**Tien aanbevelingen ter verbetering van de aanbestedingswet, in het bijzonder t.b.v. het MKB**

Prof. Mr. E.R. Manunza, hoogleraar Europees en internationaal aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht

**1e Aanbeveling: Betrekt de resultaten van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 bij de wetswijziging.** Volgens de Memorie van Toelichting is dit wetsvoorstel bedoeld ter implementatie van de nieuwe EU richtlijnen overheidsopdrachten en concessies uit 2014 en niet om wijzigingen aan te brengen naar aanleiding van de uitkomsten van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) die afgelopen zomer bekend zijn gemaakt. Naar aanleiding van de evaluatie was volgens de MvT enkel een wetswijziging nodig voor het verlengen van de termijn tussen de laatste nota van inlichtingen en de uiterste datum voor het indienen van inschrijvingen die van 6 naar 10 dagen is gebracht.

Dit is opmerkelijk want uit de evaluatie van de wet blijkt dat een van de voornaamste doelstellingen van de Aw - het MKB een grotere rol bij de gunning van overheidsopdrachten te laten spelen - slechts gedeeltelijk is gehaald. De deelname van het MKB is niet of nauwelijks gestegen na inwerkingtreding van de Aw 2012 (er is zelfs sprake van een kleine daling bij nationale werken) en het MKB is van mening dat dit een gevolg is van zowel inhoud als van slechte toepassing van de wet.

**2e Aanbeveling: Perk de (te) ruime *discretionaire* bevoegdheden van aanbestedende diensten in.** Volgens de Europese wetgever was een herziening van het EU aanbestedingsjuridisch kader noodzakelijk om de - thans nog geldende - regelgeving efficiënter, duidelijker en eenvoudiger te maken en rechtszekerheid te creëren. Maar in tegenstelling met deze doelstelling, heeft de Europese wetgever vele nieuwe regels ingevoerd die nieuwe onduidelijkheden en onzekerheden hebben gecreëerd. De *discretionaire* ruimte voor aanbestedende overheden om keuzes te maken en beslissingen te nemen is met de nieuwe regels aanzienlijk verruimd. De positie van inschrijvende partijen wordt daardoor verzwakt, want hoe groter de beslissingsruimte van overheden bij aanbestedingen, hoe groter de kansen op willekeur en favoritisme.

De Nederlandse wetgever dient bij deze implementatie alert te zijn en er voor te zorgen dat de ruime *discretionaire* beslissingsruimte van de aanbestedende overheid bij de gunning van opdrachten wordt ingeperkt en niet wordt verruimd. Zorg er voor dat procedures meer op basis van objectieve, transparante, non discriminerende en proportionele gronden plaatsvinden (zie verder hierna).

**3eAanbeveling: Voer een objectieve toets in die verplicht dient te worden uitgevoerd alvorens tot inbesteden of tot publieke samenwerking over te gaan.** De overheid doet in steeds toenemende mate een beroep op de uitzonderingsmogelijkheden op de aanbestedingsplicht om opdrachten in eigen beheer uit te voeren, zonder dat daaraan een gefundeerde economische analyse ten grondslag ligt. Dat leidt in de regel tot hogere kosten en slechtere kwaliteit (geen innovatie en maatschappelijke participatie). Het gaat in de grootste meerderheid om taken van commerciële aard – en niet van algemeen belang - die normaliter door marktpartijen worden uitgevoerd. Deze inbestedingsuitzonderingen worden nu in de Aw gereguleerd.

De toepassing van inbestedingen en publieke samenwerking dient te worden beperkt door de invoering van een verplichte objectieve en transparante toets aan de hand waarvan overheden de keuze dienen te maken tussen in- dan wel uitbesteden; laat de gemaakte keuze motiveren en bekendmaken; geef gelaedeerde partijen de kans om *tegen de keuze* om in te besteden dan wel publiek samen te werken te kunnen klagen of in beroep te gaan. Uitsluitend kerntaken van de overheid (justitiële, politiële apparaat en enkele andere kerntaken) kunnen op voorhand van de toepassing van deze toets worden vrijgesteld.

In onze samenleving is het zinloos om te streven naar een vaste lijst van wat een taak van algemeen belang is en wat niet. Het begrip is dynamisch van aard, aan continue ontwikkeling onderhevig, cultureel bepaald. Bovendien kunnen ook private partijen net als de overheid (vaak beter) voor de uitvoering van taken van algemeen belang zorgen. Zorg ten slotte ook voor samenhang tussen de Wet Markt en Overheid en de Aanbestedingswet 2012 op dit punt.[[1]](#endnote-1)

**4e Aanbeveling: Zorg voor meer transparantie bij de gunning en verbeter de rechtsbescherming bij opdrachten onder de drempels.** Uit cijfers blijkt dat in Nederland het meest onder de Europese drempels wordt gegund en dat aantal is in na invoering van de Aw gestegen (meervoudig onderhandse aanbestedingen tussen 2009 en 2014 zijn ca. met 20% gestegen). Daartegenover staat een daling van Europese procedures. Sinds de inwerkingtreding van de Gids Proportionaliteit hebben aanbestedende diensten, en dan met name decentrale overheden, hun interne grensbedragen waaronder ze onderhands aanbesteden verhoogd. Het aandeel van het MKB in de totale opdrachtwaarde is het laagst bij Europese procedures (39%, versus 63% bij gunningen) en het hoogst bij nationale procedures (54%, versus 67% bij gunningen). Bij meervoudig onderhandse procedures is het aandeel van het MKB in de totale opdrachtwaarde 46% (versus 67% bij gunningen). Niet alleen gaat minder concurrentie ten koste van de prijs-kwaliteitverhouding en van innovatie maar vooral worden door het gesloten karakter van onderhandse procedures potentieel geschikte gegadigden bij voorbaat uitgesloten. Dit beeld laat zien dat meer transparantie en concurrentie onder de drempels net zo belangrijk is als voor Europese opdrachten; zorg voor meer transparantie: procedures worden lang niet altijd publiekelijk aangekondigd of geregistreerd. Er is daardoor minder inzicht in wat wordt aanbesteed, wie de aanbestedingen wint, hoeveel hieraan wordt besteed en of aanbestedingsregels worden nageleefd. Verbeter de rechtsbescherming door de Afdelingen 2.3.8.8., 2.3.8.9 en Hfst. 4.3 van toepassing te verklaren op opdrachten waarop slechts deel 1 Aw van toepassing is.

**5e Aanbeveling: Voer eenvoudige, doch heldere en uniforme aanbestedingsprocedures voor** o**pdrachten voor sociale en andere specifieke diensten in, met inachtneming van de aanbestedingsbeginselen.** De wetgever heeft voorgesteld om voor deze diensten uitsluitend regels voor de aankondiging vooraf en achteraf (van de gunning) in te voeren. Ook hier geldt dat er minder inzicht zal zijn in wat wordt aanbesteed, wie de aanbestedingen wint, hoeveel hieraan wordt besteed en of de uitgangspunten van proportionaliteit, non discriminatie en gelijke behandeling worden nageleefd. Ook hier zal het ten koste gaan van de prijs-kwaliteitsverhouding van de geleverde diensten.

**6e Aanbeveling: Neem in de wet de eis op dat de gunningsmethodiek objectief dient te zijn en verbiedt bijvoorbeeld relatieve gunningsmethoden.** Cruciaal tijdens een aanbestedingsprocedure is het moment waarop de aanbesteder de inschrijvingen beoordeelt. De wetswijziging introduceert drie nieuwe gunningscriteria die allerlei vragen oproepen over hun toepassing. Er is ook nauwelijks tot niets gereguleerd over de methode(n) die de aanbesteder hanteert om te bepalen of de ene inschrijving beter is dan een andere. Uit onderzoek van het Public Procurement Reserch Centre (UU en Utwente)[[2]](#endnote-2) blijkt dat bij EMVI (in het wetsvoorstel BestePrijsKwaliteitsVerhouding) afhankelijk van de gekozen guningsmethodieken de prijs *de facto* een grotere rol bij de beoordeling van de offertes krijgt dan de kwaliteit, anders dan in de aanbestedingsstukken vermeld. Soms gebeurt dit zonder dat de aanbesteder zich er bewust van is. Er wordt voorbijgegaan aan wat in de economische en inkoop-technische wetenschappen bekend is over welke methoden objectief zijn en welke tot willekeurige en zelfs tot absurde resultaten leiden.

**7e Aanbeveling: Beperk de toepassing van de nieuwe uitsluitingsgrond o.g.v. past performance tot de gevallen waarin sprake is van ernstige wanprestatie.** In de MvT verdedigt de wetgever de stelling dat zelfs beperking tot wanprestatie niet mogelijk zou zijn omdat “de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn echter grenzen stellen aan de mogelijkheden tot verdere beperking van de toepassing van deze uitsluitingsgrond.” Deze stelling is niet correct. De nieuwe richtlijn 2014/24/EU spreekt echter van tekortkomingen en naar Nederlands recht is een toerekenbare tekortkoming hetzelfde als wanprestatie. De considerans (ov. 100) licht toe vervolgens uitdrukkelijk dat met tekortkoming bedoeld wordt: “grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet levering of niet uitvoering, of uitvoering met grote gebreken die het product of dienst onbruikbaar maken (..)”. Gezien de grote onduidelijkheid die op dit punt heerst dient de wetgever ieder mogelijk twijfel weg te brengen.

**8e Aanbeveling: de Gids Proportionaliteit dient ook door speciale sectoren te worden toegepast.** Naar aanleiding van een Motie Ziengs-Schouten[[3]](#endnote-3) heeft de Minister toegezegd dat de Gids verplicht wordt voor speciale sectoren wanneer uit de evaluatie zou blijken dat die onvoldoende is toegepast: uit het onderzoek van Kwink blijkt dat slechts 44% van de aanbesteders in de sector de Gids toepast tegen ruim 82 tot 95% bij de overige aanbesteders, en ProRail distantieert zich zelfs publiekelijk van de Gids. De conclusie van de Minister in de aanbiedingsbrief dat er geen reden is voor een verplichting is in strijd met de gedane toezegging.

**9e Aanbeveling: Voer in of wijs aan een overkoepelende landelijke onafhankelijke toezichthouder met eigen onderzoeksmogelijkheden en bevoegdheden naar voorbeeld van de ACM.** De wetgever heeft besloten om art. 83 lid 1 richtlijn 2014/24/EU, dat over toezichthoudende autoriteiten spreekt, niet te implementeren. Volgens de wetgever is dit niet nodig omdat rechtsbescherming reeds effectief is. Echter: niet alle aanbesteders hebben een klachtmeldpunt ingesteld; de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) zijn niet bindend en zelfs de minister van OCW heeft onlangs in de zaak over de inbesteding van de scandiensten het advies van de CvAE naast zich neer gelegd; klachten bij de nationale of plaatselijke ombudsman kunnen enkel worden ingediend na dat andere klachtmogelijkheden zijn uitgeput en deze kunnen enkel een behoorlijkheidoordeel en geen juridisch oordeel tot gevolg hebben; net als die van de CvAE kan men deze oordelen naast zich neerleggen.

**10e Aanbeveling: Stel een grijze lijst op van onredelijke contractvoorwaarden.** Uit de evaluatie blijkt dat niet of nauwelijks paritair vastgestelde algemene voorwaarden worden toegepast en dat ondernemers onverminderd klagen over onredelijke contractvoorwaarden. Ook in pers en literatuur wordt deze ontwikkeling als een ernstig probleem beschouwd, dat leidt tot grote schade bij ondernemingen en ook tot minder inschrijvingen nu de economie aantrekt. In de Eerste Kamer is bij de behandeling van de Aw 2012 voorgesteld een grijze lijst van onredelijke contractvoorwaarden op te stellen.

1. Manunza, Janssen, *De inbesteding van scandiensten,* (in het bijzonder Deel II:“Nut en noodzaak om de keuze voor in- of uitbesteden te reguleren: knelpunten en aanbevelingen”), PPRC 2015, te vinden op <http://www.pprc.eu/wp-content/uploads/PPRC-De-Inbesteding-van-Scanwerkzaamheden-definitief.pdf> [↑](#endnote-ref-1)
2. Lohmann, Manunza, Telgen, *Hoe wordt uitzendwerk gegund? Onderzoek naar gunningsmethodieken voor uitzendwerk: een economische en juridische analyse*, PPRC 2013, te vinden op <http://www.pprc.eu/wp-content/uploads/Onderzoek-PPRC-Hoe-wordt-uitzendwerk-gegund-sep-2013.pdf> [↑](#endnote-ref-2)
3. Motie van de leden Schouten en Ziengs, 11 oktober 2012, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 32 440, nr. 76. [↑](#endnote-ref-3)