



Vereniging van  
Nederlandse Gemeenten

De minister van Economische Zaken  
Mw. M.J.A. van der Hoeven  
Postbus 20101  
2500 EC Den Haag

doorkiesnummer	uw kenmerk	bijlage(n)
(070) 373 8628		
onderwerp	ons kenmerk	Datum
Concept-AMvB proportionaliteit bij aanbesteden	ECGR/U200701120	07 augustus 2007

Geachte mevrouw Van der Hoeven,

Enige tijd geleden heeft uw ministerie een eerste versie van een concept-AMvB betreffende proportionaliteit in het aanbesteden -informeel- voorgelegd aan de VNG. Wij waarderen het zeer dat wij in de gelegenheid worden gesteld om een reactie te geven.

De concept-AMvB moet gaan voorkomen dat aanbestedende diensten in een aanbestedingsprocedure onnodig eisen stellen aan ondernemingen met als gevolg dat het MKB minder kansen zou hebben om een aanbestedingsprocedure succesvol af te sluiten. Op zich delen wij deze doelstelling, maar de concept-AMvB schiet in deze doelstelling te ver door. Gemeenten willen eisen aan ondernemingen kunnen stellen om zo betrouwbare partners te kunnen selecteren. Het gaat immers om de aanwending van gemeenschapsgeld en dan is grote zorgvuldigheid geboden. Kan een onderneming een eenmaal aangegane opdracht niet naar behoren uitvoeren dan slaat dat direct terug op de aanbestedende gemeenten. Immers, niet zelden ontstaat er overlast voor burgers en bedrijven en dan spreekt men -terecht- de gemeente daar op aan.

De bestaande EU-regelgeving moet uitgangspunt zijn en nadere regelgeving is wat ons betreft alleen aan de orde als daar goede redenen voor zijn. Naast het stellen van een beperkt aantal regels, zouden wij u in dringende overweging willen geven om meer in te zetten op verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk. Wij zijn ten volle bereid om daar een bijdrage aan te leveren.

De professionaliteit van gemeenten op het terrein van aanbesteden is duidelijk toegenomen. Dat is onlangs nog eens door u bevestigd (Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30501, nr. 15). Gemeenten beseffen

goed dat een gezonde positie van het MKB en startende ondernemers van cruciaal belang is. Het beeld dat gemeenten een sta-in-de-weg zouden zijn bij het vergroten van de toegang van het MKB en startende ondernemers is overtrokken. Uit cijfers van de gemeenten Den Haag en Utrecht blijkt ook dat de gemeenten al het overgrote deel van de opdrachten aan het MKB gunnen.

In een notitie van uw ministerie gericht aan het Overlegplatform Aanbestedingsregels van 31 mei 2007 zijn de redenen aangegeven waarom deze concept-AMvB er moet komen. Zo wordt gememoreerd dat proportionaliteit al in de EU-richtlijnen geregeld is en dus heel goed in procedurele zin nader in te vullen is bij AMvB. Materieel zou er (bijna) niets veranderen. Wat in de concept-AMvB wordt voorgesteld gaat echter beduidend verder dan in de EU-richtlijn is opgenomen.

In diezelfde notitie wordt aangegeven dat de professionalisering van aanbestedende diensten weliswaar toeneemt, maar dat de meerderheid van de rechtszaken over proportionaliteit gaan. Uit een korte inventarisatie is ons echter gebleken dat dit niet het geval is. De andere argumenten uit de notitie die nadere regelgeving moeten rechtvaardigen, vinden wij niet overtuigend.

Aan de totstandkoming van deze concept-AMvB is een "Advies voor het opstellen van een Algemene Maatregel van Bestuur betreffende Proportionele selectiecriteria" (verder: het Advies) voorafgegaan. Vertegenwoordigers van gemeenten hebben deelgenomen aan de gespreksgroep die dit advies heeft geschreven. Wij hebben stellig de indruk dat deze groep het thema proportionaliteit niet problematisch vindt. Het advies rechtvaardigt niet dat er in deze concept-AMvB aan aanbestedende diensten zoveel beperkingen worden opgelegd. Wij vinden dat aan het werk van de gespreksgroep meer recht kan worden gedaan door in een AMvB slechts een beperkt aantal zaken te regelen.

#### Specifieke punten bij de concept-AMvB

##### 1. Selectie-eisen

Van een stapeling van eisen is zeker niet altijd sprake. De omzeteis en de accountantsverklaring dienen ertoe om te beoordelen of een onderneming een overheidsopdracht met succes kan afronden en om te beoordelen of de onderneming door een gunning van een overheidsopdracht niet teveel afhankelijk wordt van die overheid.

Het vragen van financiële ratios is soms nodig om te kunnen beoordelen of de continuïteit van een onderneming over een bepaalde periode gewaarborgd kan worden. Dat is iets fundamenteel anders dan het stellen van een omzeteis. Het vragen naar financiële ratios, naast het stellen van andere eisen kan soms noodzakelijk zijn. Dit is het geval bij grote projecten. Dan bestaat er bij de gemeenten behoefte aan het opvragen van die ratios. Omdat het hier in de regel echt gaat om uitzonderingen kan wat ons betreft - bij uitzondering- in een AMvB bepaald worden dat indien een aanbestedende dienst deze ratios wil opvragen, de aanbestedende dienst dit vooraf dient te motiveren.

Wat ook mogelijk is, is dat bij gelegenheid van het vragen van een omzeteis, tevens een accountantsverklaring wordt gevraagd waarin een uitspraak wordt gedaan over de continuïteit van de onderneming. Dat kan een onderneming eenvoudig en in één keer aanleveren, zodat de aanbestedende dienst geen jaarrekeningen hoeft op te vragen of later in het traject om een accountantsverklaring hoeft te vragen. Dit lijkt ons een eenvoudiger en transparanter systeem dan nu in artikel 48b van de concept-AMvB wordt voorgesteld.

##### 2. Omzeteis van 150%

De omzeteis van 150% die in de concept-AMvB wordt voorgesteld vinden wij echt veel te laag. In het Advies wordt ook uitgegaan van een bandbreedte van 0% tot 300% van de geraamde waarde van de opdracht. Daar zou EZ bij moeten aansluiten. Gemeenten stellen soms die eis om er zeker van te zijn dat de ondernemer niet te afhankelijk wordt van de gemeente. Die afhankelijkheid is onwenselijk. Als de gemeente

invloed heeft op het mogelijke voortbestaan van een onderneming kan dat leiden tot ongezonde verhoudingen.

Wij stellen daarom voor in de AMvB op te nemen dat een omzeteis gevraagd mag worden tot maximaal 300% van de geraamde waarde van de opdracht. Daar kunnen gemeenten in de praktijk goed mee uit de voeten.

### 3. Bankgarantie

Voor wat betreft de bankgarantie zijn we het eens met het Advies dat een bankgarantie alleen mag worden gevraagd aan de ondernemer aan wie de aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen. Dit zou de AMvB moeten regelen. Het op voorhand vragen van een bankgarantie in de selectiefase zou dan niet meer nodig hoeven zijn.

Wij vinden dat er aan het vragen van een bankgarantie geen motiveringsplicht gekoppeld moet worden. Het is zonneklaar dat een aanbestedende dienst een dergelijke garantiestelling mag vragen om mogelijke financiële verliezen te beperken. Wij kunnen ons wel voorstellen dat in de AMvB wordt bepaald dat een gevraagde bankgarantie in de regel niet meer mag bedragen dan 5% van de opdrachtwaarde (behoudens bijzondere gevallen).

Uw bewering dat er hoge kosten gemoeid zijn met het verkrijgen van een bankgarantie of een bereidverklaring bankgarantie delen wij niet. Meestal gaat het om kleine bedragen welke gemiddeld niet meer zijn dan 0,1 tot 0,3% van de totale kosten die zijn gemoeid met het totale project. Bovendien staat het de opdrachtnemer vrij om deze kosten te verwerken in de prijs en dat gebeurt dan ook.

### 4. Referentie-eisen

In de concept-AMvB wordt voorgesteld dat een aanbestedende dienst één referentieproject kan vragen. Wil de aanbestedende dienst meer referentieprojecten, dan dient ze dat te motiveren. Dit voorstel vinden wij niet werkbaar. De Europese regelgeving staat het toe dat drie referentieprojecten worden gevraagd en de vraag naar drie referentieprojecten sluit ook beter aan bij de discussie die is gevoerd bij de totstandkoming van het Advies.

De referentie-eis is het belangrijkste instrument voor opdrachtgevers om kwalitatief goede ondernemingen (nader) te selecteren. Die keuzemogelijkheid voor de aanbestedende diensten moet niet onnodig beperkt worden. Het is gebruikelijk dat aanbestedende diensten drie referentieprojecten vragen (of per competentie een referentieproject op kunnen vragen met een bepaald maximum). Dit leidt in normale marktsituaties niet tot een (onnodige) beperking van concurrentie en is daarom niet disproportioneel. Met één of twee referentie-eisen is het nauwelijks mogelijk om op een objectieve wijze inschrijvers op een opdracht te selecteren. Een onderneming moet ook in de gelegenheid worden gesteld om zijn geschiktheid voor een bepaalde opdracht aan te tonen.

In de praktijk zal overigens vaak maar één referentiewerk gevraagd worden omdat de aanbesteder anders te weinig aanbiedingen krijgt en met de wetenschap dat bij een referentieproject de kwaliteit geborgd is. Wij stellen voor dat in de AMvB wordt geregeld dat er uitgegaan wordt van maximaal 3 referentieprojecten. Door het stellen van een norm van maximaal 60% van de geraamde waarde (die wij onderschrijven) kunnen ondernemers toegroeien naar het uitvoeren van grote projecten. De 60%-norm garandeert dat er voldoende concurrentie mogelijk wordt gemaakt.

### 5. Het motiveringsbeginsel

De algemene verplichting vooraf -in de aankondiging- een motiveringsplicht op te nemen bij het stellen van diverse selectie-eisen wijzen wij af. De door u geïntroduceerde motiveringsplicht houdt een soort omkering van de bewijslast in. Wij vinden dit voorstel niet werkbaar, het zal weinig effect sorteren, het leidt tot extra administratieve lasten voor aanbestedende diensten en wordt een bron voor nieuwe rechtszaken die leiden tot extra juridische procedures in een beleidsterrein dat toch al geconfronteerd wordt met een vergaande juridisering. Het is zeker ook geen bijdrage aan de gewenste deregulering. Tegen een motiveringsplicht achteraf bestaat natuurlijk geen enkel bezwaar.

#### 6. Geen criteria voor financiële en economische draagkracht onder de nationale drempel

In de concept-AMvB zal worden voorgesteld om een verbod op te nemen om selectiecriteria met betrekking tot financiële draagkracht te hanteren bij opdrachten onder de nationale drempel zoals die wordt bepaald in de AMvB 'regels onder de drempel'. Met dit voorstel kunnen gemeenten absoluut niet uit de voeten. Ook bij werken, diensten en leveringen onder deze drempel kunnen er opdrachten zijn waarbij het gewenst is om zekerheid te krijgen over financiële en economische draagkracht.

Als er niets wordt geregeld onder de drempel, zullen aanbestedende diensten eerder geneigd zijn om niet openbaar maar meervoudig onderhands aan te besteden omdat ze dan meer mogelijkheden hebben om bedrijven te vragen waarvan men weet, of denkt te weten, dat ze voldoen aan financiële en economische eisen. Dit zou een onwenselijk neveneffect zijn.

Wij zien met belangstelling uit naar uw reactie.

Vereniging van Nederlandse Gemeenten



mr. S.E. Korthuis  
lid directieraad