

Ondernemers kritisch over proportionaliteit

In de zomer is de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 bekendgemaakt. Een voorzichtig optimistisch geluid: de eerste positieve effecten zijn gesignaleerd. Zo heeft de wet geleid tot vermindering van lasten en bijgedragen aan uniformering van de regels.

Tegelijkertijd is er zeker nog ruimte voor verbetering bij aanbestedingen aan zowel de zijde van aanbestedende diensten als ondernemers. Die verbetering geldt onder andere ten aanzien van de contractvoorwaarden. Opvallend in de evaluatie is de kritische noot over de proportionaliteit van contractvoorwaarden. Uit het onderzoek van Kwinkgroep 'Effecten van de Aanbestedingswet 2012' blijkt dat 27 procent van de gevraagde ondernemers het (zeer) oneens is met de stelling dat de contractvoorwaarden het afgelopen jaar in redelijke verhouding stonden tot aard en de omvang van de opdrachten, tegenover 34 procent van de ondernemers die het (zeer) eens is met de stelling. De overige ondernemers vinden de eisen in de contractvoorwaarden met regelmaat

niet proportioneel. In vergelijking met andere voorwaarden en eisen van de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld met betrekking tot technische en beroepsbekwaamheid, wil dit zeggen dat ondernemers de contractvoorwaarden als één van de minst proportionele voorwaarden beoordelen.

Enkele aspecten bij contractvoorwaarden zijn wel verbeterd na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012. Zo wordt de aansprakelijkheid vaker gelimiteerd en intellectueel eigendom minder vaak overgedragen aan de opdrachtgever. Dit positieve geluid wordt echter getemperd door het feit dat volgens inschrijvers de opdrachtgever de contractvoorwaarden veelal eenzijdig oplegt. Dat dit disproportioneel kan zijn, blijkt met name uit de Gids Proportionaliteit, die bij de evaluatie wordt betrokken. Zo zouden aanbestedende diensten nauwelijks openstaan voor suggesties tot aanpassing van contractvoorwaarden als neergelegd in voorschrift 3.9B Gids Proportionaliteit. Bovendien blijkt dat slechts incidenteel in de aanbestedingsstukken is vermeld dat paritaire (wederzijds opgestelde) voorwaarden van toepassing zijn: bij 1 procent van de nationale en Europese procedures in 2009 en 2 procent in 2014. Ook in de steekproef van meervoudig onderhandse aanbestedingen uit 2014 is

zelden tot nooit vermeld dat paritaire voorwaarden van toepassing zijn. Een problematische uitkomst, nu juist in de paritaire voorwaarden het belang van evenwichtige, niet-eenzijdig opgestelde voorwaarden naar voren komt; maar nog veel meer problematisch omdat in beginsel niet mag worden afgeweken van de Gids Proportionaliteit. In voorschrift 3.9C is namelijk bepaald dat als paritaire voorwaarden bestaan, de aanbestedende dienst deze integraal toepast. Daaronder vallen ook de in de bouw gehanteerde Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV). Disproportionele contractvoorwaarden en afwijkingen van de Gids Proportionaliteit kunnen dan ook aan de orde worden gesteld in de nota van inlichtingen of bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Contractvoorwaarden en de proportionaliteit ervan werden dus met de Gids Proportionaliteit en de Aanbestedingswet 2012 onderdeel van de aanbestedingsregels. Daarnaast noemt ook de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn de contractvoorwaarden nu expliciet en onderwerpt deze daarmee aan de aanbestedingsbeginselen, zoals het proportionaliteitsbeginsel. Deze ontwikkelingen onderschrijven het belang van evenwichtige(re) contractvoorwaarden voor betere aanbestedingen. Maar ook de recente problemen bij grote infrastructuurprojecten van Rijkswaterstaat bevestigen de betekenis van evenwichtige contractvoorwaarden, onder meer van proportionele risicoverdeling in de contractvoorwaarden. Evenwichtige contractvoorwaarden tussen aanbestedder en opdrachtnemer blijven een punt van aandacht. Hoewel veel is gedaan om een level playing field tussen aanbestedder en opdrachtnemer te realiseren, blijkt de concrete toepassing ervan opmerkelijk genoeg nog geen vanzelfsprekendheid.