**MEMO**

Aan: de leden van de Vaste Kamercommissie voor Economische Zaken en Klimaat

Van: Drs M.J.M. Verhagen, voorzitter Bouwend Nederland

Zoetermeer, 14 mei 2018

*Betreft: Rondetafelgesprek Beter Aanbesteden – de Praktijk; 16 mei 2018, 15.15 uur*

**INLEIDING**

1. In het rondetafelgesprek staat niet alleen centraal de Actieagenda Aanbesteden, maar ook de aanbestedingspraktijk.   
   Om van de praktijk een beeld te krijgen, heeft de griffier van de commissie ons een vragenlijst gestuurd.
2. In die lijst wordt kwantitatieve informatie gevraagd over selectiecriteria (bedoeld zullen zijn: gunningscriteria) zoals milieu, energielabels, levensduur, social return en andere sociale aspecten, alsmede over een aantal aspecten van aanbestedingsgedrag (clustering, intrekken van de aanbesteding na aankondiging en calculatievergoeding).
3. De gevraagde kwantitatieve informatie vindt u in de Analyse Aanbestedingspraktijk Bouw & Infra 2016, zoals opgesteld door de Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra. Dat document kan ik u desgewenst na afloop van de bijeenkomst uitreiken, samen met een addendum daarop met cijfers over 2017.
4. De vragenlijst geeft verder de mogelijkheid tot het maken van aanvullende opmerkingen. In dat verband breng ik het volgende onder uw aandacht.

**UITGANGSPUNT EN KNELPUNTEN**

* 1. Doel van aanbesteden door de overheid is het verkrijgen van “the best value for taxpayers money”.  
     Vanuit de optiek van de aanbestedende dienst is dat een mooi doel, maar wij krijgen signalen uit de achterban dat bedrijven die het zich kunnen permitteren (bijvoorbeeld omdat zij niet uitsluitend in de infra actief zijn en omdat de vraag van de kant van particuliere bedrijven toeneemt), eigenlijk liever niet aan overheidsaanbestedingen meedoen.
  2. Daarbij speelt het volgende een rol:
     1. De aanbesteding belet dat met de aanbestedende dienst een relatie kan worden opgebouwd. Bij elke aanbesteding staan de meedingende bedrijven opnieuw gelijk aan de streep. Zaken doen met particuliere bedrijven biedt veelal wel de mogelijkheid tot het opbouwen van een relatie: opdrachtgevende bedrijven zijn daar vaak ook juist op uit. Zij kunnen makkelijker rekening houden met goede ervaringen uit het verleden.
     2. In de particuliere markt kan een bedrijf eenvoudiger naar voren brengen in welk opzicht het zich onderscheidt van concurrenten. Particuliere opdrachtgevers zijn daar juist naar op zoek en hebben ook meer vrijheid om op subjectieve manier tot de keuze van hun contractspartij te komen. Bij aanbestedingen door de overheid staan de beginselen objectiviteit en transparantie hoog in het vaandel.   
        Overheidsopdrachtgevers blijken niet altijd goed in staat om door het stellen van de juiste eisen en criteria, het onderscheid tussen aanbieders voldoende duidelijk uit de verf te laten komen.
     3. Aanbestedende diensten kiezen bij het beoordelen van de aanbiedingen een formeel-juridische benadering, waardoor zij meermalen inschrijvingen terzijde moeten leggen die maar heel kleine onvolkomenheden vertonen. Een voorbeeld is het geval waarin een inschrijver vergeten was om in de inschrijvingsstaat voor een project van enkele tonnen, een post op te nemen van enkele honderden euro’s. Waardoor de aanbesteder die inschrijving als ongeldig ter zijde legt en uitkomt bij de volgende inschrijver, die evenwel een prijs indiende van enkele tienduizenden euro’s meer.   
        Voor dergelijke gevallen zou het Nederlandse recht een bagatelbepaling moeten kennen.
     4. De rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen, zoals geboden door de voorzieningenrechters laat sterk te wensen over. Dat komt in belangrijke mate door hun in de regel afstandelijke beoordeling van aanbestedingsgeschillen.

1. Het op deze manier voor bedrijven minder aantrekkelijk worden van de markt voor overheidsopdrachten, zet het eerder genoemde doel - dat voor het geld van de belastingbetaler zo goed mogelijke waar wordt verkregen - behoorlijk onder druk. En dit terwijl het - zoals wel eens gezegd wordt – voor een bedrijf toch een eer zou moeten zijn om voor de overheid te mogen werken.   
   Dat minder aantrekkelijk worden van deelnemen aan overheidsaanbestedingen is te meer een probleem tegen de achtergrond van de aanstaande zeer omvangrijke verduurzamingsoperaties, welke voor een deel zullen moeten worden aanbesteed[[1]](#footnote-1).
2. Bedrijven die (voor een belangrijk deel) aangewezen blijven op opdrachten via overheidsaanbestedingen (omdat zij niet actief (kunnen) zijn in het niet-overheidssegment), vormt de manier waarop aanbestedingsregels worden door het fenomeen van de aanbesteding dwarsgezeten.   
   Juist voor die gevallen is het de vraag hoe daaraan iets kan gebeuren. Hieronder daartoe een aantal suggesties. Zij hebben niet alleen betrekking op de manier waarop de regels worden toegepast, maar ook op de regels zelf.

**AANBEVELINGEN**

**Aanpassing van regels**

1. Hoewel de uitkomst van de evaluatie van de Aanbestedingswet was dat de wet niet te wensen overliet, maar de toepassing ervan wel, zouden de volgende wijzigingen in de regelgeving iets van de bovenstaande knelpunten kunnen wegnemen.
   1. Introduceer ten minste voor aanbestedingen onder de drempel een bagatelbepaling waardoor het mogelijk is kleine onvolkomenheden in de aanbieding te herstellen, zonder dat dat leidt tot ongeldigheid van de aanbieding.
   2. Verruim in de Gids Proportionaliteit het toepassingsgebied van de onderhandse aanbesteding tot het Europese drempelbedrag.
   3. Overweeg de rechtsbescherming te verbeteren door het instellen van speciale kamers voor de beslechting van aanbestedingsgeschillen, die, met behoud van de gewenste snelheid, in staat zijn tot een meer inhoudelijke beoordeling.

**Verbetering van de toepassing van regels**

1. De volgende aanbevelingen betreffen verbetering van de aanbestedingsprakijk, door betere toepassing van de regels.
2. Geef meer aandacht aan de voorfase
   1. Stel als aanbestedende dienst terdege vast wat u wenst (ook een thema in de Actieagenda BA).
   2. Verstrek als aanbesteder duidelijke en voldoende informatie aan de gegadigden en inschrijvers zodat zij weten wat gevraagd wordt en onder welke condities het werk moet worden uitgevoerd. Dat is van groot belang voor het kunnen doen van een verantwoorde prijsvorming.
   3. In het verlengde van b: heb meer aandacht voor het belang van goede communicatie in de aanbestedingsfase, vanaf het houden van een marktdag tot en met het door aanbesteder gedegen beantwoorden van vragen van inschrijvers (staat ook in de Actieagenda BA).
   4. Met het oog op de onder b. bedoelde verantwoorde prijsvorming is ook van belang dat inschrijvers niet belast worden met niet calculeerbare risico’s. Het voorhanden zijn van tweezijdige voorwaarden – zoals in de bouw – voorkomt echter helaas niet dat aanbesteders zich daar herhaaldelijk toch nog aan schuldig maken.
3. Bied meer ruimte voor innovatie
4. Sta op ruime schaal varianten toe. Dat gebeurt ten onrechte vrijwel niet, anders dan vele jaren geleden toen bedrijven daardoor voor de aanbesteder zeer aantrekkelijke alternatieve aanbiedingen deden.
5. Omschrijf het tot stand te brengen werk met functionele eisen die daardoor het gebruik van innovatieve constructies en materialen bevorderen. Het is opvallend dat kwalitatieve gunningcriteria vaak zien op de wijze van uitvoering van het werk (bijvoorbeeld met zo min mogelijk hinder voor de omgeving), zonder dat zij betrekking hebben op het eindresultaat, dus het bouwwerk zelf. Tekenend is dat in een groot aantal gevallen kwalitatieve gunningscriteria worden toegepast, maar slechts in beperkte mate van contractvormen die de opdrachtnemer de mogelijkheid bieden een innovatief product aan te bieden (dus een product dat niet en detail is omschreven).
6. Besteed niet een volledig uitgedetailleerd contract aan, maar besteed aan “de plek aan tafel”, waarbij de marktpartij die de plek aan tafel “verovert” en de aanbestedende dienst samen de inhoud van de opdracht vaststellen.   
   Aan deze methode van benaderen van de markt is inherent dat aanbesteder en inschrijver optimaal kunnen communiceren over de inhoud van de opdracht. Overigens wordt deze methode van uitvragen ook gepropageerd door de Actieagenda BA.
7. In het geval een verlangde innovatie, ondanks voldoende inspanningen van de marktpartij, niet blijkt te werken, is het passend de nadelen daarvan niet alleen ten laste te brengen van de marktpartij. Voor door aanbestedende diensten verlangde innovaties zullen marktpartijen zich alleen volledig inzetten wanneer de aanbesteder bereid is een deel van het daaraan verbonden risico te dragen.
8. Beoordeling van de inschrijvingen
9. Stel die kwalitatieve gunningscriteria en geef die een zodanig groot gewicht dat bedrijven zich daardoor daadwerkelijk ten opzichte van elkaar kunnen onderscheiden. Zoals uit de kwantitatieve informatie blijkt, worden wel kwalitatieve gunningscriteria gesteld, maar is hun gewicht ten opzichte van de prijscomponent veel te gering.
10. Kwalitatieve gunningscriteria hebben vaak betrekking op de omstandigheden waaronder het werk tot stand wordt gebracht en niet zozeer op het te maken werk zelf, dus het resultaat. En dit terwijl daarmee nu juist innovatieve, duurzaamheid bevorderende, oplossingen kunnen worden bereikt.
11. Er is in toenemende mate behoefte om in de aanbesteding rekening te houden met het vermogen van de opdrachtnemer om met de opdrachtgever samen te werken. Hoewel over de juridische ins en outs daarvan discussie mogelijk is, wordt het meten van de zogenaamde past performance en het daarmee rekening houden bij het verkrijgen van opdrachten in het algemeen waardevol gevonden. Frappant is evenwel dat het aanbestedingsrecht – en ook past performance meetsystemen – niet tot nauwelijks rekening houden met de kwaliteit van het eerder opgeleverde werk. De redenering is namelijk dat iets goed is als het aan de contracteisen voldoet (en dus wordt opgeleverd), maar daarmee gaat men eraan voorbij dat dat resultaat met meer of minder vakmanschap kan worden behaald. Het is soms frustrerend dat met dat vakmanschap – een bedrijf dat een opdracht net iets beter of mooier wil doen - in overheidsaanbestedingen geen rekening kan worden gehouden[[2]](#footnote-2).

1. Het onaantrekkelijke van deelname aan overheidsaanbestedingen zal wellicht kunnen afnemen wanneer de overheid zich als launching customer opstelt, het om opdrachten met een grote volumes gaat en de overheid – zie hierna – bereid is mede verantwoordelijkheid te dragen voor het geval de gevraagde innovatie – ondanks door de markt partij geleverde redelijke inspanningen – niet succesvol blijkt. [↑](#footnote-ref-1)
2. Dat is overigens anders bij de werken die onderhands worden aanbesteed. Dat zijn werken beneden de € 1,5 mio, waar de aanbesteder immers die bedrijven rechtstreeks uitnodigt die hem geschikt lijken. Zie in dat verband de aanbeveling het toepassingsgebied van de onderhandse procedure te verbreden. [↑](#footnote-ref-2)