

8 instrumenten voor
overheden en nutsbedrijven
om de aanbestedingspraktijk te
verbeteren

10 september 2009

Maurice Essers, partner Loyens & Loeff
Anouk Kaiser, Themis & Justitia

8 instrumenten ter verbetering van de aanbestedingspraktijk

Naleving rechtsregels	
Instrument 1	Rechtszaken bij de burgerlijke rechter
Instrument 2	Instelling van een toezichthouder
Instrument 3	Bemiddeling / Ombudsman
Instrument 4	Klacht bij de Europese Commissie
Instrument 5	Rechtmatigheidscontrole door accountant/ rekenkamer
Organisatie aanbestedingspraktijk	
Instrument 6	BOPP
Instrument 7	Uniformeren aanbestedingsprocedures / vaststellen van aanbestedingsbeleid (nota)
Instrument 8	Aanbestedingsaudit (NTA 8058)

Rechtmatigheid van aanbestedingspraktijk

- **Nalevingsmeting Ministerie Economische Zaken (elke 2 jaar): is aanbesteed waar dit verplicht is?**

<u>2008</u>	<u>Inkoopvolume</u>	<u>Aantal aanbestedingen</u>
Ministeries:	59%	78%
Grote gemeenten:	56-73%	34-55%
Kleine gemeenten:	24-33%	19-21%
Provincies:	90%	60%
Waterschappen:	66%	32%
Academische ziekenhuizen	57%	50%
Hogescholen:	33%	23%
Universiteiten:	50%	40%
Politieregio's:	64%	47%

- **Andere vraag: als er wel wordt aanbesteed: hoe vaak gaat dat dan zonder serieuze fout / inbreuk?
Praktijkervaring: > 50%**
- **Conclusie: bij meer dan (ongeveer) 2/3 van de aanbestedingen is er een verbeterpotentieel!!**

Aanbestedingspraktijk

Verbeterpotentieel niet alleen bij rechtmatigheid van de aanbestedingspraktijk, maar ook:

- bij organisatie van aanbestedingspraktijk (zodanig ingericht dat doelmatige en rechtmatige aanbesteding gewaarborgd) en
- b. bij doelmatigheid van de inkoop

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Naleving rechtsregels	
Instrument 1	Rechtszaken bij de burgerlijke rechter
Instrument 2	Instelling van een toezichthouder
Instrument 3	Bemiddeling / Ombudsman
Instrument 4	Klacht bij de Europese Commissie
Instrument 5	Rechtmatigheidscontrole door accountant/ rekenkamer
Organisatie aanbestedingspraktijk	
Instrument 6	BOPP
Instrument 7	Uniformeren aanbestedingsprocedures / aanbestedingsnota
Instrument 8	Aanbestedingsaudit (NTA 8058)

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 1

Rechtszaken bij de burgerlijke rechter

- per jaar ongeveer 150 rechtszaken (kort geding) in Nederland
 - duur: ongeveer 2 maanden
 - vorderingen: heraanbesteding, gunning, herbeoordeling, schadevergoeding
 - zitting: 2 uur bij de voorzieningenrechter in het arrondissement van de aanbestedende dienst
- per jaar ongeveer 5-10 rechtszaken bij Hof van Justitie (Luxemburg)
 - duur: vele maanden / jaren
 - vordering: inbreuk op het EG-recht / uitleg van EG-recht

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 1 Rechtszaken bij de burgerlijke rechter

Van belang ivm:

- rechtsontwikkeling (opheffen van de “grijze gebieden”, bijvoorbeeld: wanneer moet je wel / wanneer moet je niet aanbesteden?);
- druk op aanbestedende diensten om regels na te leven en eerlijke kansen te bieden.

Maar soms:

- misbruik van het aanbestedingsrecht om aanbesteding te saboteren (daar staat tegenover de Grossmann leer: je moet tijdig klagen anders vervalt je recht);
- onnodig formalisme waardoor aanbestedingsrecht doel voorbij schiet, zoals in geval van vormfouten bij de goedkoopste / voordeligste aanbieding (mag/moet aanbestedende dienst vragen om gebrek te herstellen?)

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 2 Toezicht door een aanbestedingsautoriteit

- Veel ondernemingen / brancheorganisaties zijn voorstander van introductie van toezicht door een aanbestedingsautoriteit die de gang van zaken rond een aanbesteding kan controleren.
- Met de inwerkingtreding van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA, wetsvoorstel 5 augustus 2009) zal de Nederlandse Mededingingsautoriteit eerste bevoegdheden krijgen ivm de naleving van het aanbestedingsrecht.
- Vooralsnog weigert de Minister van Economische Zaken echter om de NMa echt als aanbestedingsautoriteit te laten functioneren.

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 2 Toezicht door een aanbestedingsautoriteit

- Voordelen voor ondernemers bij instelling van aanbestedingsautoriteit:
- aanbestedingsautoriteit kan offertes opvragen en daardoor beoordeling van offertes door de aanbestedende dienst controleren. In rechtszaken in kort geding zal een aanbestedende dienst daarentegen geen informatie over de ingediende offertes (mogen) verstrekken.
- Klagen op anonieme basis is mogelijk, maar: *don't bite the hand that feeds you!*
- Het wordt een zaak tussen aanbestedingsautoriteit en aanbestedende dienst: klager heeft geen (advocaat) kosten!

Waarom jaarlijks EUR 30 miljoen belastinggeld uitgeven voor NMa om naleving van mededingingsrecht door ondernemingen te controleren en EUR 0 voor controle van naleving aanbestedingsregels door overheden?

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 3

Bemiddeling / Ombudsman

- Initiatief van Rijkswaterstaat, zeven grote aannemers en ProRail om te komen tot een ombudsman voor aanbestedingsgeschillen in de bouw
- Ook de nationale Ombudsman kan als klachtenloket functioneren.

Vraag is echter of bemiddeling een effectief instrument is:

- ombudsman kan geen naleving afdwingen (only name and shame)
- tijdrovend, maar: dialoog/bemiddeling kan allicht rechtszaak voorkomen

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 4

Klacht bij de Europese Commissie

- Europese Commissie is in feite de toezichthouder voor aanbestedingsrecht
- Echter: in de praktijk te weinig capaciteit: papieren tijger
- Soms wordt een zaak opgepakt: voorbeeld Vathorst.
- Vaak worden zaken na ingebrekestelling door de Europese Commissie in der minne geregeld: voorbeeld Vathorst.

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 5 Rechtmatigheidscontrole door accountant / rekenkamer

- Toetsing achteraf van (voornamelijk) naleving van de aanbestedingsplicht; in de praktijk slechts marginale toetsing van rechtmatigheid van uitvoering van aanbestedingsprocedures
- Wettelijke plicht voor o.a. gemeenten, provincies, waterschappen

Sanctie: onthouding / beperking ivm verklaring/goedkeuring bij jaarrekening

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Tussenconclusie

- Vooralsnog wordt het aanbestedingsrecht met name gehandhaafd doordat deelnemers aan aanbestedingen via een kort geding de naleving van de regels bij de Voorzieningenrechter kunnen afdwingen.
- Dit is een effectief instrument: het wordt wekelijks diverse keren gehanteerd!
- Ook ervaringen met accountantstoezicht zijn positief. Het zet overheden aan om rechtmatigheid te bevorderen (voorkomen negatieve publiciteit)

Wat kan een aanbestedende dienst doen om rechtszaken / negatief oordeel accountant te voorkomen? De enige oplossing is om de aanbestedingspraktijk verder te professionaliseren.

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Naleving rechtsregels	
Instrument 1	Rechtszaken bij de burgerlijke rechter
Instrument 2	Instelling van een toezichthouder
Instrument 3	Bemiddeling / Ombudsman
Instrument 4	Klacht bij de Europese Commissie
Instrument 5	Rechtmatigheidscontrole door accountant/rekenkamer
Organisatie aanbestedingspraktijk	
Instrument 6	BOPP
Instrument 7	Uniformeren aanbestedingsprocedures / aanbestedingsnota
Instrument 8	Aanbestedingsaudit (NTA 8058)

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 6 Best of Public Procurement (BOPP)

- stelling: het is beter om verbetering van de professionaliteit van aanbesteding en inkoop aan de markt over te laten: BOPP is een goed voorbeeld van de innovatieve krachten in de markt. Regel dus niet te veel in de Aanbestedingswet
- de wetgever heeft dit opgepakt. Het nieuwe wetsvoorstel voorziet minder in regelingen in detail. Verbetering van professionaliteit krijgt aandacht in flankerend beleid (dus niet via dwingende regels).
- PIANOO en andere fora bieden een platform voor de markt (aanbesteders, ondernemers) waarin ervaringen uitgewisseld kunnen worden en innovatieve initiatieven bekendgemaakt kunnen worden.

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 7 Uniformeren aanbestedingsprocedures / vastleggen beleid in een aanbestedingsnota

- Hanteren aanbestedingsreglementen / uniforme aanbestedingsvoorwaarden
- Handboek aanbesteding (intern)
- Aanbestedingsformulier per aanbesteding
- Training van aanbestedingsteams
- Vastleggen van beleid bij aanbesteden onder EG-drempel / B-diensten

Het huidige voorstel voor een Aanbestedingswet biedt genoeg ruimte om zelf het aanbestedingsbeleid in te richten (i.t.t. eerdere voorstellen)

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 7 Uniformeren aanbestedingsprocedures / aanbestedingsnota

- Een verantwoord aanbestedder handelt transparant bij uitvoering van aanbestedingen en in zijn aanbestedingsbeleid: stel een nota vast en plaats die op de website. Derden kunnen daar rechten aan ontleen, maar dat durft een professioneel aanbestedder aan.
- Regel daarin o.a. het uniformeren van de aanbestedingsprocedures
- Ook politieke doelstellingen (duurzaam inkopen, sociaal beleid) kunnen in een aanbestedingsnota geregeld worden.

8 instrumenten om aanbestedingspraktijk te verbeteren

Instrument 8 Aanbestedingsaudit (NTA 8058)

- De NTA 8058 is een nieuw instrument dat komende weken wordt afgerond en naar verwachting per 1 januari 2010 beschikbaar is.
- Tot stand gekomen op basis van initiatief van Loyens & Loeff via een representatieve werkgroep van het Nederlands Normalisatie Instituut (deelnemers van gemeenten, provincies, nutsbedrijven, PIANOO etc.)
- Bouwt voort op Europese norm EN 45503 en format gebruikt voor aanbestedingsaudits door Loyens & Loeff / Det Norske Veritas.
- Betreft niet alleen toetsing rechtmatigheid van aanbestedingspraktijk maar ook van kwaliteit organisatie van aanbestedingspraktijk

- VRAGEN?

maurice.essers@loyensloeff.com

Tel: 020-578 51 36