

Lokaal aanbesteden onder de Aanbestedingswet 2012

Door mr. A.A. Rassa

Een stratenmaker uit Groningen die een straat aanlegt in Huissen. Een makelaar uit Maastricht die een pand in Purmerend verkoopt. Een leverancier uit Alkmaar die bureaustoelen levert aan het gemeentehuis in Nijmegen. Waarom zou de gemeente hier niet kiezen voor lokale ondernemers? Volgens deze ondernemers kunnen en moeten deze opdrachten door lokale partijen worden uitgevoerd. Alleen dan kunnen deze (kleinere) ondernemingen het hoofd boven water houden en kan op die manier de lokale economie worden gestimuleerd.

Lokale ondernemers worden vaak ten onrechte door gemeenten overgeslagen bij het verstrekken van opdrachten. Gemeenten verschuilen zich dan achter de 'strengere' aanbestedingsregels en stellen dat ze weinig bewegingsvrijheid hebben. Zoals altijd is er echter een weg als de wil er is.

Europese aanbestedingen

Gemeenten hebben inderdaad de plicht om sommige overheidsopdrachten Europees aan te besteden. Het gaat dan om opdrachten van meer dan € 5.000.000,00 bij werken en om meer dan € 200.000,00 bij leveringen en diensten. Deze drempelbedragen zullen in 2014 opnieuw worden vastgesteld. Bij deze aanbestedingen geldt dat de aanbestedingsregels de mogelijkheid toelaten dat (kleinere) ondernemers in combinatie inschrijven op aanbestedingen. Zodoende kunnen kleinere ondernemingen toch meedingen naar grote opdrachten. Gemeenten zijn bij deze Europese aanbestedingen gebonden aan strikte regels die de gemeenten geen ruimte bieden om lokale ondernemers voorrang te verlenen. Hoe zit dat bij niet-Europese aanbestedingen (aanbestedingen onder de drempel)?

Niet-Europese aanbestedingen

Bij aanbestedingen onder de Europese drempel zijn gemeenten vrijer. In de Aanbestedingswet 2012 zijn voor deze aanbestedingen weinig regels opgelegd. Zo kunnen gemeenten hier kiezen tussen de nationale procedure, de meervoudig (twee/drie tot vijf ondernemers) of enkelvoudig (één op één gunning) onderhandse procedure. Uit onderzoek is gebleken dat drie kwart van het totale inkoopvolume van gemeenten opdrachten onder de drempel betreft.

Duidelijk grensoverschrijdend belang

Er geldt nog een uitzondering bij opdrachten waarbij een duidelijk grensoverschrijdend belang is. Hiervan is sprake indien ondernemingen uit andere lidstaten interesse zouden hebben in de opdracht. In die gevallen moet de opdracht op TenderNed worden gepubliceerd en mag de gemeente geen voorrang verlenen aan lokale ondernemers. De juridische analyse met betrekking tot duidelijk grensoverschrijdend belang kunnen wij nog aanreiken, maar voert in het kader van deze notitie te ver.

Vrijheid gemeente bij niet-Europese aanbestedingen enigszins begrensd

Indien de geraamde waarde van de opdracht onder de drempel ligt en er geen sprake is van grensoverschrijdend belang, is de gemeente *in beginsel* vrij in haar keuze voor de te hanteren aanbestedingsprocedure (nationaal, meervoudig of enkelvoudig onderhands). Toch is een gemeente niet *volledig* vrij om een aanbestedingsprocedure in te richten naar eigen believen.

De gemeente dient voor elke opdracht op basis van objectieve gronden een procedure te kiezen die aansluit bij het onderwerp van de betreffende aanbesteding, afgezet tegen het karakter van de markt waarin potentiële inschrijvers opereren. Per opdracht dient de gemeente de concrete situatie te bekijken om te beoordelen welke procedure geschikt is. Indien u daartoe een verzoek doet, moet de gemeente haar keuze schriftelijk motiveren. Voorts geldt dat opdrachten niet onnodig mogen worden samengevoegd en zoveel mogelijk moeten worden verdeeld in kleinere opdrachten. Bovendien gelden bij de 'onderdrempelige' opdrachten nog een aantal uitgangspunten. Zo moet de gemeente bij een nationale procedure het uitgangspunt van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit in acht nemen. Bij meervoudig onderhandse procedures moeten de uitgangspunten van gelijkheid, motivering en proportionaliteit in acht worden genomen. Bij enkelvoudig onderhandse gunningen gelden voormelde uitgangspunten niet.

Gids Proportionaliteit

Gemeenten hanteren bij onderdrempelige overheidsopdrachten hun eigen inkoopbeleid. Daarin zijn nationale procedures, meervoudig en enkelvoudig onderhandse procedures gekoppeld aan bepaalde drempelbedragen. De wetgever heeft hieromtrent de Gids Proportionaliteit voorgeschreven. In die Gids Proportionaliteit is een richtsnoer voor het bepalen van de hoogte van de interne drempelwaarden van gemeenten gegeven. Los van deze kaders moet te allen tijde worden gekeken naar de concrete situatie bij het kiezen van een aanbestedingsprocedure.

Voor leveringen en diensten geldt volgens de Gids Proportionaliteit:

- < € 50.000,00 = enkelvoudig onderhands;
- € 50.000,00 - € 200.000,00 (Europees drempelbedrag) = nationaal of meervoudig onderhands aanbesteden.

Voor werken geldt volgens de Gids Proportionaliteit:

- < € 150.000,00 = enkelvoudig onderhands;
- € 150.000,00 - € 1.500.000,00 (met een uitloop naar maximaal € 3.000.000,00) = meervoudig onderhands;
- € 1.000.000,00 - € 5.000.000,00 (Europees drempelbedrag) = nationaal aanbesteden.

Inkoopbeleid gemeente

De gemeente kan, om de lokale cq. regionale economie te stimuleren, opdrachten zoveel mogelijk enkelvoudig of meervoudig onderhands gunnen. Daarbij kan de gemeente aansluiten bij de bedragen die als richtsnoer zijn meegegeven in de Gids Proportionaliteit. Dat betekent dat opdrachten voor werken tot circa € 150.000,00 enkelvoudig onderhands kunnen worden gegund en opdrachten tot circa € 1.500.000,00 (met zelfs een eventuele uitloop tot € 3.000.000,00, mits voldoende gemotiveerd) kunnen meervoudig onderhands worden aanbesteed. Voor leveringen en diensten geldt dat opdrachten tot circa € 50.000,00 enkelvoudig onderhands kunnen worden gegund en opdrachten tussen € 50.000,00 - € 200.000,00 meervoudig onderhands. Deze laatste opdrachten hoeven volgens de aanbestedingsregels niet nationaal te worden aanbesteed. Dat betekent dat opdrachten voor leveringen en diensten met een geraamde waarde tot aan het Europees drempelbedrag, (in beginsel) enkelvoudig of meervoudig onderhands kunnen worden aanbesteed, mits

uiteraard geen sprake is van duidelijk grensoverschrijdend belang. Opdrachten voor werken hoeven pas vanaf € 1.500.000,00 (met een uitloop naar € 3.000.000,00) nationaal te worden aanbesteed.

Bij de enkelvoudige of meervoudige procedure kan de gemeente 'gewoon' lokale partijen uitnodigen. Indien de gemeente dit om haar moverende redenen (missen van landelijke of Europese kansen?) niet wenst, kan zij er toch voor kiezen om naast een landelijke partij, ook lokale partijen te benaderen. De gemeente is over het algemeen enigszins terughoudend om opdrachten van dergelijke omvang (zoals genoemd in de Gids Proportionaliteit) enkelvoudig of meervoudig aan te besteden. Voor die terughoudendheid bestaat echter geen grond omdat de aanbestedingsregels, in tegenstelling tot hetgeen vele gemeenten denken, zich er niet tegen verzetten. Integendeel, de Gids Proportionaliteit acht de enkelvoudige en meervoudige procedures bij die bedragen volstrekt proportioneel. De aanbestedingsregels eisen slechts dat de gemeente haar keuze voor (i) de gekozen aanbestedingsprocedure en (ii) de gekozen ondernemer op objectieve gronden maakt en desgevraagd motiveert. De gemeente moet daartoe in staat worden geacht.

Ad (i) Objectieve gronden voor de gekozen aanbestedingsprocedure

De gemeente kan ter onderbouwing van de gekozen aanbestedingsprocedure letten op de volgende aspecten: grootte opdracht; baten en lasten aanbestedingsprocedure; kenmerken sector in kwestie en geografische plek van uitvoering. Zolang de gemeente de Gids Proportionaliteit volgt, is een nadere toelichting (in beginsel) overbodig. Zij kan weliswaar haar keuze nog nader toelichten door te verwijzen naar de (beduidend) lagere kosten van een onderhandse of meervoudige procedure ten opzichte van de nationale procedure. Voorts kan de gemeente die toelichting nog onderbouwen door te stellen dat zij daarmee de lokale economie wil stimuleren. Indien gemeenten deze handelwijze toepassen, gelden voor alle ondernemers in alle gemeenten gelijke kansen.

Ad (ii) Objectieve gronden voor de gekozen ondernemers

De gemeente kan ter motivering voor de gekozen ondernemer acht slaan op de ervaring van de ondernemer in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of *andere elementen*. Deze laatste grond (andere elementen) laat ruimte voor de gemeente om bij de enkelvoudige of meervoudige procedure uitsluitend ondernemers uit de eigen regio uit te nodigen. De gemeente kan de vestigingsplaats van een ondernemer als objectieve grond aanvoeren. Dit kan zij naar onze mening afdoende motiveren door te stellen dat zij op deze wijze de lokale economie wil stimuleren. Op deze wijze garandeert de gemeente alsnog adequate mededinging, zij het dat die mededinging binnen de eigen regio in het leven wordt geroepen. Op grond van de aanbestedingsregels is dit toegestaan. In het kader hiervan merken wij nog op dat de wetgever, al dan niet bewust, in de Aanbestedingswet 2012 naar ons idee een opening heeft gecreëerd om bij enkelvoudige en meervoudige procedures de vestigingsplaats van een ondernemer als objectieve grond aan te voeren. Zoals eerder aan de orde gekomen in deze notitie, gelden bij meervoudig onderhandse procedures (uitsluitend) de uitgangspunten van gelijkheid, motivering en proportionaliteit. Uit de Aanbestedingswet 2012 volgt dat de uitgangspunten/beginselen van transparantie en *non-discriminatie*, in tegenstelling tot bij nationale en Europese procedures, niet gelden bij meervoudig onderhandse procedures. Bij enkelvoudige gunning gelden helemaal geen uitgangspunten en/of beginselen. Bij de motivering van het gebruik van de vestigingsplaats van een ondernemer als objectief criterium kan men dan ook verwijzen naar het feit dat het uitgangspunt van non-discriminatie niet geldt bij enkelvoudige of meervoudige procedures. Dat betekent dat de gemeente ondernemers op basis van de vestigingsplaats mag uitnodigen. De gemeente kan een shortlist van ondernemers opstellen om adequate mededinging te garanderen. De gemeente kan en mag op die shortlist zoveel mogelijk lokale cq. regionale partijen plaatsen.

Conclusie

De gemeente heeft voldoende mogelijkheden om 'eigen' ondernemers voorrang te bieden bij aanbestedingen. De aanbestedingsregels verzetten zich hier niet tegen. Uiteraard dient de gemeente te allen tijde na te gaan of sprake is van duidelijk grensoverschrijdend belang. Indien dat het geval is, moet de opdracht op TenderNed worden geplaatst en mag de opdracht niet enkelvoudig of meervoudig onderhands worden aanbesteed. Is geen sprake van duidelijk grensoverschrijdend belang, dan heeft de gemeente bij opdrachten onder de drempel meer vrijheid bij het kiezen van de type aanbestedingsprocedure en de uit te uitnodigen ondernemers dan zij wellicht vermoedt.

Voor vragen of meer informatie neemt u gerust contact met ons op via 026 3522 833 of
aanbestedingsrecht@dekempenaer.nl