het onderwerp van de aanbestedingsopdracht bij de aanbestedende instantie, de opdracht niet op de juiste wijze geformuleerd was. De MKB-ondernemers vertelden dat duurzaamheid niet altijd biologisch is en dat daarnaast niet alles (aantoonbaar) biologisch geteeld kan worden. Tevens gaven zij aan dat er maar ongeveer twee leveranciers zijn die bomen en heesters allebei kunnen telen en leveren. Deze eis zou zijn. Uiteindelijk heeft de aanbestedende instantie besloten om de bomen en heesters gescheiden van elkaar aan te besteden en het begrip ‘biologisch’ uit de opdracht te halen.

Uit bovenstaand voorbeeld blijkt dat de extra ruimte die de aanbestedende instanties en de geïnteresseerde bedrijven krijgen, voordelig kan zijn voor beide partijen. Dit kan meer inschrijvers opleveren voor de aanbestedende instanties. Daarnaast krijgen ondernemers de kans om de vaak te hoog vastgestelde eisen, door in gesprek te gaan met de opdrachtgever, te verlagen.

Het volgende punt dat voor de MKB-ondernemers van belang is, is de uitwerking van de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht. Het gaat hierbij om het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie, waarvan de grondslag zich bevindt in artikel 13 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet. Daarnaast wordt er aandacht besteed aan het transparantiebeginsel, artikel 14 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet. Tot slot wordt het proportionaliteitsbeginsel in artikel 15 en artikel 97 lid 3 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet uitgewerkt.

De uitwerking van deze rechtsbeginselen neemt de onduidelijkheden omtrent deze begrippen weg. Normaliter zou door raadpleging van de jurisprudentie duidelijk moeten worden wat inachtneming van de rechtsbeginselen precies inhoudt. In het voorstel voor de Aanbestedingswet worden deze onduidelijkheden uit de wereld geholpen door de rechtsbeginselen op te nemen in de wet. Dit moet daarnaast een stimulans vormen voor de naleving van de rechtsbeginselen bij aanbestedingsprocedures onder de drempel, de nationale aanbestedingsprocedures. De jurisprudentie kan hierbij wel geraadpleegd worden als aanvulling op de artikelen in de toekomstige Aanbestedingswet.

¹⁰¹ Aanbestedingsopdracht van tiental Brabantse gemeenten, besproken bij bijeenkomst ‘Ondernemend Aanbesteden’ in het Provinciehuis te ‘s-Hertogenbosch, 7 april 2010.

Tevens is het hanteren van uniforme voorschriften door de aanbestedende instanties van groot belang. In artikel 108 lid 2 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet wordt bijvoorbeeld geregeld dat aanbestedende instanties op een en dezelfde manier technische specificaties kunnen opvragen bij de ondernemers, welke gelijke toegang bieden tot de overheidsopdracht voor deze ondernemers. Pas bij de gunning van de opdracht aan een bedrijf mogen de aanbestedende instanties aanvullende informatie of bewijzen bij het desbetreffende bedrijf opvragen. Dit voorkomt dat alle bedrijven deze informatie bij de inschrijving al aan moeten leveren, wat als gevolg heeft dat de administratieve lasten op dat gebied verminderd zullen worden.

Daarnaast is het voornemen om te voorkomen dat er onnodig geclusterd wordt, een positieve ontwikkeling voor de MKB-ondernemers. Dit kan betekenen dat de aanbestedingsopdrachten kleiner in omvang worden dan wanneer er onnodig geclusterd wordt. Voor de MKB-ondernemers houdt dit dan in dat zij meer kans kunnen maken op de gunning van overheidsopdrachten omdat bij de kleinere opdrachten de selectie- en gunningscriteria over het algemeen niet zo streng worden vastgesteld door de aanbestedende instantie. In het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet is over dit voornemen echter niets terug te vinden. Het is dus maar de vraag of er regelgeving met betrekking tot het onnodig clusteren van overheidsopdrachten daadwerkelijk in de Aanbestedingswet opgenomen zal worden.

Tot slot is het stellen van grenzen aan selectie- en gunningscriteria van groot belang voor de positie van de MKB-ondernemers in de aanbestedingspraktijk. Deze eisen zorgen er op dit moment veelal voor dat de MKB-ondernemers zich niet eens in kunnen schrijven op de overheidsopdrachten, wat uitvoerig besproken is in hoofdstuk 3. Wanneer er in de Aanbestedingswet beperkingen worden vastgelegd aan het stellen van selectie-eisen, kunnen de aanbestedende instanties geen onnodig hoge eisen meer stellen aan de onderneming of de offerte. De aanbestedende instanties worden door het vaststellen van beperkingen geremd, waardoor de MKB-ondernemers gemakkelijker kunnen voldoen aan de selectie- en gunningscriteria. Dit heeft als gevolg dat de MKB-ondernemers minder vaak worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, waardoor de kans op de gunning van de opdracht aan het MKB hoger wordt. Maar ook dit voornemen komt in het wetsvoorstel niet terug. In artikel 83 lid 3 van het wetsvoorstel is het volgende opgenomen:

“De aanbestedende dienst bepaalt welke gegevens en inlichtingen door een inschrijver of een gegadigde moeten worden verstrekt.”

Daarnaast wordt er in artikel 97 lid 3 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet het volgende gesteld:

“De aanbestedende dienst stelt uitsluitend eisen die noodzakelijk zijn in verband met de aard en omvang van de opdracht.”

In beide artikelen worden geen grenzen gesteld aan het opstellen van selectie- en gunningscriteria. Ook dit voornemen is niet specifiek genoeg uitgewerkt in het wetsvoorstel om te kunnen voorkomen dat er nog disproportionele eisen worden vastgesteld. Tevens zijn er in het wetsvoorstel ook geen regels opgenomen met betrekking tot de nationale aanbestedingsprocedures. Dit zorgt ervoor dat de aanbestedende instanties nog steeds ‘vrij spel’ hebben in het opstellen van selectie- en gunningscriteria en dat de invoering van de nieuwe Aanbestedingswet niet op alle voorgenomen vlakken voordeel oplevert voor de MKB-ondernemers.

4.3 Samenvatting

In de afgelopen jaren hebben zich enkele ontwikkelingen voorgedaan en op dit moment doen zich nog steeds ontwikkelingen voor met betrekking tot het aanbestedingsrecht. De volgende vijf ontwikkelingen zijn in dit hoofdstuk aan bod gekomen: de implementatie van de twee Europese richtlijnen in de Nederlandse wet- en regelgeving, het opdelen van een aanbesteding in percelen, het elektronisch aanbesteden, de Small Business Act for Europe en het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet.

Niet al deze ontwikkelingen hebben direct voordeel opgeleverd voor de MKB-ondernemers, maar bij elke ontwikkeling wordt wel rekening gehouden met de positie van de MKB-ondernemers. Vooral de Aanbestedingswet, waarvan verwacht wordt dat deze eind 2010 ingevoerd wordt, is een belangrijke ontwikkeling in de aanbestedingspraktijk voor de MKB-ondernemers. De invoering van deze wet heeft als doel verduidelijking van zowel de internationale als de nationale wetgeving betreffende het aanbestedingsrecht. Daarnaast is er het voornemen dat er meer rekening gehouden moet worden met de positie van de MKB-ondernemers. Dit is echter niet op alle vlakken terug te vinden in het wetsvoorstel. Tevens speelt het digitale systeem, TenderNed, een grote rol bij de positie van de MKB-ondernemers gedurende de aanbestedingsprocedure. Dit systeem moet ervoor zorgen dat de administratieve lasten aanzienlijk verminderen en dat daarnaast de partijen begeleid worden door de gehele aanbestedingsprocedure.

5. Kansen voor het MKB

Voorafgaand zijn de belemmeringen voor de MKB-ondernemers besproken en daarnaast zijn de recente ontwikkelingen binnen de aanbestedingspraktijk aan bod gekomen. Uit de resultaten van het onderzoek vloeien enkele kansen voor de MKB-ondernemers voort. In dit hoofdstuk zullen enkele punten besproken worden die, met inachtneming van de recente ontwikkelingen, in de huidige Europese en nationale aanbestedingspraktijk van belang zijn voor de positie van de MKB-ondernemers. Niet alleen de kansen die de MKB-ondernemers zelf kunnen creëren worden besproken, maar ook de invloed die zij uit kunnen oefenen op de aanbestedende instantie zal aan bod komen.

5.1 Geïnformeerd zijn over wet- en regelgeving

Geïnformeerd zijn over de wet- en regelgeving met betrekking tot het Europese aanbestedingsrecht is een van de belangrijkste kansen voor de MKB-ondernemers. Deze constatering is niet vernieuwend, maar nog steeds wel erg belangrijk. Het is namelijk van belang dat ze op de hoogte zijn van de werking van het aanbestedingsrecht en daarnaast de mogelijkheden die dit rechtsgebied de ondernemers biedt in de praktijk.

Zoals voorafgaand al is besproken zijn de nationale aanbestedingsrichtlijnen, het BAO en het BASS, alleen van toepassing op de aanbestedingsopdrachten waarvan de waarde boven de drempelwaarden valt, de Europese aanbestedingen. Bij nationale aanbestedingen, opdrachten met een waarde onder de drempel, zijn alleen de algemene rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing. Tevens zijn de aanbestedende instanties wel bevoegd tot het ontwikkelen van eigen aanbestedingsbeleid, dat vaak afgeleid is van de nationale aanbestedingsrichtlijnen. Dit betekent dat bij nationale aanbestedingsprocedures veelal de aanbestedingsrichtlijnen¹⁰² voor de Europese aanbestedingen in acht genomen worden. Dit betekent in feite dat voor zowel nationale als Europese aanbestedingsprocedures dezelfde regelgeving bekend moet zijn bij de partijen.

Hier ontstaat een kans voor de MKB-ondernemers. Om reden dat de nationale aanbestedingsprocedures veelal uitgevoerd worden voor 'kleine' overheidsopdrachten, hebben de MKB-ondernemers meer kans op het verkrijgen van een aanbesteding doordat de selectie-eisen die gesteld worden bij dit soort opdrachten niet erg hoog zouden moeten zijn. Daarnaast is het grootbedrijf vaak niet geïnteresseerd in kleine aanbestedingsopdrachten. Indien de MKB-ondernemers op de hoogte zijn van de wet- en regelgeving op het gebied van het aanbestedingsrecht, wordt het inschrijven op en het doorlopen van een aanbestedingsprocedure voor hen ook gemakkelijker.

5.2 Samenwerkingsverband

Zoals in paragraaf 3.2.5 reeds besproken is hebben de MKB-ondernemers, op grond van artikel 4 lid 3 BAO juncto artikel 140 lid 3 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet, de mogelijkheid om een samenwerkingsverband aan te gaan voor de inschrijving op een aanbesteding.¹⁰³ Deze mogelijkheid bestaat bij de Europese en nationale aanbestedingsprocedure. Hoewel dit samenwerkingsverband in beginsel in strijd is met het mededingingsrecht, wordt hiermee toch een kans gecreëerd voor de MKB-ondernemers.

Wanneer een MKB-ondernemer niet kan voldoen aan de gestelde eisen bij een aanbesteding, kan deze ervoor kiezen om een samenwerkingsverband aan te gaan met andere ondernemers. In beginsel is een vorm van samenwerking tussen concurrenten in strijd met hetgeen in de Mededingingswet bepaald is. In artikel 6 lid 1 Mededingingswet is

¹⁰² Het BAO en het BASS.

¹⁰³ Deze mogelijkheid blijft bestaan doordat het samenwerkingsverband ook opgenomen is in artikel 140 lid 3 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 29 april 2009.

namelijk het kartelverbod opgenomen. Dit verbod houdt in dat er geen kartelafspraken gemaakt mogen worden tussen bedrijven waardoor de concurrentie op de desbetreffende markt beperkt of vervalst wordt.¹⁰⁴ De vrijstelling is op dit soort samenwerkingsverbanden van toepassing omdat dit juist ten goede komt aan de concurrentie. Dit zal onderstaand verder uitgewerkt worden.

In artikel 6 lid 3 Mededingingswet is deze vrijstelling opgenomen voor het kartelverbod. De vrijstelling is bij dit soort samenwerkingsverbanden van toepassing indien er voldaan is aan twee criteria. Allereerst moet het 'strikt noodzakelijk' zijn voor bedrijven om een combinatie te vormen. Dit houdt in dat de gestelde eisen aan het bedrijf en de opdracht niet haalbaar zijn voor de MKB-ondernemers zonder een samenwerkingsverband aan te gaan. Tevens is van belang dat door de samenwerking tussen de bedrijven niet een fundamenteel deel van de markt uitgeschakeld wordt. Deze criteria vloeien voort uit artikel 40 van de Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2009, dat op 11 september 2009 is ingevoerd. Deze beleidsregels geven duidelijkheid aan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteiten over hoe er beoordeeld moet worden of een combinatievorming of onderaanneming rechtmatig is met inachtneming van artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Naast deze beleidsregels, heeft de Europese Commissie in haar Richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten¹⁰⁵ ook vastgesteld dat het kartelverbod¹⁰⁶ niet van toepassing zal zijn indien de onderstaande situaties het geval zijn.

"Sommige overeenkomsten vallen door hun aard zelf niet onder de toepassing van artikel 81, lid 1. Dit is doorgaans het geval bij vormen van samenwerking die geen coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen op de markt meebrengen, zoals

- *samenwerking tussen niet-concurrenten, en*
- *samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren.*"¹⁰⁷

Wanneer aan deze criteria voldaan wordt, is het kartelverbod niet van toepassing en kan er op rechtmatige wijze een samenwerkingsovereenkomst gesloten worden tussen verschillende bedrijven voor de inschrijving op een aanbesteding.

Er zijn twee vormen van samenwerking te onderscheiden:

■ **combinatievorming**¹⁰⁸

Bij combinatievorming werken ondernemers op eenzelfde niveau met elkaar samen. Iedere ondernemer is bij deze vorm van samenwerken verantwoordelijk voor de uitvoering van een bepaald deel van de aanbestedingsopdracht.

■ **onderaanneming**¹⁰⁹

Bij onderaanneming kan de hoofdaannemer van de opdracht een onderaannemer contracteren om bepaalde delen van de opdracht uit te voeren zoals deze in het contract tussen de aanbestedende dienst en de hoofdaannemer is vastgelegd. Echter blijft de hoofdaannemer verantwoordelijk voor de uitvoering van de gehele opdracht.

¹⁰⁴ Artikel 6 lid 1 Mededingingswet.

¹⁰⁵ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. 2001, C 3 van 6 januari 2001, p. 2.

¹⁰⁶ Artikel 81 lid 1 EG-Verdrag.

¹⁰⁷ Artikel 24 Richtsnoer van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

¹⁰⁸ Artikel 4 lid 3 BAO.

Opgenomen in artikel 140 lid 3 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 29 april 2009.

¹⁰⁹ Artikel 25 BAO.

Opgenomen in artikel 141 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 29 april 2009.

Wanneer er een samenwerkingsverband wordt ingeschreven op een aanbesteding, moet er een aantal voorwaarden in acht genomen worden.

Een van deze voorwaarden is dat de samenwerking vooraf kenbaar gemaakt moet worden. Dit betekent dat bij de inschrijving aangegeven moet worden dat het gaat om een samenwerkingsverband. Veelal kan dit ingevuld worden op de formulieren die de aanbestedende instantie aan het bestek heeft toegevoegd. Het is niet mogelijk om gedurende de aanbestedingsprocedure een samenwerkingsverband te vormen. Daarnaast is een wijziging in het samenwerkingsverband tijdens de aanbestedingsprocedure eveneens niet toegestaan. Tevens is de aanbestedende instantie bevoegd om de geïnteresseerde bedrijven te vragen of zij bij de inschrijving aan willen geven: welk deel van de opdracht zij in onderaanneming willen geven en welke bedrijven hiervoor aangesteld worden.¹¹⁰

Naast de voorwaarden waaraan voldaan moet worden, is er nog een aspect waar elke MKB-ondernemer op moet letten bij het aangaan van een samenwerkingsverband. Het is voor de ondernemers van belang dat geen van de ondernemers uit het samenwerkingsverband, voldoet aan een van de uitsluitingsgronden die de aanbestedende instantie vastgesteld heeft. Dit kan tot gevolg hebben dat het gehele samenwerkingsverband wordt uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.¹¹¹

Het aangaan van een samenwerkingsverband tussen verschillende bedrijven brengt voornamelijk voordelen met zich mee. De samenwerking zorgt voor een lastenverlichting doordat de administratieve lasten nu verdeeld worden over de verschillende ondernemingen die deel uitmaken van het samenwerkingsverband. Daarnaast zorgt het voor meer concurrentie tijdens de aanbestedingsprocedure, doordat op deze manier het aantal inschrijvers op een aanbestedingsopdracht toeneemt.

Dit rechtmatige samenwerkingsverband, in de vorm van combinatievorming of onderaanneming, creëert een grote kans voor de MKB-ondernemers om op juridisch correcte wijze meer aanbestedingsopdrachten te kunnen verkrijgen.

5.3 'Format' voor MKB-ondernemers

De MKB-ondernemers hebben hun participatie bij aanbestedingsprocedures ook voor een deel in eigen hand. Zij kunnen het zichzelf ook gemakkelijker maken door een 'format' te ontwikkelen voor de standaard documenten die ingediend moeten worden voor de inschrijving op een aanbesteding.

Dit zou betekenen dat de MKB-ondernemers zich alleen nog hoeven te richten op de selectiecriteria die de aanbestedende instanties opstellen.

Hiervoor is onderzoek gedaan naar aanbestedingsdocumenten welke het meest ingediend moeten worden bij de inschrijving op recente aanbestedingsopdrachten. De volgende documenten zijn hiervan het resultaat:

- verklaring inzake artikel 45 BAO (uitsluitingsgronden)
- eigen verklaring¹¹²
- bedrijfsgegevens
 - Kopie bewijs inschrijving Kamer van Koophandel / stichtingstatuten / oprichtingstatuten
- bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering
- gegevens met betrekking tot de financiële situatie (bedrijfsomzet)
- kwaliteitsborging

¹¹⁰ Artikel 25 BAO.

Opgenomen in artikel 141 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 29 april 2009.

¹¹¹ < www.mkb servicedesk.nl/1856/mag-samenwerken-bij-aanbestedingen.htm >, geraadpleegd op 15 april 2010.

¹¹² In de eigenverklaring staat dat de opdrachtgever zich het recht voorbehoudt om de inschrijver te verzoeken officiële bewijsstukken te overleggen. De inhoud van deze stukken dient overeen te komen met wat in de verklaring wordt ondertekend. Wanneer dit niet het geval is wordt de inschrijver uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

- ▮ personeelsgegevens
 - Nauwkeurig bijhouden van personeelsbestand zodat de gegevens van het desbetreffende personeel direct aangeleverd kan worden.
- ▮ referentiewerken

Wanneer de MKB-ondernemers deze documenten eenmalig opstellen of aanvragen, kunnen zij deze bij iedere aanbestedingsprocedure indienen. Als zij hier eenmalig enige tijd voor maken, bespaart dit hen bij de inschrijving op iedere aanbestedingsprocedure veel tijd en daarmee tegelijkertijd ook geld. Het enige waar zij dan nog rekening mee dienen te houden bij de inschrijving op een aanbesteding, is dat zij bij iedere procedure apart een document op moeten stellen waarin zij specifieke informatie verschaffen over de uitvoering van de desbetreffende aanbestedingsopdracht. Tevens is het van belang dat de documenten die opgevraagd zijn, bij bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel, actueel zijn.

5.4 Bijwonen van marktconsultatie

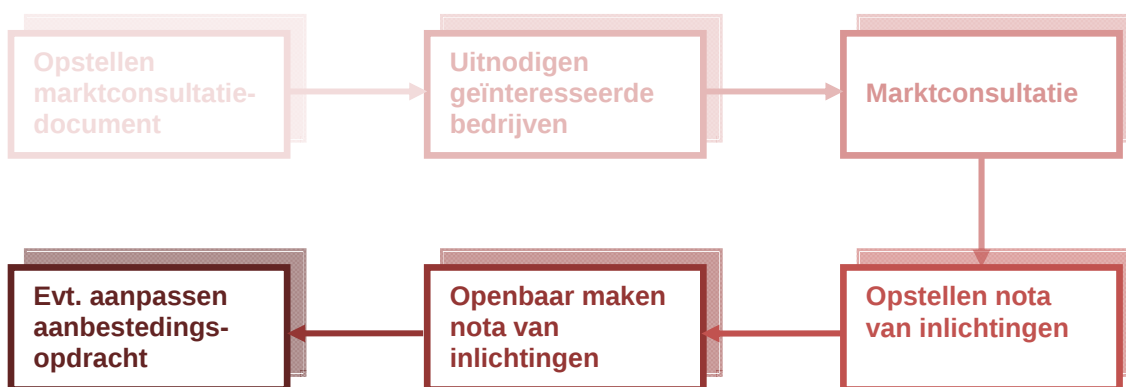
Alleen met de juiste kennis van de desbetreffende markt kan een goede aanbestedingsopdracht vastgesteld worden, dit blijkt ook uit paragraaf 4.2.2.

De aanbestedende instantie zal daarom, mede voor het verhogen van het aantal inschrijvingen op een aanbesteding, zich moeten verdiepen in de markt waar de aanbestedingsopdracht op gebaseerd is. Dit wordt ook wel marktconsultatie genoemd.

Marktconsultatie is het vroegtijdig betrekken van marktpartijen, waarbij de aanbestedende instanties de kennis en ervaring van de marktpartijen gebruiken voor de verdere uitwerking van de aanbestedingsopdracht.¹¹³ Op deze manier kan er, volledig vrijblijvend en zonder enige verplichtingen, een optimale marktwerking gerealiseerd worden. Een marktconsultatie wordt daarom veelal uitgevoerd voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure en wordt gezien als een informatiemiddel voor besluitvorming. Dit houdt in dat aan de hand van deze informatie-uitwisseling een besluit wordt genomen door de aanbestedende instantie inzake de uitwerking van de aanbestedingsopdracht en het opstellen van bepaalde selectie- en gunningscriteria.

De uitvoering van een marktconsultatie wordt over zes fasen verdeeld:

1. Opstellen van marktconsultatiedocument;
2. Uitnodigen geïnteresseerde bedrijven;
3. De consultatie;
4. Maken van een verslag van de marktconsultatie;
5. Openbaarmaking van resultaten van de marktconsultatie; en
6. Verwerking van resultaten van de marktconsultatie in de aanbestedingsopdracht.



Figuur 7: De zes fasen van marktconsultatie.

¹¹³ Artikel 8 Richtlijn nr. 2004/18/EG PB L134/114.

Allereerst wordt er een marktconsultatiedocument opgesteld. In dit document wordt de motivering, het doel en de verwachte meerwaarde van de consultatie verwerkt. Tevens worden hier het plan van aanpak en de vragen in uitgewerkt die de aanbestedende instantie aan de marktpartijen ter toetsing wil voorleggen. Wanneer het marktconsultatiedocument opgesteld is, kan de aanbestedende instantie overgaan tot het uitnodigen van marktpartijen. De aanbestedende instantie kan er voor kiezen om op selectieve wijze bedrijven gericht aan te schrijven. Dit is alleen mogelijk zolang de marktconsultatie op transparante wijze uitgevoerd wordt en de uitkomsten ervan openbaar zijn. Tevens kan er een aankondiging van de marktconsultatie geplaatst worden op verschillende internetsites. Deze wijzen van uitnodigen kunnen ook gecombineerd worden.

Wanneer het gaat om een relatief eenvoudige consultatie, is het ook mogelijk om deze schriftelijk te laten plaatsvinden. De aanbestedende instantie verstuurt dan een vragenlijst naar de geselecteerde bedrijven. Is er sprake van een relatief complexe aanbestedingsopdracht, dan wordt de consultatie op mondelinge wijze verricht. De aanbestedende instantie kan dan een bijeenkomst organiseren.

Uiteindelijk wordt er een verslag gemaakt van de gehele marktconsultatie en wordt dit openbaar gemaakt zodat iedere belangstellende dit document kan inzien. Op deze wijze worden het gelijkheids-¹¹⁴ en het transparantiebeginsel¹¹⁵ in acht genomen.

Bij de uitvoering van marktconsultatie hebben de MKB-ondernemers de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de aanbestedende instantie. Het maakt niet uit of de marktconsultatie mondeling of schriftelijk uitgevoerd wordt, bij beide manieren worden zij in de gelegenheid gesteld hun visie op de opdracht bekend te maken. De MKB-ondernemers kunnen bij deze informatie-uitwisseling kennis verkrijgen over de plannen van de aanbestedende instanties en zij kunnen tevens invloed uitoefenen op de vast te stellen criteria en de verdere uitwerking van de opdracht. Zij zullen hier gebruik van moeten maken indien zij meer aanbestedingsopdrachten willen verkrijgen.

5.5 'Laagdrempelige' aanbestedingsopdracht

Naast onderzoek te hebben gedaan naar de belemmeringen voor de MKB-ondernemers, is er ook gesproken met de aanbestedende instanties om op deze manier ook een beeld te krijgen van hun ervaringen met aanbesteden. Uit onderzoek bleek dat de aanbestedende instanties ook een grote rol kunnen spelen bij de participatie van de MKB-ondernemers in de huidige aanbestedingspraktijk.

Zij hebben de mogelijkheid om de aanbestedingsdocumenten 'laagdrempelig' te houden. Dit betekent dat zij de drempel tot inschrijving kunnen verlagen door de aanbestedingsdocumenten op een eenvoudigere wijze op te stellen. Dit kan gerealiseerd worden door standaard formulieren toe te voegen aan de bijlagen, waarbij de inschrijvende bedrijven alleen een handtekening hoeven te plaatsen wanneer zij voldoen aan de gestelde voorwaarden in dat document.¹¹⁶

Hoewel de MKB-ondernemers het opstellen van dit soort documenten niet zelf in de hand hebben, kunnen zij bij bijvoorbeeld de marktconsultatie, dit wel aanbevelen bij de aanbestedende instanties. Op deze manier kunnen zij de aanbestedende instanties er mede op wijzen dat het gebruik van eenvoudige aanbestedingsdocumenten ook voor hen voordelig is. Het geeft hen een beter overzicht over de ingediende stukken door de ondernemers. Zij hebben zelf de documenten opgesteld en wanneer de inschrijvende bedrijven daar een handtekening onder plaatsen, kan de aanbestedende instantie in één oogopslag zien dat deze bedrijven verklaren te voldoen aan de door hen gestelde eisen.

¹¹⁴ Artikel 2 BAO.

Opgenomen in artikel 13 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet.

¹¹⁵ Artikel 2 BAO.

Opgenomen in artikel 14 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet.

¹¹⁶ Bijlage VI: Voorbeeld van 'laagdrempelig' aanbestedingsdocument < gemeente.groningen.nl >.

5.6 Samenvatting

Uit de uitwerking van het hoofdstuk kan opgemaakt worden dat er verschillende kansen voor de MKB-ondernemers aanwezig zijn voor een betere participatie van MKB-ondernemers in de huidige aanbestedingspraktijk. Een aantal kansen kunnen door henzelf gecreëerd worden, maar er zijn ook mogelijkheden die zij zelf niet in de hand hebben.

Allereerst is het van belang dat de MKB-ondernemers op de hoogte zijn van de werking van de aanbestedingsrichtlijnen. Tevens hebben de MKB-ondernemers de mogelijkheid om met andere ondernemers een samenwerkingsverband aan te gaan. Een dergelijk samenwerkingsverband kan in twee situaties aangegaan worden, bij combinatievorming en onderaanneming. Op deze manier kunnen de MKB-ondernemers sneller aan de eisen van de aanbestedingsopdracht voldoen en worden de administratieve lasten onder de verschillende samenwerkende ondernemers verdeeld.

Daarnaast hebben de MKB-ondernemers de mogelijkheid om eenmalig een format op te stellen die ze bij elke aanbesteding kunnen gebruiken. Alleen de specifieke selectie- en gunningscriteria moeten per aanbesteding uitgewerkt worden. Als de rest van de documenten al klaar liggen, scheelt dit de MKB-ondernemers veel tijd, en daardoor ook veel geld, met het opstellen van de gevraagde documentatie.

Wat de MKB-ondernemers niet in de hand hebben maar waar ze wel invloed op uit kunnen oefenen, zijn de eisen die gesteld worden bij een aanbestedingsopdracht. Bij de uitvoering van marktconsultatie kunnen de MKB-ondernemers invloed uitoefenen op de invulling van deze aanbestedingsopdracht. Op deze manier worden er geen ondernemers onnodig uitgesloten van deelname door te strenge of juist overbodig gestelde eisen. Tevens kunnen de ondernemers hierbij aangeven dat het voor hen gemakkelijker is wanneer de aanbestedende instanties de aanbestedingsdocumenten laagdrempelig houden. Door het gebruik van laagdrempelige aanbestedingsdocumenten wordt het inschrijven op een aanbesteding toegankelijker voor MKB-ondernemers doordat er niet veel kennis nodig is en het niet veel tijd kost.



Figuur 8: Kansen voor de MKB-ondernemers.

6. Terugblik

In de huidige aanbestedingspraktijk is het voor de MKB-ondernemers niet altijd gemakkelijk om aanbestedingsopdrachten te verkrijgen. Dit is het gevolg van een aantal belemmeringen die zijn ontstaan doordat het aanbestedingsrecht zich nog niet volledig ontwikkeld heeft. De wet- en regelgeving omtrent het aanbestedingsrecht kan als onduidelijk en onvolledig worden bestempeld. Het gevolg hiervan is dat over het algemeen de aanbestedende instanties en de MKB-ondernemers niet bekend zijn met de werking van de aanbestedingsregels. Om reden dat zij niet op de hoogte zijn van de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht hen biedt, kunnen de MKB-ondernemers niet optimaal participeren in de huidige aanbestedingspraktijk.

De MKB-ondernemers worden veelal afgeremd door de hoge administratieve lasten die zijn verbonden aan de inschrijving op een aanbestedingsopdracht. Dit is ook voor het grootbedrijf een probleem, alleen wegen de lasten voor de MKB-ondernemers wat zwaarder.

Daarnaast zijn de disproportionele selectie- en gunningscriteria een probleem voor de MKB-ondernemers. Om reden dat er in de wet- en regelgeving geen beperkingen worden opgelegd aan het stellen van deze criteria, stellen de aanbestedende instanties deze criteria uit voorzichtigheid, vrij hoog vast. Dit heeft als gevolg dat de MKB-ondernemers niet aan deze criteria kunnen voldoen en zij niet kunnen deelnemen aan de selectieprocedures.

De omvang van de aanbestedingsopdrachten kan voor de MKB-ondernemers ook problemen opleveren bij de inschrijving. Sommige instanties clusteren een aantal opdrachten tot één overheidsopdracht, waaraan hoge selectie-eisen verbonden zijn. De aanbestedende instanties doen dit omdat het voor hen een efficiënte methode lijkt te zijn. Echter blijkt dat in dit soort situaties de MKB-ondernemers uitgesloten worden van deelname, waardoor de efficiëntie van deze methode in twijfel getrokken kan worden.

De onduidelijke en geringe wet- en regelgeving omtrent het aanbestedingsrecht is een oorzaak van de slechte naleving van de aanbestedingsregels. Doordat de aanbestedende instanties 'vrij spel' hebben in het voeren van aanbestedingsprocedures en er geen toezichthoudende instantie met betrekking tot het aanbestedingsrecht bestaat, verkeren de MKB-ondernemers in een onzekere positie. Wanneer er door de aanbestedende instanties te hoge eisen worden gesteld, zullen de MKB-ondernemers zich eerder niet inschrijven op de aanbesteding dan dat zij de rechter erover laten oordelen. Tot slot worden er door aanbestedende instanties veelal verscherpte selectiecriteria opgesteld voor samenwerkingsverbanden. Hierdoor worden de MKB-ondernemers ook afgeremd in het vormen van samenwerkingsverbanden wanneer zij individueel niet kunnen voldoen aan de vastgestelde selectiecriteria.

Door een aantal ontwikkelingen worden er voor de MKB-ondernemers enkele kansen gecreëerd om een betere positie te krijgen in de aanbestedingspraktijk. De aanbestedende instanties hebben de mogelijkheid om bepaalde aanbestedingsopdrachten te verdelen in percelen. Daarnaast wordt er gewerkt aan TenderNed, het systeem voor 'elektronisch aanbesteden'. De volgende ontwikkeling is het Small Business Act for Europe, het voorstel dat in het teken staat van de verbetering van de positie van de MKB-ondernemers. Ook wordt er al jaren gesleuteld aan een wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet, welke moet zorgen voor meer duidelijkheid omtrent de aanbestedingsregels.

Een van de kansen voor de MKB-ondernemers in de huidige aanbestedingspraktijk is zich goed laten informeren over de aanbestedingsregels. Daarnaast is een belangrijke kans het vormen van een samenwerkingsverband met meerdere ondernemers. Hierdoor kunnen zij zich inschrijven op opdrachten met selectie-eisen waaraan zij individueel niet hadden kunnen voldoen. Daarnaast hebben zij de mogelijkheid om eenmalig een format op te stellen en deze bij alle inschrijvingen te gebruiken. Tot slot hebben de MKB-ondernemers de kans om bij een marktconsultatie invloed uit te oefenen op de invulling van de aanbestedingsopdracht.

7. Conclusies

In de voorafgaande hoofdstukken zijn de resultaten verwerkt van het onderzoek naar de vraag in hoeverre op juridisch correcte wijze de positie van MKB-ondernemers verbeterd kan worden wanneer het gaat om het inschrijven op zowel nationale als internationale aanbestedingen en daarnaast het doorlopen van het aanbestedingsproces. Bij dit onderzoek wordt naast de vigerende wetgeving ook de in voorbereiding zijnde Aanbestedingswet in acht genomen. Uit deze resultaten kunnen enkele conclusies getrokken worden waaruit aanbevelingen aan de MKB-ondernemers zullen volgen. Deze aanbevelingen zullen uitgewerkt worden in hoofdstuk 8.

7.1 De invloed van de wetgeving op de aanbestedingsprocedure

Allereerst is het opvallend dat er over de basis van de wet- en regelgeving omtrent het aanbestedingsrecht nog steeds veel onduidelijkheid heerst bij ondernemers. Dit heeft mede te maken met de terminologie van de richtlijnen, die niet bijdraagt aan de duidelijkheid van de aanbestedingsregels. Het is voor veel ondernemers nog steeds niet duidelijk dat de twee nationale aanbestedingsrichtlijnen alleen van toepassing zijn op de Europese aanbestedingsprocedures. In artikel 7 BAO is vastgesteld dat de aanbestedingsrichtlijnen alleen van toepassing zijn op overheidsopdrachten met een waarde boven de Europese drempels. In dit artikel wordt voor deze Europese drempels verwezen naar de Europese aanbestedingsrichtlijnen. De verwijzing naar andere aanbestedingswetgeving en de wirwar van regelgeving op verschillende niveaus, maakt het aanbestedingsrecht complex voor de ondernemers. Daarnaast is het opvallend dat er op nationale aanbestedings-procedures geen enkele wet of richtlijn van toepassing is. Op dit gebied is het aanbestedingsrecht, wetgevingstechnisch gezien, nog wat gebrekkig. De aanbestedende instanties hebben dan de mogelijkheid tot het ontwikkelen van eigen aanbestedingsbeleid, wat nationaal aanbesteden nog ingewikkelder maakt. Gelukkig leert de praktijk dat voor nationale aanbestedingsprocedures vaak de regels voor Europese aanbestedingen gebruikt worden. Tevens bevatten de twee nationale richtlijnen te ruime normen en te weinig beperkingen die betrekking hebben op de invulling van de aanbestedingsprocedures en de toepassing van de algemene rechtsbeginselen. De regelgeving is zodanig algemeen dat er in de praktijk moeilijk mee te werken valt. Doordat de aanbestedingsmarkt openstaat voor iedereen, is het eigenlijk ook logisch dat de aanbestedende instanties, uit voorzichtigheid, hoge eisen stellen aan de geïnteresseerde bedrijven. Om reden dat elk bedrijf zich kan inschrijven, is er altijd wel een aantal bedrijven die aan de hoge eisen kunnen voldoen. Het proportionaliteitsbeginsel zou hiervoor een oplossing kunnen bieden, maar gezien de ruime definitie van dit begrip hebben de MKB-ondernemers alleen de mogelijkheid om hierover door de rechter te laten oordelen. Om reden dat dit veel tijd en geld kost en de rechter veelal onvoorspelbaar oordeelt, is dit vaak niet het risico dat de ondernemers willen nemen.

Daarnaast is de afwezigheid van een toezichthoudend orgaan een belangrijke constatering. Door de ingewikkelde wet- en regelgeving is het van belang dat er toezicht wordt gehouden op de uitvoering van de aanbestedingsregels. Natuurlijk is er altijd de rechter die uiteindelijk zijn oordeel kan geven, maar uit onderzoek is gebleken dat door onvoorspelbare uitspraken de MKB-ondernemers deze stap niet graag willen zetten. Dit komt mede doordat de uitspraken plaatsvinden op laag niveau en het niet geüniformeerd kan worden op hoog niveau rechtspraak. Ook op dit gebied heeft het aanbestedingsrecht zich nog niet volledig ontwikkeld.

Wel kan er opgemerkt worden dat er door de rechtspraak aanvulling gegeven wordt aan wet- en regelgeving. Ook al is er niet altijd eenduidigheid in de jurisprudentie te ontdekken, de aanvulling op wet- en regelgeving is veelal een verbetering voor de duidelijkheid over de invulling van aanbestedingsprocedures. Daarnaast worden de gewenste gedragsnormen inzake de toepassing van algemene rechtsbeginselen verder ontwikkeld in de rechtspraak.

7.2 De erkenning van de problematiek en de ontwikkelingen die hieruit voortvloeien

Ook belangrijk is de conclusie die aangeeft dat de wetgever het probleem van de MKB-ondernemers erkent. Deze conclusie vloeit voort uit het feit dat de wet- en regelgeving omtrent het aanbestedingsrecht al jaren in beweging is met als doel: de positie van de MKB-ondernemers gelijktrekken met die van het grootbedrijf.

In de huidige aanbestedingspraktijk zijn er namelijk enkele belemmeringen aanwezig, waardoor de MKB-ondernemers geremd worden in het doen van een inschrijving op een nationale en/of Europese aanbestedingsprocedure. De belangrijkste belemmeringen voor de MKB-ondernemers zijn de administratieve lasten, de disproportionele selectie- en gunningscriteria, de omvang van de aanbestedingsopdrachten, de slechte naleving van de aanbestedingsregels en tot slot de verscherpte criteria voor samenwerkingsverbanden. Deze belemmeringen zijn ontstaan door de onduidelijke en onvolledige regelgeving voor Europese aanbestedingsprocedures, de afwezigheid van regels voor nationale aanbestedingsprocedures en daarnaast het gebrek aan een toezichthoudend orgaan in de aanbestedingspraktijk. Hierdoor hebben de aanbestedende instanties vrijwel veel vrijheid in het voeren van zowel nationale als Europese aanbestedingsprocedures.

De overheid is sinds 2005 bezig met het opstellen van de Aanbestedingswet. Deze wet zou een van de belangrijkste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht moeten zijn met betrekking tot de MKB-ondernemers. Geconstateerd moet worden dat niet alle voornemens van de wetgever in het wetsvoorstel uitgewerkt zijn. Hierdoor dreigt het wetsvoorstel op enkele vlakken een gemiste kans te worden. Het feit dat in de wet het voorkomen van onnodig clusteren en het stellen van grenzen aan het vaststellen van selectie- en gunningscriteria vooralsnog niet wordt gereguleerd zegt in deze voldoende.

7.3 Toepassing van wet- en regelgeving bij kansrijk inschrijven

Uit voorafgaande blijkt dat wanneer het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet ingevoerd zou worden er nog enkele belemmeringen voor de MKB-ondernemers blijven bestaan, terwijl deze weggenomen hadden kunnen worden door beperkingen te reguleren voor de aanbestedende instanties.

Hetgeen er op dit moment gereguleerd is in het BAO en het voorstel voor de Aanbestedingswet, wat de MKB-ondernemers kan helpen bij de inschrijving op en het doorlopen van de procedure, is het volgende. Artikel 4 lid 3 BAO geeft de MKB-ondernemers de mogelijkheid tot het aangaan van een samenwerkingsverband indien zij individueel niet aan de gestelde criteria kunnen voldoen. Hierdoor krijgen zij de mogelijkheid om ook op grotere aanbestedingsopdrachten in te schrijven. Daarnaast zijn er enkele beginselen¹¹⁷ opgenomen, in het BAO en het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet, die ervoor kunnen zorgen dat de MKB-ondernemers de proportionaliteit, de gelijkheid en mate van transparantie kunnen laten toetsen door de rechter indien zij hier belang bij hebben. Alleen deze mogelijkheden kunnen op dit moment bijdragen aan de verbetering van de positie van MKB-ondernemers.

Met inachtneming van bovenstaande kan er geconcludeerd worden dat de MKB-ondernemers gebruik moeten maken van de kansen die er op dit moment voor hen gecreëerd zijn in de huidige aanbestedingspraktijk. Deze kansen zijn vertaald in aanbevelingen en zijn in hoofdstuk 8 uitgewerkt. Indien de MKB-ondernemers gebruik maken van deze kansen, kunnen zij zich kansrijk inschrijven op een aanbestedingsopdracht. Deze kansen geven niet per definitie een garantie dat de aanbestedingsopdracht aan hen gegund wordt. De gunningsbeslissing blijft natuurlijk liggen bij de aanbestedende instantie.

¹¹⁷ Gelijkheidsbeginsel: artikel 2 BAO jo. 12 EG-Verdrag jo. artikel 13 wetsvoorstel Aanbestedingswet.
Transparantiebeginsel: artikel 2 BAO jo. artikel 14 wetsvoorstel Aanbestedingswet.
Proportionaliteitsbeginsel: artikel 5 EG-Verdrag jo. artikel 15 wetsvoorstel Aanbestedingswet.

8. Aanbevelingen

In het onderzoek zijn er enkele punten naar voren gekomen die van belang zijn voor een kansrijke en juridisch correcte inschrijving op een aanbestedingsopdracht en daarnaast het correct doorlopen van een aanbestedingsprocedure door MKB-ondernemers. Er is een aantal kansen voor de MKB-ondernemers waarmee zij enkele belemmeringen voor de inschrijving op een aanbestedingsprocedure weg kunnen nemen. Daarnaast wordt er nog een aanbeveling aan ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V. gedaan met betrekking tot de advisering van de MKB-ondernemers. Onderstaand volgen deze aanbevelingen.

8.1 MKB-ondernemers

- Om te beginnen is het van belang dat de MKB-ondernemers op de hoogte zijn van de werking van de aanbestedingsregels en voldoende kennis hebben van het gehele proces met betrekking tot de aanbestedingen. Het belangrijkste wat de ondernemers moeten weten is dat de aanbestedingsprocedure voor de ondernemers opgesplitst kan worden in twee fasen: de selectie- en gunningsfase. In de selectiefase zijn de gegevens met betrekking tot het bedrijf van belang en bij de gunningsfase moeten er stukken overhandigd worden inzake de aanbestedingsopdracht. De MKB-ondernemers moeten ervoor zorgen dat de documenten voldoen aan de gestelde criteria en binnen de juiste termijn zijn ingediend.
- Om tijd en geld te besparen is het voor de MKB-ondernemers een kans om eenmalig de, uit onderzoek gebleken, meest gevraagde informatie uit de selectiefase op te stellen, zodat zij dit kunnen gebruiken bij de inschrijving op vrijwel alle aanbestedingen. Dit geldt dus alleen voor de informatie die betrekking heeft op het bedrijf zelf. Hoewel er aan de aanbestedende instanties geen beperkingen of eisen worden gesteld aan het opvragen van informatie aan geïnteresseerde bedrijven, gaat het toch veelal om dezelfde gegevens. Wanneer de MKB-ondernemers deze informatie eenmalig opstellen kunnen zij bij de verschillende aanbestedingsopdrachten nagaan om welke informatie er wordt gevraagd, deze gegevens selecteren uit de opgestelde informatie en dit vervolgens indienen. Wel is het verstandig dat deze informatie actueel gehouden wordt. In onderstaand schema zijn deze documenten beschreven die eenmalig opgesteld kunnen worden, waarbij tevens is opgemerkt wanneer ze aangepast moeten worden.

Figuur 9: Meest gevraagde aanbestedingsdocumenten

De te overhandigen documenten	Wanneer aan te passen
Verklaring inzake artikel 45 BAO (uitsluitingsgronden)	Indien er bij de ondernemer geen van de uitsluitingsgronden van toepassing is, verandert er niets aan dit document.
Eigen verklaring	Dit verandert nooit.
Bedrijfsgegevens (kopie bewijs inschrijving KvK)	Indien er iets verandert in de rechtsvorm of in de gegevens zoals deze bij de Kamer van Koophandel bekend zijn.
Bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering	Indien deze verzekering verandert.
Gegevens m.b.t. de financiële situatie (bedrijfsomzet)	Jaarlijks. Naar aanleiding van de jaarrekening /publicatiebalans kan financiële situatie veranderen.
Kwaliteitsborging	Indien het proces of het plan van aanpak voor de uitvoering van een aanbesteding verandert.
Personeelsgegevens	Indien er veranderingen optreden personeel ontslagen of aangenomen wordt
Referentiewerken	Indien er opdrachten zijn uitgevoerd is het van belang deze te omschrijven in een document, zodat voor een bepaalde aanbesteding, alleen de best passende referentiewerken geselecteerd worden.

- De MKB-ondernemers moeten van de mogelijkheid gebruik maken om marktconsultaties bij te wonen. Voornamelijk als ze geïnteresseerd zijn in de aanbestedingsopdracht maar niet aan de eisen kunnen voldoen. Het is belangrijk om in gesprek te gaan met de opdrachtgever over de invulling van de aanbestedingsopdracht. Op deze manier leer je de opdrachtgever ook kennen en kunnen de MKB-ondernemers hier op inspelen bij de inschrijving op de aanbestedingsopdracht. Ze moeten ervoor zorgen dat juist hun inschrijving opvalt tussen alle andere inschrijvingen. Tevens kunnen zij aanbestedende instanties er op wijzen dat het gebruik van 'laagdrempelige' aanbestedingsdocumenten voor alle partijen een efficiënte werking kan hebben.
- Indien de aanbestedingsopdrachten te zware eisen bevatten voor de MKB-ondernemers, is er voor hen op grond van artikel 6 lid 3 Mededingingswet juncto artikel 140 lid 3 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet de mogelijkheid om een samenwerkingsverband te vormen met enkele andere ondernemers. Wanneer zij hun krachten bundelen kunnen ze zich vaker inschrijven op een aanbestedingsopdracht. Hierdoor vergroot dit samenwerkingsverband tevens de kans op de gunning van een opdracht. Het spreekt voor zich dat samenwerken met de concurrent lang niet altijd de voorkeur voor de MKB-ondernemers heeft, maar de ondernemers moeten zich wel realiseren dat op dat vlak veel kansen blijven liggen. Om vertrouwen tussen deze ondernemers te schapen, kunnen er studieclubs opgericht worden waardoor zij leren met elkaar samen te werken.
- Tot slot kunnen de MKB-ondernemers de kans op de gunning van opdrachten vergroten door zich meer te richten op de nationale aanbestedingsprocedures. Dit zijn veelal de kleinere' opdrachten waar het grootbedrijf minder in geïnteresseerd is. Vaak worden bij deze kleinere opdrachten ook minder strenge selectie- en gunningscriteria opgesteld doordat de aanbestedende instanties hierbij niet zulke grote risico's lopen. Door de kleinere concurrentie van het grootbedrijf, is de kans op de gunning van de aanbesteding aan de MKB-ondernemers groter.

8.2 ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V.

ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V. wordt regelmatig benaderd door MKB-ondernemers voor advies omtrent de inschrijving op een aanbestedingsprocedure. Het is van belang dat deze ondernemers goed geïnformeerd worden over de huidige aanbestedingspraktijk en de kansen die voor hen aanwezig zijn.

- ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V. zou een voorlichtingsbijeenkomst, met betrekking tot het kansrijk inschrijven op aanbestedingsopdrachten, kunnen organiseren waar MKB-ondernemers zich op in kunnen schrijven. Met deze voorlichting zouden ze de ondernemers in een dagdeel kunnen informeren over de belangrijkste aspecten van de aanbestedingspraktijk zoals deze in dit rapport zijn beschreven:
 - de wet- en regelgeving op verschillende niveaus; (H 2)
 - het verschil tussen Europese en nationale aanbestedingen; (H 2)
 - de werking van elektronisch aanbesteden (in ontwikkeling); en (H 4)

Daarnaast is het belangrijk dat de kansen voor de MKB-ondernemers besproken worden:

- het eenmalig opstellen van een format en het actueel houden; (H 5)
- het aangaan van een samenwerkingsverband met andere ondernemers; (H 5)
- het richten op nationale aanbestedingsprocedures; en (H 5)
- het uitoefenen van invloed bij marktconsultaties waar mogelijk. (H 5)

Indien voorafgaande aanbevelingen in acht worden genomen, hebben de MKB-ondernemers een grotere kans om aan de gestelde eisen te kunnen voldoen en kunnen zij zich kansrijk inschrijven op een aanbestedingsopdracht.

9. Handleiding ABAB

Het is van belang dat ABAB de MKB-ondernemers informeert over de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht te bieden heeft. Dit zou ABAB kunnen realiseren met behulp van het ontwikkelen van een presentatie voor hun MKB-klanten. De volgende punten dienen bij deze presentatie aan bod te komen:

- Het verschil tussen nationale en Europese aanbestedingen

Hierbij zijn de belangrijkste aspecten:

- * de drempelwaarden;
- * het juridisch kader;
- * de verschillende procedures; en
- * publicatie van aanbestedingsopdrachten.

Deze aspecten zijn uitgewerkt in onderstaand schema. Ter verduidelijking is de uitgebreide uitwerking van deze onderwerpen in hoofdstuk 2 van dit rapport terug te vinden.

	Nationale aanbesteding		Europese aanbesteding	
Drempel-Waarden	Staat	Overige overheids-instanties	Staat	Overige overheids-instanties
Werken	< € 4.845.000	< € 4.845.000	> € 4.845.000	> € 4.845.000
Leveringen	< € 125.000	< € 193.000	> € 125.000	> € 193.000
Diensten	< € 125.000	< € 193.000	> € 125.000	> € 193.000
Juridisch kader	- Rechtsbeginselen - Jurisprudentie - Evt. eigen inkoopbeleid		- BAO en BASS (in toekomst Aanbestedingswet) - Rechtsbeginselen - Jurisprudentie - Evt. aanvullend eigen inkoopbeleid	
Procedures	- de openbare procedure; - de niet-openbare procedure; - de concurrentiegerichtte dialoog; - de onderhandelingsprocedure met en zonder voorafgaande aankondiging; - de procedure voor de uitgifte van concessies voor openbare werken; - de prijsvraag voor ontwerpen; - de procedure voor opname lid bouwteam; en - de onderhandse procedure.		- de openbare procedure; - de niet-openbare procedure; - de concurrentiegerichtte dialoog; - de onderhandelingsprocedure met en zonder voorafgaande aankondiging; - de procedure voor de uitgifte van concessies voor openbare werken; - de prijsvraag voor ontwerpen; en - de procedure voor opname lid bouwteam.	
Publicatie aanbesteding	www.aanbestedingskalender.nl TenderNed (toekomst)		www.aanbestedingskalender.nl TED (toekomst)	

Figuur 10: Verschillen nationale en Europese aanbestedingsprocedure

- Het format met de meest gevraagde aanbestedingsdocumenten, welke in onderstaand schema zijn weergegeven. Hier moet wel bij vermeld worden dat dit alleen de gegevens zijn die gaan over het bedrijf zelf. De eisen die de aanbestedende instantie stelt aan de opdracht en de offerte, dienen wel per aanbesteding uitgewerkt en gemotiveerd te worden. Dit om reden dat die eisen afhankelijk zijn van de opdracht.

De te overhandigen documenten	Wanneer aan te passen
Verklaring inzake artikel 45 BAO (uitsluitingsgronden)	Indien er bij de ondernemer geen van de uitsluitingsgronden van toepassing is, verandert er niets aan dit document.
Eigen verklaring	Dit verandert nooit.
Bedrijfsgegevens (kopie bewijs inschrijving KvK)	Indien er iets verandert in de rechtsvorm of in de gegevens zoals deze bij de Kamer van Koophandel bekend zijn.
Bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering	Indien deze verzekering verandert.
Gegevens m.b.t. de financiële situatie (bedrijfsomzet)	Jaarlijks. Naar aanleiding van de jaarrekening /publicatiebalans kan financiële situatie veranderen.
Kwaliteitsborging	Indien het proces of het plan van aanpak voor de uitvoering van een aanbesteding verandert.
Personeelsgegevens	Indien er veranderingen optreden personeel ontslagen of aangenomen wordt
Referentiewerken	Indien er opdrachten zijn uitgevoerd is het van belang deze te omschrijven in een document, zodat voor een bepaalde aanbesteding, alleen de best passende referentiewerken geselecteerd worden.

Figuur 11: Kopie figuur 9 Meest gevraagde aanbestedingsdocumenten

- Tot slot is het van belang om de MKB- ondernemers te informeren over welke kansen er in welk stadium van de procedure bestaan. Er is aan de hand van het onderzoek een stappenplan ontwikkeld waarin duidelijk wordt aangegeven door middel van rode kaders, op welk moment er in de aanbestedingsprocedure kansen liggen voor de MKB-ondernemers. Bij iedere aanbestedingsprocedure kunnen zij gebruik maken van dit stappenplan. Dit plan is, vanwege zijn omvang, op de volgende pagina weergegeven.

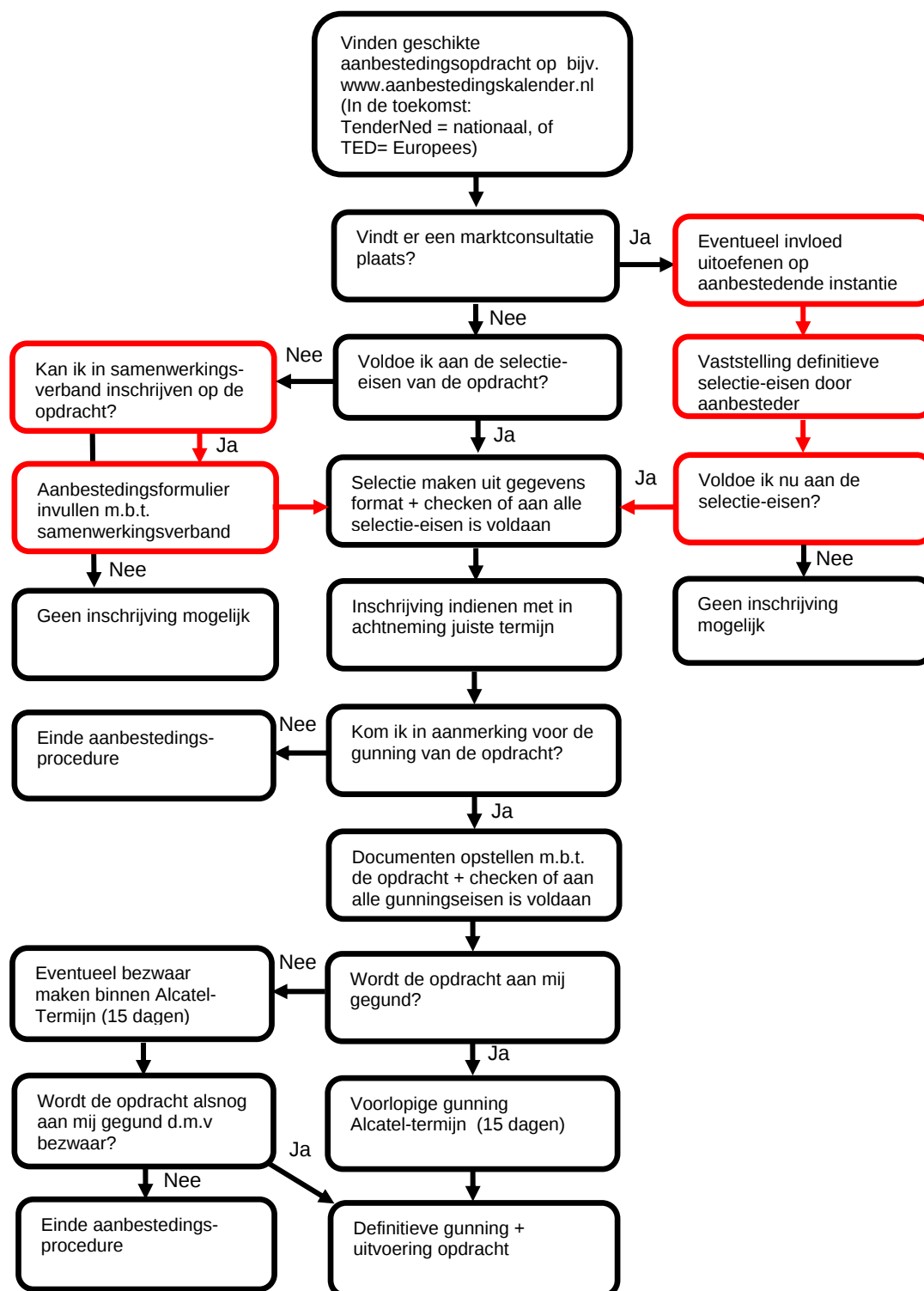
Figuur 12: Stappenplan met kansenvoor de MKB-ondernemers per aanbestedingsprocedure

Enmalig ter voorbereiding op de aanbestedingsprocedures

Kennisnemen van regels
m.b.t. het aanbestedingsrecht

Opstellen meest gevraagde
aanbestedingsdocumenten

Procedure die per aanbesteding doorlopen dient te worden



10. Jurisprudentie

Europees Hof van Justitie

HvJ EG 18 januari 2008, nr. C-220/05, *Jur.* 2008 (Auroux-arrest).

HvJ EG 12 december 2002, nr. C-470/99, *Jur.* 2002, (Universale Bau).

HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, *Jur.* 2000, (Telaustria-arrest).

HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-81/98, *Jur.* 1999, (Alcatel-arrest).

Rechtbank

Rechtbank Zwolle, 28 september 2009, *LJN* BK3783.

Rechtbank Alkmaar (vzr.) 17 april 2008, *LJN* BC9684.

Rechtbank Arnhem (vzr.) 20 februari 2008, *LJN* BC4705.

Rechtbank Utrecht (vzr.) 12 december 2007, *LJN* BB9889.

Rechtbank Maastricht (vzr.) 23 februari 2006, *LJN* AV2496.

Rechtbank 's-Hertogenbosch (vzr.) 26 april 2005, *LJN* AT4942.

Raad van Arbitrage

RvA 13 augustus 1997, BR 1997, nt. Donders.

11. Literatuurlijst

Boeken

Bartels 2006

C. Bartels en C.J.G.M Bartels, *Regelgeving Aanbestedingsrecht*, s'-Hertogenbosch: Sdu Uitgevers 2006.

Bastiaans 2007

M.H. Bastiaans e.a., *Leidraad voor juridische auteurs 2007. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandse publicaties*, Deventer: Kluwer 2007, vijfde druk.

Corvers 2009

S. Corvers en A. Schmidt, *Aanbesteding en innovatie, Juridisch handboek functioneel specificeren van aanbestedingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Essers 2009

M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Den Haag: Reed Business 2009.

Pijnacker Hordijk e.a. 2009

E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag / Heemstede: Sdu Uitgevers 2009, vierde druk.

Artikelen:

Hebly 2009

J.M. Hebly en mr. F.G. Wilman, *Aanbestedingsrecht in beweging: een overzicht van recente ontwikkelingen*, februari 2009.

Rapporten:

Blom 2007

M. Blom e.a., *Onderzoek lasten nieuw Besluit Aanbestedingsregels*, (Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Barneveld 2008.

Hoevenagel 2004

R. Hoevenagel, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen in het midden- en kleinbedrijf*. (Rapport EIM in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Zoetermeer 2004.

Sluis-Thiescheffer 2006

E.M. Sluis-Thiescheffer e.a., *Nalevingsmeting aanbesteden 2006, Een onderzoek naar de naleving van Europese aanbestedingsregels in Nederland*. (Onderzoek van Directie Europa, Mededinging en Consumenten en het Ministerie van Economische Zaken), Barneveld 2006.

Telgen 2008

J. Telgen e.a., *Aanbesteden in micropercelen, Een handleiding voor inkopers*. PIANOo, 2008.

Van der Zeijden 2005

P. Th. van der Zeijden en R.M. Braaksma, *Meer MKB-bedrijven in openbare aanbestedingen? MKB en aanbestedende instanties kunnen elkaar helpen*. (Rapport EIM in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Zoetermeer 2005.

VNO-NCW 2005

VNO-NCW, *Overheidsopdrachten? Vergeet het maar! Onderzoek naar praktijkervaringen met overheidsopdrachten*. (Onderzoek door VNO-NCW), Den Haag 2005.

Wetteksten en lagere regelgeving

Europees

EG-Verdrag

Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb EU* 2004, L 134/114.

Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren, energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb EU* 2004, L 134/1.

Nationaal

Mededingingswet

Wet implementatie aanbestedingsrichtlijnen

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 29 april 2009

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO)

Besluit aanbestedingen speciale sectoren (BASS)

Aanbestedingsreglement 2005 (ARW 2005)

Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009

Elektronische bronnen

Kenniscentrum voor Europees recht voor decentrale overheden
< www.europadecentraal.eu >

Kennisportal Europese aanbestedingen
< www.europeseaanbestedingen.eu >

Ministerie van Economische Zaken
< www.rijksoverheid.nl >

MKB en aanbestedingen
< www.mkbenaanbesteding.nl >

Online aanbestedingen plaatsen en bekijken
< www.aanbestedingenonline.nl >

Overheid
< www.overheid.nl >

Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers
< www.pianoo.nl >

MKB Nederland
< www.mkb servicedesk.nl >

Tenders 2 go
< www.tenders2go.com/NL?Achtergronden/Teveel+Rompslomp >

VNO NCW
< www.vnoncw.nl/Publicaties_en_commentaren/Pages/Positie_van_het_MKB_in_aanbestedingsrecht >