

Ministerie van Economische Zaken
Mevrouw A. Verhulsdonck
Mevrouw W. Noordhoek

Datum 4 mei 2015
Onze referentie 20150504/JPo
Betreft Reactie conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012

Geachte mevrouw Verhulsdonck en mevrouw Noordhoek,

Mijn naam is Jasper Ponte en ik werk bij Brink Management & Advies. Mijn collega's en ik houden ons onder meer bezig met bouwproject- en bouwprocesmanagement. Vanuit dat vakgebied organiseren wij elk jaar een groot aantal (Europese) aanbestedingen voor onze opdrachtgevers: aanbestedende diensten. Voorts halen wij door de jaren heen een deel van ons werk binnen door in te schrijven op (Europese) aanbestedingen. Mijn collega's en ik hebben met aanbesteden dus ervaringen vanuit verschillende invalshoeken.

Op een aantal concrete aspecten van het conceptwetsvoorstel hebt u aan de markt gevraagd inbreng te geven. Mijn inbreng op die aspecten vindt u in hoofdstuk 01. In hoofdstuk 02 heb ik terugkoppeling op andere aspecten samengebracht. Dit betreft niet alleen terugkoppeling op wijzigingen die mogelijk worden opgenomen in de nieuwe wet, maar graag deel ik ook mijn ervaring in relatie tot enkele aspecten die vooralsnog ongewijzigd blijven. Hopelijk stelt u mijn bijdrage op prijs.

Tenslotte: ik heb mijn reactie geschreven als bouwproject- en bouwprocesmanager en nadrukkelijk niet vanuit een juridische invalshoek.

01 CONSULTATIEVRAGEN

01.01 De ingangsdatum van verplicht elektronisch aanbesteden

Vraag: Kunt u aangeven of u problemen voorziet bij het invoeren van de verplichting tot volledig elektronisch aanbesteden per de datum van inwerkingtreding (18 april 2016) van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012?

Reactie: Voor de bouwsector verwacht ik geen problemen. Het op papier verstrekken van aanbestedingsdocumenten komt al jaren niet meer voor. Een enkele aanbestedende dienst ontvangt nog graag papieren *inschrijvingen*, maar meestal moet de hele inschrijving tevens digitaal worden verstrekt zodat de aanbestedende dienst o.a. gemakkelijk extra exemplaren

kan afdrucken voor de beoordelingscommissie. Het op papier afdrucken van digitale bestanden in het juiste aantal lijkt me voor geen enkele aanbestedende dienst een (te) grote opgave. Niettemin een belangrijke kanttekening, zie hierna.

Vraag: Zo ja, welke problemen voorziet u en wat zou er tijdens het uitstel van de verplichting gedaan moeten worden om die problemen te voorkomen dan wel substantieel te verminderen?

Reactie: De website TenderNed is voor aanbestedende diensten een kriem. Ik vind het moeilijk voorstelbaar dat er zo'n ingewikkeld platform is gebouwd om een relatief eenvoudig product (namelijk een aankondiging) te genereren. Ook voor regelmatige gebruikers van TenderNed is het telkens weer een zoektocht voordat alle velden, die deels goed verborgen zijn in ingewikkelde lagenstructuren, correct zijn ingevuld. Het vermoeden bestaat dat bij de ontwikkeling van TenderNed weinig aandacht is besteed aan de gebruikersinterface voor degene die de aankondiging publiceert. In lijn daarmee voorzie ik problemen met het breed toepassen van TenderNed als platform voor de digitale uitwisseling van aanbestedingsdocumenten, aanmeldingen en inschrijvingen. Ik verwacht dat veel aanbestedende diensten naar een gebruiksvriendelijkere webapplicatie zullen zoeken. Daar zullen softwarebedrijven op inspelen en ik verwacht een wildgroei van aanbestedingswebsites met de volgende consequenties:

- a. Marktpartijen zullen zich een veelvoud aan webapplicaties eigen moeten maken. Dit staat op gespannen voet met het beleid van de overheid om de administratieve lasten voor het bedrijfsleven te verlichten.
- b. Hoe meer webapplicaties marktpartijen zich eigen moet maken, des te groter de kans dat zij fouten maken, vice versa.

Mijn aanbeveling is om:

1. de gebruikersinterface van TenderNed zodanig te vereenvoudigen c.q. gebruiksvriendelijk te maken – voor aanbestedende diensten én marktpartijen – dat er geen brede neiging zal bestaan om andere webapplicaties te gebruiken, OF
2. dwingende regels op te stellen waaraan webapplicaties moeten voldoen, zodat eenduidigheid ontstaat.

Vraag: Hoe lang zou het uitstel naar uw mening moeten duren (maximaal 30 maanden)?

Reactie: Ik ben van mening dat het probleem dat ik hiervoor geschetst heb op te lossen is vóór april 2016 en acht uitstel van de invoering niet nodig.

01.02 De verkorting van de termijnen

Vraag: Kunt u zich vinden in het overnemen van de verkorte minimumtermijnen in het conceptwetsvoorstel? Waarom wel/niet?

Reactie: Ja, daarin kan ik mij zeker vinden. De verkorting zal voornamelijk relevant zijn voor eenvoudige diensten/leveringen/werken, waarbij de aanbestedende dienst en de geselecteerde

gedagiden nu soms de tijd uitzitten omdat een verkorting van de termijn eenvoudigweg niet aan de orde is. In de bouwsector zullen de verkorte termijnen *in de meeste gevallen* waarschijnlijk niet kunnen worden toegepast, vanwege het proportionaliteitsbeginsel. Ik zie voor een sector als de bouw, met relatief veel complexe aanbestedingen, een risico en dat zit 'm in het ondoordacht hanteren van de kortst mogelijke termijnen in gevallen waarin veel rekentijd nodig is. Dit kan bijvoorbeeld zijn oorzaak vinden in ondeskundigheid, onachtzaamheid of tijdsdruk. Het zal niet lang duren voordat het eerste geschil ter zake wordt ingediend bij de Commissie van aanbestedingsexperts of de rechter. Een zinvolle aanvulling op de conceptwettekst zou kunnen zijn de verplichting om de gekozen termijnen te motiveren, analoog aan de motivatieverplichting voor enkele andere aspecten zoals opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Het opstellen van een dergelijke motivering kost mijns inziens weinig tijd en kan de lichtzinnige toepassing van de kortst mogelijke termijnen beperken.

01.03 Rechtstreekse betaling van onderaannemers: de keuze om artikel 71 derde lid (2014/24/EU) en artikel 88 derde lid (2014/25/EU) niet te implementeren

Vraag: Kunt u zich erin vinden dat rechtstreekse betaling van onderaannemers niet wordt overgenomen in het conceptwetsvoorstel?

Reactie: Ja, vanwege de redenen die u zelf al opsomt in uw *Toelichtend document internetconsultatie implementatiewet aanbestedingsrichtlijnen*. In de bouwsector bestaat er mijns inziens bovendien geen relevant probleem dat hiermee zou kunnen of moeten worden opgelost.

01.04 Voorbehouden opdrachten: de keuze om artikel 20 (2014/24/EU) en artikel 38 (2014/25/EU) onverkort te implementeren

Vraag: Wat vindt u van het overnemen van de uitbreiding die de aanbestedingsrichtlijnen bieden om opdrachten voor te behouden?

Reactie: Voor de bouwsector lijkt me de betreffende wijziging nauwelijks impact hebben. Er is zeker plaats voor (lichamelijk) gehandicapten en kansarmen, maar ontwerpen, bouwen en onderhouden doe je in de regel niet met *grote aantallen* gehandicapten en/of kansarmen. Daarvoor is een groot deel van het werk te specialistisch, te gevaarlijk, te inspannend, te slecht toegankelijk etc. en zijn de gevolgen te groot als er iets mis gaat. Uitzonderingen zijn er vanzelfsprekend ook in de bouwsector, maar andere branches lijken me meer geëigend.

Vraag: Welke mogelijke kansen of problemen biedt het voorgestelde artikel volgens u?

Reactie: Zie voorgaande.

01.05 Voorbehouden opdrachten voor specifieke diensten: de keuze om artikel 77 (2014/24/EU) en 94 (2014/25/EU) niet te implementeren.

Vraag: Kunt u zich vinden in de keuze van het Ministerie van Economische Zaken om de mogelijkheid die de artikelen 77 van richtlijn 2014/24/EU en 94 van richtlijn 2014/25/EU biedt niet over te nemen in het conceptwetsvoorstel? Waarom wel/niet?

Reactie: Voor de bouwsector lijkt me dit niet of nauwelijks relevant.

02 OVERIGE TERUGKOPPELING

02.01 Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument heb ik niet in openbare bronnen kunnen vinden. In de bestaande Eigen Verklaring is echter een belangrijke verbetering mogelijk. Ik zie jaarlijks honderden aanmeldingen waarbij de Eigen Verklaring wordt gebruikt. Meer dan de helft (!) van de gegadigden *die een combinatie vormt of zich beroept op derden* gaat in de fout bij de onderdelen 1.5, 1.6, 8.1 en/of 8.2 van de Eigen Verklaring. Het is voor veel gegadigden blijkbaar niet duidelijk hoe zij de Eigen Verklaring ter zake moeten invullen. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat gegadigden onnodig worden uitgesloten. Ik vermoed dat hiermee niet door elke aanbestedende dienst en in elke aanbesteding op dezelfde manier wordt omgegaan. Het probleem is mijns inziens eenvoudig te ondervangen met een keuzemenu, dat in de huidige Eigen Verklaring al is opgenomen om aan te geven of het een procedure boven of onder de Europese aanbestedingsdempel betreft.

Een aanvullend keuzemenu in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument zou er als volgt uit kunnen zien:

De gegadigde is:

- een rechtspersoon (A)
- een samenwerkingsverband van rechtspersonen (B)

Beroept de gegadigde, die een rechtspersoon is of een combinatie van rechtspersonen, zich op derden?

- ja (C)
- nee (D)

Voorts zouden paragraaf 8.1 en 8.2 moeten worden samengevoegd en moet de aanbestedende dienst zelf vooraf alle geschiktheidseisen in hoofdstuk 8 invullen. Wanneer A én D worden aangevinkt, worden onderdelen 1.5 en 1.6 en 8 geblokkeerd: invullen is niet nodig.

Wanneer een gegadigde daarentegen optie B (samenwerkingsverband van rechtspersonen) aankruist, dan moet hij in hoofdstuk 8 per afzonderlijke geschiktheidseis aangeven op welke van de combinanten de gegadigde een beroep doet. Idem wanneer een gegadigde optie C (beroep op derden) aankruist: dan moet hij in hoofdstuk 8 per afzonderlijke geschiktheidseis aangeven op welke derde de gegadigde een beroep doet. Bij voorkeur waarschuwt het formulier ook wanneer hoofdstuk 8 niet volledig is

ingevuld, bijvoorbeeld bij het opslaan van het bestand. Ik ben ervan overtuigd dat voorgaande aanpassingen tot minder fouten leiden bij het invullen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

02.02 Past performance (artikel 2.87 lid 1 sub g en lid 2 sub d)

Er bestaat bij veel aanbestedende diensten de wens om prestaties uit het verleden mee te (kunnen) laten wegen. De manier waarop dit in de conceptwettekst is uitgewerkt, lijkt mij in juridische zin problemen opleveren. Als niet-jurist laat ik het aan juristen om daarop in te gaan. Wel wil ik u attenderen op een strijdigheid met het beleid om de kansen voor het MKB te vergroten. Stel dat een past performance systematiek wordt ingevoerd en een marktpartij een zodanige prestatie levert dat hij tijdelijk niet voor een bepaalde overheidsopdracht in aanmerking komt. Dan hebben grote ondernemingen meer mogelijkheden om aan uitsluiting te ontsnappen dan kleine. Grote ondernemingen hebben vaak meerdere BV's. Wanneer dergelijke BV's redelijk vergelijkbare diensten/leveringen/werken uitvoeren, dan is het voor zo'n grote onderneming eenvoudig om een andere BV naar voren te schuiven. In de bouwsector zijn er bijvoorbeeld landelijk werkende aannemers met een regiostructuur, waarbij de regio's aparte BV's zijn. Stel dat Regio Noordoost BV vanwege een tekortkoming zou (kunnen) worden uitgesloten, dan kan Regio Midden BV een aanmelding indienen en kan de marktpartij aldus 'ontsnappen' aan deze bepaling. Het MKB zal in de regel geen of veel minder van dergelijke gelijkwaardige zusterbedrijven hebben. Het conceptwetsvoorstel treft het MKB mijns inziens harder.

Voorgaande opmerking wil ik nog wat breder trekken. Ik kan het niet statistisch onderbouwen (heb het niet diepgaand onderzocht), maar ik heb de indruk dat een deel van de middelgrote en grote ondernemingen in aanbestedingen steeds meer op twee of meer paarden wedt. Zij laten meerdere dochters aanmeldingen indienen en vermelden, bijvoorbeeld, op hun website dat de betreffende dochters volkomen onafhankelijk van elkaar opereren. En voilà, geen aanbestedende dienst die een dubbele aanmelding tegen kan houden: de betreffende ondernemingen doen formeel niets verkeerd. Maar voor aanbestedende diensten voelt het niet goed. En voor gegadigden die afvallen terwijl twee of meer concurrenten die deel uitmaken van dezelfde groep of holding wél doorgaan, voelt het ook niet goed. Bovendien lijkt het me statistisch gezien mogelijk om, als een ondernemer maar vaak genoeg twee gegadigden tot de selectiefase kan laten doordringen, gemiddeld genomen met een hogere inschrijfsom (en/of een kwalitatief minder goede inschrijving) de opdracht gegund te krijgen. Daarmee is de efficiënte besteding van overheidsgeld niet gediend. Ik heb voor dit probleem geen oplossing uitgewerkt, maar meen er goed aan te doen u erop te attenderen.

02.03 Lichtzinnig aanmelden

Het beleid van de overheid is erop gericht om de administratieve lasten voor het bedrijfsleven te verlichten. Dat uitstekende doel heeft in het kader van (Europese) aanbestedingen een ongewenst bijeffect: des te minder inspanning een aanmelding voor marktpartijen kost, des te groter de prikkel om voor (zo)veel (mogelijk) aanbestedingen aan te melden. En op basis van de selectiebesluiten later te kiezen voor welke aanbestedingen een inschrijving in te dienen. Ik kan het niet statistisch onderbouwen (heb het niet diepgaand onderzocht), maar ik heb de indruk dat dergelijk *lichtzinnig aanmelden* eerder toe- dan afneemt. Het is mijns inziens ook niet of nauwelijks te voorkomen: het is nou eenmaal mogelijk dat de orderportefeuille van een onderneming in een paar weken tijd zodanig

verandert, dat de interesse in een bepaalde aanbesteding weg is. Het introduceren van sancties gaat wat mij betreft te ver, maar de wetgever kan aanbestedende diensten wel helpen, namelijk door in de wet het expliciete recht op te nemen dat aanbestedende diensten de eerste opvolger mogen toelaten wanneer een geselecteerde gegadigde zich terugtrekt. Vervangen mag nu alleen indien de aanbestedingsdocumenten dat expliciet vermelden. Veel aanbestedende diensten vergeten dat en zien het aantal marktpartijen dat in de race is soms ineens teruglopen van bijvoorbeeld vijf naar drie.

Ik hoop dat u iets aan mijn reactie hebt. Voor vragen en verduidelijkingen ben ik uiteraard beschikbaar. Ik heb geen bezwaar tegen het openbaar maken van mijn bijdrage.

Met vriendelijke groet,



Jasper Ponte