

Reactie branchevereniging Nederland ICT op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012

A. Punten ten aanzien waarvan het ministerie gericht om inbreng verzocht heeft:

1. **Verplichting tot elektronisch aanbesteden: de ingangsdatum van verplicht elektronisch aanbesteden.**

> vraag 1: 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 Nederland ICT:

Nederland ICT (hierna: 'NL ICT') voorziet op dit moment nog grote problemen bij het invoeren van de verplichting tot volledig elektronisch aanbesteden per de datum van inwerkingtreding, namelijk 18 april 2016.

>vraag 2 (1) : Zo ja, welke problemen voorziet u ...

Reactie NL ICT:

Er is nog geen sprake van een stabiel platform waarop elektronisch aanbesteden op een goede en bedrijfszekere wijze kan plaatsvinden. NL ICT ziet niet in waar de urgentie voor invoering op berust, en pleit voor het oplossen van de technische knelpunten alvorens deze verplichting in te voeren en gebruik te maken van de mogelijkheid die de richtlijn biedt de invoering uit te stellen tot 18 oktober 2018.

Het probleem ligt volgens NL ICT in het feit dat er nog geen betrouwbaar 'proven technology' platform en communicatiemiddel bestaat. Er is te veel diversiteit in werkwijzen en gebruiksopties tussen de verschillende private platforms voor elektronisch aanbesteden; in dat opzicht is er behoefte aan consistentie en enige mate van standaardisatie.

De zorgen rond elektronisch aanbesteden op aanbestedingssites betreffen vooral de diversiteit tussen aanbieders op het gebied van kwaliteit en werkwijze. De software en de opties zijn telkens net verschillend. Dat kost onnodig veel tijd en veel menskracht. De lappendeken aan werkwijzen leidt tot inefficiëntie in bedrijfsvoering van inschrijvers en vergroot de kans op vergissingen en fouten bij indienen.

> vraag 2 (2) ...en wat zou er tijdens het uitstel van de verplichtingen gedaan moeten worden om die problemen te voorkomen dan wel substantieel te verminderen ?

Reactie NL ICT:

NL ICT pleit ervoor dat:

- de 1200 bij TenderNed en private platforms geïdentificeerde knelpunten voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers snel worden opgelost.
- TenderNed een stabiel systeem wordt, en grotere hoeveelheden aanbestedingen zonder problemen aan kan.

Bij het toepassen van meerdere platforms dient er een aantal kwaliteitseisen te worden gesteld aan deze platforms. Deze kwaliteitseisen zouden moeten zien op bijvoorbeeld:

-de bescherming van bedrijfsgegevens;- eenduidige, uniforme en relevante criteria; - gebruiksvriendelijkheid; - betrouwbare en duidelijke bevestiging na het indienen van een aanbieding; - duidelijkheid over het tijdstip van aanbesteding; - alle in te dienen bescheiden of te beantwoorden vragen moeten zijn opgenomen in de Inschrijvingsleidraad.

> vraag 3: hoe lang zou het uitstel naar uw mening moeten duren (maximaal 30 maanden)

Reactie NL ICT:

De maximale uitstelmogelijkheid die de Richtlijn biedt dient gebruikt te worden, of, in ieder geval de tijd die nodig is om een platform op te tuigen dat voldoet aan de bovenstaande voorwaarden.

Het noodzakelijke uitstel is primair afhankelijk van de realisatie van de voornoemde doelstellingen ten aanzien van een stabiel en betrouwbaar elektronisch aanbestedingsplatform.

Een realistische planning met een concrete datum waarop alle problemen en knelpunten zijn verholpen zijn essentieel voor de duur van het uitstel. Een dergelijke planning is ons niet bekend en daardoor kan het uitstel naar onze mening nu niet korter zijn dan de maximale termijn van 30 maanden.

2. Termijnen: de verkorting van de termijnen

De nieuwe richtlijn voorziet in een groot aantal gevallen in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten termijnen aanhouden voor de aanmelding als gegadigde of voor de inschrijving, die korter zijn dan de bestaande termijnen. Ook bij eerdere richtlijnen was van bekortingen sprake.

NL ICT is er op tegen dat de termijnen verder bekort worden en bepleit dan ook de bestaande termijnen te handhaven en de bekorting niet over te nemen uit de richtlijn.

De redenen voor dit standpunt zijn als volgt: Weliswaar wordt in de toelichting op de aanpassing van de wet gesteld dat de lengte van de termijnen in overeenstemming dienen te zijn met de aard en omvang van de opdracht, maar in de praktijk blijkt dat aanbestedende diensten al heel vaak de kortst mogelijk toegestane termijnen aanhouden. Van de in de regelgeving opgenomen minimumtermijnen gaat een magneetwerking uit, hetgeen ertoe leidt dat bedrijven bij het volgen van de nieuw voorgestelde termijnen nog korter de gelegenheid krijgen tot het doen van een zorgvuldig voorbereide aanbieding dan thans het geval is. Te kort gestelde termijnen leiden ertoe dat bedrijven afhaken, waardoor de concurrentie afneemt en de gewenste mededinging in de markt niet gediend wordt. Bovendien worden de belangen van de aanbestedende dienst hierdoor geschaad. Een ander is met name van belang voor die opdrachten waarvan het doen van een offerte naar hun aard meer tijd vergt, zoals het geval is met opdrachten voor diensten en werken. Alleen bij leveringen is voorstelbaar dat het aanhouden van minimumtermijnen geen probleem is, althans waar het gaat om de levering van standaard producten die geen aanpassing vergen, dan wel op maat gemaakt of geleverd dienen te worden. Omdat het evenwel niet altijd gemakkelijk is die situatie duidelijk te omschrijven, en de levering van standaard producten ook onderdeel kan uitmaken van een meer omvattende opdracht, dienen de bestaande minimumtermijnen niet verder te worden bekort.

3. 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.

Branchevereniging Nederland ICT kan zich vinden in de keuze van EZ om artikel 71 lid 3 (2014/24/EU) en artikel 88 lid 3 (2014/25/EU) niet te implementeren.

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

Reactie NL ICT:

NL ICT pleit voor handhaving van het bestaande artikel 2.82.

De kern van het probleem is dat 1-op-1 overname van artikel 20 leidt tot een nog verdere stapeling van maatregelen en verplichtingen voor ondernemers. Op dit moment lopen ondernemers al aan tegen veel maatregelen en verplichtingen. Voorbeelden hiervan zijn het sociaal akkoord, de quotumwet, de toepassing van social return en inbesteden. Dit komt dan bovenop eigen keurmerken die bepaalde bedrijfstakken voeren ten behoeve van het verbeteren van de professionaliteit.

- In het sociaal akkoord is afgesproken dat het bedrijfsleven zorgt voor 100.000 banen voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. De overheid zorgt voor 25.000 banen. Er komen 35 regionale werkbedrijven om hieraan uitvoering te geven, conform de participatiewet. Daarnaast is er een quotumwet aangenomen als stok achter de deur om deze afspraken indien nodig wettelijk af te dwingen. Het bedrijfsleven staat vanzelfsprekend voor de 100.000 banen afspraak.
- Veel overheden eisen social return – dat eigenlijk thuishoort bij arbeidsmarktbeleid en niet bij inkoop - via aanbestedingen. Het gaat hier om het betrekken bij de opdracht van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Ondernemers die niet aan de social return eisen voldoen of kunnen voldoen, lopen de opdrachten mis. Meer dan 80% van de gemeenten past al social return toe. Dit aantal neemt enkel toe. De bezuinigingen op dit beleidsterrein (1,3 mld euro) zullen waarschijnlijk leiden tot een nog verdere intensivering van de social return eis. Uit de tussenresultaten van de evaluatie van de Aanbestedingswet blijkt al dat social return eisen een grote belemmering zijn voor MKB-bedrijven om deel te nemen aan aanbestedingen. Deze maatregel gaat derhalve in tegen één van de ambities van de Aanbestedingswet 2012, namelijk een betere en laagdrempeliger toegang tot aanbestedingen voor ondernemers. Social return leidt tot meer (administratieve) lasten en tot minder concurrentie door uitsluiting van ondernemers.

Samenvattend: Door het invoeren van artikel 20 uit de richtlijn komt er nog een extra verplichting naast de al bestaande verplichtingen en maatregelen. Dit heeft, zoals hierboven geschetst, ongewenste nadelige effecten. Het zou ruimte geven aan overheden om opdrachten exclusief te gunnen aan partijen met meer dan 30% mensen in dienst met een afstand tot de arbeidsmarkt. Het aantal ondernemingen dat daadwerkelijk 30% of meer kan realiseren zal erg klein zijn, wat leidt tot uitsluiting van het grootste deel van de ondernemingen en dat beperkt de concurrentie tussen ondernemingen sterk.

5. 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 NL ICT:

Nederland-ICT kan zich vinden in de keuze van het Ministerie van Economische Zaken (hierna 'EZ') om genoemde artikelen uit de Richtlijnen niet te implementeren. Naast de door EZ genoemde redenen komen de in art. 77 resp. art. 94 genoemde diensten niet voor binnen de ICT-branche.

6. Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Reactie NL ICT:

NL ICT heeft kennis genomen van een concept voorstel voor de tekst van de Europese eigen Verklaring, het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), zoals dat recent door de Europese Commissie is toegezonden aan de Lidstaten.

NL ICT heeft grote bezwaren tegen het Europese model. De reden hiervoor is dat daarin door de aanbestedende dienst veel informatie van ondernemers wordt gevraagd, veel meer dan het geval is op grond van de huidige model dat in ons land op grond van de Aanbestedingswet gehanteerd wordt. Uit de evaluatie van de Aanbestedingswet is naar voren gekomen dat de Eigen Verklaring uit die wet een niet onaanzienlijke lastenverlichting voor het bedrijfsleven tot gevolg heeft gehad. NL ICT is er groot voorstander van deze lastenverlichting te behouden met het oog op het toegankelijker maken van aanbestedingen voor het MKB. NL ICT schat in dat het positieve effect van de Eigen Verklaring vrijwel geheel teniet zal worden gedaan wanneer het nieuwe model, het UEA, verplicht wordt gesteld.

NL ICT ondersteunt dan ook de Nederlandse inzet die er volledig op is gericht dat het concept UEA wordt aangepast om te voorkomen dat de lasten zullen toenemen.

B. Overige inbreng van NL ICT op het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet:

7. Het opnemen van een nieuwe facultatieve uitsluitingsgrond in artikel 2.87 lid 1 sub g

Reactie NL ICT:

Deze facultatieve uitsluitingsgrond maakt het mogelijk om een inschrijver of gegadigde uit te sluiten die "blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht (...) en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties."

NL ICT verzet zich tegen invoering van deze nieuwe uitsluitingsgrond.

In zijn algemeenheid vraagt de branche organisatie zich af hoe deze bepaling in de praktijk geobjectiveerd kan worden. Harde criteria ontbreken nu zowel in concept bepaling als in de MvT. Om die reden voorziet NL ICT willekeur bij het toepassen van de bepaling door de aanbestedende diensten. Zo roept de voorgestelde bepaling de vraag op ten aanzien van wie deze geldt: Moet er op groepsniveau of op vennootschapsniveau een wanprestatie gepleegd zijn? Op groepsniveau is de kans groot dat er bij grote bedrijven die meerdere aanbestedingstrajecten hebben lopen er een keer iets mis gaat. Waar gehakt wordt vallen namelijk spaanders. De kans dat er bij een grote onderneming, waar meerdere aanbestedingstrajecten tegelijk lopen, in één van die trajecten eens iets voorvalt, is natuurlijk veel groter dan bij de kleinere partijen. Daarmee leidt de toepassing van de bepaling tot disproportionaliteit. Een andere vraag die opkomt is, wie beoordeelt concreet of er sprake is van een tekortkoming? Slechts een wanprestatie die door een onafhankelijke rechterlijke instantie als zodanig beoordeeld is, zou in aanmerking mogen komen voor toepassing van dit artikel.

Tenslotte, en wellicht ten overvloede, moet het gaan om een toerekenbare tekortkoming. Deze nieuwe voorgestelde uitsluitingsgrond geeft de mogelijkheid om veel eerder tot het oordeel 'tekortkoming' te komen dan de richtlijn toestaat. Uit overweging 101 bij de richtlijn volgt immers dat er sprake moet zijn van een *grove* wanprestatie.

“Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer.”

In het Nederlandse recht bestaat er geen wettelijk onderscheid tussen een “grove” wanprestatie en een “gewone” wanprestatie, maar deze zinsnede uit overweging 101 lijkt het argument te onderbouwen dat deze uitsluitingsgrond alleen ingeroepen mag worden wanneer het gaat om zeer ernstig feit, dat door de rechter bovendien als een toerekenbare tekortkoming beoordeeld is. Bovendien spreekt deze overweging over grote gebreken die de levering of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel en over wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. Deze vereisten zijn niet als zodanig terug te lezen in het wetsvoorstel, noch in de MvT.

Volgens de MvT hoeft de tekortkoming niet geconstateerd te worden bij dezelfde aanbestedende dienst. Sterker nog, de kring waarbinnen de tekortkoming geconstateerd is, is onbeperkt. Dat is buitengewoon onredelijk. Hiermee zet de wetgever de deur open voor roddel en achterklap. Iedere opdrachtnemer die eens de fout is ingegaan, kan door middel van ‘hear say’ ergens anders uitgesloten worden van een aanbesteding. Dit beperkt de eerlijke mededinging. Het feit dat de Europese wetgever de kring waarbinnen de tekortkoming geconstateerd is niet beperkt heeft, betekent niet dat de Nederlandse wetgever deze kring niet kan beperken.

Een ander punt waartegen NL ICT zich fel verzet, is de opmerking in de MvT dat “het denkbaar is dat met het oog op toepassing van dit criterium aanbestedende diensten een register bijhouden waarin de tekortkomingen van ondernemers worden geregistreerd”. Zo wordt een tekortkoming een stigma dat de onderneming tot drie jaar na de fout blijft achtervolgen. Dat is onredelijk en in het kader van de mededinging ook zeker niet wenselijk. Overigens noemt de Europese Richtlijn helemaal geen mogelijkheid voor het instellen van een register en ziet NL ICT dan ook geen enkele reden om een dergelijk register te noemen in de MvT.

8. Nieuw te implementeren artikel 2.87 lid 1 sub e: Uitsluiting onderneming van deelneming aan aanbestedingsprocedure als ultimum remedium.

Reactie NL ICT:

Indien een aanbestedende dienst een belangenconflict niet kan oplossen door bijvoorbeeld de personen die het belangenconflict betreft bij de aanbestedende dienst te vervangen of door het nemen van andere maatregelen, dan kan de aanbestedende dienst als *ultimum remedium* een onderneming van deelneming worden uitgesloten. Dat laatste bepaalt het nieuw te implementeren artikel 2.87 lid 1 sub e.

NL ICT verzet zich tegen opname van deze bepaling in de nieuwe Aanbestedingswet.

Het is onredelijk de gevolgen van het niet slagen van de maatregelen bij de aanbestedende dienst neer te leggen bij de onderneming door deze uit te sluiten van deelname aan de aanbesteding. Ook deze bepaling is lastig te objectiveren omdat er geen duidelijke afbakening en invulling van de

uitsluitingsgrond te vinden is. Ook de Mvt noemt geen criteria waar aan getoetst kan worden wanneer de aanbestedende dienst tot uitsluiting kan overgaan. Het risico is daarom groot dat de bepaling leidt tot willekeur en dat de aanbestedende dienst snel zal grijpen naar dit instrument van uitsluiting, aangezien het er nu op lijkt dat het de aanbestedende dienst zelf is die bepaalt of het voldoende en afdoende maatregelen genomen heeft en dat het dus tijd is om dit uiterste middel in te roepen. Invoering van deze bepaling is onwenselijk.

9. Nieuw te implementeren artikel 2.87a: Ondernemer kan zijn betrouwbaarheid bewijzen om uitsluiting te voorkomen.

Reactie NL ICT:

De wetgever wil ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun betrouwbaarheid te bewijzen jegens de aanbestedende dienst als uitsluiting op grond van (onder anderen) artikel 2.87 dreigt. De wetgever kiest er voor om de beslissing ten aanzien van het toereikend zijn van het bewijs aan de aanbestedende dienst zelf over te laten. Als de aanbestedende dienst van mening is dat er geen sprake is van toereikend bewijs, dan is de uitsluitingsgrond onverkort van toepassing. Ook deze bepaling werkt willekeur in de hand en een inschrijvende onderneming loopt zo het risico in het register te belanden waar de MvT over spreekt. Een onafhankelijke derde partij zou moeten beslissen of het bewijs overtuigend is. Bovendien is het voorstelbaar dat het bewijs dat de betrouwbaarheid kan ondersteunen, onder een geheimhoudingsplicht valt. In het geval van wanprestatie bijvoorbeeld, wordt er vaak op verzoek van de overheid tot een schikking gekomen. Die schikkingen vinden plaats in vertrouwelijkheid en er rust op de deelnemende partijen een geheimhoudingsplicht. Dit maakt het lastig om de schikking als bewijs in te dienen. Bovendien kan deze bepaling in de hand werken dat de aanbestedende dienst gaat beoordelen of de getroffen maatregelen bij een bedrijf geschikt zijn om fouten in de toekomst te voorkomen. Dat gaat te ver: de aanbestedende dienst bemoeit zich dan met de interne bedrijfsvoering van de onderneming.

NL ICT verzet zich tegen invoering van dit wetsartikel.