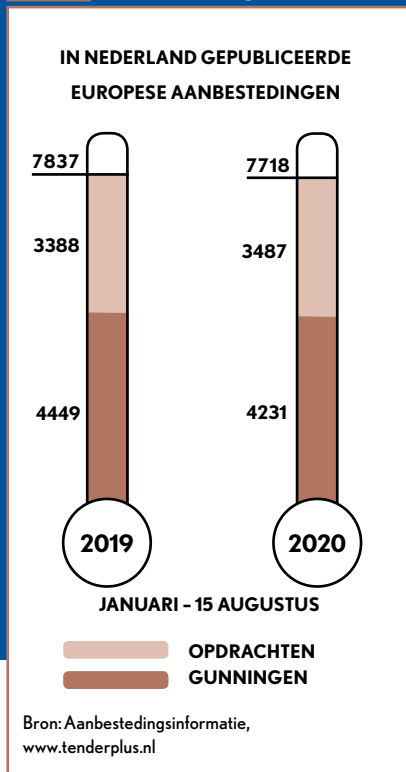


TENDER 6

N I E U W S B R I E F

TENDER THERMOMETER



Inmiddels zijn er niet alleen meerdere Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) over dit onderwerp verschenen², maar heeft ook de burgerlijke rechter zich er verschillende keren over uitgelaten.³ Uit de Adviezen en de uitspraken blijkt dat de aanbestedende diensten die uitzendbureaus enkel op prijs met elkaar willen laten concurreren, daar één reden in het bijzonder voor aanvoeren: de dienstverlening van de verschillende uitzendbureaus zou niet voldoende onderscheidend zijn en geen meerwaarde bieden bovenop de voorgeschreven minimumeisen. Het meewegen van kwaliteit zou daarom ondoelmatig zijn.

Onze overtuiging is dat de factor kwaliteit juist van groot belang is bij aanbestedingsprocedures voor de inhuur van flexibele arbeid. Uitzenddienstverleners voelen zich dan uitgedaagd om innovatieve en duurzame oplossingen aan te dragen. Dat komt niet alleen ten goede aan de aanbestedende dienst zelf, maar ook aan de flexwerkers en de samenleving als geheel. Gunning op de laagste prijs doet daaraan in sterke mate afbreuk. Een focus op de prijs van de dienstverle-

INDITNUMMER:

- 1 Concurrentie op kwaliteit komt duurzame arbeidsmarkt ten goede
- 2 Crisis als drijfveer voor aanbesteden van innovatie
- 3 Crisis als drijfveer voor aanbesteden van innovatie
- 4 Verslag wetenschappelijke vergadering NVvA
- 5 Hoe word je de meest duurzame publieke opdrachtgever?
- 6 DE ZAAK: Overdracht van bevoegdheden in combinatie met inbesteden
- 7
- 8 GEZIEN?!

Concurrentie op kwaliteit komt duurzame arbeidsmarkt ten goede

Naast de prijs moet ook de kwaliteit van de dienstverlening op een wezenlijke manier meewegen bij de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving. Dit is een belangrijke bepaling in de Aanbestedingswet. Alleen in goed gemotiveerde gevallen mag daarvan worden afgeweken. Een aantal gemeenten organiseerde eind 2019 een Europese aanbesteding voor zowel uitzenddienstverlening als payroll waarbij zij de factor kwaliteit niet wilden meewegen. Naar het oordeel van de Commissie van Aanbestedingsexperts – zo volgt uit Advies 568¹ – waren de redenen die zij daarvoor aanvoerden echter niet overtuigend.

ning alléén leidt tot vershraling van de dienstverlening van de uitzendorganisatie en een verslechtering van de positie van de flexwerker.

Duurzame inzet op de lange termijn

De kwaliteit van uitzenddienstverlening wordt bepaald door veel factoren. In de eerste plaats moet de uitzendorganisatie zorgdragen voor de werving en selectie van kandidaten die voldoen aan de door de opdrachtgever opgestelde functieprofielen. In de tweede plaats houdt de dienstverlening niet op bij het maken van een goede ‘match’. Leiding en toezicht berusten weliswaar bij de opdrachtgever van de flexwerkers, maar de uitzendorganisatie blijft betrokken bij hun begeleiding. Tijdens de uitvoering van de opdracht is er sprake van een nauwe band tussen de inleener, de flexwerker en de uitzendorganisatie. De voortdurende betrokkenheid van de uitzendorganisatie is ook logisch, omdat het formeel werkgeverschap bij de uitzendorganisatie ligt. Deze

moet de flexwerkers na afronding van een opdracht weer voorbereiden op volgende opdrachten. De zorg voor de loopbaanbegeleiding van arbeidskrachten is dus opdrachtverstijgend. Een andere belangrijke factor van de dienstverlening is dat deze flexibel moet inspelen op een arbeidsmarkt die continu in beweging is. De schaarste neemt toe en kandidaten zoeken steeds op andere manieren naar werk. Hierdoor moet een uitzendorganisatie bij langjarige contracten – waarvan bij Europese aanbestedingen in de regel sprake is – voortdurend inspelen op de veranderende wensen van de arbeidskrachten. Bovendien verandert ook de vraag van gemeentelijke opdrachtgevers steeds door politieke keuzes, nieuwe wetgeving, andere maatschappelijke opgaven, digitalisering, nieuwe werkwijzen, veranderende vraag van de burger etc. Dat vraagt om flexwerkers met steeds weer andere vaardigheden. Al deze factoren maken dat een opdracht voor uitzenddienstverlening niet valt te standaardiseren, zoals bij de inkoop van (bijvoorbeeld)

kant-en-klare producten als kantoorartikelen wel kan. De inkoop van uitzenddienstverlening is simpelweg geen statische aangelegenheid. Hoe de dienstverlening eruit moet zien na het eerste jaar is immers niet te voorspellen en het is daarom niet wenselijk dat deze voor jaren wordt vastgelegd in een programma van eisen. Een aanbestedende dienst heeft juist een partner nodig die in staat is flexibel en effectief in te spelen op de steeds veranderende inhuurvraag. Als bij de gunning alleen de prijs bepalend is, is de kans zeer groot dat dienstverlening van lage kwaliteit wordt ingekocht met onder andere vroegtijdige uitstroom van flexwerkers tot gevolg. Het doel om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te leveren, wordt dan niet bereikt. Goedkoop leidt zo uiteindelijk tot duurkoop.

Duurzaamheid en innovatie

Er zijn grote verschillen in de manier waarop uitzendorganisaties de meest geschikte kandidaten uit de markt weten te halen en hoe zij vervolgens hun flexwerkers begeleiden om hen zo goed mogelijk tot hun recht te laten komen. Juist deze begeleiding bepaalt in grote mate het verschil in de kwaliteit van dienstverlening van de verschillende bureaus en heeft te maken met zowel duurzaamheid als innovatie.

Met *duurzaamheid* bedoelen we hier de duurzame inzetbaarheid van de arbeidskrachten. Duurzaamheid is in de eerste plaats van belang voor de aanbestedende dienst. Die is erbij gebaat om niet steeds geconfronteerd te worden met personele wisselingen omdat uitzendkrachten toch niet bij de organisatie blijken te passen of toch niet over de juiste vaardigheden blijken te beschikken. Ook voor de flexwerkers is duurzaamheid een belangrijke factor. De juiste begeleiding en opleiding betekent niet alleen dat zij een concrete opdracht succesvol kunnen afronden, maar ook dat zij daarna weer goed inzetbaar zijn voor nieuwe opdrachten.

Het *innoverend vermogen* van een uitzendorganisatie komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de manier waarop wordt geïnvesteerd in technologie. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om zelflerende algoritmes te maken die sneller en beter geschikte uitzendkrachten kunnen vinden en selecteren. Ook kunnen speciaal ontwikkelde assessmentprogramma's nauwkeuriger vaststellen of er een 'culturele fit' tussen de flexwerker en de inlenende organisatie tot stand zal komen. Naast de inzet van technologie heeft innoverend vermogen te maken met de manier waarop een uitzendorganisatie erin slaagt om in te spelen op veranderende behoeftes bij de inlenende organi-

saties. Dit betekent dat er steeds ruimte moet zijn voor vernieuwing. Ook bij de begeleiding, opleiding en ontwikkeling van flexwerkers is innovatie een belangrijke factor.

Searchmethodieken, toegankelijkheid en groei van het netwerk, kwaliteit van de medewerkers, investeringen in technologische ontwikkelingen, opleiding en begeleiding; uitzendorganisaties verschillen in de manier waarop ze hun dienstverlening vormgeven. Als de inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure geen inzicht hoeven te geven in de specifieke kwaliteiten die zij op deze verschillende relevante gebieden hebben, en er alleen een bepaalde standaard wordt gevraagd tegen een zo laag mogelijke prijs, laat de aanbestedende dienst belangrijke kansen liggen. De markt wordt dan immers niet uitgedaagd.

Opgemerkt moet overigens worden dat bij de meerderheid van de aanbestedingsprocedures voor uitzenddienstverlening en payroll wel degelijk aandacht wordt besteed aan kwalitatieve aspecten zoals duurzaamheid en innovatie. In het kader van de gunningscriteria wordt dan (bijvoorbeeld) verlangd dat de inschrijver een plan van aanpak overlegt waaruit kan worden opgemaakt op welke wijze hij de kwaliteit van de in te zetten uitzendkracht meet en borgt.

Duurzame arbeidsmarkt

Aanbestedingen zijn bij uitstek geschikt om beleidsdoelen te realiseren. Naast innovatie en duurzaamheid geldt dat ook voor sociale onderwerpen. Het inzetten van langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten en het bevorderen van inclusie en diversiteit zijn hiervan belangrijke voorbeelden. In art. 1.4 lid 2 Aw is bepaald dat de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen moet realiseren. Dat kan wat ons betreft onder meer door het ontwikkelen van een duurzame arbeidsmarkt. De Commissie Regulering van Werk (Borstlap) heeft onlangs geadviseerd om fors te investeren in het aanpassingsvermogen van de flexmedewerkers. Deze zorgplicht rust op de hele maatschappij. Het hebben en (kunnen) behouden van werk is een van de belangrijkste voorwaarden voor mensen om goed te functioneren en in de samenleving te integreren. Omdat de arbeidsmarkt zo snel verandert, is het cruciaal dat iedere werkende zich tijdig kan aanpassen. De dienstverlening van uitzendbureaus – onder andere door te investeren in de ontwikkeling van flexwerkers – kan het verschil maken bij het realiseren van deze vorm van maatschappelijke waarde.

In een aanbestedingsprocedure kan hieraan (bijvoorbeeld) invulling worden gegeven door in het

kader van de gunningscriteria expliciet te maken dat de aanbestedende dienst het belangrijk vindt dat de flexibele arbeidskrachten duurzaam inzetbaar zijn op de arbeidsmarkt en dus ook buiten de organisatie van de aanbestedende dienst. Van de inschrijvers kan worden verlangd om in een plan van aanpak aan te geven op welke wijze en op welk(e) moment(en) de flexibele arbeidskracht door de inschrijver wordt begeleid. En daarbij dient dan inzichtelijk te worden gemaakt dat wordt geïnvesteerd in de duurzame inzetbaarheid van de kandidaat zowel tijdens de lopende opdracht als daarna.

Afronding

De aanbesteding is bij uitstek de manier om als overheidsorganisatie aandacht te besteden aan onderwerpen als duurzaamheid en innovatie én om doeltreffend invulling te geven aan de hierboven omschreven zorgplicht. Dat kan vooral door bij de gunning niet eenvoudigweg de uitzendorganisatie die de laagste prijs biedt te verkiezen, maar juist de aandacht te richten op de manier waarop een organisatie zich bereid en in staat toont waarde toe te voegen aan de flexwerker. Een belangrijke vraag die daarbij centraal dient te staan is hoe het bureau investeert in het aanpassingsvermogen van de uitzendkracht op de lange termijn. Het is van belang om de uitzendbureaus tijdens een aanbesteding uit te dagen om zelf met de beste ideeën en oplossingen te komen. Dat verdient in sterke mate de voorkeur boven het uitputtend voorschrijven van de kwaliteit van de dienstverlening in een programma van eisen. Kortom: de overheidsinkoper heeft *het* instrument in handen – het wegen van kwaliteit – om samen met de uitzendbureaus te investeren in een duurzame arbeidsmarkt.

drs. B. Rip

Randstad

Noten

1. <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/advies/advies-568-onvoldoende-motivering-voorgunning-op-laagste-prijs>.
2. Advies 432, 455 en 224.
3. V.zr. Rb. Midden-Nederland d.d. 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312 en V.zr. Rb. Midden-Nederland d.d. 4 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1963.

Crisis als drijfveer voor aanbesteden van innovatie

Innovatiegericht inkopen is een vitaal onderdeel van aanbestedingsstrategieën van aanbestedende diensten in tijden van crisis. De COVID-19-crisissituatie maakt meer dan eens duidelijk dat er een sterke behoefte aan innovatieve oplossingen bestaat. Aanbestedende diensten worden geconfronteerd met sterk veranderende behoeften, een tekort aan onderdelen/producten, frauduleuze marktpartijen, een (te) grote afhankelijkheid van derde landen of met allerlei kwaliteitssissues. Juist innovatiegericht inkopen is onder deze omstandigheden essentieel om te komen tot oplossingen. Dit artikel geeft een overzicht van de mogelijkheden voor het inkopen van innovaties in tijden van crisis en is gebaseerd op de ervaringen binnen het EAFIP-initiatief van de Europese Commissie.¹

Aanbesteden in crisissituaties

Het bestaande aanbestedingsinstrumentarium biedt een scala aan mogelijkheden om met crisissituaties om te gaan, waarbij de urgentie van de in te kopen behoefte een belangrijke rol speelt. Speciaal met het oog op de COVID-19-crisis heeft de Europese Commissie in een recente mededeling richtsnoeren bekendgemaakt voor de procedures die aanbestedende diensten kunnen toepassen in spoedeisende en uiterst spoedeisende situaties:²

- In spoedeisende gevallen die de toepasselijke termijnen onder normale omstandigheden onhaalbaar maken (zoals het onverwacht optreden van nieuwe symptomen bij coronapatiënten die nieuwe apparatuur of medicijnen vereisen), mogen de termijnen van de openbare en de niet-openbare Europese procedures worden verkort (art. 2.74 onderdeel a en b Aw). Behoudens de verkorting van de termijnen, blijven de overige eisen die aan de Europese procedures worden gesteld van kracht.
- In gevallen met een uiterst spoedeisend karakter (zoals de onverwachte toename van het aantal COVID-19-patiënten dat medische behandeling nodig heeft) mag de aanbestedende dienst zich beroepen op art. 2.32 lid 1 onderdeel c Aw voor het toepassen van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking 'wegens dwingende spoed' (onderhandse gunning). Het gaat daarbij om 'strikt noodzakelijke gevallen waarin het vanwege dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die de aanbestedende dienst *niet kon voorzien* en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten, onmogelijk is de gebruikelijke termijnen in acht te nemen'. De aanbestedende dienst kan direct en rechtstreeks, zonder enig procedureel vereiste, onderhandelen met één of meer potentiële contractanten. Per geval zal hij moeten beoordelen of aan de voorwaarden voor het gebruik van de proce-

dure wordt voldaan. Het plaatsen van deze uiterst urgente opdrachten mag niet langer duren dan wanneer een transparante (openbare of niet-openbare, al dan niet verkort) zou worden gebruikt.³

De recente Mededeling van de Europese Commissie geeft expliciet aan in welke gevallen er sprake is van 'dwingende spoed' die rechtvaardigt dat zonder (verkorte) aanbestedingsprocedure wordt gegund. Bedacht moet worden dat een tweede COVID-19-golf van besmettingen naar verwachting niet meer als een onvoorziene situatie zal worden beschouwd, omdat aanbestedende diensten inmiddels stabielere oplossingen hebben kunnen vinden, zoals het aangaan van een raamcontract.

Aanbesteden van innovatie in crisissituaties

De COVID-19-crisis maakt duidelijk dat onverwachte behoeften vaak om innovatieve oplossingen vragen, maar ook dat het vinden van de juiste (betrouwbare) marktpartijen een van de grootste uitdagingen is. De Europese Commissie heeft tools ontwikkeld die aanbestedende diensten daarbij een helpende hand kunnen bieden, naast het gebruik van de bovengenoemde versnelde en onderhandse procedures.

Wanneer een aanbestedende dienst geconfronteerd wordt met een tekort aan bepaalde producten (bijvoorbeeld beademingsapparatuur), is het mogelijk om door middel van een versnelde marktconsultatie en state-of-the-art-analyse (SOTA-analyse) binnen een aantal dagen bedrijven te identificeren die mogelijk reeds innovatieve producten hebben ontwikkeld die nog niet in grote hoeveelheden commercieel beschikbaar zijn. De aanbestedende dienst kan hiervoor gebruikmaken van de door de Europese Commissie opgerichte database van inzetbare AI- en roboti-

ca-oplossingen in de strijd tegen de COVID-19.⁴ Ook kan via het Europese agentschap voor het midden- en kleinbedrijf (EASME) het Europese netwerk van 6000 hightech worden benaderd, waarvan 40% actief is in de zorgsector.⁵ In een dergelijk geval kan er een test-/validatiefase in de aanbestedingsprocedure worden ingebouwd, zodat de nieuwe oplossing kan worden getest voordat de bestelling wordt geplaatst. Wanneer uit de SOTA-analyse blijkt dat de oplossing van het bedrijf dat innovatieve producten ontwikkelt zich nog in de prototypefase bevindt, zal de aanbestedende dienst dit prototype eerst willen testen. In dat geval mag de aanbestedende dienst via de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (onderhandse gunning, zie art. 2.33 onderdeel a Aw) een opdracht gunnen aan dit bedrijf voor de levering van het prototype ter proefneming. Wanneer het testen van het prototype succesvol verloopt, kan de aanbestedende dienst afspraken maken met de leverancier met betrekking tot de conformiteitsbeoordeling⁶ en vervolgens de levering van de goedgekeurde producten in gang zetten. Indien nodig kan bij alle urgente aanbestedingen van innovatie een snelle businesscase (tussen 2-6 dagen) worden uitgevoerd die de risico's, voordelen en kosten van de aanbesteding in kaart brengt.

Conclusies en aanbeveling

De COVID-19-crisis geeft enig inzicht in hoe een aanbestedende dienst in een crisissituatie gebruik kan maken van verschillende competenties en juridische mogelijkheden om tot snelle en slimme oplossingen voor dringende behoeften te komen. Over het algemeen geldt dat een crisissituatie op sommige vlakken een push tot innovatie en verbetering geeft. Belangrijke onderdelen van het aanbesteden van innovatie zijn:

lees verder op pagina 8 >

Verslag wetenschappelijke vergadering NVvA

Op 18 juni 2020 vond de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) plaats. De vergadering stond in het teken van rechtsbescherming. Na de jaarrede van voorzitter prof. mr. Jan Michiel Hebly (o.a. hoogleraar bouwrecht- en aanbestedingsrecht aan de universiteit Leiden en advocaat bij Benthem Gratama) presenteerde prof. mr. Chris Jansen (o.a. hoogleraar privaatrecht aan de VU en voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)) zijn visie op de vraag hoe de rechtsbescherming in aanbestedingszaken voorafgaand aan een civiele procedure zou kunnen worden verbeterd. Mr. Leyla Bozkurt (Maverick Advocaten) stond vervolgens stil bij de mogelijke verbeteringen van de rechtsbescherming tijdens de civiele procedure.

Verbetering rechtsbescherming voorafgaand aan de civiele procedure

In zijn presentatie hanteert Jansen een onderscheid tussen twee soorten beslissingen van aanbestedende diensten die mogelijk om rechtsbescherming vragen, namelijk: (1) voorbereidingsbeslissingen over de inhoud en formulering van bijvoorbeeld uitsluitingsgronden en gunningscriteria, en (2) selectiebeslissingen die direct tot gevolg hebben dat een inschrijver niet langer kans heeft op de opdracht (bijvoorbeeld beslissing tot uitsluiting). Voorbereidingsbeslissingen zijn niet individueel gericht en raken aan het algemeen belang van een doelmatige en rechtmatige aanbesteding. Selectiebeslissingen raken een individuele ondernemer direct in zijn individuele belang op het verwerven van de opdracht. Jansen constateert dat ondernemers in het algemeen slechts tegen selectiebeslissingen in rechte opkomen.

In het kader van de verbetering van rechtsbescherming pleit hij voor het creëren van een systeem dat problematische voorbereidingsbeslissingen tijdig en effectief identificeert en oplost. Dit vergt eveneens een verbetering van de professionalisering (beleid) en het besef van probleem eigenaarschap bij ondernemers als het gaat om problematische voorbereidingsbeslissingen. Jansen stelt dat zachte instrumenten (zoals klachtensystemen) er op dit moment niet toe kunnen leiden dat onrechtmatige voorbereidingsbeslissingen worden overruled: de aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld het oordeel van een klachtenloket naast zich neerleggen. Vanwege de impact die een voorbereidingsbeslissing heeft op het succes van een aanbesteding, betoogt Jansen dat inbreuken op het algemeen belang (voorbereidingsbeslissingen) op dezelfde manier zouden moeten worden gesanctioneerd als inbreuken op het individuele belang (selectiebeslissingen). Nu de inrichting en het functioneren van civielrechtelijke procedures vooral gebaseerd zijn op individuele belangenbescher-

ming, is een mogelijke oplossingsrichting om elementen van klassieke rechtsbescherming te incorporeren in 'zachte' instrumenten. Een toekomstig systeem van rechtsbescherming zou moeten zijn gebaseerd op het onderscheid tussen voorbereidings- en selectiebeslissingen. Bij onrechtmatige voorbereidingsbeslissingen moet een ondernemer net als nu, primair gebruikmaken van 'zachte' instrumenten: bijvoorbeeld vragen stellen tijdens inlichtingenrondes. Wanneer die instrumenten niet effectief zijn, moeten in aanvulling 'zachte' instrumenten met 'harde' elementen beschikbaar zijn, zoals onafhankelijke klachtensystemen die onder voorwaarden tot een opschorting van de aanbestedingsprocedure leiden. Voor het te volgen spoor bij selectiebeslissingen maakt Jansen een onderscheid tussen Europese aanbestedingsprocedures en nationale (met inbegrip van meervoudig onderhandse) procedures, hoofdzakelijk vanwege het verschil in financiële belangen. Ten aanzien van Europese aanbestedingsprocedures stelt hij dat een ondernemer – in aansluiting op de huidige praktijk – al snel voor het spoor van de harde klassieke rechtsbescherming (civiel kort geding) zal moeten kiezen. Bij nationale en meervoudig onderhandse procedures ligt dat mogelijk anders. De financiële omvang van de opdracht is niet zelden gering in verhouding tot de kosten van een kortgedingprocedure, terwijl de kansrijkheid van zo'n kort geding klein is. Dat werpt met name voor het MKB mogelijk een (te) hoge drempel op. Hiermee dient rekening te worden gehouden bij de verbetering van de rechtsbescherming. Mogelijk dat een onafhankelijk klachtensysteem met opschortende werking ook voor die gevallen een betere oplossing biedt.

Verbetering rechtsbescherming tijdens de civiele procedure

Bozkurt staat eerst stil bij de resultaten uit het Kwink-onderzoek d.d. 12 juni 2019 en de beleidsmaatregelen van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat d.d. 12 juli 2019.

Bozkurt stelt vervolgens vast dat in de afgelopen drie jaren het percentage eerste aanleg rechtszaken in verhouding tot het aantal gepubliceerde aankondigingen op TenderNed relatief laag was en in tweede aanleg drastisch minder werd. Bovendien is het percentage rechtszaken waarbij vorderingen van inschrijvers werden toegewezen zeer laag. Dat de rechtsbescherming tijdens de civiele procedure in het aanbestedingsrecht verbeteringen behoeft, volgt ook uit de praktijk waarbij procesadviezen aan ondernemers veelal negatief zijn, aldus Bozkurt. Bozkurt bespreekt hiervoor drie mogelijke oplossingen: (1) de verruiming van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 ('Aw'), (2) het inlassen van een opschortende termijn na kort geding en (3) inlassen van een aanbestedingskamer.

Ten aanzien van het voorstel van de staatssecretaris om in art. 4.15 lid 1 Aw 'grove schendingen van het aanbestedingsrecht' toe te voegen, merkt Bozkurt op dat dit weliswaar betere rechtsbescherming kan bieden, maar dat art. 4.18-4.19 Aw de rechter in het kader van de belangenafweging ruimte bieden om niet over te gaan tot vernietiging van de overeenkomst. Daarnaast is het de vraag wat onder 'grove schendingen' valt, omdat deze gevallen al zijn opgenomen in art. 4.15 Aw.

Het inlassen van een opschortende termijn na een kort geding heeft het voordeel dat het hoger beroep voor de eiser daadwerkelijk datgene biedt waarvoor het hoger beroep bedoeld is, namelijk een feitelijke instantie die de zaak opnieuw beoordeelt en daar daadwerkelijk gevolgen aan kan verbinden. Echter, dit brengt langere rechtsonzekerheid voor de betrokken partijen mee en kan een extra reden voor de zittende dienstverlener zijn om zo lang mogelijk door te procederen. Als out of the box-oplossing stelt Bozkurt dat de Aw rechtsbeschermingsmogelijkheden biedt, maar dat het zaak is dat rechters *durven* over te gaan tot daadwerkelijke toepassing ervan. Hierin

lees verder op pagina 8 >

Hoe word je de meest duurzame publieke opdrachtgever?

Op de achtergrond verzamelde Bouwend Nederland informatie op Tendered over openbare aanbestedingen en de mate van gunning op duurzaamheid. Pas op het moment dat Bouwend Nederland ons inlichtte dat we waren genomineerd als 'meest duurzame publieke opdrachtgever' hoorden we als provincie Noord-Brabant van het bestaan van deze titel. Dat we deze vervolgens ook wonnen was de bevestiging dat we als provincie op de goede weg zijn.

Duurzaamheid loopt bij de provincie Noord-Brabant als een 'groene' draad door alle inkoopprojecten en aanbestedingen, ook bij infra. Als strategisch inkoopadviseur infrastructurele werken zie ik dat bij onze provincie beleid en uitvoering bij elkaar komen en dat er een momentum is van bestuur tot aan directie, programmamanagers, projectleiders en hun projectteams. Iedereen wil vanuit zijn of haar intrinsieke motivering en rol in het proces een positieve bijdrage leveren aan het verduurzamen van de infra. Duurzaamheid zit inmiddels in ons DNA en in alle processen en procedures van infra.

Om tot dat punt te komen heb je wel een organisatie nodig die openstaat voor vernieuwing, collega's die willen, kunnen en mogen pionieren, hun nek uitsteken, fouten durven maken en willen leren, een lange adem hebben, klein willen beginnen, pilots starten en vanuit daar door herhaling en verandering kleine stapjes maken tot het punt waar we nu zijn met duurzaamheid in onze infraprojecten. We hebben de activiteiten uit de kwaliteitscirkel van Deming (plan-do-check-act) helemaal doorlopen. Deze prijs is dan ook de borging van de eerste cyclus.

Plan

Vastgesteld beleid zoals het provinciaal Inkoopbeleid en Kwaliteit Onderhoud Provinciale Infrastructuur (KOPI) is een voorwaarde om invulling te geven aan de provinciale doelstellingen en ambities op het gebied van duurzaamheid. Het meedoen met Green Deals zoals Circulair Inkopen 2.0 en Duurzame GWW 2.0 helpt enorm om beleid naar de praktijk te vertalen. En tot slot is het actieplan Maatschappelijk Verantwoord Inkopen (MVI) opgesteld, dat als onderdeel van het inkoopbeleid de vertaalslag maakt van beleidsdoelstellingen en ambities van de provincie Noord-Brabant naar specifieke MVI-doelstellingen.

Het actieplan MVI bevat concrete doelstellingen van de provincie op (enkele van) de zeven specifieke MVI-thema's, te weten (1) circulair inkopen, (2) klimaatbewust inkopen, (3) innovatiegericht inkopen en (4) Social Return. Om innovatie en duurzaamheid op een (meer) uniforme manier in te bedden in infraprojecten, zijn deze doelstel-

lingen vertaald naar een Uitvoeringskader innovatie en duurzaamheid in infraprojecten (IDI). De uniforme aanpak moet het ook mogelijk maken om informatie uit projecten te gebruiken voor rapportages aan het management. Een belangrijk signaal dat we uit de markt krijgen is dat we daarmee als provincie een transparante en voorspelbare overheid (spartner) zijn waardoor de markt ook kan en gaat investeren op innovatie en duurzaamheid.

Do

Inmiddels zijn sinds 2017 meer dan vijf infraprojecten aan de markt gegund met een gezamenlijke waarde van meer dan €150 miljoen, waarbij duurzaamheid en innovatie significant zijn meegenomen in de gunningscriteria. De eerste analyses en evaluaties zijn gemaakt over wat we bereikt hebben.

Check

Het is mooi dat we duurzaamheid een plek kunnen geven in de infra. Dat past geheel bij onze ambities. En het is nog mooier dat duurzaamheid in verschillende infraprojecten een gezicht krijgt. Zoals een 3D-geprinte brug, het gebruik van biobased materialen als geleiderail, een ingeschoven rotonde, een grote mate van hergebruik van materialen enz. De essentie is volgens ons dat we als opdrachtgever voorspelbaar en transparant zijn. Dit betekent onder andere het gebruik van een vastgesteld kader in alle infraprojecten. De belangrijke items hieruit zijn:

- voor en tijdens het gehele infraproject consequent toepassen van de Green deal duurzame GWW 2.0;
- sturen op CO₂-reductie in plaats van op MKI omdat dat beter aansluit bij onze beleidsdoelstellingen (NB: MKI = milieukostenindicator, deze vat elf milieueffecten samen in één score en wordt uitgedrukt in euro's; CO₂-uitstoot is hierbinnen een belangrijk effect);
- bij een aanbesteding met Beste-Prijs-Kwaliteit-Verhouding (BPKV) maakt duurzaamheid altijd onderdeel uit van de uitvraag en telt voor minimaal 50% mee. 50% van gunnings-

criterium duurzaamheid gaat naar laagste CO₂-footprint van het referentieontwerp en 50% naar risicobeheersing van innovaties.

Voor de berekening van de CO₂-footprint hanteren we een vaste methodiek. Daarbij wordt een referentiefootprint opgesteld op basis van de gebruikelijke aanpak in 2010. Als een aannemer een lagere footprint aanbiedt, heeft hij aanbestedingsvoordeel. Zo zien we ook hoeveel we het beter doen dan in het verleden. We zetten vooral in op het mogelijk maken van toepassing van duurzame innovaties en wat minder op het voorschrijven van de laatste stand der techniek qua oplossing. We dragen bij aan dataverzameling over de effecten van onze duurzame maatregelen. We eisen dat duurzame innovaties worden opgenomen in de Nationale Milieudatabase om daarmee de betrouwbaarheid en beschikbaarheid van milieudata te vergroten. Een programma als DuboCalc kan hier vervolgens weer gebruik van maken.

Act

Deze laatste stap uit de kwaliteitscirkel is erg belangrijk om de kwaliteit te verbeteren. Daarom evalueren en verbeteren we onze aanpak met de markt. We hebben bijvoorbeeld na overleg met de markt teksten in onze uitvragen verbeterd of voorzien van een extra toelichting. We gaan nog meer inzetten op het ontmoeten van de markt en marktconsultaties. Er zijn periodieke interne evaluaties van de aanpak. Daarnaast is er standaard een evaluatie met de aannemers die niet gewonnen hebben. Dat leert ons waar we eisen (verder) moeten aanpassen om duurzame innovaties mogelijk te maken en waar we juist eisen moeten toevoegen zodat de lat van duurzaamheid niet alleen gehaald wordt, maar ook steeds hoger gelegd kan worden. Het doorlopen van de kwaliteitscirkel heeft ons geholpen te komen tot het punt waar we nu staan met duurzaamheid in onze infraprojecten. En nu doorpakken!

R. de Jong
Provincie Noord-Brabant

COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN
SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT
ACHTMAAL PER JAAR.

Redactie

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart
Tender Services Group

Drs. S. de Jong
Significant

Mr. C.A.M. Lombert
Loyens & Loeff N.V.

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV

Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

Redactieadres

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

ISSN 1384-2838

©Sdu Uitgevers 2020.

www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden
gearchiverd in de kennisbank VIND Inkoop en
Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de
Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit
deze uitgave worden veeleenvoudigd (waaronder
begrepen het opslaan in een geautomatiseerd
gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke
wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke
toestemming van de uitgever. De bij toepassing van
art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschildigde
vergoeding wegens fotokopieën, dienen te
worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060,
2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor
het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in
bloemlezingen, readers en andere compilatiewer-
ken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich
tevens tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de
totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg
is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en)
en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele
fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op
verzoek van de redactie aanbieden van artikelen
aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming
voor openbaarmaking en veeleenvoudiging t.b.v.
de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender
Nieuwsbrief in enige vorm.

Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar.
Een jaarabonnement kost € 240,00 (excl. btw/incl.
verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen
voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice
o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20025, 2500 EA
Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail:
sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de
uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst;
deze overeenkomst valt onder het algemene verbinten-
issenrecht.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van
de (abonnement)overeenkomst en om u, ook per
e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien
over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In
iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgeno-
men. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze infor-
matie, ook niet over producten en diensten van zorg-
vuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit
schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus
20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen
geldt voor minimaal één jaar en hebben een opzeg-
termijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook
verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over
onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op
www.sdu.nl.

DE ZAAK

Overdracht van bevoegdheden in combinatie met inbesteden

Het arrest van 18 juni 2020 (*Lyttylän*)¹ gaat over de Finse stad
Porin (hierna: Porin) die in 2012 een tweetal publiek-publieke
samenwerkingsovereenkomsten sluit waarvan de personele
en materiële werkingssfeer verschilt. De uitvoering van de
diensten, waarvoor Porin door overdracht van bevoegdheden
verantwoordelijk is geworden, draagt Porin vervolgens op aan
een aan haar gelieerde entiteit. Het Hof van Justitie EU lijkt deze
samenwerking een stuk welgevalliger te beoordelen dan die in het
Piepenbrock-arrest.²

Met de eerste samenwerkingsovereenkomst
vertrouwen vier andere Finse gemeenten hun
vervoerstaken toe aan Porin (hierna: Samen-
werkingsovereenkomst vervoersdiensten). Het
niveau van deze dienstverlening en de kosten
daarvan worden vastgesteld door een commissie
(hierna: Commissie vervoersdiensten) die is sa-
mengesteld uit vijf afgevaardigden van Porin en
één afgevaardigde van elk van de andere betrok-
ken gemeenten. De commissie staat onder het
gezag van de gemeenteraad en het gemeentebes-
tuur van Porin.

Met de andere samenwerkingsovereenkomst
dragen twee Finse gemeenten de organisatie en
uitvoering van gezondheidszorgdiensten over
aan Porin (hierna: Samenwerkingsovereenkomst
gezondheidszorgdiensten). Naast Porin is slechts
één andere gemeente betrokken bij beide sa-
menwerkingsovereenkomsten. Voor het overige
verschilt de personele werkingssfeer.

Op grond van laatstbedoelde samenwerkings-
overeenkomst ontwikkelen Porin en de andere
twee betrokken gemeenten gezamenlijk het
aanbod aan gezondheidszorgdiensten, maar is
het Porin die de behoefte van de inwoners beoor-
deelt en vaststelt, alsmede beslist over de omvang
en de kwaliteit en de controle en monitoring ver-
richt.

In de praktijk berust de organisatie van deze
gezondheidszorgdiensten, het aanbod en het
benodigde budget overigens bij een andere
commissie van Porin (hierna: Commissie ge-
zondheidszorgdiensten). Deze commissie is
samengesteld uit achttien leden, waarvan er
dertien zijn benoemd door Porin en vijf door de
andere twee gemeenten. De gemeenteraad van
Porin keurt het statuut van de commissie goed.
Het door deze commissie jaarlijks op te stellen
dienstverleningsplan wordt ter advies voorge-
legd aan alle betrokken gemeenten en de kos-

ten voor de uitvoering daarvan worden over
deze gemeenten verdeeld op basis van werke-
lijk gebruik.

Op 4 mei 2015 besluit de Commissie gezond-
heidszorgdiensten dat het vervoer van personen
met een handicap naar de werk- en dagbesteding
binnen het verzorgingsgebied van de Samenwer-
kingsovereenkomst gezondheidszorgdiensten,
zonder oproep tot mededinging door Porin zal
worden gegund aan Porin Linjat Oy, waarvan het
aandelenkapitaal volledig in handen is van Porin.

Eerste aanleg

Lyttylän Liikenne Oy vecht dit besluit aan. In
eerste aanleg wordt geoordeeld dat 'de andere
gemeenten' die partij zijn bij 'de Samenwer-
kingsovereenkomst gezondheidszorgdiensten'
'slechts één' vertegenwoordiger hebben in 'de
Commissie vervoersdiensten'³ en dus geen zeg-
genschap hebben over Porin Linjat. Daardoor
zou evenmin voldaan zijn aan het merendeelcri-
terium. Er is daarom geen rechtvaardiging dat de
opdracht aan Porin Linjat niet onder de aanbeste-
dingsplicht zou vallen.

Verwijzende rechter

Porin gaat in hoger beroep. De verwijzende
rechter vraagt zich af of hoe de samenwerkings-
overeenkomst(en) opgevat moet(en) worden. Als
een overdracht van bevoegdheden als bedoeld
in het *Remondis*-arrest⁴ of als een horizontale sa-
menwerking zoals bedoeld in het *Stadtreinigung
Hamburg*-⁵ en *Piepenbrock*-arrest.

Daarnaast wil de verwijzende rechter weten of
Porin vervolgens de uitvoering (van de gezond-
heidsdiensten) zonder oproep tot mededinging
mag opdragen aan Porin Linjat en hoe in het
kader van het merendeelcriterium de omzet uit
de eveneens door Porin Linjat verrichtte ver-
voersdiensten moeten worden begrepen.

Antwoord op de eerste vraag

Het Hof stelt vast dat de Samenwerkingsovereenkomst gezondheidszorgdiensten betrekking lijkt te hebben op de overdracht van bevoegdheden in de zin van art. 4 lid 2 VWEU.⁶ Onder die omstandigheden hoeft niet meer te worden onderzocht of de samenwerkingsovereenkomst ook kan zien op een horizontale publiek-publieke samenwerking. Op grond van art. 4 lid 2 VWEU is de Unie verplicht om de nationale identiteit van de lidstaten, die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor lokaal en regionaal zelfbestuur, te eerbiedigen. In dat geval, de verwijzende rechter dient zulks nog te verifiëren, levert de samenwerking geen 'overeenkomst onder bezwarende titel op' en valt deze buiten het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/18/EU. In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU is dit overigens opgenomen in art. 1 lid 6. Na het *Remondis*-arrest oordeelt het Hof wederom over een overdracht van bevoegdheden die buiten het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijn valt. Op grond van de Finse gemeentewet kan een dergelijke overdracht bij samenwerkingsovereenkomst plaatsvinden. In Nederland geschiedt dat door delegatie. Daarvoor is een wettelijke grondslag vereist (art. 10:15 Awb). Een voorbeeld hiervan is art. 30 lid 1 Wgr. Op grond van het *Remondis*-arrest is hiervoor vereist dat de verantwoordelijk geworden overheidsinstantie de macht heeft om de overgedragen taken te organiseren en de bepalingen daarvoor vast te stellen (handelingsautonomie), alsmede over een financiële autonomie beschikt die haar in staat stelt de taken te financieren. De aanvankelijk bevoegde overheidsinstanties kunnen de hoofdverantwoordelijkheid voor die taken dus niet behouden, noch zich het financiële toezicht daarop voorbehouden of de voorgenomen beslissingen vooraf goedkeuren. De aanvankelijk bevoegde overheidsinstanties mogen nog wel enig toezicht houden, maar vanwege het vereiste van handelingsautonomie is elke inmenging (al dan niet via een orgaan zoals een algemene vergadering die bestaat uit vertegenwoordigers van de aanvankelijk bevoegde overheidsinstanties) in de concrete wijze van uitvoering van de onder de overgedragen bevoegdheid vallende taken uitgesloten. Het Hof herhaalt deze voorwaarden uit het *Remondis*-arrest in rechtsoverweging 48 en 49 van onderhavige arrest. In hoeverre in onderhavige casus voldaan wordt aan deze eisen van handelingsautonomie en financiële autonomie dient de verwijzende rechter te verifiëren. Het Hof lijkt hiervoor grond te zien in het feit dat Porin beslist over de wijze waarop de gezondheids-

zorgdiensten worden verleend en in de praktijk zijn toevertrouwd aan de Commissie gezondheidszorgdiensten waarvan het statuut wordt goedgekeurd door de gemeenteraad van Porin en waarvan de meerderheid is benoemd uit afgevaardigden van Porin. Ten aanzien van het door die commissie jaarlijks op te stellen vervoersplan hebben de aanvankelijke bevoegde gemeenten slechts een adviesrecht. Tot zo ver valt het arrest te begrijpen in het licht van de handelingsautonomie. Daarnaast merkt het Hof echter op dat het financieel beheer van de gezondheidsdiensten berust op een begroting, een financieel plan en een plan voor deze diensten "dat gezamenlijk wordt opgesteld door de gemeenten die partij zijn bij deze overeenkomst". Hoe dat valt te rijmen in het licht van het vereiste van financiële autonomie, is minder begrijpelijk.

Antwoord op de tweede (en vierde) vraag

Voor wat betreft de tweede vraag overweegt het Hof dat een overdracht van bevoegdheden impliceert dat de verantwoordelijk geworden gemeente (Porin) in de rechten en verplichtingen van de andere gemeenten treedt en op grond daarvan dient te voorzien in de behoeften van die andere gemeenten. De verantwoordelijk geworden gemeente is daarom vanwege het nuttig effect te beschouwen als een aanbestedende dienst en wel voor het totale grondgebied. Daarom moet worden nagegaan of deze aanbestedende dienst (Porin) een beroep kan doen op de inhouse-rechtspraak.⁷

Voor wat betreft het toezichtcriterium brengt het Hof in herinnering dat aan dit criterium wordt voldaan indien de aanbestedende dienst, alleen of samen met andere overheidsinstanties, het volledige kapitaal van de inhouse-entiteit in handen heeft.⁸ Hoewel het Hof een beroep op de inhouse-rechtspraak heeft toegestaan in vorenbedoelde gevallen, kan volgens het Hof ook op andere wijze voldaan worden aan het toezichtcriterium. In dat kader wijst het Hof er niet alleen op dat Porin te beschouwen is als aanbestedende dienst en zeggenschap uitoefent over Porin Linjat, maar 'gesteld dat', na een dergelijke overdracht, het vereiste geldt dat de zeggenschap over de inhouse-entiteit gezamenlijk wordt uitgeoefend door alle bij de overeenkomst(en) betrokken gemeenten, ook volstaat dat (hoewel de aanvankelijk bevoegde gemeenten geen aandeel hebben in het kapitaal van Porin Linjat) de samenwerking de mogelijkheid biedt om gezamenlijk een doorslaggevende invloed uit te oefenen op Porin Linjat. Waarom dit laatste nog nodig is in de situatie waarin Porin, die beschouwd wordt als de aanbestedende dienst en

het volledige kapitaal van Porin Linjat in handen heeft, is mij niet duidelijk, hetgeen evenzo geldt voor de vraag hoe deze overweging zich verhoudt tot het criterium van handelingsautonomie (waarover uitsluitend Porin dient te beschikken). Voor wat betreft het merendeelcriterium merkt het Hof op dat hoewel de personele en materiële werkings sfeer van beide samenwerkingsovereenkomsten niet samenvallen, deze overeenkomsten voldoende waarborgen bieden tegen concurrentievervalsing door Porin Linjat op de markt. Laatstgenoemde beschikt over weinig speelruimte en is verder niet actief op de markt. Daarom moet de omzet die Porin Linjat realiseert met diensten waarmee zij voorziet in de behoeften van Porin uit beide overeenkomsten, opgeteld worden bij de omzet die Porin Linjat realiseert op verzoek van de gemeenten die partij zijn bij de overeenkomsten. Waar het Hof in het *Piepenbrock*-arrest, waarin de samenwerkende overheidsinstanties (ook) betoogden dat een overdracht van bevoegdheden had plaatsgevonden (aan Stad Düren), geen reden zag om Richtlijn 2004/18 buiten toepassing te laten, lijkt het Hof daar in deze zaak bereidwilliger tegenover te staan. De crux daarvan lijkt met name te liggen in het feit dat Porin in onderhavige zaak de diensten enkel gunt aan Porin Linjat waarvan zij het volledige kapitaal in handen heeft en die voor het overige niet actief is op de markt, terwijl Stad Düren het recht had om de overgedragen diensten uit te laten voeren door een derde die daarnaast ook actief kan zijn op de markt.

mr. T. Dankert

Trip Advocaten & Notarissen

Noten

1. C-328/19.
2. HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11.
3. Dit lijkt uitsluitend te gelden voor de stad Ulvila die naast Porin betrokken is bij beide samenwerkingsovereenkomsten. De derde Finse gemeente die betrokken is bij de Samenwerkingsovereenkomst gezondheidszorgdiensten maakt geen onderdeel uit van de Samenwerkingsovereenkomst vervoersdiensten en heeft geen vertegenwoordiger in de Commissie vervoersdiensten.
4. HvJ EU 21 december 2016, C-51/15.
5. HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06.
6. Later overweegt het Hof dat beide samenwerkingsovereenkomsten een overdracht van bevoegdheden inhouden; r.o. 69 en 72.
7. Als bedoeld in HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*).
8. HvJ EU 19 april 2007, C-295/05 (*Asemfo*) en 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*).

vervolg van pagina 3 >

1. inventariseren van de behoefte en de eindgebruikers;
2. uitvoeren van een snelle state-of-the-art-analyse (SOTA) en businesscase-calculatie;
3. eventueel testen van prototypes of inkopen van onderzoek- en ontwikkelingsdiensten (O&O).

Ten slotte wordt aanbevolen om te zorgen voor een adequate vastlegging van de reden om een bepaalde procedure te gebruiken, zodat dit bij een eventuele juridische procedure kan worden ingebracht.

mr. S.F.M. Corvers en dr. R. Apostol
Corvers Procurement Services b.v.

Noten

1. www.eafip.eu.
2. Zie de recente Mededeling van de Europese Commissie 'Richtnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie' (2020/C 108 I/01): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2020:108I:FULL>.

3. Zie het arrest van het Hof in zaak C-352/12 van 20 juni 2013, punten 50 tot en met 52.
4. Zie <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/join-ai-robotics-vs-covid-19-initiative-european-ai-alliance>.
5. Zie <https://ec.europa.eu/easme/en/eic-accelerator>.
6. Zie de recente aanbevelingen betreffende conformiteitsbeoordelings- en markttoezichtsprocedures in het kader van de COVID-19-dreiging (2020/403) van de Europese Commissie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0403&from=EN>.

vervolg van pagina 4 >

trekt Bozkurt een vergelijking met de Commissie van Aanbestedingsexperts die volgens haar bereid is een stuk verder te gaan dan de civiele rechter, terwijl de beoordeling plaatsvindt op basis van dezelfde wet- en regelgeving. Een op-

lossing kan het invoeren van een aanbestedingskamer zijn of het instellen van een aanbestedingsautoriteit die door haar specialisme de wet *durft* toe te passen, ook ten behoeve van klagende inschrijvers.

mr. V. Jasarevic
Nysingh advocaten-notarissen

GEZIEN?!

Gids Proportionaliteit gewijzigd

De Gids Proportionaliteit is inhoudelijk gewijzigd. Op advies van de adviescommissie Gids Proportionaliteit is voorschrift 3.8B toegevoegd. Het nieuwe voorschrift verduidelijkt dat het disproportioneel is om bedingen op te nemen die op voorhand tenderkostenvergoedingen uitsluiten bij een voortijdige intrekking van de aanbesteding. Dit betekent dat per aanbesteding een afweging dient te worden gemaakt of een tenderkostenvergoeding aan de orde is. Dit geldt eveneens bij het intrekken van een aanbestedingsprocedure. Reeds in 2018 is er een Handreiking Tenderkostenvergoeding opgesteld, die kaders biedt voor de tenderkostenvergoeding.

Upgrade Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Per juli 2020 heeft het ministerie van Economische Zaken en Klimaat een upgrade van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ter beschikking gesteld. Inhoudelijk zijn er geen wijzigingen.

Nieuwe adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 522. De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor de realisatie van een fietstunnel, inclusief fietspaden met aanslui-

ting op de omliggende fietspaden. De aanbesteder neemt het standpunt in dat hij niet kwalificeert als aanbestedende dienst of speciale sectorbedrijf in de zin van de Aw 2012. Hij stelt zich op het standpunt dat de Commissie om die reden niet bevoegd is kennis te nemen van de klachten van de ondernemer en dat zijn vrijwillige keuze om de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht te nemen daaraan niet afdoet. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in de stukken heeft vermeld dat hij de relevante wet- en regelgeving met betrekking tot het aanbesteden van werken in acht zal nemen en dat hij voor deze aanbesteding voor een meervoudig onderhandse procedure volgens Hoofdstuk 7 van het ARW 2016 heeft gekozen, dat hij het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van toepassing heeft verklaard en dat hij bovendien naar de mogelijkheid verwijst om bij de Commissie een klacht in te dienen. De Commissie neemt daarom tot uitgangspunt dat de aanbesteder zichzelf heeft gebonden aan diverse bepalingen en beginselen van de Aw 2012 en het ARW 2016 en acht zich bevoegd de klacht in behandeling te nemen.

Advies 570. De Commissie stelt vast dat de aanbesteder de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem ten onrechte niet Europees

heeft aanbesteed maar in plaats daarvan een offerteprocedure heeft georganiseerd die niet algemeen is aangekondigd. Die inbreuk op het Europees aanbestedingsrecht heeft een zodanig fundamenteel karakter dat de Commissie niet verder kan oordelen over de specifieke wijze waarop de aanbesteder zich in het kader van de – onrechtmatige – offerteprocedure jegens de ondernemer heeft gedragen. Daarmee kan de Commissie de klacht verder niet in behandeling nemen.

Wijziging Wet Bibob

Per 1 augustus jl. is de Wet Bibob gewijzigd. Met deze wijziging moet verder worden voorkomen dat de overheid strafbare feiten faciliteert. De Wet Bibob geldt niet langer alleen voor de beleidsterreinen bouw, ICT en milieu, maar is nu ook toepasbaar op alle andere beleidsterreinen binnen de overheid. Daarnaast kunnen aanbestedende diensten in het vervolg justitiële antecedenten nagaan van de personen die achter de schermen feitelijke zeggenschap hebben over degene die de vergunning heeft aangevraagd, waarmee zij meer zicht krijgen op alle bij de inschrijving betrokken personen. Tot slot moeten het Landelijk Bureau Bibob en overheidsorganen, ook onderling, in de toekomst in staat zijn informatie over verdachte situaties uit te wisselen.