

ONAFHANKELIJK TOEZICHT EN ADEQUATE HANDHAVING

MARMOS
Bodemmanagement

Geert Adegeeststraat 4
3059 TA Rotterdam
tel. 010-2202926
marmos@marmos.nl

REACTIE INTERNETCONSULTATIE WETSVOORSTEL RECHTSBESCHERMING BIJ AANBESTEDEN *Marnix Mosselman, 28 september 2023*

Inleiding

In overheidsopdrachten gaat veel geld om. Heel veel publiek geld. Meestal gaat dat goed. En waar gewerkt wordt gaan dingen ook wel eens minder perfect. Maar als het echt misgaat bij de aanbesteding van overheidsopdrachten, dan worden niet alleen individuele ondernemers gedupeerd, maar eigenlijk ook de samenleving als geheel.

Een berucht probleem is sinds jaar en dag het samenvoegen van opdrachten tot buitenproportionele mega-opdrachten waarbij het midden- en kleinbedrijf op achterstand wordt gezet. Er is een serieus nalevingstekort van het clusterverbod uit artikel 1.5 van de Nederlandse Aanbestedingswet.

Als het misgaat bij aanbestedingen, bij de verstrekking van overheidsopdrachten, schiet de rechtsbescherming te kort. Er is in dat geval in Nederland namelijk geen onafhankelijk toezichthouder, met opsporingsbevoegdheid en doorzettingsmacht, die over de grenzen van organisaties en boekjaren heen kijkt.

Voor het niet instellen van een onafhankelijk toezichthouder zijn door de jaren heen vooral drogredenen aangevoerd.

Op 9 maart 2016 hebben de Kamerleden Bruins en Gesthuizen een motie ingediend over onafhankelijk toezicht bij aanbestedingen *overwegende dat het stellen van disproportionele geschiktheidseisen en het onnodig clusteren van opdrachten leiden tot het uitsluiten van een deel van de markt en een ongewenste inperking van concurrentie bij aanbestedingen* (34329-20). Helaas is die motie destijds aangehouden en vervolgens in een zwart gat verdwenen.

Als aanbestedende diensten (bestuursorganen die publiek geld uitgeven) creatief omgaan met aanbestedingsregels – ten voordele van de één, maar ten nadele van de ander – dan rust het probleem op de schouders van individuele benadeelde ondernemers. In beleidstaal wordt dat *“privaatrechtelijke handhaving”* genoemd.

Uit het nu geconsulteerde wetsvoorstel rijst vooral het beeld van een procedureel moeras. Je moet als ondernemer precies op het juiste moment klagen. Niet te vroeg (en niet in vakantietijd) en zeker niet te laat. Maar wel eerst vragen en dan klagen.

De focus van dit wetgevingstraject moet niet liggen op het reguleren van de omgang met al het kleinere ongerief. Juist de grovere schendingen van het aanbestedingsrecht moeten worden aangepakt.

Als kleine ondernemer heb ik vrijwel uitsluitend decentrale overheden als opdrachtgever. Ik ben mijn opdrachtgevers dankbaar voor het vertrouwen en de prettige samenwerking door de jaren heen.

Maar ik wil ook weleens een kers en lijk slagroom van de landelijke taart. Zo ook afgelopen voorjaar. Ik stuitte daarbij op de raamovereenkomsten BADI. Op dit moment loopt de Europese aanbesteding voor BADI-3. Ik heb op het juiste moment gevraagd en geklaagd. Ik laat u via deze reactie op de internet-consultatie graag meekijken in deze praktijkcasus.

Op basis van een aantal ervaringen sinds het begin van de eeuw is het mijn overtuiging dat bij grovere schendingen van het aanbestedingsrecht klachtprocedures niet volstaan, maar dat hiervoor een onafhankelijk toezichthouder moet worden aangesteld, bijvoorbeeld onder te brengen bij de ACM, waarbij ook adequate handhaving moet plaatsvinden.

Invulling artikel 83 Handhaving van Richtlijn 2014/24/EU schiet te kort

De Europese Aanbestedingsrichtlijn kent een artikel 83 Handhaving (Enforcement). Het is een afgezwakte versie van het oorspronkelijke voorstel waarin een onafhankelijk toezichthouder werd voorgeschreven. De Algemene Rekenkamer was destijds kritisch over dit afzakken. Maar de Nederlandse regering heeft destijds gelobbyd tegen strengere toezichtsregels, naar verluid samen met IPO en VNG.

Uit artikel 83:

Met het oog op een correcte en efficiënte uitvoering zien de lidstaten erop toe dat ten minste de in dit artikel genoemde taken worden verricht door één of meer autoriteiten, instanties of structuren. (...)

De lidstaten zorgen ervoor dat de toepassing van de regels voor overheidsopdrachten wordt gecontroleerd.

Over deze controle moet Nederland net als alle andere lidstaten elke 3 jaar rapporteren in een toezichtsrapport.

Van belang is ook Overweging 121 van Richtlijn 2014/24/EU:

*De evaluatie heeft uitgewezen dat er nog veel ruimte is voor verbetering bij de toepassing van de regels inzake overheidsopdrachten van de Unie. Het is van essentieel belang, met het oog op een meer efficiënte en consistente toepassing van de regels, een goed beeld te krijgen van de mogelijke structurele problemen en van de algemene patronen in het nationale beleid inzake overheidsopdrachten, om die problemen doelgericht te kunnen ondervangen. **Hiertoe moet worden voorzien in deugdelijk toezicht**, waarvan de resultaten regelmatig openbaar worden gemaakt, zodat met kennis van zaken kan worden gesproken over mogelijke verbetering van de regels en praktijken inzake overheidsopdrachten.*

...

Het moet mogelijk zijn eventuele problemen onder de aandacht van de juiste instanties te brengen

Dan moeten die 'juiste instanties' er wel zijn.

En verder Overweging 122:

Burgers, al dan niet georganiseerde belanghebbenden, en andere personen of instanties die geen toegang hebben tot beroepsprocedures overeenkomstig Richtlijn 89/665/EEG, hebben, als belastingbetaler, niettemin een rechtmatig belang bij deugdelijke aanbestedingsprocedures. Zij dienen derhalve de mogelijkheid te hebben om, anders dan via de beroepsprocedure op grond van Richtlijn 89/665/EEG, en zonder dat zij zelf in rechte hoeven te kunnen optreden, mogelijke schendingen van deze richtlijn te melden aan een bevoegde autoriteit of organisatie.

Dit laatste perspectief komt nog nergens terug.

In het o.b.v. artikel 83 voorgeschreven toezichtsrapport over 2018, 2019, 2020 staat onder 3.2 System for monitoring and control of public procurement slechts:

Governmental bodies – acting in their role as contracting authorities – are subject to political and financial control

En verder wordt de ACM als volgt genoemd:

Furthermore, the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) monitors and investigates fraud, collusion, corruption and conflicts of interest in procurement procedures.

Dat is maar voor een deel het geval. De ACM ziet alleen toe op het gedrag van ondernemers vanuit het perspectief van de Mededingingswet, inclusief bestuursrechtelijk toezicht op overheden wanneer die marktactiviteiten ontplooiën. De ACM heeft nu geen toezichthoudende rol op aanbestedende diensten die de mededinging kunstmatig beperken door de Aanbestedingswet niet correct na te leven.

ACM als onafhankelijk toezichthouder voor aanbestedingen?

De optie om de taak van onafhankelijk toezichthouder op aanbestedingen bij de ACM onder te brengen zou serieus onderzocht moeten worden. Natuurlijk kan daarbij expertise van de Commissie van Aanbestedingsexperts overgeheveld worden naar ACM.

Het heeft veel raakvlak met de toezichttaken die de ACM nu al vervult en er hoeft geen nieuwe instantie te worden opgetuigd. Er zijn situaties denkbaar waarin zowel de rol van de aanbestedende dienst als de rol van betrokken ondernemers onder de loep genomen moet worden (en van tevoren niet duidelijk is wie al of niet in het beklagdenbankje hoort).

De raamovereenkomsten van BADI zijn zo omvangrijk dat zelfs de grootste bedrijven die niet zelfstandig kunnen uitvoeren en dus met combinaties van meerdere bedrijven inschrijven. Bij combinatievorming komt het mededingingsrecht om de hoek kijken. ACM zou als toezichthouder kunnen beoordelen of de aanbestedende diensten situaties creëren die vanuit het perspectief van het Mededingingsrecht minder wenselijk zijn (zoals het in de hand werken van combinaties die niet aan de uitzonderingscriteria uit artikel 7 van de Mededingingswet voldoen).

Belangrijk is dat een toezichthouder opsporingsbevoegdheden heeft. Een individuele ondernemer heeft in de praktijk niet de mogelijkheden om onderzoek te doen en bewijsstukken in handen te krijgen. Woo-procedures duren lang. Inschrijvingen van winnende concurrenten zijn niet te controleren omdat aanbestedende diensten zich erop beroepen dat het om bedrijfsvertrouwelijke gegevens gaat.

Paragraaf 7.3.2 van het rapport van Kwink (op 12 juli 2019 naar de Tweede Kamer gestuurd) bevat een goede beschrijving van het instellen van een toezichthouder of aanbestedingsautoriteit.

Als beer op de weg wordt daarin gezien dat de toepasselijkheid van het bestuursrecht in beeld komt. Ik zie dat niet als een probleem (integendeel). Als de ACM bestuursrechtelijk toezicht kan houden op een overheid die marktactiviteiten ontplooit dan kan de ACM toch ook bestuursrechtelijk toezicht houden op een overheid die met publiek geld overheidsopdrachten verstrekt?

En dat de wet daarvoor moet worden aangepast, daar zijn we nu toch ook mee bezig?

Eén van de drogredenen die ik ben tegengekomen om geen onafhankelijk toezichthouder in te stellen is, dat het maar raar en ongebruikelijk zou zijn om andere overheden lasten onder dwangsom op te leggen. Hoezo ongebruikelijk, in het milieurecht kan het toch ook? Er zijn tal van voorbeelden waarin inspecties toezicht houden op de overheid, zo houdt de ILenT toezicht op de eigen werken van Rijkswaterstaat. En er bestaat ook nog zoiets als interbestuurlijk toezicht.

Een paar jaar geleden is de ILenT honderden gemeenten afgegaan over het samenvoegen van grond. Dan moet toezicht op aanbestedende diensten die opdrachten samenvoegen toch ook mogelijk zijn?

Ik acht de ACM zeer wel in staat om het kaf van het koren te scheiden. Want de onafhankelijk toezichthouder moet zich niet bezig houden met het kleinere ongerief maar focus leggen op de meer structurele zaken die de teleurstelling van de individuele inschrijver overstijgen:

De niet-pluis-aanbestedingen waar je als ondernemer wel erg getergd moet zijn, en tegelijk goed ingewijd maar zelf niet gecompromitteerd om er werk van te maken. De schijnconstructies die plaatsvinden in complexe structuren. Het buiten het zicht van de controle houden door overheidsopdrachten via stichtingen of koepelorganisaties van decentrale overheden te laten lopen.

Ter illustratie enkele citaten uit verslagen van de voormalige stuurgroep ob&g (een stuurgroep met vertegenwoordigers van de Rijksoverheid, koepelorganisaties van decentrale overheden en VNO/NCW).

2. Verslag vorige keer

[redacted]: blz 2 hoe staat het met contract [X]. [redacted] wordt aan gewerkt, moet in subsidieregeling stichting worden gebracht. Komt goed.

[redacted] attendeert VNG om ook kosten voor [X] periode aug-dec 2017 tijdig, ofwel < 15-12-2016 te factureren aan RWS, zodat dit op UP-budget 2016 wordt gerealiseerd.

Verslag stuurgroep ob&g, 8 december 2016. Ten overvloede: [X] is twee keer dezelfde persoon.

7c:Voortgang opdracht Bodembeheer van de Toekomst

[5.1.2e] geeft aan dat de voortgang voor opdrachtverlening stagneert. Er is geen eigenaar voor deze opdracht die krachtig optreedt om deze opdracht te regelen.

[5.1.2e] geeft aan dat het gaat om fase 2 en fase 3. Voorkeur van UP, RWS-Inkoop en het projectteam BvdT is om een gunning uit de hand te doen aan VNG. VNG is gevaagd of zij dit willen faciliteren. VNG heeft RWS -Inkoop gevraagd een nadere toelichting te geven over de voorwaarden. Dat dit proces veel tijd vraagt ligt niet

Verslag stuurgroep ob&g, 28 mei 2020. Een onafhankelijk toezichthouder zou de vraag kunnen stellen: Is 'projectteam BvdT' in bovenstaand citaat een opdrachtgever of een opdrachtnemer?

En even verderop in hetzelfde verslag:

[5.1.2e] geeft aan dat misschien ook gekeken moet worden om de opdracht anders te regelen. Tot nu toe zijn we creatief geweest en hebben we tot nu toe zaken kunnen regelen.

[5.1.2e] sluit zich aan bij het voorstel van [5.1.2e]. We worden geconfronteerd met deze constructie. Als een voorstel niet past binnen de aanbestedingsregels, moet het voorstel aangepast worden zodat het wel past. We kunnen en willen de aanbestedingsregels niet aanpassen.

Ook adequate handhaving

Moedwillige, grove schendingen van het aanbestedingsrecht moeten (als ambtsmisdrijf) via het strafrecht aangepakt kunnen worden:

- het gaat om publiek geld, vaak veel publiek geld;
- niet alleen individuele belanghebbenden worden gedupeerd, maar ook de samenleving als geheel wordt benadeeld;
- de pakkans is laag: het is moeilijk aan het licht te brengen en de bewijsvoering is geen sinecure;
- de schade herstellen is niet meer mogelijk als het kwaad eenmaal is geschied.

Zo zou bijvoorbeeld overtreding van artikel 1.10a van de Aanbestedingswet strafbaar gesteld kunnen worden.

BADI: een voorbeeld van een flagrante schending van het Clusterverbod

De raamovereenkomst Beleidsadvies- en Ingenieursdiensten (BADI) van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en van het Ministerie van BZK is zo omvangrijk, dat zelfs de grootste bedrijven die niet zelfstandig kunnen uitvoeren. Het moge duidelijk zijn dat dat niet in het voordeel is van het midden- en kleinbedrijf. Feitelijk komt het erop neer dat kleinere bedrijven alleen nog adviesopdrachten voor het Ministerie van I&W mogen uitvoeren als onderaannemer van een beperkt aantal grootste adviesbureaus. En voor het geval er meegelezen wordt in Brussel: voor bedrijven uit andere lidstaten wordt hiermee ook niet de rode loper uitgerold.

Ter illustratie een uitsnede uit de Nota van Inlichtingen 1 van BADI-2 d.d. 1 oktober 2021 (vraag 70)

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Wat is de bedoeling /achtergrond van deze keuzes (zo'n groot perceel 2, slechts 7 contractanten en 80% aanbiedingsplicht)?</p> <p>Hoe kan het MKB nog een kans krijgen deel te nemen in dit contract, behalve dan door met hele grote, onhandelbare consortia te gaan werken?</p> | <p>Aanbestedende dienst wenst partijen te contracteren die daadwerkelijk (kunnen) aanbieden op Nadere Offerteaanvragen. In de afgelopen jaren is gebleken dat te veel Nadere Offerteaanvragen onbeantwoord zijn gebleven (veel no-bids). Aanbestedende Dienst wil af van deze vrijblijvendheid.</p> <p>Door creatief en ondernemend te zijn.</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Wat er allemaal onder die raamovereenkomst valt? Je kunt beter vragen wat er niet onder valt.

Zie de aanbestedingsdocumenten van BADI-3 voor een niet-limitatief overzicht wat er allemaal onder valt.

Antwoord uit de Nota van Inlichtingen van vorige week:

Aanbestedende dienst gaat dit niet verder limiteren

Zo creëert de aanbestedende dienst wel erg een carte blanche voor zichzelf. BADI lijkt vooral een administratieve constructie om alle opdrachten exclusief binnen een handjevol grootste bedrijven aan te besteden. Terwijl die enerzijds moeite hebben om binnen de gestelde voorwaarden te leveren worden anderzijds honderden bedrijven volledig uitgesloten van rechtstreekse opdrachten voor het ministerie.

En wat nou zo gek is: ik ben in de aanbestedingsdocumenten van BADI-3 niks over tarieven tegengekomen. Daar wordt helemaal niets over vastgelegd. Prijs is geen onderdeel van de criteria. Ik wil niemand op ideeën brengen, maar dat is de kat op het spek binden.

Je zou BADI kunnen framen als een aanbestedingsfraude van € 150.000.000 (BADI-2) respectievelijk € 276.000.000 (BADI-3). Maar stel dat met een fijnmaziger marktbenadering dezelfde of meer maatschappelijke waarde zou worden gecreëerd voor 10% lagere kosten dan praat je bij BADI-3 nog altijd over een bedrag van € 27.600.000 publiek geld.

Ik twijfel er namelijk niet aan dat BADI-3 – waarvan de Europese aanbesteding nu loopt – o.a. in strijd is met het clusterverbod.

Ik heb eerst gevraagd en nu vandaag geklaagd. Voor morgenmiddag 12 uur moet ik nog even de volgende vraag indienen voor Nota van Inlichtingen 2:

Over deze aanbesteding is een klacht ingediend bij de ministers Harbers en De Jonge. Wat heeft dit voor consequenties voor de verdere aanbestedingsprocedure, met name als de klacht gegrond blijkt?

Ik vind dit een goede praktijkcasus voor rechtsbescherming bij aanbesteden:

- hoe werkt het nu onder het huidige kader;
- hoe pakt het straks uit op basis van het nieuwe wetsvoorstel (vergelijkbaar met de 'botsproeven' die zijn uitgevoerd bij de invoering van de Omgevingswet);
- op welke punten zou een onafhankelijk toezichthouder kunnen (of moeten) ingrijpen.

Daarom heb ik de klacht die ik vandaag heb ingediend toegevoegd aan deze reactie op de internetconsultatie.

Aan:
De heer M.G.J. Harbers
Minister van Infrastructuur en Waterstaat
Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat
Postbus 20901
2500 EX Den Haag

MARMOS
Bodemmanagement

Geert Adegeeststraat 4
3059 TA Rotterdam
tel. 010-2202926
marmos@marmos.nl

Kenmerk Marmos: U23-021
Uw kenmerk: -
Datum: 28 september 2023

Betreft: Onrechtmatig samenvoegen (clusteren) van opdrachten in disproportionele raamovereenkomsten BADI-2 en BADI-3

Geachte heer Harbers,

Op dit moment loopt de Europese aanbesteding voor de raamovereenkomst Beleidsadvies- en Ingenieursdiensten 3 (BADI-3). Eind vorige week is hiervan de eerste Nota van Inlichtingen (NvI) gepubliceerd op TenderNed. In deze raamovereenkomst wordt – net als in de voorganger BADI-2 – een groot aantal opdrachten samengevoegd (geclusterd). Het onnodig samenvoegen van opdrachten is verboden. Deze clustering, in combinatie met disproportionele eisen, dupeert honderden MKB-bedrijven die de toegang tot opdrachten van het Ministerie van I&W (maar ook van het Ministerie van BZK) feitelijk ontzegd wordt.

Zelf ben ik daar eerder dit jaar mee geconfronteerd nadat ik de landelijke PFAS-coördinator een brief had gestuurd met aan het eind van de brief het verzoek om in aanmerking te komen voor een op handen zijnde opdracht over PFAS en seaspray. Op 20 juli 2023 heb ik daarover bijgevoegde brief met kenmerk U23-016 gemaïld aan het Klachtenmeldpunt aanbesteden van uw Ministerie. Op dat moment kon mijn klacht niet behandeld worden: omdat BADI-2 al geruime tijd loopt *“zullen nadere overeenkomsten en reeds verstrekte opdrachten als rechtmatig en doelmatig worden beoordeeld.”* Aangegeven werd dat ik mij beter op BADI-3 kan richten.

In mijn brief van 20 juli 2023 ben ik al ingegaan op proportionaliteit van raamovereenkomsten, met citaten uit de Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU (overweging 61), de Nederlandse Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Deze citaten zijn nog steeds toepasselijk en zijn onderdeel van de klacht die ik nu indien.

Op de volgende pagina's ga ik verder in op:

- het clusterverbod uit artikel 1.5 van de Nederlandse Aanbestedingswet
- het (zonder vereiste motivatie) samenvoegen van opdrachten in BADI-2 en BADI-3
- proportionaliteit
- te weinig transparantie over BADI-2

Het clusterverbod uit artikel 1.5 van de Nederlandse Aanbestedingswet

In principe wil ik niet herhalen wat ik al opgeschreven heb in mijn brief van 20 juli 2023, maar ik kopieer nog maar eens artikel 1.5 van de Aanbestedingswet waarin het clusterverbod is opgenomen:

- 1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:
 - a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;*
 - c. de mate van samenhang van de opdrachten.**
- 2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.*

Het gaat hier om wetgeving waar de Tweede Kamer (onze democratisch gekozen volksvertegenwoordigers) in 2012 expliciet voor gekozen heeft middels het amendement Verhoeven-Gesthuizen. In het Kamerdebat van 1+2 februari 2012 hebben vrijwel alle deelnemende fracties zich uitgesproken tegen het onnodig clusteren van publieke opdrachten en daarmee benadelen van het midden- en kleinbedrijf.

In de Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 28 maart 2011 (Kamerstuk 32440-10) staat:
Een grootschalig raamcontract kan in meerdere kleine percelen worden opgeknipt, zodat ook kleine ondernemers rechtstreeks voor de rijksoverheid kunnen werken. Het kabinet hecht hier grote waarde aan. In het Regeerakkoord is opgenomen dat cluster- en raamcontracten zullen worden teruggedrongen.

In de tweede termijn van het Kamerdebat op 2 februari 2012 heeft toenmalig Minister Verhagen expliciet bevestigd dat bovenstaande regels over clusteren ook gelden voor raamovereenkomsten.

In de vragen voor de NvI van BADI-3 eerder deze maand heb ik al verwezen naar de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat het ontbreken van de motivatie voor het samenvoegen van opdrachten reeds geldt als een onrechtmatige daad (Eerste Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32440 C).

In voornoemd Kamerstuk staat:

In het wetsvoorstel wordt bepaald op welk moment de motivering gegeven dient te worden. In artikel 1.4 is bepaald dat dit op verzoek van de ondernemer moet gebeuren. In artikel 1.5 is bepaald dat de motivering in de aanbestedingsstukken moet worden opgenomen. Verder biedt het wetsvoorstel geen nadere vormvereisten aan de motivering. De motiveringsplicht houdt in dat de feiten moeten kloppen en de motivering logisch en begrijpelijk moet zijn. Ook moet voor een ondernemer duidelijk zijn hoe de aanbestedende dienst tot zijn besluit is gekomen. Een onvoldoende motivering kan inderdaad betekenen dat sprake is van een onrechtmatige daad.

Het (zonder verelste motivatie) samenvoegen van opdrachten in BADI-2 en BADI-3

Het is evident dat in BADI-2 en BADI-3 sprake is van het samenvoegen van opdrachten.

In de aanbestedingsgeschriften bezondigt de aanbestedende dienst zich aan het creatief omgaan met de waarheid:

Uit het beschrijvend document van BADI-2:

1.3 Samenvoegen/ Perceelvorming

Er worden geen opdrachten samengevoegd, conform inkoop- en aanbestedingsregelgeving is er een verbod op samenvoegen en een gebod op indeling in percelen; hierna als inkoopterm 'thema's' te lezen en vice versa voor percelen.

Uit het beschrijvend document van BADI-3:

1.3 Samenvoegen/ Perceelvorming

De twee inkooppakketten beleidsadvies- en ingenieursdiensten worden samengevoegd. Het betreft hier gelijksoortige opdrachten welke een grote mate van samenhang kennen.

De op grond van artikel 1.5 van de Aanbestedingswet vereiste motivatie voor het samenvoegen van opdrachten ontbreekt in zowel de aanbestedingsdocumenten van BADI-2 als van BADI-3.

BADI-3 bestaat uit 4 percelen (thema's) en binnen elk perceel/thema worden zowel beleidsadvies- als ingenieursdiensten samengevoegd. Die samenvoeging vereist al motivatie conform artikel 1.5. Enkel beweren dat beleidsadviesdiensten en ingenieursdiensten gelijksoortig zouden zijn en een grote mate van samenhang kennen volstaat niet.

Maar er is in BADI-3 in meerdere opzichten sprake van samenvoegen van opdrachten:

- opdrachten van verschillende ministeries (I&W en BZK) worden samengevoegd. Uit de beantwoording van vraag 128 in de Nvl over uitvraag, afhandeling en facturatie van opdrachten blijkt dat er sprake is van verschillende inkoopuitvoeringscentra;
- er worden opdrachten van verschillende organisatie-onderdelen van I&W samengevoegd, waaronder ILenT die als inspectie een onafhankelijke positie heeft – ook ten opzichte van andere organisatie-onderdelen van het ministerie;
- in het antwoord van vraag 026 van de Nvl staat *product en inhuur zijn samengevoegd*. In het antwoord bij vraag 178 Nvl staat *Onder de Raamovereenkomst zullen zowel resultaatsopdrachten (meervoud) als inhuuropdrachten (meervoud) worden uitgevraagd*. Inhuur (detachering) en producten met resultaatverplichting zijn in mijn ogen ongelijksoortige opdrachten;
- Heel triviaal: als onder de raamovereenkomst 100 nadere overeenkomsten (NOK) worden gesloten dan is dat het samenvoegen (clusteren) van 100 opdrachten. In de aanbestedingsdocumenten staat op verschillende plaatsen *opdrachten* in meervoudsvorm.

Proportionaliteit

De wet beschouwt het proportionaliteitsbeginsel als een van de dragende beginselen van aanbestedingsrecht. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.

(citaat uit Gids proportionaliteit, blz. 3)

Ik stel mij op het standpunt dat de eisen en voorwaarden proportioneel moeten zijn voor elke afzonderlijke opdracht (NOK) uit de raamovereenkomst.

Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om bij het ontwerp van de aanbesteding proportionaliteit in acht te nemen. Het is aan de aanbestedende dienst om de proportionaliteit te motiveren. In antwoord 164 van de NvI wordt het echter omgedraaid en wordt de verantwoordelijkheid om disproportionaliteit aan te tonen (motiveren) bij de potentiële inschrijver gelegd.

In antwoord 164 staat verder het volgende:

Voor deze ROK acht Aanbestedende dienst alle gestelde eisen proportioneel. Dat er wellicht incidenteel een NOK wordt uitgezet die niet alle elementen waarop die eisen voorzien bevat, doet daar niet aan af.

Ik betwijfel of dit daadwerkelijk per NOK het geval zal zijn, zeker wat de referentie-eisen met bijbehorende omzet betreft. Er wordt een dusdanige waslijst aan eisen gesteld dat ik het disproportioneel vind om die allemaal uitputtend te moeten ontrafelen.

Ik beperk mij hier tot enkele antwoorden uit de NvI op vragen die betrekking hebben op proportionaliteit:

Vraag 167:

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Voorwaarde geldig CO2-bewust certificaat Kunt u de relevantie en proportionaliteit hiervan motiveren in relatie tot de inhoud van de geclusterde opdrachten? In het bijzonder ten aanzien van onderaannemers die geen zekerheid hebben over de mate waarin zij worden ingezet. | Aanbestedende dienst vindt CO2 reductie zeer belangrijk. Zie antwoord vraag 345 Bij vraag 345: Bij Inschrijving hoeven de Onderaannemers hier niet aan te voldoen. Voorafgaand aan het sluiten van een Nadere Overeenkomst dient uiteengezet te worden hoe bij de uitvoering van de Nadere Overeenkomst de toepassing door derden of Onderaannemers wordt geborgd. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

“Aanbestedende dienst vindt CO2 reductie zeer belangrijk” is geen antwoord op de gestelde vraag over relevantie en proportionaliteit.

Dat iets beleidsmatig belangrijk gevonden wordt betekent nog niet automatisch dat het proportioneel is om eisen daarover op te nemen. Dan zou bijv. BZK kunnen stellen de democratische rechtsstaat zeer belangrijk te vinden en daarom referenties kunnen vragen over het controleren van de macht.

Vraag 171:

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>In de toekenning van scores worden punten toegekend voor de door de inschrijver op voorhand toegezegde “social return on investment” (SROI). Om te beginnen mogen alleen eisen worden gesteld die verband houden met de inhoud van de opdracht. Kunt u de relevantie en proportionaliteit hiervan derhalve toelichten toegespitst op de inhoud van de geclusterde opdrachten? Daarnaast valt op voorhand niet te controleren hoeveel SROI een inschrijver daadwerkelijk zal realiseren, terwijl het opgegeven percentage wel zwaar weegt in de puntentoekening. Wat als aan het eind van de rit het percentage bij een winnende inschrijver toch lager blijkt (en hierdoor een andere inschrijver ten onrechte buiten de boot is gevallen) Kunt u hier nader op ingaan, gelet op artikel 1.10 van de Aanbestedingswet?</p> | <p>Het is rijksbeleid dat social return wordt verknoot met rijksopdrachten. Aanbestedingsrechtelijk is het toegestaan om sociale doelen te verknopen met overheidsopdrachten. Aanbestedende dienst zal de social return-verplichting blijven monitoren en daar waar noodzakelijk verdere acties ondernemen conform contractvoorwaarden.</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Allereerst wordt er gesproken over “rijksbeleid” zonder dat duidelijk is waar dit beleid is vastgelegd.

Als het aanbestedingsrechtelijk toegestaan is om sociale doelen te verknopen met overheidsopdrachten geldt nog steeds dat er een relatie dient te zijn met de aard van de aan te besteden opdracht en geldt nog steeds het proportionaliteitsbeginsel.

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
(artikel 1.10 Aanbestedingswet)

Vraag 179:

Hier is gevraagd om de proportionaliteit eis KC6 van Thema D te motiveren o.b.v. het voorwerp van de opdracht.

Als antwoord wordt gegeven dat het voor de Aanbestedende dienst onduidelijk is wat met deze vraag exact bedoeld wordt.

Vraag 180:

Over Thema D, KC3

*Aantoonbare kennis en ervaring m.b.t. het integreren van duurzaamheid (v.w.b. de onderwerpen klimaatmitigatie, -adaptatie, circulaire economie, biodiversiteit) bij de uitvoering van resultaatgerichte (onderzoeks-)opdrachten ((MKBA)analyse, MER-beoordeling, meting, (MIRT)verkenning, etc.). Op het referentieformulier dient inschrijver nader toe te lichten **dat** en **hoe** ze dit hebben geïntegreerd.*

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| In menig adviesopdracht over bodem en ondergrond spelen de onderwerpen klimaat-mitigatie, -adaptatie, circulaire economie, biodiversiteit geen rol. Kunt u de proportionaliteit van deze eis motiveren o.b.v. het voorwerp van de opdracht? | In het rijksbeleid voor bodem en ondergrond is het verband met klimaat, biodiversiteit en circulaire economie niet weg te denken. KC3 is hiermee een essentiële eis. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Ook hier geen antwoord/motivatie op de vraag over proportionaliteit.

Te weinig transparantie over BADI-2

Inzicht in de onder BADI-2 verstrekte opdrachten is om twee redenen van belang:

- dit geeft weliswaar geen exact, maar wel een globaal beeld van de te verwachten opdrachten in BADI-3;
- controleerbaarheid (bijvoorbeeld vanwege vraag 175 uit de Nvl)

In vraag 173 is om een dergelijk overzicht gevraagd. Het antwoord is dat aanbestedende dienst geen overzicht BADI-2 zal verstrekken, *aangezien de thema beschrijvingen gewijzigd zijn.*

Het gaat in BADI-3 om eenzelfde totaalpakket aan opdrachten. Dat de opdrachten onder BADI-3 een beetje anders verkaveld zijn dan in BADI-2 doet daar niet aan af. Daar kan de potentiële inschrijver wel doorheen kijken. En het is informatie waar consortia die onder BADI-2 gecontracteerd waren wel beschikken.

Hoogachtend,

Marnix Mosselman
Marmos Bodemmanagement

Klachtenmeldpunt aanbesteden
Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat
klachten.inkoop@minienw.nl

MARMOS
Bodemmanagement

Geert Adegeeststraat 4
3059 TA Rotterdam
tel. 010-2202926
marmos@marmos.nl

Kenmerk Marmos: U23-016
Uw kenmerk: -
Datum: 20 juli 2023

Betreft: Geen eerlijke kans op opdracht over PFAS en seaspray

Geachte heer, mevrouw,

Op 22 april 2023 heb ik bijgevoegde brief gestuurd aan _____ namens de Rijksoverheid. Daarin heb ik expliciet verzocht om in aanmerking te komen om offerte uit te brengen voor een 'verkenning' voor onderzoek naar seaspray.

Ik had er lucht van gekregen dat dit speelde tijdens een overleg bij de provincie Zeeland op 12 april 2023. In opdrachten voor waterschap Scheldestromen en voor de gemeenten langs de noordkant van de Westerschelde heb ik de nodige ervaring opgedaan over dit onderwerp. In februari heb ik ideeën op papier gezet over verder onderzoek naar PFAS en seaspray.

Helaas heb ik geen eerlijke kans gekregen op een dergelijke opdracht. Zelfs het gesprek aangaan is tot dusverre te veel gevraagd.

Op 24 mei 2023 ontving ik van _____ een antwoordmail op mijn brief aan de landelijke PFAS-coördinator. Daarin schreef hij onder andere:

Het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat zet dergelijke opdrachten uit binnen de geldende raamovereenkomst voor Advies- en Ingenieursdiensten (BADI). Afhankelijk van de opdrachtwaarde wordt aan één of alle partijen binnen deze raamovereenkomst gevraagd een offerte uit te brengen. Het is niet mogelijk om buiten deze raamovereenkomst opdrachten te gunnen.

Op 5 juli 2023 ontving ik vanuit Rijkswaterstaat een e-mail met de volgende tekst:

In het kader van onderzoek naar seaspray heeft het ministerie IenW een opdracht verstrekt aan Arcadis om een verkenning uit te voeren en een onderzoeksvraag op te stellen naar het fenomeen seaspray en PFAS

Ihkv de dijkverzwaring Hansweert zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd. Tijdens afstemming over de Bkk hebben we meermaals stilgestaan bij seaspray.

Onderzoek is verricht op verschillende locaties landinwaarts op een lijn (een raai min of meer) kan ik me herinneren.

Graag zou ik de onderzoeksresultaten van de dijkversterking irt PFAS ter beschikking willen stellen aan Arcadis voor de verkenning. Dit kan helpen meer grip te krijgen op het geheel.

Natuurlijk wil ik niet oncollegiaal zijn richting Arcadis en sta ik ook open voor samenwerking met Arcadis. Maar eerst boter bij de vis.

Ik wil er werk van maken dat ik geen eerlijke kans heb gekregen op deze opdracht en geen toegang krijg tot landelijke trajecten over het onderwerp PFAS en seaspray.

Dit raakt namelijk niet alleen zakelijke, aanbestedingsrechtelijke belangen (waarbij bovendien al meer is voorgevallen in de afgelopen decennia). Er zit ook een immateriële kant aan. Het raakt ook mijn persoonlijke, academische belangen.

In mijn ogen moet het best mogelijk zijn om mij tegemoet te treden en tot een oplossing te komen. Ik hoop dat bereid is daartoe het gesprek aan te gaan. In de komende tijd zal ik daarvoor contact zoeken met

In ieder geval zou ik graag spoedig het volgende vernemen:

- De inhoud van de opdracht die is uitgezet over PFAS en seaspray (de uitvraag)
- de waarde van de aan Arcadis verstrekte opdracht over PFAS en seaspray

Formeel staat hier 15 dagen voor, maar het zou prettig zijn als dit – ondanks de vakantieperiode – sneller kan.

Proportionaliteit van raamovereenkomsten

Voor het geval er geen bereidwilligheid is / we niet tot een oplossing komen wil ik nu al stil staan bij de in mijn optiek disproportionele raamovereenkomsten van uw ministerie.

Advieswerkzaamheden zijn naar hun aard zeer divers en dus ongelijksoortig.

Bij Rijkswaterstaat speelt al langer het probleem van clustering van advieswerkzaamheden in raamovereenkomsten, waarbij een groot deel van de markt buiten spel wordt gezet. Marktvershraling was ook de initiële opzet van de zogeheten “*samenwerkingsovereenkomsten ingenieursdiensten*”. Rijkswaterstaat wilde destijds het aantal bedrijven dat opdrachten uitvoerde voor Rijkswaterstaat inperken. Gedupeerden hebben niet de middelen en informatiepositie om hier adequaat tegen op te komen.

Graag attendeer ik op Overweging 61 uit Richtlijn 2014/24/EU:

Raamovereenkomsten mogen niet oneigenlijk worden gebruikt of worden gebruikt om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. De aanbestedende diensten mogen op grond van deze richtlijn niet verplicht zijn om onder een raamovereenkomst vallende werken, leveringen of diensten, volgens deze raamovereenkomst aan te besteden.

Ik vraag me af hoe eerdervermeld citaat uit de e-mail van 24 mei zich verhoudt tot Overweging 61.

Ook van belang is artikel 1.10a uit de Nederlandse Aanbestedingswet:

1 Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf ontwerpt geen overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2, deel 2a of deel 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

2 De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

Verder bevat de (wettelijk verplichte) Gids Proportionaliteit nog de volgende passages:

Blz. 25-26:

Bij de keuze voor het aanbesteden van een raamovereenkomst zou gemotiveerd in de aanbestedingsstukken moeten worden aangegeven op welke wijze rekening is gehouden met de partijen op de relevante markt en of in plaats van een raamovereenkomst aanbesteding van een concrete opdracht ook mogelijk zou zijn. Tenslotte geldt als uitgangspunt dat raamovereenkomsten niet het effect mogen hebben dat de toegang voor het MKB wordt beperkt.

Blz. 24:

Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient sprake te zijn van een goed evenwicht.

Het lijkt erop dat bij de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten (BADI-2) voor perceel 5 Bodem en ondergrond alleen grote bedrijven zijn geselecteerd, alleen werkend in consortia en met een trits onderaannemers.

Ik wijs bij deze graag op het in artikel 1.5 van de Aanbestedingswet opgenomen clusterverbod:

- 1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:
 - a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;*
 - c. de mate van samenhang van de opdrachten.**
- 2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.*

Ik heb de aanbestedingsstukken van BADI-2 waarin deze motivatie is opgenomen zo snel niet kunnen vinden, maar ongetwijfeld heeft u die wel direct paraat en kunt u mij daar eenvoudig aan helpen. Ik heb vooralsnog de indruk dat binnen de percelen van BADI-2 een groot aantal ongelijksoortige opdrachten is samengevoegd hetgeen op gespannen voet staat met het clusterverbod uit artikel 1.5.

Eenzijds is de vraag of de raamovereenkomst van BADI-2 an sich proportioneel is. Anderzijds dient bij elke afzonderlijke opdracht te worden beoordeeld of het proportioneel is om deze onder de raamovereenkomst te laten vallen.

Om terug te komen bij de opdracht over PFAS en seaspray: ik vind het een merkwaardige gang van zaken. In eerste instantie is sprake van een project van de kustprovincies. Zo staat het ook in de voortgangsverslagen van de PFAS-coördinatoren, ook in het laatste verslag dat op 17 juli 2023 door minister Harbers aan de Tweede Kamer gestuurd is. Daarin staat onder het kopje 3.5 Seaspray onderzoek: *Trekker: Provincie Zeeland (Provincie Noord-Holland vanuit samenwerkende kustprovincies)*. Vervolgens schuift het ministerie daar ook bij aan en "moet" een opdracht via een disproportionele raamovereenkomst van het ministerie verstrekt worden.

Tot slot nog over de e-mail van Rijkswaterstaat d.d. 5 juli 2023:

Het rapport met de bodemkwaliteitskaart en lokale maximale waarden ten behoeve van de dijkversterking bij Hansweert is gewoon openbaar. Het is vorig jaar bestuurlijk vastgesteld o.a. door Rijkswaterstaat namens de minister van Infrastructuur en Waterstaat (Staatscourant 20383, 3 augustus 2022). Een kaartje met de in december 2021 onderzochte raai landinwaarts staat op pagina 24. Inmiddels is onderzoek uitgevoerd in en langs de hele dijk vanaf de Belgische grens tot Vlissingen. Deze gegevens worden spoedig na de zomervakantie openbaar in de vaststellingsprocedure van de nieuwe nota's bodembeheer van desbetreffende gemeenten.

Ik zie uw spoedige reactie met belangstelling tegemoet.

Hoogachtend,

Marnix Mosselman
Marmos Bodemmanagement

Aan:
de heer H.M. de Jonge
Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Ministerie van BZK
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

MARMOS
Bodemmanagement

Geert Adegeeststraat 4
3059 TA Rotterdam
tel. 010-2202926
marmos@marmos.nl

Kenmerk Marmos: U23-022
Uw kenmerk: -
Datum: 28 september 2023

Betreft: Onrechtmatig samenvoegen (clusteren) van opdrachten in disproportionele raamovereenkomsten BADI-2 en BADI-3

Geachte heer De Jonge,

Op dit moment loopt de Europese aanbesteding voor de raamovereenkomst Beleidsadvies- en Ingenieursdiensten 3 (BADI-3). Eind vorige week is hiervan de eerste Nota van Inlichtingen (NvI) gepubliceerd op TenderNed. In deze raamovereenkomst wordt – net als in de voorganger BADI-2 – een groot aantal opdrachten samengevoegd (geclusterd). Het onnodig samenvoegen van opdrachten is verboden. Deze clustering, in combinatie met disproportionele eisen, dupeert honderden MKB-bedrijven die de toegang tot opdrachten van het Ministerie van I&W (maar ook van het Ministerie van BZK) feitelijk ontzegd wordt.

De aanbesteding van BADI-3 wordt getrokken door het Ministerie van I&W, maar in deze raamovereenkomst worden opdrachten voor het Ministerie van I&W en het Ministerie van BZK samengevoegd.

Artikel 2.11a van de Aanbestedingswet bepaalt, dat wanneer aanbestedende diensten een gezamenlijke aanbesteding uitvoeren namens en voor rekening van alle betrokken aanbestedende diensten, zij gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het nakomen van verplichtingen uit de Aanbestedingswet. Een vergelijkbare tekst staat in Overweging 71 van Richtlijn 2014/24/EU.

Daarom zend ik u bijgaand een kopie van de brief met kenmerk U23-021 die ik vandaag ook toezend aan Minister Harbers van Infrastructuur en Waterstaat.

Hoogachtend,

Marnix Mosselman
Marmos Bodemmanagement