

Bart en Boris

SCOREN TOCH MAAR MOOI EEN PODIUMPLAATS



In deze uitgave staat een artikel over het raamcontract dat is gesloten tussen drie Brabantse gemeenten en de Dar in Nijmegen met Boot & Dart en verder nog aantal andere bedrijven die als achtervang optreden. Wij vonden aanbestedingsadvocaat Tjeerd Grünbauer bereid om een aantal juridische aspecten voor ons te verduidelijken.

Auteur: Tjeerd Grünbauer



Tjeerd Grünbauer, is aanbestedingsadvocaat bij Van Veen Advocaten

De hoogste bomen vangen ... alle omzet

Juridisch oordeel: veel gemiste kansen bij aanbesteding Meierijstad, Uden, Oss en Dar

Het gaat bij dit contract om een forse opdracht in de sector. Maar liefst vier overheidsinstanties vragen gezamenlijk de levering van bomen en heesters voor hun gemeente uit, een en ander voor een termijn van twee plus twee jaar. Bij deze opzet zijn de nodige vraagtekens te plaatsen. Allereerst met betrekking tot de wijze van aanbesteden, in de zin van de clustering van de opdracht. Ten tweede is er de kwestie rondom de door de ondernemers zelf opgegeven boetebedragen, en ten derde het onderwerp *I love to hate*: het Grossmann-arrest.

Omvang van de opdracht

De Aanbestedingswet 2012 is ingestoken vanuit de gedachte dat het de bedoeling is dat het midden- en kleinbedrijf zo veel mogelijk toegang heeft tot opdrachten van de overheid. Daartoe is in de parlementaire behandeling aangegeven dat gemeenten opdrachten niet zonder duidelijke redengeving mogen clusteren. Ook moeten gemeenten er in hun aanbestedingsstukken op letten dat ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf een serieuze kans maken op gunning van de opdracht.

Als ik het artikel lees, komt bij mij het beeld op dat één grote speler de opdracht heeft gekregen en dat kleine leveranciers, die mogelijk al tientallen jaren naar tevredenheid aan de gemeente leveren, met lege handen achterblijven. Het artikel geeft nergens duidelijkheid over de vraag *waarom* deze opdrachten zijn geclusterd. Hoe deze gang van zaken zich op dit punt verdraagt met de Gids Proportionaliteit, is mij een raadsel. In dat kader merken de 'achtervolgers' terecht op dat het hen stoort dat een groot bud-

get van vier gemeenten bij één leverancier terecht komt. Zij stellen dat het denkbaar zou zijn geweest dat de aanbesteding anders was ingekleed, in die zin dat – bijvoorbeeld – één leverancier een groot gedeelte van de opdracht krijgt en een andere leverancier een kleiner deel. Ook denkbaar zou zijn dat de opdracht werd onderverdeeld in vier percelen – namelijk per gemeente – met de bepaling dat per aanbieder maar één perceel gegund wordt. Ik zie in de opzet van de aanbesteding een veelheid aan gemiste kansen voor de gemeenten om het midden- en kleinbedrijf ter wille te zijn. Dan heb ik het nog niet over het omzetverlies bij de niet-winnende inschrijvers, met als effect een tendens in de markt tot consolidatie met steeds grotere partijen. Het is een maatschappelijke vraag of dat wel wenselijk is.

Zelf opgeven boetepercentages

Het artikel geeft aanleiding tot nog meer gefronste wenkbrauwen. De aannemer moest in een Excel-sheet aangeven welk percentage boete hij verbeurt als hij de vastgelegde afspraken niet nakomt. *Hang yourself* is kennelijk het credo. Daardoor is een gunningcriterium gemaakt van de opgeven boete die de inschrijvende partij verbeurt bij bijvoorbeeld te late levering. Hoe hoger de boete, hoe meer punten en dus meer kans op gunning. Dit criterium bevordert een *race to the bottom*. Partijen zullen elkaar daarin overschreeuwen. Bovendien is deze constructie in het voordeel van de grotere partijen, die veel gemakkelijker in staat zijn een boete te betalen en daarmee incidenteel verlies te nemen, als het totaal van de opdracht maar wordt binnengehaald. Ook deze benadering is dus bepaald niet mkb-vriendelijk.

Dan moet het ergste nog komen. Uit het artikel blijkt dat de gemeenten onderling hebben afgestemd dat het uitdelen van boetes en het incasseren ervan 'in redelijkheid en billijkheid' worden toegepast. Ik begrijp niet goed wat dat betekent. Als een boetebeding is overeengekomen en als dat een bepalend onderdeel was van het gunningcriterium, handelen de gemeenten in strijd met het eigen bestek als deze boetebepalingen uiteindelijk niet worden afgedwongen. Daarmee handelen de gemeenten onrechtmatig tegenover de andere inschrijvers.

Grossmann

Als ik het artikel lees, bekruipt mij de vraag waarom de gemeenten de aanbesteding zo

hebben ingekleed. Vanuit inkopersperspectief zal het allemaal wel deugen, maar vanuit juridisch en maatschappelijk perspectief zijn er nog wel wat kanttekeningen bij te plaatsen.

Ik vraag mij dan ook af of tijdens de inlichtingenfase vragen zijn gesteld over deze voorwaarden door de inschrijvende partijen. Gelet op het bovenstaande was daar wel aanleiding voor. De manier waarop de gemeenten deze aanbesteding in de markt hebben gezet, lijkt disproportioneel en in strijd met de uitgangspunten van de Aanbestedingswet.

Al eerder schreef ik in dit blad over de betekenis van het Grossmann-arrest ('U moet klagen over het bestek vóór de aanbestedingsdatum. Doet u dat niet, dan bent u in kort geding niet meer welkom') als schamplap voor slechte aanbestedingsstukken. Ik heb aangegeven dat er een tendens in de rechtspraak zichtbaar lijkt waarin Grossmann minder ruimhartig wordt geïnterpreteerd en dat dat een goede ontwikkeling is. Inmiddels heb ik echter weer verschillende uitspraken zien langskomen die dat beeld bepaald en helaas niet bevestigen. Het komt erop neer dat als een aanbestedende dienst een vraag krijgt over de rechtmatigheid van de aanbesteding en als deze dienst toch niet bereid is de voorwaarden aan te passen, de inschrijver genooddaakt wordt *voorafgaand aan de aanbesteding* een kort geding te starten, aldus recent nog de voorzieningenrechter in Den Haag (zie onder meer ECLI:NL:RBDHA:2020:10038). Wie doet dat nu, een kort geding starten over de uitgangspunten van de aanbesteding, zonder dat je weet waar je als inschrijver bent geëindigd? Dat legt een onaanvaardbare druk op inschrijvende partijen. Voor een mkb-onderneming is het doorgaans veel te veel gevraagd om bij aanbestedingsstukken waarover vragen zijn, maar waarbij de aanbestedende dienst de poot stijf houdt, kosten te maken door de dienst te dagvaarden in kort geding. Die terughoudendheid van de mkb-ondernemer heeft hem mogelijk doen afzien van het procederen over deze aanbesteding. Dit heeft geresulteerd in een gunning aan een grote partij. 'De gemeenten komen ermee weg. Het nobele doel van de Aanbestedingswet: toegang voor het mkb, blijft zo buiten beeld.

In dat kader is het misschien wel interessant om te weten wat de gemeenteraden van de betrokken gemeenten er eigenlijk van vinden

BESTEK IN BEELD

dat plaatselijke ondernemers door de gekozen aanbestedingswijze buitenspel zijn gezet.

Het vervolg

Uit het artikel maak ik op dat er al een aantal keren een reden kan zijn geweest om een boete op te leggen. Dit lijkt echter niet te zijn gebeurd. Als inschrijvende partij zou ik hierover beslist het naadje van de kous willen weten: gaan de gemeenten nu ook nog eens extra coulant om met de winnende partij? Dat zou betekenen dat de gemeenten boter op het hoofd hebben in de uitvoeringsfase van deze overeenkomst. Ik ben benieuwd welke als tweede of derde geëindigde partij bereid is de gemeenten hierover de duimschroeven aan te draaien.

Tot slot

Ik realiseer mij dat dit commentaar een wat zurige toon heeft. Dat komt misschien ook door mijn praktijk, waarin ik regelmatig mkb-ondernemers bijsta die een aanbesteding verloren hebben op basis van onbenulligheden of stomweg een gebrek aan ervaring met aanbestedingen. Ik merk dat rechters aanbestedende diensten veel te gemakkelijk de hand boven het hoofd houden en genoeg nemen met zeer slechte aanbestedingsstukken en/of onbegrijpelijke beoordelingen.

Met de Aanbestedingswet 2012 is er veel verbeterd, maar er blijft ook nog veel verbetering mogelijk. Als inkopers van gemeenten meer oog zouden hebben voor de belangen van het mkb en minder zouden zoeken naar het goedkoopste product met de grootst mogelijke bijgeleverde zekerheden, zou er al veel verbeteren.

Al met al is hier sprake van een aanbesteding met een aantal intrigerende juridische aspecten. Ik merk nadrukkelijk op dat ik met geen van de partijen heb gesproken en ook de aanbestedingsstukken niet ken.

