

Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
Directie Mededinging en Consumenten
t.a.v. mevr. G. van Dam
Postbus 20101
2500 EC DEN HAAG

Datum 10 oktober 2011
Referentie -
Betreft **NEPROM-reactie Gids proportionaliteit**

Geachte mevrouw van Dam,

Achtergrond

Begin september heeft uw Ministerie het 'Consultatiedocument Gids proportionaliteit' gepubliceerd met het verzoek aan belanghebbenden te reageren. In de Gids geven de schrijvers aan hoe volgens hen met het begrip proportionaliteit bij aanbestedingen omgegaan moet worden. Door middel van deze brief geeft de NEPROM graag haar visie op het document.

De NEPROM is een brancheorganisatie voor projectontwikkelaars. De NEPROM stelt zich ten doel de samenwerking te bevorderen tussen de overheid en projectontwikkelingsmaatschappijen bij de totstandkoming van vastgoedprojecten. Een belangrijk speerpunt daarbij is het verbeteren van de selecties- en aanbestedingspraktijk. Dit doen wij niet alleen door op verzoek van leden en op basis van signalen die wij van hen ontvangen, in gesprek te gaan met aanbestedende diensten over individuele procedures. Daarnaast hebben wij met de ministeries van Infrastructuur & Milieu en Binnenlandse zaken, VNG en IPO de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 uitgebracht. Deze publicatie biedt praktische handvatten voor selecties & aanbestedingen van gebiedsontwikkelingen. Mede in dit kader is het Europese en Nederlandse aanbestedingsklimaat onderwerp van gesprek tijdens diverse bijeenkomsten die wij organiseren met en voor leden, aanbestedende diensten en adviseurs.

Omdat de gebiedsontwikkelingspraktijk de achtergrond is van waar uit wij reageren, hebben onze suggesties en opmerkingen veelal specifiek betrekking op dit vak. Hoewel de Gids proportionaliteit vanzelfsprekend een breder bereik heeft, voorzien wij u in deze brief graag van aanvullende informatie.

De status van het document

Voordat wij in deze brief een antwoord geven op de twee vragen die u stelt; naar de bevordering van de bruikbaarheid van de Gids en eventueel ontbrekende onderwerpen, merken wij het volgende op.

De NEPROM staat achter de voorgenomen status van het Consultatiedocument. Het gaat om een richtsnoer en niet om een verplichting. Wel wordt aanbevolen eventuele afwijkingen te motiveren. Indien het (wettelijke) proportionaliteitsbeginsel niet goed wordt nageleefd, kan het de Gids uiteindelijk als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen worden. Door deze combinatie (van het 'comply or explain' beginsel enerzijds en de ultieme vangnetfunctie anderzijds) be

reikt de Gids volgens ons het gewenste evenwicht. Het is geen eenvoudige opdracht om te balanceren tussen de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om maatwerk te leveren c.q. vragen en tegelijkertijd duidelijke, algemene richtsnoeren mee te geven. De schrijfgroep is daar volgens ons toch goed in geslaagd. Hoewel ook in de projectontwikkelingpraktijk namelijk geen enkele opdracht dezelfde is, bestaat er in de praktijk wel behoefte aan guidance als het om de invulling van het proportionaliteitsbeginsel gaat. Het consultatiedocument voldoet volgens ons aan die vraag.

Uw vragen

1. Op welke wijze kan de bruikbaarheid van de Gids bevorderd worden ?

De bruikbaarheid van de Gids proportionaliteit kan ten eerste bevorderd worden door het document actueel en levend te houden. Dit kan door middel van voorlichting en kennisoverdracht over het proportionaliteitsbeginsel in het algemeen en de Gids proportionaliteit in het bijzonder. Dit kan in de vorm van bijeenkomsten maar ook op de websites of in nieuwsbrieven van Europa Decentraal, Pianoo en brancheorganisaties zoals de NEPROM. Dit kan ook bijdragen aan de gewenste cultuurverandering en professionalisering bij zowel aanbestedende diensten als marktpartijen. Wij zijn bereid over de exacte invulling overleg te plegen en medewerking te verlenen bij de uitvoering.

Bovendien zou aan de bewustwording bij aanbestedende diensten en ondernemers gewerkt kunnen worden door in een volgende fase opgedane ervaring en kennis met elkaar te delen. Tegen die tijd zal namelijk pas echt blijken hoe de relevante bepalingen uit de nieuwe aanbestedingswet zich tot de kaders in de Gids Proportionaliteit verhouden.

Voor ondernemers is het daarom belangrijk dat zij bijvoorbeeld via een zoekfunctie of overzicht op de website van Pianoo op de hoogte zijn en blijven van relevante jurisprudentie over de werking en reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel.

Uw vragen

2. Komen alle onderwerpen waarop het proportionaliteitsbeginsel ziet aan bod ?

Bij de beantwoording van deze vraag houden wij de drie fasen aan die de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling onderscheidt in het selectie & aanbestedingproces.

a. Uitvragen & selecteren : het venijn zit hem in de start

De NEPROM benadrukt dat het heel belangrijk is dat aanbestedende diensten vooraf goed nadenken over de uit te zetten opdracht. Hoe beter zij nagedacht hebben over de beoogde samenwerking en hun specifieke eisen en wensen, hoe doel- en resultaatgerichter het proces verloopt.

Alles draait daarbij om de eenvoud en zorgvuldigheid. Wij vinden het een pre als aanbestedende diensten daarbij bijvoorbeeld in de vorm van een marktconsultatie een beroep doen op de kennis en ervaring van marktpartijen, mits dit niet tot een verkapte selectie of aanbestedingsprocedure leidt. In het kader van een marktconsultatie dienen volgens ons geen gedetailleerde uitwerkingen gevraagd te worden. Het beste resultaat wordt in een marktconsultatie behaald door één op één gesprekken met marktpartijen aan te gaan. Marktpartijen zijn in individuele gesprekken minder geneigd de spreekwoordelijke kaarten tegen de borst te houden. Een duidelijke vraag-

stelling/afbakening en informatie over wat er met de vergaarde informatie wordt gedaan en onder welke voorwaarden, draagt ook bij aan een bruikbare uitkomst.

Uit de (op dit moment nog lopende) aanbestedingsprocedure over het Food Centre Amsterdam hebben wij van de gemeente begrepen dat een dialoofase kan helpen om een complexe opgave te optimaliseren. Andere voordelen waren volgens de aanbestedende dienst 1) vrijheid ten aanzien van de planuitwerking; 2) onzekerheden worden aan het begin van het proces besproken en al dan niet weggenomen en 3) deze vorm van concurrentie leidt volgens hen tot goede plannen. Daar staat wel tegenover dat 1) beide partijen met hoge proceskosten worden geconfronteerd; 2) de doorlooptijd lang is; 3) men heel zorgvuldig moet handelen en 4) het risico op cherry-picking bestaat.¹ Volgens ons vormt dit overzicht van voor- en nadelen een belangrijk aspect dat meegewogen kan worden bij beantwoording van de vraag of de gekozen procedure proportioneel is.

Integriteit

Als het om de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure gaat, noemt u het tegengaan van integriteitrisico's. De rijksoverheid werkt inmiddels met een Uniforme Eigen Verklaring Aanbesteden.

De NEPROM heeft de afgelopen jaren een omvangrijk integriteittraject over haar leden uitgerold. De NEPROM-Gedragscode is aangescherpt. Er is een onafhankelijke commissie (de commissie Gedragscode) ingesteld die op de naleving toeziet. Bovendien zijn onze leden verplicht met een zogenaamd 'transactieregister' te werken. Hierin worden (door de leden, individueel en intern) de essentialia van alle vastgoedtransacties vastgelegd waarbij het lidbedrijf betrokken is. Daarnaast hebben organisaties in de vastgoedbranche (NEPROM, IVBN, Bouwend Nederland, Aedes, NVM, FGH en Vastgoedbelang) zich verenigd in het Integriteitoverleg Vastgoed Markt (IOV). Zij hebben een gezamenlijk overzicht opgesteld van de door de diverse partijen reeds gezette stappen. Bovendien hebben zij een toekomstbeeld geschetst van met de leden te bespreken zaken waar mogelijk nog naar toe gewerkt zou kunnen worden, voor zover niet al bereikt. Wij zijn van mening dat in het kader van het proportionaliteitsbeginsel rekening gehouden dient te worden met deze gepleegde inspanningen door brancheorganisaties op integriteitvlak. Het lidmaatschap brengt een groot aantal verplichtingen met zich mee. Wij geven u daarom in overweging aanvullende eisen over dit onderwerp boven op de Uniforme Eigen Verklaring Aanbesteden jegens aangesloten partijen als disproportioneel te kwalificeren.

b. Gunnen & Motiveren : haal het beste uit de markt

Als het om het zo proportioneel mogelijk maken van de gunning- en motiveringsfase gaat, merken wij het volgende op. In de paragrafen 3.5.6. jo. 3.5.7. van de Gids missen wij een expliciete verwijzing naar art. 122 Woningwet.

Artikel 122 Woningwet bepaalt dat gemeenten in een privaatrechtelijke overeenkomst een opdrachtnemer niet kunnen dwingen tot hogere eisen dan die het Bouwbesluit oplegt. In de praktijk veel gebruikte contractuele bepalingen zijn hiermee in strijd. Een voorbeeld daarvan is het stellen van hogere EPC-eisen dan die het Bouwbesluit stelt. Hieronder gaan we onder het kopje contracteren specifiek op dit onderwerp in.

¹ Praktijkbijeenkomst Reiswijzer Gebiedsontwikkeling, 21 september jl.

Een voorbeeld van een recent opgestarte pps-aanbesteding waar marktpartijen veel vrijheid wordt gegund is Hart van Zuid in Rotterdam. Referentieprojecten geven de doorslag in de eerste fase van het tendertraject. Er wordt niet om een (dure) uitgewerkte visie gevraagd. In plaats daarvan gaat men op zoek naar een betrouwbare partner. De gunningscriteria bestaan samengevat uit de volgende punten :

- ruimtelijke kwaliteit;
- mate van economische effecten;
- mate waarin wensen gemeenten worden gerealiseerd;
- kwaliteit sociaal programma;
- functioneren gebied tijdens realisatiefase.²

Hoewel de uitkomsten van deze procedure nog niet bekend zijn, spreken wij reeds nu de wens uit dat de nieuwe Aanbestedingswet en de Gids proportionaliteit bij draagt aan het ontwikkelen van innovatieve en flexibele aanbestedingsvormen. De gunningscriteria worden in dat geval zo opgesteld dat de meeste creativiteit en het beste uit de markt wordt gehaald.

c. Contracteren : risicobeheersing en verantwoordelijkheden vastleggen

De grens tussen proportionele en disproportionele contractuele bepalingen is niet makkelijk te trekken en niet voor iedere ondernemer dezelfde. De ene zeilt scherper aan de wind dan de ander. Bij kleine, overzichtelijke en concrete projecten ligt die anders dan bij grote, ingewikkelde en langdurige gebiedsontwikkelingen. De volgende algemene aandachtspunten noteerden wij.

Als het om gebiedsontwikkeling gaat, is het belangrijk dat het programma en het contract op elkaar aansluiten. Het contract moet de scope van de opdracht goed weergeven. Ze moeten bij elkaar passen en voldoende flexibiliteit bieden. Het is belangrijk een duidelijke koppeling te maken tussen programma en contract. Bij grote, ingewikkelde gebiedsontwikkelingen waar de selectie uit (onder meer) een dialoofase bestaat (concurrentiegerichte dialoog) is dat soms lastig. Het gaat vaak om projecten met een langdurige looptijd van soms wel 10 of meer jaren. Het clusteren van opdrachten ligt bij dergelijke langdurige trajecten volgens ons meer voor de hand dan bij de inkoop van roerende zaken. Niet alles wat er in de omvangrijke periode voorvalt, laat zich op voorhand in een contract vastleggen en zeker niet in de vorm van resultaatverplichtingen. Zo verdient het bijvoorbeeld aanbeveling als het om de planning gaat, een realistische procesbeschrijving op te nemen en geen harde data te noemen. Het verbinden van boetes aan de planning wordt door inschrijvers al snel als disproportioneel ervaren, met name omdat zij de planning niet altijd en nooit helemaal zelf in de hand hebben.

Op zich is er geen bezwaar tegen een concept overeenkomst met de uitvraag mee te sturen. Dan kan de projectontwikkelaar beter beoordelen waar hij aan begint. Hij zal immers ook moeten weten welke risico's hij dient in te calculeren. In dat opzicht werkt helderheid en transparantie vooraf goed. De projectontwikkelaar is vooral geïnteresseerd in het programma, de fasering en fiscaliteit. Als de aanbestedende dienst op voorhand al ruimte wil laten voor optimalisatie van het programma (meer of minder bouwen) of de wijze van financiering, verdient het de

² Cobouw 30 september jl.

voorkeur om dit bij de uitvraag al zo veel mogelijk aan te geven zodat daar later geen misverstand over kan ontstaan. De ondernemer wil voldoende en juiste informatie om een verantwoorde go/no-go beslissing te nemen en om de contractuele risico's kunnen analyseren. Dan kan hij daar in zijn prijs en/of bieding rekening mee houden. Het meesturen van een dichtgetimmerd en niet onderhandelbaar contract bij de uitvraag, doet volgens onze leden geen recht aan de flexibiliteit die het proces moet bieden. Alleen bij een zeer eenvoudige uitvraag kan dit helpen om een goed aanbod te doen. Maar wenselijk is het volgens ons niet.

Onze leden maken het in de praktijk mee dat het aanbestedingsrechtelijke risico contractueel bij de projectontwikkelaar wordt gelegd. Zij ervaren dit als disproportioneel. De aanbestedende dienst is immers primair verantwoordelijk voor correcte naleving van het aanbestedingsrecht. Sommige aanbestedende diensten realiseren zich niet, dat bepaalde contractuele eisen bij gebiedsontwikkeling soms juist tot een aanbestedingsplicht kunnen leiden.³ Wij doelen daarbij specifiek op het bedingen van een bouwplicht. Een dergelijke (onvoorwaardelijke) verplichting drukt gelet op de huidige marktomstandigheden sowieso vaak (te) zwaar op de inschrijver, los van de eventuele aanbestedingsrechtelijke consequenties. Dat laatste geldt ook voor een zogenoemde onvoorwaardelijke grondafnameverplichting.

Ook komt het in de praktijk voor dat risico's (bijvoorbeeld ten aanzien van bodemverontreiniging of planshade) contractueel bij de projectontwikkelaar worden gelegd, zonder dat de risico's duidelijk/onderzocht en kenbaar, calculeerbaar of bespreekbaar zijn. Die gang van zaken staat meestal niet in redelijke verhouding tot de aanzienlijke risico's waar het om gaat.

Ook in dit onderdeel van de brief dat over contracteren gaat, benadrukken we de werking van art. 122 Woningwet. Ondanks dat jurisprudentie over art. 122 Woningwet duidelijk is⁴, komen onze leden vaak bepalingen tegen die hiermee in strijd en nietig zijn. Soms gaat het om eisen die weliswaar vanuit maatschappelijk oogpunt ook door projectontwikkelaars als wenselijk worden beschouwd, maar vaak niet realistisch zijn (vertaald in de uitvraag). Bovendien kan het stellen van eisen buiten/boven het publiekrechtelijk kader aanbestedingsrechtelijke gevolgen hebben.⁵

Onder de huidige marktomstandigheden constateren wij vaker dat door aanbestedende diensten aanzienlijke (in de zin van disproportionele) zekerheidstellingen worden gevraagd. In plaats van met een bepaald percentage te werken (zoals u op blz. 32 van de Gids voorstelt) prefereert de NEPROM een stelsel waarbij geen standaardbankgaranties of aanbetalingen worden verzocht. Liever spreken wij van een adequate nader uit te onderhandelen zekerheid zoals een reële reserveringsvergoeding of een beperkte concerngarantie.

De NEPROM kan zich vinden in uw uitgangspunt dat contractmodellen of algemene voorwaarden die paritair zijn vastgesteld, zoals de UAV in principe integraal moeten worden toegepast. Wel zijn wij van mening dat de inschrijver daarbij altijd de mogelijkheid zou moeten krijgen om suggesties voor afwijkingen te doen. In de praktijk wordt ook (los van selecties & aan-

³ Europese Hof van Justitie, 25 maart 2010, het arrest in de zaak Müller (zaak C-451/08)

⁴ Hoge Raad, 17 juni 2011, LJN:BQ1677

⁵ Zie voor een nadere toelichting hoofdstuk 7 van de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011

bestedingen) vaak onderhandeld over afwijkingen, wijzigingen, aanvullingen of het buiten toepassing verklaren van specifieke bepalingen. In iedere selectie- of aanbestedingsprocedure zou er volgens ons ruimte moeten zijn om hierover de dialoog aan te gaan met de aanbestedende dienst.

Wij steunen dat de Gids in aanvulling op de Beleidsregel Combinatieovereenkomsten 2009 geen aanvullende c.q. verhoogde eisen stelt aan combinaties of onderaannemers.

De uitvoerings- realisatiefase van de overeenkomst of de opdracht komt niet aan bod in de Gids. Wij kunnen op basis van het concept niet beoordelen of hier bewust voor is gekozen. In de praktijk loopt men echter juist in de uitvoeringsfase tegen situaties aan die vragen oproepen. Dat werkt eigenlijk twee kanten op. Aan de ene kant zijn er ondernemers die na het verkrijgen van de opdracht gelijk 'de randjes opzoeken'. Op het moment dat zij die overschrijden, bevinden zij zich volgens ons op glad ijs. Aan de andere kant zijn er ook aanbestedende diensten die strikt zijn/liken in de uitvraag, maar die het tijdens de uitvoering vervolgens 'alle kanten op laten schieten'. Als het te ver gaat, voelen ondernemers zich daar ook niet altijd comfortabel bij. Wij adviseren u dan ook de uitvoerings- realisatiefase expliciet onder het proportionaliteitsbeginsel te brengen en hieraan een passage te wijden in de Gids proportionaliteit.

Aangezien bij het invullen van het proportionaliteitsbeginsel mede gekeken kan worden naar gebruikelijke bepalingen, wijzen wij tot slot op de NEPROM-checklist projectontwikkelingsovereenkomsten met gemeenten. Zij ziet op ontwikkeling en realisatie, gronduitgifte en grondexploitatie. Zij wordt binnenkort naar buiten gebracht.

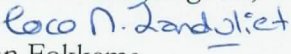
Conclusie

De NEPROM is positief over het concept van de Gids proportionaliteit. Wij vertrouwen er op dat het in de praktijk een belangrijke leidraad zal blijken bij de nadere invulling van het proportionaliteitsbeginsel.

Graag worden wij te zijner tijd betrokken bij de voorgenomen evaluatie van de nieuwe Aanbestedingswet. Wij gaan er van uit dat de Gids proportionaliteit straks een belangrijk onderdeel uit zal maken van de terugblik.

Wij vertrouwen er op u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Gaarne zijn wij desgewenst tot een nadere toelichting op deze brief bereid.

Wij hebben geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Met vriendelijke groet,

Jan Fokkema
directeur