

Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
Dhr. H.G.J. Kamp
Postbus 20101
2500 EC 'S-GRAVENHAGE

doorkiesnummer
(070) 373 8230

uw kenmerk

bijlage(n)

betreft
Consultatie implementatiewet
aanbestedingsrichtlijnen

ons kenmerk
ECLBR/U201500783

datum
05 mei 2015

Geachte minister Kamp,

In het algemeen stellen de VNG en het IPO met tevredenheid vast dat u de nieuwe mogelijkheden die Europa biedt op het terrein van o.a. flexibiliteit, innovatie en duurzaamheid omarmt. Sommige elementen zijn reeds in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegd en nieuwe mogelijkheden worden toegevoegd middels deze implementatie.

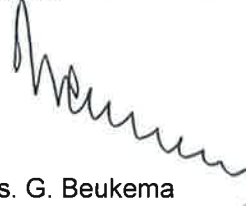
Hieronder lichten de VNG en het IPO hun reactie toe op de door u uitgevraagde punten. Vooraf willen we wel graag een opmerking plaatsen bij de internetconsultatie. Hoewel wij begrijpen dat de implementatie van drie richtlijnen geen sinecure is, ook gezien de uiterste termijn voor implementatie in nationale wetgeving, willen we wel aanmerken dat de termijn voor alle belanghebbenden om te reageren niet erg ruim was. Terwijl de onderliggende wetgeving dit wel verdient, gezien de diverse belangen die hiermee zijn gemoeid voor zowel aanbestedende diensten, ondernemers en andere relevante partijen. Een zorgvuldig proces met goede wetgeving als resultaat komt immers de aanbestedingspraktijk alleen maar ten goede.

Hoogachtend,
Vereniging van Nederlandse Gemeenten



J. Kriens
Voorzitter directieraad

INTERPROVINCIAAL OVERLEG



drs. G. Beukema
algemeen directeur

1. Verplichting tot elektronisch aanbesteden: de ingangsdatum van verplicht elektronisch aanbesteden

Reactie VNG/IPO

De VNG en het IPO onderschrijven de gedachte dat elektronisch aanbesteden zal leiden tot een verlaging van administratieve lasten voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers en staan dan ook positief tegenover deze ontwikkeling. U heeft hiervoor TenderNed ontwikkeld, wat per 18 april 2016 zal moeten gaan functioneren als het basissysteem voor elektronisch aanbesteden.

De VNG heeft zeer recent een uitvraag gedaan onder haar leden naar hun ervaringen met elektronisch aanbesteden. Op deze uitvraag heeft ruim 30% van de gemeenten gereageerd. Er zijn twee punten die duidelijk naar voren komen.

Ten eerste dat er nog een grote informatie- en ondersteuningsbehoefte is bij de leden van de VNG over elektronisch aanbesteden. Bij velen heerst nog onduidelijkheid over de reikwijdte van de verplichting tot elektronisch aanbesteden. Informatie hierover is via TenderNed en PIANOo niet makkelijk terug te vinden. Een antwoord op de simpele maar toch essentiële vraag voor welke opdrachten elektronisch aanbesteden geldt, is niet eenvoudig terug te vinden. Naar aanleiding van de reacties op deze uitvraag is de VNG in samenwerking met Kenniscentrum Europa decentraal bezig om informatie met betrekking tot elektronisch aanbesteden duidelijker en overzichtelijker te maken. Hoewel wij ons inzetten om gemeenten en provincies van de benodigde informatie te voorzien, is ons verzoek is om dergelijke essentiële informatie toegankelijker te maken bij TenderNed en PIANOo. Juist bij hen ligt de taak om de overgang naar elektronisch aanbesteden zo goed mogelijk te laten verlopen, o.a. door het verschaffen van goede en toegankelijke informatie. Ter verduidelijking van de reikwijdte van elektronisch aanbesteden, lijkt het ons tevens wenselijk om in ieder geval het tekstgedeelte van considerans (52) uit richtlijn 2014/24/EU in de Memorie van Toelichting te verwerken, waarin wordt verduidelijkt dat "het verplichte gebruik van elektronische communicatiemiddelen [...] niet mag betekenen dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen elektronisch moet verwerken [...]. Bovendien mag [...] voor geen enkel onderdeel van de aanbestedingsprocedure [...], en evenmin voor de interne communicatie binnen de aanbestedende dienst, het gebruik van elektronische communicatiemiddelen verplicht worden gesteld."

Daarnaast staan nog veel gemeenten, maar dit geldt evengoed voor de provincies, voor de uitdaging om elektronisch aanbesteden op een goede wijze te implementeren in de eigen organisatie. De weg naar elektronisch aanbesteden is immers nog niet bereikt met het aanmaken van een account op TenderNed. Het grootste deel van de informatie is gericht op het toepassen van TenderNed, maar gemeenten en provincies zitten ook met afwegingsvraagstukken over de wensen binnen de eigen ambtelijke organisatie en de mogelijkheden van commerciële software ten opzichte van TenderNed. We constateren ook op dit punt een informatie- en ondersteuningsbehoefte bij gemeenten en provincies. Deze informatie en ondersteuning is momenteel maar beperkt voorhanden. Overigens ervaren zowel gemeenten als provincies dat ook ondernemers zoekende zijn in het toepassen van elektronisch aanbesteden. Ook zij lijken op dit punt een informatie- en ondersteuningsbehoefte te hebben.

Het tweede punt betreft het functioneren van TenderNed als basissysteem. De leden van de VNG geven aan nog vaak tegen technische problemen aan te lopen bij TenderNed. Deze problemen worden ook door de provincies herkend. Het optimaal functioneren van TenderNed is een basisvereiste om elektronisch aanbesteden in Nederland te implementeren.

De VNG en het IPO willen bij deze hun zorgen uiten of TenderNed er wel klaar voor is om op 18 april 2016 als basissysteem te functioneren. Zowel gemeenten als provincies als ondernemers lopen aan tegen systeemproblemen. Ook de traagheid van TenderNed wordt veelvuldig genoemd. Bij de invoering van TenderNed als landelijk basissysteem zijn wij van mening dat de huidige technische problemen –waaronder de traagheid van het systeem – eerst moeten zijn opgelost. Het elektronisch aanbesteden moet het doorlopen van aanbestedingsprocedures immers vergemakkelijken voor aanbestedende diensten en ondernemers en niet juist de oorzaak zijn van problemen tussen partijen, waardoor partijen de gang naar Commissie van Aanbestedingsexperts of de rechter maken terwijl het eigenlijke probleem niet bij de partijen zelf ligt. Zie o.a. Advies 102 van de Commissie van Aanbestedingsexperts, rechtbank Zeeland-West-Brabant, 23 april 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:2603) en rechtbank Midden-Nederland, 8 april 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:2610).

Hieronder hebben we enkele praktijkervaringen opgenomen waaruit blijkt dat TenderNed nog niet optimaal functioneert.

Voorbeeld 1 – Digitale kluis

De kluis van een digitale aanbesteding kon volgens planning geopend worden. De eerste medewerker van de gemeente opent de kluis met gebruikmaking van de gestuurde verificatiecode. De tweede medewerker van de gemeente, dient ingelogd te zijn in TenderNed en moet dan binnen tien minuten verificatiecode invoeren. De eerste medewerker maakt een keuze voor de tweede medewerker die op dat moment is ingelogd in TenderNed en lid is van het aanbestedingsteam.

De tweede medewerker krijgt bij het kiezen van de optie openen kluis een wisselende foutmelding met als resultaat dat de kluis niet kan worden vrijgegeven en worden geopend.

Bij contact met TenderNed werd gemeld dat het een vaker voorkomend probleem is, maar er nog geen structurele oplossing voorhanden is.

Voorbeeld 2 – Digitale kluis

Een ander voorbeeld met betrekking tot de digitale kluis is dat inschrijvers een bericht kregen dat hun inschrijving was ingediend, maar bij de provincie zit de inschrijving niet in de kluis. Na twee weken bleek de desbetreffende inschrijving plotseling wel in de kluis te zitten.

Voorbeeld 3 – Opening inschrijvingen

Bij een aanbesteding van ingenieursdiensten door de gemeente is het openen van inschrijvingen behoorlijk misgelopen, door overbelasting van het platform en later zelfs het uitvallen van het platform. TenderNed verwees hierbij naar hun disclaimer waarin o.a. staat dat zij niet aansprakelijk zijn voor enige schade naar aanleiding van storingen van het platform.

Voorbeeld 4 – Gebruikersonvriendelijkheid TenderNed

Deze gemeente geeft aan dat de logica en het eenvoudig gebruiken en toepassen van TenderNed nog ontbreekt. Zo wordt het uploaden van gegevens onder het tabje gunningcriteria en eisen als verwarrend ervaren door inschrijvers. Ook de vraag en antwoordmodule wordt niet graag gebruikt, dit gebeurt vervolgens via de berichtenmodule.

Conclusie:

- *Er is een grote informatie- en ondersteuningsbehoefte bij gemeenten en provincies met betrekking tot elektronisch aanbesteden en de VNG en het IPO verzoeken daarom om meer ondersteuning en toegankelijke informatie via o.a. TenderNed en PIANOo.*
- *De VNG en het IPO uiten hun zorgen of TenderNed er wel klaar voor is om op 18 april 2016 als basissysteem te functioneren. Dit is een basisvereiste voor het doorvoeren van de wettelijke verplichting en anders zal uitstel van de verplichting per 18 april moeten plaatsvinden.*

2. Termijnen: de verkorting van de termijnen

Reactie VNG/IPO

De nieuwe richtlijn biedt de mogelijkheid om termijnen te verkorten, gezien de wens om de verschillende aanbestedingsprocedures flexibeler te maken. De VNG en het IPO zijn positief over de keuze om de mogelijkheid tot verkorting van termijnen te implementeren. Elke aanbestedingsprocedure vraagt om maatwerk, waarbij in het ene geval een kortere termijn prima mogelijk is en in het andere geval juist een verlenging van de wettelijke termijn benodigd is. De mogelijkheid tot verkorting van termijnen is met goede waarborgen omkleed. Van de aanbestedende dienst wordt een duidelijke inzet gevraagd –middels een vooraankondiging - voordat zij tot verkorting van de termijnen kan overgaan. Daarnaast gelden aanvullende waarborgen, zoals de proportionaliteit.

Conclusie:

- *De VNG en het IPO zijn voorstander van implementatie van dit artikel. Het sluit aan bij de doelstelling om tot meer flexibiliteit bij aanbestedingsprocedures te komen en is met voldoende waarborgen omkleed.*

3. Rechtstreekse betaling van onderaannemers: de keuze om artikel 71 derde lid (2014/24/EU) en artikel 88 derde lid (2014/25/EU) niet te implementeren

Reactie VNG/IPO

De VNG en het IPO zijn het met het u eens dat implementatie van dit artikel ons nationale contractenstelsel doorkruist. Er is immers geen contractuele relatie tussen de aanbestedende dienst en de onderaannemer. Als de aanbestedende dienst aan de onderaannemer betaalt, kan dit worden aangemerkt als onverschuldigde betaling zoals bedoeld in ons Burgerlijk Wetboek.

De hoofdaannemer heeft wel deze contractuele relatie met de aanbestedende dienst en kan alsnog betaling opeisen. Artikel 71 derde lid knelt niet alleen met de Faillissementswet, maar ook met ons Burgerlijk Wetboek.

Met implementatie van dit artikel wordt ons inziend niet een probleem opgelost, maar juist weer een nieuw probleem in de aanbestedingspraktijk gecreëerd doordat juridische onduidelijkheid zal ontstaan omtrent de betalingsverplichting. Niet alleen bij de aanbestedende dienst, maar ook bij de hoofdaannemer.

Implementatie van artikel 71 derde lid zien de VNG en het IPO dan ook niet als de oplossing voor het ervaren knelpunt. Het knelpunt zit in de relatie hoofdaannemer en onderaannemer. Hoewel er mogelijkheden zijn om als aanbestedende dienst in de tijdige betaling van de onderaannemers een meer actieve rol te spelen (door hierover bijvoorbeeld contractuele afspraken te maken met de hoofdaannemer), zal een oplossing van dit knelpunt vooral gevonden moeten worden in de relatie waar het probleem zich voordoet.

Conclusie:

- *Implementatie van dit artikel zou niet alleen ons nationale contractenstelsel doorkruisen en daarmee veel juridische onduidelijkheid creëren, maar biedt naar onze mening ook niet de oplossing voor het ervaren knelpunt.*

4. Voorbehouden opdrachten: de keuze om artikel 20 (2014/24/EU) onverkort te implementeren

Reactie VNG/IPO

De VNG en het IPO staan in beginsel positief tegenover implementatie van artikel 20. Wij hebben hierbij echter twee opmerkingen. Ten eerste de gehanteerde begrippen en ten tweede de nieuwe mogelijkheid ten aanzien van sociale ondernemingen.

Begrippen

Voor sociale werkplaatsen gold het voorbehoud al en het is goed deze te behouden. In het voorstel is ervoor gekozen om de gehanteerde begrippen van “kansarmen” en “beschermde arbeid” uit artikel 20 over te nemen in het nationale wetsvoorstel. Deze begrippen zijn echter niet algemeen bekend of gebruikelijk in de Nederlandse sociale wetgeving (en beleid) en kunnen misverstanden oproepen. Wij betreuren dat er niet voor is gekozen om in artikel 2.82 van het wetsvoorstel een vertaalslag te maken naar begrippen die meer gangbaar zijn binnen het Nederlandse domein van werk en inkomen. Een dergelijke vertaalslag komt een werkbare en bruikbare toepassing van dit artikel alleen maar ten goede.

In de Memorie van Toelichting wordt wat meer verduidelijking gegeven. Het begrip “kansarmen” lijkt te zien op “kansarme werknemers”. Ook dit tweede begrip sluit echter niet goed aan op begrippen van de Nederlandse sociale wetgeving. Naar onze mening zou het veel passender en werkbaarder zijn als het begrip “kansarmen” in zowel het artikel zelf als in de Memorie van Toelichting een nationale vertaalslag krijgt door dit begrip te vervangen door het begrip “mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt”. Dit is een algemeen bekend begrip en omvat een grote groep burgers die allerlei belemmeringen ondervinden om aan het werk te komen.

Ook zouden wij in plaats van een directe verwijzing naar de Wet banenafpraak en quotum arbeidsbeperkten, een verwijzing naar de (breder) Participatiewet willen zien.

In de gemeentelijke en provinciale praktijk van social return on investment (sociale voorwaarden bij inkoop en aanbesteding) wordt als algemene doelstelling “het vergroten van de arbeidsparticipatie van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt” gehanteerd. Dit wordt ook herkend door de partijen die aldus zaken doen met gemeenten en provincies.

Sociale ondernemingen

Binnen de nieuwe richtlijn wordt de mogelijkheid gecreëerd om het voorbehoud uit te breiden naar sociale ondernemingen. Dit lijkt ons een positieve ontwikkeling, die ook goed aansluit op de veranderingen in de Nederlandse samenleving waarin het aantal sociale ondernemingen stijgt. Het biedt gemeenten de mogelijkheid om ook via sociale ondernemingen de arbeidsparticipatie te vergroten bij mensen tot een afstand tot de arbeidsmarkt.

Het meer kunnen benutten van initiatieven die sociale ondernemingen ontplooiën, past daarnaast goed binnen de doelstelling van de richtlijn en het voorliggende wetsvoorstel om meer ruimte te bieden aan innovatie. Want sociale ondernemingen zoeken nieuwe innovatieve oplossingen voor de meest ingewikkelde problemen in onze maatschappij, zoals vastgesteld door de SER in haar recente ontwerpadvies (11 april 2015) over dit thema.

Conclusie:

- *Het is goed om het voorbehoud voor sociale werkplaatsen te behouden, maar het is voor gemeenten passender en werkbaarder als het begrip “kansarmen” in zowel het artikel zelf als in de Memorie van Toelichting een nationale vertaalslag krijgt door dit begrip te vervangen door het begrip “mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt”. De VNG en het IPO zien het artikel en de Memorie van Toelichting gaarne in deze zin aangepast.*
- *Daarnaast zouden wij in plaats van een directe verwijzing naar de Wet banenafpraak en quotum arbeidsbeperkten, een verwijzing naar de (bredere) Participatiewet willen zien.*
- *De VNG en het IPO onderschrijven het uitbreiden van het voorbehoud naar sociale ondernemingen. Het biedt gemeenten de mogelijkheid om ook via sociale ondernemingen de arbeidsparticipatie te vergroten bij mensen tot een afstand tot de arbeidsmarkt en stimuleert innovatie.*

5. Voorbehouden opdrachten voor specifieke diensten: de keuze om artikel 77 (2014/24/EU) en 94 (2014/25/EU) niet te implementeren.

Reactie VNG/IPO

U geeft aan dit artikel vooralsnog niet te implementeren. Reden hiervoor is dat het type organisatie waarvoor deze dienstenopdrachten kunnen worden voorbehouden (nog) nauwelijks voorkomt in Nederland.

De VNG en het IPO zijn echter van mening dat implementatie van dit artikel juist heel erg past in de huidige maatschappelijke trend richting een participatiesamenleving. Een trend die duidelijk wordt waargenomen door gemeenten. Dit vraagt om een andere rol van de gemeenten, waarbij zij niet langer alleen zelf diensten en producten aan de burgers aanbieden maar ook burgerinitiatieven faciliteren. De decentralisaties in het sociaal domein, die gepaard gaan met grote bezuinigingen, vragen bij uitstek om een andere rol van de overheid. Zowel gemeenten als burgers zijn actief aan het verkennen hoe zij hun relatie op een andere wijze kunnen invullen. De VNG en het IPO constateren dat ook burgerinitiatieven -middels een coöperatie - juist steeds meer plaatsvinden. Er zijn reeds veel voorbeelden te vinden, twee aansprekende voorbeelden hebben wij bijgevoegd. Deze burgerinitiatieven leveren tevreden burgers, innovatieve werkwijzen en goede maatschappelijke diensten op.

Niet alleen gemeenten constateren deze trend, ook uw kabinet heeft aangegeven een duidelijke maatschappelijke trend te zien, waarbij er nieuwe vormen van participatie ontstaan. Hierbij vindt het kabinet het belangrijk dat ruimte wordt geboden aan de eigen kracht en initiatieven van mensen en dat voorkomen wordt dat de overheid eigen initiatieven en mogelijkheden van mensen in de kiem smoort. Om ook in de toekomst goede voorzieningen voor iedereen beschikbaar te houden, stelt het kabinet dat het bovendien eenvoudigweg noodzakelijk is om het maatschappelijk probleemoplossend vermogen beter te benutten. Een wettelijke verankering hiervan is bijvoorbeeld terug te vinden in artikel 2.6.7 Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Wmo), waarin het zgn. “right to challenge” is opgenomen en burgers de gemeente kunnen uitdagen als burgers denken de zorg beter zelf te kunnen organiseren.

Voorbeeld 1 – Zorgcoöperatie Hoogeloon

Deze coöperatie is reeds in 2005 opgericht. Zij zet zich in voor het behoud en het ontwikkelen van zorg, diensten en faciliteiten in een kerkdorp in de gemeente Bladel. Reden van oprichting van deze zorgcoöperatie, is dat ouderen en mensen met een beperking, ook bij een toenemende zorgvraag, in het kerkdorp kunnen blijven wonen. Inwoners van het kerkdorp kunnen lid worden en bepalen het beleid van de coöperatie.

Voorbeeld 2 – Dorpscoöperatie Zorg en Welzijn Nieuw Dordrecht

Ook deze coöperatie staat in teken van voor en door burgers. Inwoners zijn lid van de coöperatie en organiseren op deze manier zelf in het dorp zorg en welzijn. De coöperatie verzorgt niet alleen vrijwilligerstaken maar ook professionele ondersteuning in het kader van zorg.

Conclusie:

- *Europa biedt ons een nieuw instrument en implementatie van dit artikel sluit uitstekend aan op het nationale beleid en de decentrale praktijk.*

6. Overig - Publiek-publieke samenwerking: overdracht van bevoegdheden

In haar Werkdocument betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking") uit 2011 heeft de Europese Commissie de mogelijkheden voor publiek-publieke samenwerking verduidelijkt. Dit naar aanleiding van het verzoek van het Europees parlement aan zowel de Commissie en de lidstaten om het publiek over de juridische consequenties van de betreffende arresten [over publiek-publieke samenwerking] voor te lichten.

In hoofdstuk 4.1 van het Werkdocument wordt door de Commissie de mogelijkheid van overdracht van bevoegdheden benoemd en nader toegelicht. Net zoals de andere vormen van publiek-publieke samenwerking is ook deze vorm van samenwerking in de nieuwe richtlijn opgenomen, als zijnde een uitzondering binnen het toepassingsgebied van het Europese aanbestedingsrecht.

De uitzondering van overdracht van bevoegdheden is terug te vinden in artikel 1 lid 6 van de richtlijn.

Door decentrale overheden wordt veelvuldig samengewerkt, onder andere op de wijze op de wijze zoals vastgelegd in artikel 1 lid 6 van de richtlijn, waarbij nationale wetgeving de mogelijkheid biedt om een bepaalde wettelijke taak van de gemeente of provincie over te dragen. Een voorbeeld hiervan is archiefzorg. Uit het oogpunt van efficiency, doelmatigheid en kostenbesparing kunnen overheden via een gemeenschappelijke regeling gezamenlijk een archiefdienst oprichten, die de taken vanuit de Archiefwet voor de deelnemende overheden voor haar rekening neemt. Behalve quasi-inhouse, biedt ook artikel 1 lid 6 van de richtlijn een manier om hun samenwerking vorm te geven waarbij het aanbestedingsrecht niet van toepassing is. Mits dit uiteraard binnen de kaders van artikel 1 lid 6 plaatsvindt.

U geeft aan dat artikel 1 –waaronder lid 6- van de richtlijn naar haar aard geen implementatie behoeft. De VNG en het IPO vinden het echter van belang, zoals destijds ook het Europese parlement aangaf, dat de verschillende vormen van publiek-publieke samenwerking in het voorliggende wetsvoorstel worden opgenomen dan wel de toepassing ervan te verduidelijken. Ons verzoek is daarom om de mogelijkheid van overdracht van bevoegdheden wel te implementeren en duidelijk te benoemen in paragraaf 3.5 van de Memorie van Toelichting, zodat voor gemeenten, provincies en overige aanbestedende diensten de toepassing inclusief de voorwaarden waaronder overdracht van bevoegdheden kan worden toegepast evident is. Op deze manier worden de verschillende vormen van publiek-publieke samenwerking in het huidige wetsvoorstel geïmplementeerd alsook geïdentificeerd en verduidelijkt.

Conclusie:

- *De VNG en het IPO verzoeken u om de mogelijkheid van overdracht van bevoegdheden te implementeren en expliciet te benoemen in paragraaf 3.5 van de Memorie van Toelichting, zodat voor gemeenten en provincies, de overige aanbestedende diensten en de rechtspraak de toepassing inclusief de voorwaarden waaronder overdracht van bevoegdheden kan worden toegepast evident is.*