

Opinie inzake de amendementen met betrekking tot de Aanbestedingswet 20..

mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal 2012

1. Inleiding

D.d. 9 februari bericht PIANOo *‘Tweede Kamer neemt 9 amendementen en 8 moties aan’*. In verband met de aangenomen amendementen die eveneens bij het bericht zijn opgenomen, het volgende.

In algemene zin merk ik op, dat de amendementen bij mij de indruk wekken dat de Tweede Kamer wel erg ver weg staat van de inkoop- en aanbestedingspraktijk van alledag en m.i. onterecht een bepaald beeld heeft of schept met betrekking tot de gemeenten in Nederland.

Hoewel sommige met de amendementen voorgestelde rechtsregels in beginsel duidelijk (lijken te) zijn, wordt in bepaalde gevallen met de gegeven toelichting op de amendementen die duidelijkheid volledig weggenomen, dan wel een (rechterlijk) toetsingskader gecreëerd waarmee praktisch niet valt te werken.

Ik ga er daarbij van uit, dat een rechter bij de interpretatie van onduidelijke rechtsregels in het voorkomend geval op zoek gaat naar de betreffende wetsgeschiedenis, waaronder de toelichting op de wetteksten (in dit geval de amendementen).

2. De amendementen

Amendement 23 (‘Eigen verklaring’)

De toelichting op dit amendement luidt ondermeer als volgt:

“Dit amendement regelt dat een ondernemer in de eigen verklaring tevens een verklaring aflegt dat zijn product of dienst voldoet aan de gestelde eisen met betrekking tot milieu, dierenwelzijn of aan eisen die zijn gebaseerd op sociale overwegingen (zoals een bepaalde minimumprijs voor een product of het inzetten van langdurig werklozen op een bepaald project), dan wel dat zijn product of dienst aan gelijkwaardige eisen voldoet.

Door dit amendement is een ieder vrij om op eigen en innovatieve wijze invulling te geven aan deze eisen. De aanbestedende dienst dient derhalve bij de selectie niet alleen te kijken naar de certificaten of keurmerken, maar ook naar de criteria die achter die certificaten of keurmerken zitten. Het risico dat uiteindelijk niet aan de eisen wordt voldaan, ligt bij de ondernemer. Het ligt immers voor de hand dat deze eigen verklaring en het daarin gestelde worden opgenomen als onderdeel van de uiteindelijke overeenkomst en dat in deze overeenkomst tevens een boetebeding wordt opgenomen.”

Ik bespeur een reëel gevaar voor de aanbestedingspraktijk bij het lezen van *‘is een ieder vrij om op eigen en innovatieve wijze invulling te geven aan deze eisen’*. Ik hoop dat ik het verkeerd zie, maar de aanbestedingspraktijk is juist gebaat bij eenduidige voorschriften (waar niet van af kan worden geweken). Als het transparantiebeginsel daartoe al niet verplicht. Daarbij moet de vergelijking tussen ‘appels en peren’ (de ene ondernemer doet dit, de andere dat) altijd worden voorkomen.

Het 'terugvallen' op een boete komt mij over als een onterechte 'remedie'. Het heeft mijn voorkeur om juist zo min mogelijk met boetes te (moeten) werken. Zorg in dat verband juist voor duidelijke voorschriften, eisen en contractbepalingen. Zie bijv. Rb Den Bosch 3 februari 2011 (Zaaknr. 223538 / KG ZA 10-888), r.o. 4.20: *"Als een partij bij het aangaan van een overeenkomst er al sterk rekening mee houdt dat zij de contractspartner met boeteclausules in het spoor zal moeten houden, deugt de overeenkomst niet."*

Amendement 25 ('EMVI')

Wettekst:

"Artikel 2.113

- 1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.*
- 2. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het eerste lid, gunnen op grond van de laagste prijs. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken."*

Toelichting amendement: *"Als het gaat om duurzaam (en innovatief) inkopen, moet de overheid een omslag maken. Een omslag om niet alleen te kijken naar het maak-proces van een product, maar om te kijken naar de gebruiksfase van een product. Een omslag om te sturen op continue verbetering, waardoor er gestuurd wordt op echte duurzaamheid en minder verbruik van energie. Dit vraagt om heldere aanwijzingen voor inkopers en leveranciers."*

Onderhavig amendement is onnodig bevoogdend en miskent een professionele inkooppraktijk die er (reeds) wel degelijk bij gemeenten bestaat. Een goede inkoper zal altijd op basis van een inkoopstrategie tot het juiste gunningscriterium of de juiste gunningscriteria komen.

Los van de administratieve lastenverzwaring voor aanbestedende diensten (extra motiveringsverplichting) en de discussies en rechtszaken die een motivering voor 'laagste prijs' teweeg kunnen (zal) brengen gaat het amendement er ten onrechte van uit, dat slechts met 'EMVI' duurzaam en innovatief inkopen kan worden bereikt. M.i. is immers ook minst genomen de concrete uitvraag (specificatie) van de opdracht terzake, waarschijnlijk altijd, bepalend.

Voorbeelden:

- a. Bij een goed 'bestek' (of 'PvE') is het zeer wel denkbaar, dat kwalitatieve aspecten van een aanbieder er (toch) niet (meer) toe doen;
- b. Bij een slecht 'bestek' (of 'PvE') is het maar de vraag of een gunning op EMVI alsdan soelaas zal bieden.

Los van het gegeven dat zonder nadere toelichting expliciet stelling wordt genomen met betrekking tot de twee gunningsmethoden die Richtlijn 2004/18/EG (gewoon) biedt, wordt met het amendement

gekozen voor een *middel* dat waarschijnlijk niet toereikend zal zijn, terwijl (juist) het *doel* bereikt zou moeten worden met een goede specificatie van de opdracht.

Toelichting amendement: *“De overheid moet de markt uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen door ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid.”*

Ook hier ligt de oplossing (dus) niet in het voorschrijven van een gunningscriterium, maar in het (functioneel) specificeren van de opdracht.

En los van dat alles vraag ik mij af, of ‘het MKB’ wel zit te wachten op ‘EMVI’. Waar moet de aannemer met 30 man personeel bijvoorbeeld capaciteit vandaan halen om een concurrerend ‘*voorontwerp*’, een ‘*plan van aanpak*’ en een ‘*TCO-berekening*’ op te stellen voor een aanbestedingsprocedure. Ik hoor de ‘grotere aannemers (met capaciteit)’ al lachen.

Amendement 41 (‘Administratieve lasten’)

Wettekst:

“Artikel 1.3b

Aanbestedende diensten die voornemens zijn een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, dragen zorg voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van die overeenkomst samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten.”

Toelichting amendement: *“Aanbestedende diensten mogen vragen om referenties. Dat kan heel zinvol zijn. In het voorstel van wet staan beperkingen opgenomen over hoeveel en welke referenties ze mogen vragen. Maar er staat niets over hoe die referenties gevraagd mogen worden. Dat betekent dat aanbestedende diensten bij wijze van spreken mogen vragen om handgeschreven en door een notaris gewaarmerkte verslagen en verklaringen van x pagina’s per project.”*

Gelet op de toelichting, is de wettekst wel nodig? Wordt een en ander in het voorkomend geval immers niet ondervangen door toepassing van het beginsel van proportionaliteit? Dit los van het gegeven, dat ik het, wellicht suggestieve of ridicule, voorbeeld in mijn praktijk nog niet ben tegengekomen.

Daarbij komt dat mede als gevolg van de amendementen de nieuwe Aanbestedingswet ontegenzeggelijk tot een lastenverzwaring voor de aanbestedende diensten zal leiden. Waarom (ook) geen oog voor de lasten van de aanbestedende dienst? (De toelichting op) Het amendement lijkt immers met name voor lastenverlichting voor ondernemers te zijn geschreven.

Amendement 46 (‘Maatschappelijke waarde’)

Wettekst:

“In artikel 1.3a wordt na het eerste lid een lid ingevoegd, luidende: 1a. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.”

Zou omwille van een goede inkoop- en aanbestedingspraktijk het begrip ‘maatschappelijke waarde’ niet gedefinieerd moeten worden?

Zeker wanneer in de toelichting (*“Voorbeelden in andere landen laten zien dat hier met gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbestedingen, belangrijke besparingen zijn te realiseren voor de overheid”*) slechts verwezen wordt naar ‘besparingen’.

Zijn ‘besparingen’ dan de ‘maatschappelijke waarde’ als bedoeld? Is dat niet wat kortzichtig? Ik denk bij ‘maatschappelijke waarde’ bijvoorbeeld niet direct aan (slechts) besparingen. En hoe verhoudt zich een en ander bijvoorbeeld met amendement 47? Over mogelijkheden om tot besparingen te komen gesproken....

Amendement 47 (‘Samenvoeging van opdrachten’)

Deel van een nieuw artikel 1.3b:

“1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:

b. de organisatorische gevolgen en risico’s van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer.”

Dit lijkt me een volstrekt vage norm en in de praktijk niet werkbaar. Niet voor de aanbestedende dienst, maar ook niet voor de ondernemer. Wat probeert deze rechtsregel concreet te stellen? Mogelijke reactie van een aanbestedende dienst: *“Ik heb acht geslagen op de organisatorische gevolgen en risico’s, maar ik doe er (concreet inhoudelijk) niets mee”*. Wat is (dan) het nut van zo’n bepaling?

En bij voorbaat of bij uitstek zullen de organisatorische gevolgen en risico’s van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf enerzijds en de ondernemer anderzijds anders, of zelfs in het voorkomend geval tegengesteld, zijn. Hoe deze dan bijvoorbeeld concreet ‘te matchen’? Of wat geeft dan in concreto de doorslag?

Lid 3 van artikel 1.3b:

“3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.”

Sinds lange tijd wordt aan het gebruik van ‘geïntegreerde contracten’ (op basis van bijv. de UAV-GC 2000 en 2005) een grote waarde toegekend. Een en ander kan bijvoorbeeld leiden tot innovatie en/of tot het efficiënt gebruik maken van en benutten van de kennis van de markt.

In dat verband de toelichting op het amendement: *“Bovendien leidt clustering vaak tot onnodig complexe contracten en het ongelimiteerd integreren van meerdere disciplines tot een opdracht, hetgeen*

de doelmatigheid niet bevordert.” Het is m.i. al lang bewezen dat ‘geïntegreerde contracten’ juist wel de doelmatigheid (kunnen) bevorderen. Of ziet de wettekst niet op ‘geïntegreerde contracten’?

Voornoemd artikellid kan het gebruik van de ‘geïntegreerde contracten’ de das om doen, dan wel leiden tot (onnodige) discussies tussen de aanbestedende dienst en (de) ondernemer (s) omtrent wat nu wel of niet in het concrete voorkomende geval ‘passend’ is. En ik heb het daarbij nog niet over de extra administratieve belasting voor de aanbestedende dienst aangaande de motiveringsverplichting. En ook niet over het mogelijke gevolg van het amendement dat de nieuwbouw van het gemeentehuis verplicht in 3 percelen (bouwkundig, elektrotechnisch en werktuigbouwkundig) moet worden aanbesteed.

En dan het volgende (zie toelichting amendement):

“Indien een aanbestedende dienst van mening is dat clusteren nodig is, zal hij de opdracht vervolgens opdelen in percelen. Dit om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen.”

M.i. is sprake van een innerlijke tegenstrijdigheid. Als ‘clusteren’ daadwerkelijk (want gemotiveerd) nodig is, verhoudt zich dat toch niet met het vervolgens (verplicht) opdelen in percelen? Door de opdeling in percelen worden immers feitelijk weer verschillende, van elkaar te onderscheiden, overheidsopdrachten gecreëerd. En ‘clusteren’ was (toch) juist (daadwerkelijk) nodig (want gemotiveerd)?

Overigens nog los van de administratieve lastenverzwaring voor de aanbestedende dienst die een (goed gebruik van de) perceelindeling met zich meebrengt. Of los van de extra werkzaamheden met betrekking tot bijvoorbeeld contractbeheer tijdens de uitvoering.

Amendement 50 (‘Gids P’)

Dit amendement strekt ertoe om de Gids Proportionaliteit die in opdracht van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie door een schrijfgroep bestaande uit vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en vertegenwoordigers van ondernemers is opgesteld, als wettelijk richtsnoer aan te wijzen.

Onderhavig amendement gaat er m.i. (echter) te gemakkelijk van uit, dat ‘proportionaliteit’ in eenduidige rechtsregels is vast te leggen. Inkoop is (immers) ‘maatwerk’ en wat in het ene geval proportioneel is, behoeft dat in het andere geval niet te zijn. Een en ander is afhankelijk van de voorgenomen overheidsopdracht.

Ben dus benieuwd wat een en ander praktisch gaat opleveren.

Amendement 54 (‘II B diensten’)

Wettekst:

“Aan artikel 2.38 wordt een lid toegevoegd, luidende: 3. Voor opdrachten betreffende diensten voor «gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening», zoals opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr.

2004/18/EG, wordt, met inachtneming van het tweede lid, de procedure voor B-diensten toegepast, tenzij de aanbestedende dienst anders besluit.”

Toelichting amendement: *“De algemene beginselen van aanbesteden zijn uiteraard van toepassing.”*

Ben dus ondermeer benieuwd of een ‘1 op 1 gunning’ bij II B diensten nu wel of niet mogelijk zal (kunnen) zijn. Of wordt hier verkapt gezegd: ‘een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd’? Waarom niet meer duidelijkheid voor de praktijk?

Toelichting amendement: *“De procedure voor B-diensten wordt gevolgd, tenzij de aanbestedende dienst anders besluit. In beginsel wordt dus niet openbaar aanbesteedt, tenzij de aanbestedende dienst besluit dat dit wel moet gebeuren. Indien in een gemeente voor dit laatste wordt gekozen, ligt het in de rede dat een besluit om toch openbaar aan te besteden eerst aan de gemeenteraad ter instemming wordt voorgelegd.”*

Los van de administratieve rompslomp en de gevolgen die een en ander voor de planning heeft, is het m.i. maar de vraag of de gemeenteraad in een dualistisch stelsel wel over dit soort zaken gaat of wil gaan.

Amendement 61 (‘Omzeteisen’)

Met dit amendement wordt beoogd, de omzeteis zo veel mogelijk te schrappen.

Wettekst: *“d. indien het een opdracht op grond van een raamovereenkomst betreft, waarvan de waarde van de specifieke opdrachten niet bekend is, driemaal de waarde van de raamovereenkomst.”*

Het komt mij voor, dat over deze bepaling niet goed is nagedacht. In een geval waar de waarde van een raamovereenkomst al onbekend is (want de waarde van de deelopdrachten is onbekend), past het, in verband met de klaarblijkelijke strekking van het amendement, toch niet dat in een rechtsregel wordt uitgegaan van ‘driemaal de waarde van de raamovereenkomst’? M.i. zou het logischer zijn geweest om dan op te nemen ‘driemaal de waarde van een naar verwachting te verstrekken representatieve deelopdracht’. O.i.d.

Amendement 68 (‘Alcatel-termijn’)

Wettekst:

“In artikel 2.126, derde lid, wordt «vijftien kalenderdagen» vervangen door: 20 kalenderdagen.”

Toelichting amendement: *“Betrokken partijen worden nu onvoldoende in de gelegenheid gesteld informatie over een afwijzing te krijgen en worden daarmee te vaak gedwongen direct een gang naar de rechter te maken.”*

Dit lijkt mij een suggestieve bepaling en onvoldoende feitelijk gemotiveerd. Mijn praktijkervaringen zijn niet zo expliciet. Maar wat belangrijker is, het amendement miskent ten principale dat de ‘Alcatel termijn’ niet (eens) begint te lopen, wanneer de ondernemers terzake onvoldoende informatie hebben

gekregen. Zie thans BAO (art. 41) en WIRA (art. 1 sub h en n, art. 4 en art. 6) en nieuw bijv. art. 2.129 Aanbestedingswet. Wat is (dan) het (praktische) nut van dit amendement?

3. Conclusie

Gelet op het vorenstaande kan betwijfeld worden of alle amendementen wel zullen bijdragen aan een, voor aanbestedende diensten en ondernemers, werkbare inkoop- en aanbestedingspraktijk.

Met name lijkt het er op, dat niet over alle amendementen en de mogelijke gevolgen daarvan zorgvuldig genoeg is nagedacht. In bepaalde gevallen wordt juist onduidelijkheid gecreëerd, terwijl duidelijke regels, als uitgangspunt, juist zo belangrijk (zouden moeten) zijn. Met alle (te verwachten) gevolgen voor de praktijk van dien.

Hoewel ik in combinatie/samenhang met het voorgestelde flankerend beleid een voorstander van de Aanbestedingswet 20.. was, vraag ik mij met de amendementen nu toch sterk af, of we zo wel verder moeten. Een goede (praktijk-) basis lijkt immers te ontbreken.