

Aanbesteden in tijden van corona

1 Inleiding

- 1.1 Aanbestedende diensten en inschrijvers kunnen door de coronacrisis met verschillende uitdagingen worden geconfronteerd. In deze Q&A beantwoorden wij vragen die op dit moment bij veel aanbestedende diensten opkomen. Bijvoorbeeld vragen over het wel of niet publiceren van aanbestedingen, geldende termijnen, de uitzondering van dwingende spoed en uitzonderingen in verband met de bescherming van volksgezondheid.
- 1.2 Onze boodschap: aanbestedingen kunnen doorgaan, soms met toepassing van specifieke aanpassingen.
- 1.3 Vanzelfsprekend denken wij graag met u mee. Ook voor andere vragen die verband houden met de coronacrisis zijn wij graag bereikbaar.

2 Algemene vragen

Moet vanwege de pandemie worden afgezien van publicatie van aanbestedingen?

- 2.1 Nee, aanbestedende diensten kunnen overheidsopdrachten gewoon in de markt zetten. Daar kan zelfs een positief signaal vanuit gaan. Dat geeft de markt vertrouwen en overheidsopdrachten betekenen uitzicht op werk. De meeste 'gewone' aanbestedingen vinden bovendien meestal volledig digitaal plaats, zodat 'fysiek' contact kan worden vermeden.
- 2.2 Dat kan lastiger zijn bij de meer complexe aanbestedingsprocedures, zoals de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure. Die procedures kunnen mogelijk moeilijker zonder fysiek contact worden georganiseerd, hoewel er al veel virtueel wordt vergaderd via allerlei systemen. Wij kunnen ons echter voorstellen dat dit niet ideaal is. Omdat het meestal even duurt tot aan de onderhandeling/dialoog wordt gekomen in verband met voorafgaande selectie zouden deze procedures wel (alvast) kunnen worden gepubliceerd. Bij 'gewone' aanbestedingsprocedures wordt soms gekozen voor gunningcriteria in de vorm van presentaties; dat is nu ook minder handig.

2.3 Hoe dan ook is het verstandig om te onderzoeken of de desbetreffende branche op dit moment wel voldoende in staat is om op de aanbestedingsprocedure in te spelen. Sommige sectoren, zoals de zorgsector, zijn op dit moment onderbemand en mogelijk niet in staat om met voldoende deskundige medewerkers een inschrijving voor te bereiden. Ook de (eigen) organisatie kan vanwege de pandemie mogelijk niet in staat zijn de noodzakelijke expertise en mankracht ter beschikking te stellen om het aanbestedingsproces goed te kunnen doorlopen. In dat geval is het verstandig te wachten met een aankondiging, ook omdat we nu nog niet weten hoe lang de pandemie en de overheidsmaatregelen zullen aanhouden.

2.4 Aanbestedende diensten doen er goed aan om bij de planning van de aanbesteding, in het bijzonder de termijn waarbinnen moet worden aangemeld of ingeschreven, rekening te houden met de huidige omstandigheden. Waar nodig kunnen termijnen wat ruimer worden genomen zodat inschrijvers meer tijd hebben alles voor elkaar te krijgen..

Kunnen in verband met de pandemie in nieuwe aanbestedingen verkorte termijnen worden gehanteerd ten behoeve van een versnelde aanbestedingsprocedure?

2.5 Ja, indien conform artikel 2.74 Aanbestedingswet 2012 als gevolg van de corona uitbraak een urgente situatie (aankoopbehoefte) is ontstaan die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is en die maakt dat de normale termijnen voor het volgen van een aanbestedingsprocedure niet (meer) haalbaar zijn. Het is echter de vraag of deze regeling in relatie tot de pandemie veel comfort/soelaas zal bieden. De regeling van artikel 2.74 Aw is bedoeld voor situaties waarin geen acuut handelen is vereist maar de behoefte dusdanig urgent is dat het te lang zou duren om de gewone termijnen in acht te nemen. In veel gevallen zal als gevolg van de pandemie acuut handelen zijn vereist, zodat het doorlopen van een aanbestedingsprocedure (ook met versnelde termijnen) niet genoeg is.

2.6 Een aanbestedingsproces neemt ook met verkorte termijnen de nodige tijd omdat inschrijvingen niet alleen moeten worden opgesteld en aangeleverd, maar ook moeten worden beoordeeld, gunningsbeslissingen moeten worden gemotiveerd en rechtsbescherming moet worden geboden. In de meeste gevallen zal het dan ook meer voor de hand te liggen om terug te grijpen op de uitzondering van 'dwingende spoed' (artikel 2.32 lid 1 aanhef en onder c Aanbestedingswet 2012) als gevolg waarvan de verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure geheel komt te vervallen. Aan het inroepen van deze uitzondering zijn logischerwijs wel hogere eisen verbonden (zie onder hoofdstuk 3).

Moet vanwege de pandemie een lopende aanbesteding 'on hold' worden gezet of worden ingetrokken?

- 2.7 Nee, dat hoeft in beginsel niet. Wel kan het onder omstandigheden verstandig zijn om dat te doen, bijvoorbeeld indien wordt aanbesteed in een sector die op dit moment onderbemand is en om die reden te verwachten valt dat ondernemingen minder gemakkelijk capaciteit kunnen vrijmaken om effectief aan het aanbestedingsproces te kunnen deelnemen (zie onze opmerkingen hiervoor). Dat zal van geval tot geval moeten worden onderzocht.

Moeten termijnen – zoals de termijn voor het indienen van vragen, het indienen van de inschrijving of het aanmelden als gegadigde – vanwege de pandemie worden verlengd?

- 2.8 Nee, ook dat hoeft in beginsel niet. Dat is natuurlijk anders als er aanwijzingen zijn dat de gestelde termijnen als gevolg van de pandemie en/of de daarmee samenhangende overheidsmaatregelen lastig(er) haalbaar zijn (zie in dit verband ook onze opmerkingen hiervoor). Dit wordt overigens ook onderschreven door PIANOo. PIANOo geeft aan dat het lastiger kan zijn voor inschrijvers om bepaalde termijnen te halen nu iedereen geacht wordt thuis te werken.¹ Termijnen dienen op grond van de Aanbestedingswet 2012 hoe dan ook 'redelijk' te zijn.
- 2.9 Ten slotte kan het – mede afhankelijk van de branche waarin wordt aanbesteed - verstandig zijn om te voorzien in een ruime(re) gestanddoeningstermijn dan gebruikelijk (en/of een ruime bevoegdheid om de gestanddoeningstermijn eenzijdig te verlengen), zodat eventuele vertraging in het aanbestedingsproces niet leidt tot het vervallen van de geldigheid van het (winnende) bod.

Moeten voorlopige gunningsbeslissingen vanwege de pandemie worden opgeschort?

- 2.10 Nee ook dat hoeft niet. Wel is het in verband met de rechtsbescherming op de voorlopige gunningsbeslissing (de Alcatel-termijn) verstandig om voorafgaand aan het bekend maken van de (voorlopige) gunningsbeslissing na te vragen op welke wijze de pandemie de rechtspleging op dat moment (al dan niet) beïnvloedt.
- 2.11 Deurwaarders en advocaten (zeker onze eigen advocaten!) werken op dit moment gewoon door. In verband met de uitbraak van het coronavirus heeft de Rechtspraak besloten vanaf dinsdag 17 maart 2020 de deuren van de rechtbanken, gerechtshoven en bijzondere colleges te sluiten. Voor de wijze waarop zaken gedurende de sluiting van de gerechten worden behandeld geldt de Algemene regeling zaaksbehandeling Rechtspraak.² Voor het aanhangig maken van kort gedingen geldt de Tijdelijke

¹ <https://www.pianoo.nl/nl/actueel/nieuws/gevolgen-corona-voor-lopende-aanbestedingen>.

² <https://www.rechtspraak.nl/Paginas/COVID-19-Algemene-regeling-zaaksbehandeling-Rechtspraak.aspx>.

afwijkende regeling kort geding vanwege de bijzondere omstandigheden door de coronacrisis.³ Daarover het volgende.

- 2.12 Het is nog steeds mogelijk tijdig (dat wil zeggen: binnen de Alcateltermijn) een kort geding tegen een gunningsbesluit aanhangig te maken. Let er wel op dat de rechtbank op grond van de Tijdelijke regeling een onderscheid kan maken tussen urgente en niet urgente zaken. In niet-urgente zaken wordt in de regel vooralsnog slechts een pro forma datum bepaald voor behandeling. De daadwerkelijke behandeling zal dan dus pas (veel) later dan gebruikelijk plaatsvinden. Hier kan dus onwenselijke vertraging in de (definitieve) gunning ontstaan. In voorkomend geval is het dus zaak dat de aanbestedende dienst bij het stellen van een Alcateltermijn de afgevallen inschrijvers er expliciet (en gemotiveerd) op wijst dat sprake is van urgentie en dat de rechtbank daar direct op gewezen moet worden als er tot aanhangigmaking van een kort geding wordt overgegaan.
- 2.13 De rechtbanken hebben wel hun deuren gesloten om verdere verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Er vinden dus – ook in urgente zaken - voorlopig geen mondelinge behandelingen van aanbestedingsgeschillen (zittingen) in de rechtbanken plaats. Dat hoeft de voortgang van het kort geding en het wijzen van een vonnis (binnen de gebruikelijke termijn van veertien dagen of zelfs een kortere termijn) in urgente zaken niet in de weg te staan. Het is mogelijk dat de Voorzieningenrechter de aanbestedende dienst vraagt de pleitnota een dag voor de (officiële) zittingsdatum op te sturen en partijen telefonisch op de zittingsdatum in de gelegenheid stelt telefonisch op elkaars pleitnota te reageren en (eventueel) vragen stelt. Inmiddels hebben wij op 24 maart 2020 conform deze nieuwe werkwijze met succes een aanbestedings kort geding doorlopen.
- 2.14 Wij volgen de ontwikkelingen uiteraard op de voet en kunnen u desgewenst van de meest actuele informatie voorzien en u nader adviseren over de concreet te nemen stappen.

Moet de Alcateltermijn bij voorlopige gunning worden verlengd in verband met de pandemie?

- 2.15 Nee dat hoeft in beginsel niet, tenzij blijkt dat de rechtspleging (dienstverlening van advocaten, deurwaarders of rechtbanken) onder druk komt te staan (zie onze opmerkingen hiervoor). In dat geval is het verstandig te kiezen voor een langere rechtsbeschermingstermijn (of in het uiterste geval: de voorlopige gunningsbeslissing aan te houden).

³ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Tijdelijke-regeling-Kortgeding-handelfamilie-rechtbanken-ivm-Corona.pdf>.

Kan er definitief worden gegund nu sprake is van een pandemie?

- 2.16 Ja, definitieve gunning kan normaal gesproken gewoon plaatsvinden. Indien in de uitvoeringsfase evenwel specifieke problemen worden voorzien, is het verstandig om deze problemen in het kader van de definitieve gunning zoveel mogelijk (proberen) te ondervangen. Bijvoorbeeld door de gunning uit te stellen of af te spreken dat de overeenkomst later zal aanvangen, of door andere afspraken te maken die uitvoeringsproblemen kunnen voorkomen. Aandachtspunt hierbij is onder andere de gestanddoeningstermijn van inschrijvers.

3 De uitzondering van 'dwingende spoed'

Kan gedurende de pandemie en/of in het kader van de daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen gebruik worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging wegens 'dwingende spoed'?

- 3.1 Ja, indien in relatie tot de desbetreffende overheidsopdracht aan de voorwaarden van artikel 2.32 lid 1 aanhef en onder c Aw 2012 wordt voldaan.⁴ Voor het aannemen van 'dwingende spoed' moet zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:
- i. er moet sprake zijn van een onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is;
 - ii. er moet sprake zijn van dwingende spoed bij het verlenen van de opdracht, die meebrengt dat de termijnen van aanbestedingsprocedures niet in acht kunnen worden genomen;
 - iii. er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de onvoorziene gebeurtenis (i) en de dwingende spoed (ii).
- 3.2 Daarnaast mag een wegens 'dwingende spoed' gegunde overheidsopdracht nooit meer omvatten of langer duren dan strikt noodzakelijk om de situatie van dwingende spoed het hoofd te bieden. Zoals ook wordt verduidelijkt in overweging 50 bij richtlijn 2014/24/EU, blijft de toepassing van deze procedure derhalve wel beperkt tot zeer uitzonderlijke omstandigheden:⁵

"Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt."

Zie ook overweging 80 van Richtlijn 2014/24/EU:

"(...) Alleen in buitengewone gevallen van dwingende spoed, waarin door gebeurtenissen die de betrokken aanbestedende dienst niet kon voorzien en die hem niet kunnen worden toegerekend, een normale procedure, zelfs met kortere termijnen, niet haalbaar is, moet de aanbestedende dienst, voor zover strikt noodzakelijk,

⁴ Artikel 32 lid 1 onder c Richtlijn 2014/24/EU.

⁵ MvT, Kamerstukken II, 2015/16, 34 239, nr. 3, p. 46-47.

opdrachten kunnen gunnen via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit kan het geval zijn bij natuurrampen waarbij onmiddellijke actie noodzakelijk is.”

- 3.3 Het lijkt naar onze mening geen twijfel dat de pandemie en de daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen uitzonderlijke omstandigheden zijn die het invoeren van deze uitzondering kunnen rechtvaardigen. In Nederland en de ons omringende landen is het aantal coronapatiënten in relatief korte tijd aanzienlijk gestegen waardoor redelijkerwijs niet kon worden voorzien (althans niet tijdig genoeg om een versnelde aanbestedingsprocedure te doorlopen) in welke mate behoefte zou ontstaan aan goederen en diensten om de pandemie het hoofd te bieden (denk in dit verband bijvoorbeeld aan beademingsapparatuur, mondkapjes en beschermende kleding, bedden, vervoer, etc.).⁶
- 3.4 Per opdracht/aankoopbehoefte zal uiteraard wel nauwgezet moeten worden beoordeeld of (en zo ja, in hoeverre) daadwerkelijk sprake is van een noodzaak tot acuut handelen, verband houdend met de pandemie en daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen. Ook dienen de overheidsopdrachten beperkt te worden tot de periode die noodzakelijk is. Er zal zo snel mogelijk moeten worden toegewerkt naar ‘stabielere’ oplossingen, zoals raamcontracten voor leveringen of diensten die via een gewone aanbestedingsprocedure (met inbegrip van de versnelde procedure) worden geplaatst. De keuzes van aanbestedende diensten dienen ten slotte te kunnen verantwoord in een op te stellen proces-verbaal (art. 84 lid 1 sub 5 Richtlijn 2014/24/EU).

NB. De Europese Commissie heeft op 1 april 2020 richtsnoeren gepubliceerd “betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie”.⁷ De Commissie gaat in op de keuze van de procedures in het algemeen, de mogelijkheid van verkorte termijnen in spoedeisende gevallen en gebruik van de ‘dwingende spoed’ uitzondering. De richtsnoeren zijn met name gericht op opdrachten in uiterst spoedeisende gevallen waardoor overheidsinkopers al binnen een bepaald aantal dagen – of uren – tot de noodzakelijke aankopen over kunnen gaan.

4 Uitzonderingen op aanbestedingsrichtlijn/Aw 2012 in verband met de bescherming van volksgezondheid

Geven de pandemie en/of de daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen overigens nog grond voor afwijking van de aanbestedingsregels?

⁶ De Europese Commissie is op dit moment overigens al druk doende om deze goederen gemeenschappelijk in te kopen, zie: ‘Coronavirus: Commission bid to ensure supply of personal protective equipment for the EU proves successful’, European Commission Press Release 24 maart 2020, IP/20/523.

⁷ Mededeling Europese Commissie van 1 april 2020 ‘Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie’, (2020/C 108 I/01).

- 4.1 Ja, aangenomen moet worden dat er in voorkomende gevallen ruimte bestaat om de bepalingen in de aanbestedingsrichtlijn(en) zoals geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 terzijde te schuiven indien dat noodzakelijk is om het leven en de gezondheid van mensen op effectieve wijze te beschermen. In overweging 41 van richtlijn 2014/24/EU is immers bepaald:

“Geen enkele bepaling in deze richtlijn mag beletten dat maatregelen worden voorgeschreven of toegepast ter bescherming van de openbare zedelijkheid, openbare orde of veiligheid of het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten of andere milieumaatregelen — in het bijzonder met het oog op duurzame ontwikkeling — op voorwaarde dat deze maatregelen in overeenstemming zijn met het VWEU.”

- 4.2 Bij ons weten heeft tot heden nog geen aanleiding bestaan om gebruik te maken van deze door de Uniewetgever geboden ruimte. Daarmee kan de precieze reikwijdte en strekking van deze overweging op dit moment niet goed worden ingeschat. Maar wij zouden ons kunnen voorstellen dat het belang van de bescherming van de gezondheid vergt dat overbruggingsmaatregelen met dienstverleners worden getroffen⁸, wezenlijke wijzigingen in lopende contracten worden doorgevoerd, exclusieve rechten aan ondernemingen⁹ worden verleend of in aanbestedingen eisen aan producten of diensten worden gesteld die (normaal gesproken) niet als rechtmatig zouden worden beschouwd.
- 4.3 De eis dat de ‘maatregelen’ verenigbaar moeten zijn met het VWEU betekent waarschijnlijk dat moet worden getoetst of de maatregelen een inbreuk vormen op het vrije handelsverkeer (daar is bij het afwijken van de aanbestedingsrichtlijnen al gauw sprake van) en zo ja, of deze kunnen worden gerechtvaardigd door het ingeroepen belang (in casu: het leven of de gezondheid van mensen). Dat is een pittige toets. De aanbestedende dienst die zich op dit belang beroept zal moeten kunnen onderbouwen dat de maatregel niet alleen geschikt maar ook noodzakelijk is om het leven en de gezondheid van mensen te beschermen, waarbij onder meer moet kunnen worden onderbouwd dat een andere (rechtmatige) oplossing of minder vergaande maatregel niet volstaat om het belang van het leven of de gezondheid van mensen op adequate wijze te borgen. Dit alles blijft pionieren. De huidige situatie kent ook geen precedent. Wij denken hierover uiteraard graag met u mee.
- 4.4 Ook voor andere vragen die verband houden met de coronacrisis zijn wij graag bereikbaar.

⁸ Met overbruggingsovereenkomsten die worden ingegeven door sociale of andere maatschappelijke overwegingen wordt in de praktijk al soepel door Voorzieningsrechtters omgegaan. Daarnaast is in artikel 4.18 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bepaald dat een rechter kan besluiten een (onrechtmatig bevonden) overeenkomst niet te vernietigen indien er dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft.

⁹ De mogelijkheid om op basis van objectieve rechtvaardigingsgronden uitsluitende rechten aan andere aanbestedende diensten te verlenen is in de richtlijn voorzien, zie artikel 11 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012.

Mark Birnage

ADVOCAAT • PARTNER

E: mark.birnage@pelsrijcken.nl



Jantine Muller

SENIOR ADVOCAAT

E: jantine.muller@pelsrijcken.nl



Maarten van Rijn

ADVOCAAT • PARTNER

E: maarten.vanrijn@pelsrijcken.nl

