

Verslag Expertmeeting Instituut voor Bouwrecht: Consultatie Aanbestedingswet 24 april 2015

1. Inleiding

1. Het Instituut voor Bouwrecht organiseerde op 24 april 2015 onder leiding van prof. mr. J.M. Hebly een expertmeeting in Amsterdam (ten kantore van Nauta Dutilh N.V.) met als doel een reactie te geven op de oproep van het Ministerie van Economische Zaken inzake de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen in de Nederlandse Aanbestedingswet d.d. 3 april 2015. De reactie betreft het voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 van 2 april 2015.

2. Het Instituut voor Bouwrecht heeft als doel:

'Het op onafhankelijke wijze bevorderen van de wetenschappelijke en praktische beoefening van het bouwrecht, alsmede van de studie van juridische en maatschappelijke vraagstukken en verschijnselen in het algemeen, voor zover die betrekking hebben op of van betekenis kunnen zijn voor de kennis en verdieping van het bouwrecht.'

3. Indachtig deze doelstelling is een aantal deelnemers aan de genoemde expertmeeting uitgenodigd, waarmee beoogd is een zo representatief mogelijke vertegenwoordiging van de achterban van het Instituut voor Bouwrecht deel te laten nemen aan deze bijeenkomst.

4. Aanwezig waren: mr. drs. F.A. van den Assem (advocaat, Van den Assem Advocatuur), mr. G. Bouwman (assistent-onderzoeker Universiteit Utrecht), prof. dr. mr. M.A.B. Chao-Duivis (directeur/hoogleraar bouwrecht/Instituut voor Bouwrecht, TU Delft), Ir. E.J. Cornelis (directeur uitvoering en financiën Atelier PRO), mr. I.A.H. Dolmans-Budé (juridisch adviseur/voorzitter NVvA), mr. D. van Ee (advocaat / partner NautaDutilh), mr. A.C.M. Fischer-Braams (partner Maasdam Broers Fischer advocaten), prof. mr. J.M. Hebly (hoogleraar Bouw- en aanbestedingsrecht Universiteit Leiden, advocaat/partner Houthoff Buruma), mr. C. H. van Hulsteijn (advocaat CMS), drs. C.M. Jansen, directeur (directeur Architectuur lokaal). prof. mr. C.E.C. Jansen (hoogleraar privaatrecht VU en Tilburg Law School VU Amsterdam), mr. S.G. Kaai (bedrijfsjurist Cofely Nederland B.V.), mr. A.Z.R. Koning (senior juridisch medewerker Instituut voor Bouwrecht), mr. M.B. Klijn (advocaat/partner Houthoff Buruma), mr. B.J. Korthals Altes-van Dijk (advocaat De Brauw Blackstone Westbroek), mr. D. Moree (sr. Legal Counsel Koninklijke BAM Groep N.V.), E. Nakken (tender manager & PR Van Galen Klimaattechniek), E. Neef (manager Marketing & Communicatie Ziut), mr. A.C.M. van Oerle (Teamleider Expertisecentrum, cluster Projecten&Vastgoed, Provincie Noord-Brabant), mr. D.C. Orobio de Castro (advocaat/partner Stibbe B.V.), mr. R.B. Schnepper (hoofd Juridische Zaken gemeente Rotterdam), mr. P.A.T.N. van Thiel-Wortmann (beleidsmedewerker aanbesteden en contracteren Bond van Nederlandse Architecten), mr. D.E. van Werven (sr. Beleidsmedewerker Bouw- en Aanbestedingsrecht Bouwend Nederland), mr. N. Zandvliet (juridisch beleidsmedewerker NEPROM).

5. De peiling van de experts heeft zich vanzelfsprekend niet uitgestrekt over alle wijzigingen. De volgende thema's zijn in drie blokken onderwerp geweest van discussie:

Blok 1: innovatiepartnerschap keurmerken en gunningscriteria, ingeleid door mr. Mr. A.C.M. Fischer-Braams, **Blok 2:** Flexibilisering (mededingingsprocedure met onderhandeling, concurrentiegericht dialoog, termijnen), ingeleid door mr. M.B. Klijn en **Blok 3:** Integriteit (belangenconflicten, prestaties uit het verleden, afzien van uitsluiting), ingeleid door mr. B.J. Korthals Altes-van Dijk.

De keuzes van deze specifieke onderwerpen is ingegeven door het belang ervan voor de bouw.

2. Uitkomsten van de expertmeeting.

2.1. Opzet van de uitkomsten

6. Tijdens de bijeenkomst zijn aanbevelingen in algemene zin gedaan betreffende de wet en het aanbestedingsbeleid en zijn uitspraken gedaan over de specifiek geagendeerde punten. Begonnen wordt met de algemene opmerkingen (par. 2.2.), waarna in par. 2.3. de specifieke aanbevelingen volgen. De aanbevelingen hebben dan eens betrekking op de formulering c.q. inhoud van de wettekst dan weer op de Memorie van Toelichting (MvT). In voorkomend geval worden aanvullingen dan wel verduidelijkingen voorgesteld.

2.2. Algemeen

Definitie begrip aanbesteding

7. De deelnemers vinden het **wenselijk** dat de wetgever een definitie in de wet opneemt van het begrip aanbesteding. Nu de meningen over de inhoud van die definitie in de literatuur flink verschillen, wordt **aanbevolen** dat de wetgever zich hier nog eens goed over buigt.

Ook de regels voor nationale aanbestedingen aanpassen

8. De deelnemers **ondersteunen** het uitgangspunt, dat niet alleen de nationale regels over Europese aanbestedingen worden aangepast naar aanleiding van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, maar waar mogelijk c.q. nodig ook de regels over nationale aanbestedingen.

Concentratie van regels bij procedures

9. De deelnemers zijn er **voorstander** van, dat alle bij de specifieke procedures horende bepalingen bij elkaar worden opgenomen. Dit bevordert het inzicht in en gebruik van de regelingen in de praktijk. Als voorbeeld dient de regeling van het innovatiepartnerschap: in de Richtlijn¹ zijn aan deze procedure slechts twee bepalingen gewijd (art. 26 lid 3 en art. 31). De beoogde omzetting daarvan is terug te vinden in acht bepalingen (art. 1.1, art. 2.31a, art. 2.31b, art. 2.71, art. 2.99, art. 2.126b, art. 2.126c en art. 2.126d). Al is de vergadering zich ervan bewust dat het een illusie is om te denken dat deze wens zal worden vervuld, waar in de Aanbestedingswet voor een andere opzet is gekozen.

Meer 'guidance'

10. Op verschillende punten constateert de expertmeeting dat het **gewenst** is dat de MvT meer 'guidance' biedt ten behoeve van het toepassen van de aanbestedingsregels. Dit betreft o.a. de volgende onderwerpen: wanneer waarom welke aanbestedingsprocedure gebruiken, het benadrukken van het goed voorbereiden van procedures en de dilemma's die worden opgeroepen door aanbestedingsregels.²

¹ Tenzij anders is aangegeven wordt verwezen naar de Algemene Richtlijn 2014/24/EU.

² Het verdient voorts **aanbeveling** om de Aanbestedingswet op verdere dilemma's na te lopen, want dat er meer zijn dan in deze expertmeeting zijn onderkend, staat niet ter discussie. Voorbeelden betreffen o.a. hetgeen is opgemerkt aangaande artt. 1.126b en 1.126c en het gebruik van de marktconsultatie

Sanctie nietigheid bij handelen in strijd met Aanbestedingswet

11. Op p. 85 van de MvT wordt opgemerkt dat handelen in strijd met de Aanbestedingswet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Die opmerking is evenwel in strijd met de huidige tekst van art. 4.15 van de wet. **Aanbevolen** wordt daarom de MvT te controleren op dit soort verschrijvingen en/of fouten, waarbij tevens wordt aanbevolen om ook de andere taalversies van de Richtlijn bij die exercitie te betrekken alsmede het Nederlandse algemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht.

Marktconsultatie

12. Het begrip marktconsultatie wordt niet gedefinieerd in het voorliggende voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet. **Aanbevolen** wordt dit wel te doen. Voorts wordt **aanbevolen** om in de MvT een stappenplan voor het gebruik van de marktconsultatie op te nemen bij wege van 'guidance' voor de praktijk. Uitdrukkelijk wordt de aanbeveling daartoe beperkt en wordt ontraden om een nadere regeling in de wet op te nemen, omdat dat kan leiden tot een bureaucratische regeling die afbreuk kan doen aan de gewenste flexibiliteit.

Verbinden van sanctie aan niet naleven verplichting tot motiveren

13. **Aanbevolen** wordt dat aan de niet naleving van de verplichting om bepaalde keuzes te motiveren een sanctie te koppelen.

2.3. Specifiek

Het innovatiepartnerschap

14. **Art. 2.31a**³ betreft mogelijkheid tot toepassing van de procedure van het innovatiepartnerschap. De voorgestelde bepaling roept de vraag op wat bedoeld wordt met 'markt'. In de MvT (p. 37) wordt opgemerkt, dat de reikwijdte van het marktonderzoek afhankelijk is van het product, de dienst of het werk waaraan de aanbestedende dienst behoefte heeft en dat dit derhalve kan variëren van een onderzoek naar de markt in enkele Europese landen tot een wereldwijde marktanalyse. Daarmee wordt in de MvT de suggestie gewekt dat ook onderzoek moet worden gedaan naar de markt in landen waarmee Nederland niet 'aanbestedingsrechtelijk' verbonden is (via de EU, WTO/GPA of bilaterale verdragen). De consequentie hiervan zou kunnen zijn, dat de procedure van het innovatiepartnerschap niet gevolgd mag worden indien ergens ter wereld gewerkt wordt aan een oplossing van de vraag die aanleiding is voor een aanbestedende dienst om deze procedure te kiezen. Dit ongeacht of de oplossing wel aanbestedingsrechtelijk toegankelijk is voor aanbestedende diensten.

Deze consequentie wordt door de deelnemers als te vergaand beoordeeld en de **aanbeveling** wordt gedaan om de MvT op dit punt anders te formuleren opdat de verplichting tot het verrichten van marktonderzoek proportioneel kan worden ingevuld in functie van het product, de dienst of het werk waaraan bij de aanbestedende dienst behoefte bestaat..

15. De tweede **aanbeveling** in dit verband is de verplichting om voorafgaand marktonderzoek te doen in de wet zelf vast te leggen.

16. Met betrekking tot het bepaalde in **art. 2.99** (betreffende het minimum aantal uit te nodigen gegadigden bij de verschillende procedures) wordt **aanbevolen** een verwijzing op te nemen naar wat in de MvT (p. 74) bij de artikelen 2.126 en 2.126a is opgenomen, te weten dat, indien er onvoldoende

³ Artikel 2.31a. Een aanbestedende dienst kan de procedure van het innovatiepartnerschap toepassen voor een overheidsopdracht die is gericht op de ontwikkeling en aanschaf van een innovatief product of werk of een innovatieve dienst welke niet reeds op de markt beschikbaar is.

geschikte oplossingen of inschrijvingen zijn, de aanbestedende dienst niet aan de voorwaarde van het uitnodigen van een minimum aantal gegadigden, hoeft te voldoen.

17. Inzake de **artt. 2.126b en 2.126c** (onderdeel van § 2.3.8.7a. Innovatiepartnerschap) wordt opgemerkt dat de MvT het dilemma schetst: hoe kunnen met voldoende nauwkeurigheid én behoud van flexibiliteit/ontwikkelingsmogelijkheden de minimeisen en gunningscriteria worden bepaald? Immers over deze eisen en criteria mag niet onderhandeld worden. Geconstateerd wordt dat de MvT hiervoor geen oplossing of 'guidance' biedt. **Aanbevolen** wordt in de MvT enige vorm van 'guidance' op te nemen.

18. Inzake **art. 2.126d** wordt in de MvT (p. 76) opgemerkt dat voor een geslaagd innovatiepartnerschap het van belang dat de aanbestedende dienst erop toeziet dat de structuur van het innovatiepartnerschap en de duur en waarde van de verschillende fasen een afspiegeling zijn van de innovatiegraad van de voorgestelde oplossing. Voorts wordt opgemerkt, dat als de producten, diensten of werken die voortkomen uit het innovatiepartnerschap niet voldoen aan deze twee eisen, het innovatiepartnerschap dient te worden beëindigd (imperatief). De deelnemers aan de expertmeeting zijn het met elkaar eens dat de MvT hiermee voorbij ziet aan de mogelijkheden die in het kader van het leerstuk van de wezenlijke wijzigingen worden geboden en dat dit 'gebod' met name voor langlopende contracten, waarvan bij een innovatiepartnerschap als regel sprake zal zijn, te strikt is. **Aanbevolen** wordt daarom om in de MvT de zinsnede 'dient te worden beëindigd' te heroverwegen en de tekst minder dwingend te formuleren.

Keurmerken

19. De regeling inzake de keurmerken in de richtlijn en ook in het wetsvoorstel vormt een codificatie van de EU-rechtspraak en wordt in algemene zin als een logische omzetting gezien. Wel wordt **aanbevolen** om voor dit onderwerp flankerend beleid te ontwikkelen, omdat de regeling in de praktijk als ingewikkeld wordt ervaren.

De vraag rees of, in plaats van bewijs via een keurmerk dat het werk, de dienst of levering overeenstemt met de vereiste voorschriften, altijd een technisch dossier kan worden overgelegd. Aan de aanbestedingswetgever wordt concreet **de vraag voorgelegd** om dit punt nader te onderzoeken. Deze vraag wordt hier ingebracht met de aantekening dat zij ondersteund wordt door de aanwezige vertegenwoordigers van marktpartijen maar niet door de aanwezige vertegenwoordigers van aanbestedende diensten.

Gunningscriteria

20. Met betrekking tot art. 2.114 lid 2 **wordt de vraag opgeworpen** waarom de wetgever gekozen heeft voor een andere volgorde van de gunningscriteria dan in de Richtlijn wordt gehanteerd. Schuilt hier een bepaalde voorkeur in? Overigens stuit de gekozen volgorde niet op bezwaren bij de aanwezigen.

21. **Aanbevolen** wordt aanbestedende diensten de verplichting op te leggen om hun keuze voor het toepassen van een bepaald gunningscriterium te motiveren (vgl. de motiveringsplichten van art. 1.4 lid 1 van de wet). Onderkend wordt dat dit soms slechts symbolische betekenis zal hebben, maar in het algemeen wordt de toegevoegde waarde van het motiveren onderschreven.

22. De regeling in **art. 2.115 lid 3** roept de vraag op wat concreet bedoeld wordt met het onderscheid dat een gunningscriterium wel of niet materieel op een product, werk of dienst betrekking heeft. Een toelichting wordt hier niet gemist en **aanbevolen** wordt daarin in de MvT te voorzien. Ten onrechte is in het concept wetsvoorstel niet opgenomen de mogelijkheid van artikel 67, lid 2 één na laatste alinea van RL 2014/24/EU. Die bepaling biedt de mogelijkheid om voor het kostenelement een vaste prijs te hanteren, zodat ondernemers uitsluitend concurreren op kwaliteitscriteria. Dat element dient nog aan artikel 2.115 te worden toegevoegd.

Wezenlijke wijziging

23. De verwijzing in het kader van art. 2.163f onderdeel b in de MvT (p. 83) naar (enkel) het Pressetext arrest maakt feitelijk de in art. 72 van de Richtlijn geformuleerde uitbreiding ten opzichte van wat volgens het Pressetext-arrest aan wijzigingen is toegestaan, ongedaan. **Aanbevolen** wordt om de MvT op dit punt aan te passen.

24. **Aanbevolen** wordt voorts in de MvT duidelijkheid te verschaffen over de vraag op wie de bewijslast rust indien een wezenlijke wijziging zich lijkt voor te doen, alsmede te verduidelijken in hoeverre en op welke gronden met de opmerking in de MvT (p. 85) dat een overeenkomst die is gesloten met een partij waarop een dwingende uitsluitingsgrond van toepassing blijkt, beoogd is af te wijken van de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad (HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 Uneto/De Vliet) waarin is bepaald dat een overeenkomst gesloten in strijd met het aanbestedingsrecht in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, niet nietig is.

Mededingingsprocedure met onderhandeling

25. De mogelijkheid om gebruik te maken van de mededingingsprocedure en de procedure van de concurrentie gerichte dialoog is vrijwel gelijk getrokken. De procedures verschillen inhoudelijk wel en voorzien daarmee in antwoorden op verschillende vragen van de aanbestedende diensten. De aanwezigen bij de expertmeeting zouden een **onderzoek naar het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling** (voorheen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) in de speciale sectoren toejuichen. Daarmee kan worden gezien of de procedure aanleiding geeft tot problemen die men met het aanbestedingsrecht juist wil vermijden (zoals ‘achterkamertjes gedag’: oncontroleerbare handelingen).

26. In de tweede plaats wordt op dit punt **aanbevolen** om meer ‘guidance’ te geven in de MvT aangaande het nut van welke procedure: aanbestedende diensten dienen beter inzicht te hebben in het waarom van de keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandelingen dan wel voor de concurrentie gerichte dialoog. Ter toelichting: de laatste procedure is nuttig indien de aanbestedende dienst niet weet welke oplossing er zou kunnen zijn voor zijn behoefte en de eerste procedure is nuttig wanneer men wel weet wat de oplossing zou moeten zijn, maar er is behoefte om over de voorwaarden waaronder deze oplossing aangeboden kan worden te onderhandelen. **Aanbevolen** wordt de onderdelen lid 1 sub a onder 3 en lid 1 sub b van artikel 2.28 enkel van toepassing te verklaren bij de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Termijnen

27. **Aanbevolen** wordt dat expliciet en vooral waar daarvan sprake is, wordt opgemerkt in de wet zelf dan wel in de MvT dat de in de Aanbestedingswet genoemde termijnen minimum termijnen zijn. Te vaak wordt in de praktijk geconstateerd dat de genoemde termijnen als maximum worden gebruikt, wat in gevallen van complexe en/of tijdrovende inschrijvingen inschrijvers voor lastige situaties plaatst. Te bedenken is dat ook op het stellen van termijnen het proportionaliteitsbeginsel van toepassing is.

Voorts wordt in het algemeen **aanbevolen** om de gehanteerde termijnen in de Aanbestedingswet te beoordelen op de aard van de termijn en vervolgens te beoordelen of de voorgestelde termijn wellicht korter of langer zou dienen te zijn. Kortom aanbevolen wordt de gehanteerde termijnen te heroverwegen.

Belangenconflicten

28. Betreffende art. 1.10b wordt het volgende opgemerkt. Er is **behoefte aan** een uitwerking c.q. meer ‘guidance’ betreffende het begrip ‘belangen’ in de regeling van de belangenconflicten. Hetzelfde geldt voor wat verstaan moet worden onder ‘passende maatregelen’.

29. In het *algemeen* wordt **aanbevolen** om te komen met flankerend beleid bijvoorbeeld in de vorm van een 'gids integriteit'.

Prestaties uit het verleden

30. Het bepaalde in **art. 2.87 lid 1 onder g**⁴ alsmede hetgeen in de MvT (p. 59) is opgenomen, komt niet overeen met hetgeen is opgenomen in overweging 101 van de Richtlijn, waar gesproken wordt van grove wanprestatie. De expertmeeting **beveelt aan** de tekst gehanteerd in de wet en in de MvT in overeenstemming te brengen met de tekst van de Richtlijn. In dit kader wordt ook aandacht gevraagd voor het onderscheid dat in het contractenrecht wordt gemaakt tussen de toerekenbare tekortkoming en de tekortkoming in 'neutrale zin', die dus niet toerekenbaar is. In dat laatste geval kan ontbonden worden. Zou iedere ontbinding die in het verleden plaatsvond nu tegen de inschrijver gebruikt kunnen worden? Dan zou het aanbestedingsrecht verder gaan in de sancties dan uit het BW volgt. In algemene zin wordt daarom **aanbevolen** om het onderwerp van deze bepaling nogmaals te doordenken tegen de achtergrond van het overeenkomsten- en verbintenissenrecht. Voorts wordt in dit verband **aanbevolen** om de Nederlandse taalversie van de Richtlijn te leggen naast die van o.a. de Engelse taalversie en te bezien of ook die wel sporen met elkaar.

31. **Aanbevolen** wordt voorts om in de MvT op dit onderwerp meer voorbeelden op te nemen, bijvoorbeeld hoe te handelen met deze bepalingen bij gedetacheerd personeel én voorbeelden waarin personen werkzaam aan de zijde van de aanbestedende diensten figureren. Ook aan die kant verdient dit onderwerp immers aandacht.

32. Het register waar in de MvT (p. 59) van wordt gesproken, wordt niet in de Richtlijn aan de orde gesteld. Een register als voorgesteld kan verworden tot 'black list' nu niet gesproken wordt van de noodzaak dit register met de inschrijver beschermende waarborgen te omkleden en te voorzien in rechtsbescherming.⁵ **Aanbevolen** wordt dit aandachtspunt in de MvT op te nemen. De expertmeeting is geen voorstander van een dergelijk register (maar onderkent dat de totstandkoming in de praktijk daarvan niet kan worden tegengehouden). De expertmeeting vraagt zich daarom af of het nodig is in de MvT expliciet op de mogelijkheid van een dergelijk register te wijzen.

33. Een **aandachtspunt** aangaande het register is voorts, dat Nederlandse inschrijvers hiermee structureel op achterstand worden gesteld bij buitenlandse inschrijvers, omdat deze laatsten niet zijn opgenomen in dit register. Indien dat punt niet wordt opgelost, kan men zich de vraag stellen of een register niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

34. Het stelsel van een register gaat uit van negatieve prikkels op inschrijvers, terwijl onderzocht zou moeten worden of het niet effectiever is bij het stimuleren van gewenst gedrag om met positieve prikkels te werken (bonuspunten). **Aanbevolen** wordt dit nader te onderzoeken.

35. Tot slot wordt **aanbevolen** dat de wetgever komt met een duidelijke omschrijving in de wet van het begrip ernstige fout (art. 2.87 lid 1 onder c). In de MvT (p. 58) wordt het begrip ernstige beroepsfout gehanteerd. Aangenomen wordt dat met beide begrippen hetzelfde wordt bedoeld. Het wordt dan ook aanbevolen om de terminologie in de wet en de MvT gelijk te trekken.

⁴ Art. 2.87 lid 1 onder g: g. de inschrijver of gegadigde heeft blij gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een speciale-sectorbedrijf of een eerdere concessieopdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties;

⁵ In de literatuur rond past performance is altijd als vanzelfsprekend benadrukt dat deze waarborgen (met name hoor en wederhoor en proportionaliteit) er dienen te zijn.

De eigen verklaring

36. De zorgen in de MvT (p. 16) geuit betreffende de lastenverzwaring van de voorgestelde Europese eigen verklaring worden door de deelnemers **gedeeld**. Aanbevolen wordt, indien dat nog niet gebeurde, om op Europees niveau de Nederlandse eigen verklaring, waarvan een Engelstalige versie voor handen is, in te brengen.

37. **Aanbevolen** wordt de relatie tussen wijziging van een onderaannemer respectievelijk derde op wie een beroep wordt gedaan in het kader van de geschiktheidseisen (de in artikel 2.79, 2.92 en 2.94 aangevoerde situaties) in de MvT nader toe te lichten in relatie tot de regeling van artikel 2.163a e.v.

Het schrijven van de BNA en NLIingenieurs d.d. 22 april 2015⁶

38. In dit schrijven (opgenomen in de bijlage) wordt gevraagd om een aanpassing van de MvT bij art. 2.93 lid 4. De voorgestelde aanpassing wordt ondersteund door de deelnemers aan de expertmeeting met dien verstande dat men het verzoek wil aanpassen in die zin dat de situatie zich met name 'kan' voordoen bij architecten- en ingenieursdiensten.

Den Haag, 27 april 2015

⁶ Dit schrijven van BNA en NLIingenieurs is tevens ter consultatie ingediend.