

LEGAL UPDATE

Aanbesteden in tijden van corona

Datum: 7 mei 2020

Het coronavirus en de maatregelen die de laatste weken zijn getroffen om een te snelle verspreiding van dit virus te voorkomen hebben ook hun weerslag op de aanbestedingspraktijk.

Lopende aanbestedingsprocedures

Door de oproep om zo veel mogelijk vanuit huis te werken kan het voor bid-teams van inschrijvers lastig zijn om tijdig vragen in het kader van de inlichtingenronde te formuleren of om offertes op te stellen en af te ronden. Het verruimen van de (minimum)termijnen die in de Aanbestedingswet zijn opgenomen (al dan niet op verzoek van één of meer inschrijvers), kan daarvoor een oplossing zijn. Ook is bijvoorbeeld het organiseren van een schouw of een *proof of concept* niet meer zo gemakkelijk als voorheen. Wellicht bieden digitale middelen als videobellen hiervoor een oplossing. Ook kan worden overwogen de Alcateltermijn te verlengen, om inschrijvers op die manier voldoende gelegenheid te bieden eventuele (juridische) stappen te zetten tegen een voor hen onwelgevallige gunningbeslissing door bijvoorbeeld een advocaat in te schakelen. Voor wat betreft het voorwerp van de opdracht kan worden overwogen het conceptcontract aan te passen, zodat van inschrijvers niet het onmogelijke wordt gevraagd en concurrentie zo veel mogelijk gewaarborgd blijft. Hierbij moeten telkens de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht worden genomen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Lopende contracten

Er kan zich een situatie voordoen waarin als gevolg van de coronacrisis een lopend contract niet langer (volledig) kan worden uitgevoerd waardoor een wijziging van die overeenkomst nodig is. Als beargumenteerd kan worden dat de behoefte aan wijziging het gevolg is van onvoorzienbare omstandigheden, de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt en de verhoging van de prijs niet meer dan 50% bedraagt van de waarde van de oorspronkelijke opdracht, biedt artikel 2.163e Aw de mogelijkheid om dat contract te wijzigen zonder dat een nieuwe aanbestedingsplicht ontstaat. Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet bevat overigens meer mogelijkheden om onder omstandigheden lopende contracten te wijzigen, zoals de bagatel-regeling in artikel 2.163b Aw voor wijzigingen met een beperkte waarde.

Spoedeisende aankopen

Verschillende aanbestedende diensten kunnen geconfronteerd worden met de situatie waarin als gevolg van de uitbraak van het coronavirus op zeer korte termijn leveringen of diensten moeten worden ingekocht, bijvoorbeeld in de zorgsector. Flexibiliteit is dan noodzakelijk. De Europese Commissie heeft enkele weken geleden een mededeling uitgevaardigd met daarin richtsnoeren betreffende 'het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie'. In deze mededeling wordt de mogelijkheid benoemd om de minimumtermijnen uit de Aanbestedingswet in urgente situaties te verkorten om op die manier procedures te versnellen (zie ook artikel 2.74 e.v. Aw). Ook rechtvaardigt de Commissie de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wegens dwingende spoed (artikel 2.32 lid 1 onder c Aw). Benadrukt wordt dat deze procedure, die neerkomt op het één-op-één (onderhands) gunnen van een opdracht, alleen mag worden gebruikt om de crisisperiode te overbruggen en om leveringen en diensten aan te kopen die essentieel zijn om de crisis het hoofd te bieden. De vereisten om deze procedure te gebruiken zijn overigens niet veranderd. Zo blijft het bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van belang dat er sprake is van dwingende spoed ten gevolge van gebeurtenissen die de aanbestedende dienst *niet kon voorzien*. De aanbestedende dienst moet bij gebruik van deze procedure een proces verbaal opstellen waarin de omstandigheden vermeld staan die het gebruik ervan rechtvaardigen.

Naast de opties die door de Commissie worden genoemd, kan het nodig zijn om (ook) gebruik te maken van andere bepalingen uit de Aanbestedingswet die flexibiliteit opleveren. Zo kunnen aanbesteders bijvoorbeeld artikel 2.88 onder a Aw inzetten, op basis waarvan om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgezien van de toepassing van de uitsluitingsgronden. Tot slot zou een aanbestedende dienst in een juridische procedure inzake de vordering tot vernietiging van een overeenkomst op basis van artikel 4.15 Aw een beroep kunnen doen op artikel 4.18 Aw. Dit artikel biedt de rechter de mogelijkheid een overeenkomst niet te vernietigen wanneer dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft.

Dit is een Legal Update van Anne Kusters.

Voor meer informatie:

Anne Kusters

+31 30 25 95 572

annekusters@vbk.nl