



Trend in aanbestedingen: onvolledige procedures

Het bestek van tafel gehaald

Stel: tijdens een diner in een restaurant haalt de ober ineens het bestek en het bord van tafel. U zou op zijn minst verbaasd zijn. Sterker: u zou vermoedelijk ernstig geïrriteerd raken. Toch gebeurt dit inmiddels vaker dan u denkt. Zij het niet in chique eetgelegenheden, maar tijdens aanbestedingstrajecten. Aanbestedingen op basis van Emvi zijn inmiddels zo complex geworden, dat zowel aanbestedende partijen als inschrijvers zich regelmatig verslikken. En steeds vaker gaat het bestek dan van tafel.

Auteur: Jeroen Mulder

Stel: tijdens een diner in een restaurant haalt de ober ineens het bestek en het bord van tafel. U zou op zijn minst verbaasd zijn. Sterker: u zou v De mededeling op Tendered, het platform waarop alle openbare aanbestedingen worden gepubliceerd, is kort maar volstrekt duidelijk. Onder de kop 'Kennissegeving van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie: Gemeente Veenendaal-Machinaal Groenonderhoud 2014-2015 -Gemeente Veenendaal' staat in artikel V1.2: 'Gunningsprocedure afgebroken.' Zonder nadere toelichting. Een telefoontje naar de gemeente levert niets op. Senior inkoopster Laura Verhoeven van de gemeente Veenendaal meldt dat zij er niets over kan zeggen. De procedure wordt namelijk geheel opnieuw gedaan en over lopende

de aanbesteding mag zij geen mededelingen doen. Ook niet aan de pers.

Maar wie het nieuws volgt, weet dat aanbesteden een ware kunst is, die steeds minder partijen – aanbestedende partijen en intermediairs – goed beheersen. Niet voor niets staan IT-aanbestedende diensten bij de overheid en leveranciers in het beklagdenbankje. Aanbestedingsprocedures zijn of niet juist gevolgd, of hebben zo veel ruimte gelaten voor interpretatie dat de aanbestede projecten fors duurder of zelfs volstrekt onbeheersbaar zijn geworden. De gemene deler in bijna alle verhalen is de term Emvi: de 'economisch meest voordelige inschrijving'. Daar gaat het mis. Flink mis. Met dank aan de meters jurisprudentie die al is samengesteld uit geschillen omtrent Emvi.

Niet-gangbare uitspraak

Haarlemmermeer, 2013. Krinkels uit Alkmaar vecht de beslissing van de gemeente aan om het groenonderhoud te gunnen aan het kersverse Zelvova uit Amsterdam. Dat kan niet, aldus Krinkels. Zelvova bestaat sinds 2011 en kan nooit aan de omzeteisen in de aanbesteding hebben voldaan. Zout in de wonde: Zelvova bood het werk voor ruim zesduizend euro minder aan dan Krinkels. Het argument dat de omzeteisen hard moeten zijn, wordt door de rechter van tafel geveegd. Die is juist van mening dat het een aanbestedende dienst vrij staat om naar andere zaken te kijken bij een bedrijf dat nog maar een paar jaar bestaat. En dat is best raar. Niet zelden zijn omzeteisen 'knock out' criteria in aanbestedingen.

En toch oordeelt de rechter dat de aanbestedingswet ruimte biedt om naar zaken als de trackrecord van bedrijven te kijken. 'Uit deze bepalingen volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat een inschrijver die nog niet lang genoeg bestaat, zoals in dit geval Zelkova, de mogelijkheid heeft om op een andere manier aan te tonen dat hij aan de omzetis voldoet. Deze uitleg ligt voor de hand, want een aanbesteding wordt gehouden om de concurrentie tussen de gegadigden voor een opdracht te bevorderen.' Het middel daartoe heet Emvi. Maar niets zo rekkelijk als Emvi, zo blijkt telkens weer.

Emvi géén synoniem voor goedkoopst

Aanbestedende diensten zitten met Emvi in hun maag. Een gemeentelijke inkoper uit het noorden van het land die absoluut niet met zijn naam in een artikel wil, meldt: 'We hoopten dat Emvi vooral een middel was om de prijs te drukken. Maar we weten allemaal dat Emvi dat juist voorkomt.' Dit vergt enige uitleg. Eerst maar eens het begrip Emvi sec: sinds de invoering van de Aanbestedingswet 2012 wordt het principe 'Emvi, tenzij' gehanteerd. Bij Emvi beoordeelt de aanbestedende partij de inschrijvingen niet alleen op prijs, maar ook op aangeboden kwaliteit.

De rechter wijt vervolgens nog ettelijke alinea's aan methodes waarop een aanbestedende dienst wél van de regels af mag wijken!

Leest u die laatste zin vooral nog eens heel goed: er wordt beoordeeld op basis van prijs *én* kwaliteit. Het is dus géén middel om louter op prijs te sturen bij de inkoop. Emvi is geen synoniem voor 'de goedkoopste aanbidding'!

Maar het zal niemand verbazen dat juist in tijden van crisis Emvi wél wordt gebruikt om met name te filteren op de prijs. Die ruimte is er ook. De puntentelling en berekening van scores kunnen zo worden opgesteld, dat alleen de partij die echt het goedkoopst is de klus kan krijgen. Dat is weliswaar niet de intentie van de Aanbestedingswet, maar natuurlijk gebeurt het. Vaak. Steeds vaker moet een aanbestedende dienst de procedure



Adrienne Geelhoed van Straatman Koster Advocaten constateert dat de rechter korte metten maakt met aanbestedende partijen die slechts op laagste prijs willen gunnen.

daarom overdoen. Gebeurde dat recentelijk vooral na de Alcatel-periode (een periode van twee weken waarin andere, niet-gegunde partijen bezwaar tegen de gunning kunnen aantekenen), we zien nu dat de procedure al eerder wordt afgebroken, al dan niet op aandringen van de rechter. Dat laatste is pijnlijk.

Mogelijkheden om van de Emvi-regels af te wijken

Neem een zeer recent voorbeeld: Bam spande begin dit jaar een kort geding aan tegen de gemeente Zevenaar. Hier ging het om een nieuwbouwproject, een nieuwe locatie en huisvesting voor de gemeente Zevenaar. De aanbesteding ging, keurig volgens wet, op basis van Emvi. Bam vocht de aanbestedingsprocedure aan, omdat het project volgens het bouwbedrijf niet zou worden gegund op basis van Emvi, maar 'op basis van laagste prijs'. De gemeente bestreed dit niet, maar gaf volgens de rechter onvoldoende motivatie. 'De gemeente heeft in dat verband aangegeven dat haar financiële situatie slechts een beperkt budget toelaat voor de realisatie van de onderhavige opdracht. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is dat enkele feit bij een opdracht zoals hier aan de orde, onvoldoende om een afwijking van het wettelijke uitgangspunt te rechtvaardigen. Een beperkt budget kan immers ook op een andere manier in de aanbesteding worden verwerkt, bijvoorbeeld door een maximumprijs in de aanbestedingsstukken op te nemen.'

U zegt? De gemeente Zevenaar had als motivatie aangegeven slechts een beperkt budget te hebben en daarom voor de aanbidding met

de laagste prijs te gaan. Het kwaliteitsaspect dat verplicht is in Emvi, werd hierin niet meer of onvoldoende meegewogen. De rechter in Arnhem oordeelde dat dit niet mag: het hebben van een beperkt budget is geen reden om van de Emvi -regels af te wijken. Zaak gesloten. Niet dus. Want de rechter wijt vervolgens nog ettelijke alinea's aan methodes waarop een aanbestedende dienst wél van de regels af zou mogen wijken en geeft hierbij zelfs suggesties. Voer voor juristen, zoals Adrienne Geelhoed van Straatman Koster Advocaten in Rotterdam. Zij schreef uitgebreid over deze casus in haar blog. Ook zij constateert dat de rechter inderdaad korte metten maakt met aanbestedende partijen die slechts op laagste prijs willen gunnen.

De Emvi-prijsparagraaf is zelfs voor specialisten vrijwel niet te volgen

Daar stopt het niet. 'De voorzieningenrechter geeft helaas geen inzicht in de omstandigheden die naar zijn mening gunning op basis van laagste prijs wél zouden kunnen rechtvaardigen', aldus Geelhoed. 'Naar zijn oordeel hoeft er in ieder geval niet sprake te zijn van uitzonderingssituaties en bijzondere omstandigheden. Ik kan mij voorstellen dat gunning op laagste prijs zou zijn toegestaan wanneer een aanbestedende dienst op regelmatige basis werken aanbesteedt op basis van standaard RAW-bestekken.' Deze stelling laat zich moeilijk herkennen in de tekst van de rechtbank zelf.

Uit de uitspraak: 'Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is dat enkele feit bij een opdracht zoals hier aan de orde, onvoldoende om een afwijking van het wettelijke uitgangspunt te rechtvaardigen. Een beperkt budget kan immers ook op een andere manier in de aanbesteding worden verwerkt, bijvoorbeeld door een maximumprijs in de aanbestedingsstukken op te nemen.' Ofwel: de gemeente had sowieso moeten motiveren waarom zij afweek van Emvi-bepalingen. Bovendien had de gemeente andere methodes om te garanderen dat een aanbieder binnen de budgetnormen zou blijven: door een maximumbedrag op te nemen – hetgeen wel mag binnen Emvi. De rechtbank: 'De gemeente heeft daartegen aangevoerd dat dat geen reële optie is, omdat zij dan altijd de door haar aangegeven maximale prijs kwijt zal zijn, maar dat is

niet aannemelijk. Ook in geval van een maximale prijs zal er (...) tussen de verschillende bidders concurrentie op de prijs plaatsvinden teneinde de kans op gunning te vergroten.'

Meters ingewikkelde jurisprudentie

Zo wordt het er allemaal niet duidelijker op. Voortdurend zorgen dit soort casussen ervoor dat er meters jurisprudentie wordt opgebouwd en uiteindelijk dat bestekken volstrekt onleesbaar worden, zelfs voor specialisten. Terug naar Veenendaal. Deze gemeente besteedde begin dit jaar het machinaal groenonderhoud 2014-2015 uit. Het gunningscriterium is keurig volgens Emvi beschreven: plan van aanpak telt voor zestig procent mee in de gunning, prijs voor overige voor veertig procent. Vervolgens gaat de aanbestedende dienst pagina's lang in op allerlei kwalitatieve eisen die allemaal volgens een bepaald puntensysteem worden beoordeeld. De gemiddelde groenleverancier zal hier al afhaken; zonder professionele ondersteuning door iemand die gepokt en gemazeld is in aanbestedingsland, is hier geen doorkomen aan.

Kleinere bedrijven kansloos

De prijsparagraaf is zelfs voor specialisten vrijwel niet te volgen.

'De waardering van de inschrijvingsom gebeurt aan de hand van een formule. Deze formule luidt:

$2 + (1 - ((\text{Waarde inschrijving} - \text{minimumwaarde}) / (\text{verschil minimum- en maximumwaarde}))) * (8-2)$. De formule is opgebouwd uit vier stappen:

1. Waarde inschrijving – minimumwaarde (= resultaat 1)
2. Maximumwaarde – minimumwaarde (= resultaat 2)
3. Resultaat 1 / resultaat 2 (= resultaat 3)
4. $2 + (1 - \text{resultaat 3}) * 6 =$ beoordeling afgerond op 1 decimaal (= resultaat 4)

Er is een rekenvoorbeeld opgenomen. Aan de hand daarvan is het nog enigszins te doen. Totdat je onder het rekenvoorbeeld het volgende leest: 'Omdat de inschrijvingsprijs per bestek verschilt, wordt het aantal punten voor criterium 4, de prijs, voor ieder bestek op dezelfde manier, maar aan de hand van andere bedragen bepaald. Hieronder vindt u voor ieder bestek de toekenning van de beoordelingscijfers aan de inschrijvingsom.' Het effect is dat op geen enkele manier nog valt te toetsen hoe de inschrijvingsprijs nu echt wordt meegewogen. O ja: 'Uw

rekenkundige totale inschrijvingsom (excl. btw) is zo laag mogelijk.' Het staat er echt. Voor kleinere bedrijven in de markt is meedoen aan aanbestedingen volstrekt onmogelijk geworden.

'Eigen aannemer eerst'

En dat is vervelend. Want binnen de gemeente staan vooral de lokale politieke partijen onder grote druk om het werk vooral binnen de gemeentegrenzen te houden; iets wat ook niet mag binnen openbare aanbestedingen. Onderhands gunnen mag domweg niet vanaf de drempelbedragen, die al snel in zicht komen. Iedereen moet een eerlijke kans krijgen om mee te dingen naar werk. Maar leg dat als lokale partij maar eens uit aan de plaatselijke groenverzorger waar mensen zitten te springen om werk, liefst om de hoek. Dan rest er weinig anders dan bijzonder creatief te worden in de aanbestedingsprocedures. Eigen aannemer eerst. In Zevenaar was de bouw van het nieuwe gemeentehuis al gegund aan een aannemer in de regio toen Bam aan de bel trok. Iets wat een groot consortium als Bam kan doen, maar waarvoor kleinere bedrijven zelden de mogelijkheid hebben, al was het maar omdat dit soort juridische procedures handen vol geld kosten.

Een van de meest toegepaste trucs om aanbestedingen te beïnvloeden is het opnemen van de gedeeltelijke social return-verplichting

Marktverstoring door social return

Maar er zijn voldoende mogelijkheden om aanbestedingen te beïnvloeden. Een van de meest toegepaste trucs is het opnemen van de verplichting om een deel van de gunningsprijs terug te laten vloeien in social return. In vrijwel alle groen-aanbestedingen zien we deze eis terugkomen: de verplichting voor inschrijvers om een bepaald percentage gehandicapten of werklozen aan te nemen bij gunning. Hier zijn regionale bedrijven vaak in het voordeel. In een recent stuk in de Gelderlander beklaagt René ter Brake van MKB Nederland zich over deze gang van zaken. 'De overheid wil er mee laten zien dat ze sociaal bezig is. Maar aan de voorkant worden mensen aangenomen, terwijl ze er aan de achterkant uitvliegen.

Per saldo maakt het niets uit. Maar het leidt wel tot marktverstoring. Je maakt het bedrijven moeilijker om mee te doen, waardoor je misschien niet de beste aanbieder krijgt.'

Het rammelt aan alle kanten in aanbestedingsland

Nog geen open discussie over Emvi-ervaringen

Conclusie: het rammelt aan alle kanten in aanbestedingsland. Het systeem is aan een grondige revisie toe, zeker nu er meer en meer voorbeelden opduiken van aanbestedingen die vroegtijdig worden afgebroken, zoals in Veenendaal, maar ook al in Haarlemmermeer en Veldhoven. Niet dat er ook maar één ambtenaar is die inhoudelijk wil reageren op de achtergronden. Steevast heet het dat de procedure nog wordt vervolgd en dat er daarom geen mededelingen worden gedaan. Ondertussen zijn er ook gemeenten die voorzichtig 'experimenteren' met andere vormen van aanbesteden, zoals *best value procurement* of prestatie-inkoop. Bij die methode geldt dat de beste inschrijver laat zien hoeveel toegevoegde waarde hij kan creëren voor de aanbestedende dienst en waar: zo veel mogelijk waarde voor 1 euro. In dit soort aanbestedingen is een plafond opgenomen en moet de inschrijver vooral laten zien wat hij voor dat bedrag kan doen. De daadwerkelijke vaststelling van de contractwaarde vindt pas in een later stadium plaats. Dit biedt ook voor de groensector zeker mogelijkheden. Tot dat moment zal het bestek nog wel vaker van tafel worden gehaald.



Stuur of twitter dit artikel door!
Scan of ga naar:

www.stad-en-groen.nl/artikel.asp?id=41-4874