

# Resultaten uit het verleden...

**Wij gaan thuis verbouwen en een stukje aanbouwen. Waar te beginnen? Een architect. Vervolgens een aannemer. Hoe kies je er een die, in de woorden van Wim Kan (Oudejaarsconferentie 1976), "een zeer goeie naam heeft en ook zééééér bekwaam is"? Familie en vrienden kennen allemaal wel iemand die goed werk heeft geleverd. Die heeft meegedacht en hen goed heeft geholpen. Zo kom ik zelf ook aan veel van mijn zaken.**

Resultaten uit het verleden. In Aanbestedingsland heet dat Past Performance. De Aanbestedingswet (en ook de nieuwe Europese richtlijn) biedt gelegenheid voor het selecteren en voor het uitsluiten van gegadigden op basis van Past Performance. (In de systematiek van beide regelingen wordt overigens eerst gekeken of een gegadigde of inschrijver van deelneming aan een aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten en daarna of die partij geschikt is om een opdracht uit te voeren.) Ik zie wel iets in Past Performance maar heb ook wat bedenkingen.

Bij de selectie van ondernemers mag alleen worden gekeken naar draagkracht en naar technische en beroepsbekwaamheid. Bij draagkracht wordt met name een bepaalde minimumomzet geëist. Die mag op grond van de Aanbestedingswet maximaal drie (en op grond van de nieuwe richtlijn, uitzonderingen daargelaten, maximaal twee) keer de geraamde waarde van de opdracht bedragen. Bekwaamheid kan volgens de wet worden aangetoond met een lijst van de werken die gedurende de afgelopen 5 jaar werden verricht. Die lijst moet dan vergezeld gaan van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat. Voor leveringen en diensten bedraagt die periode 3 jaar. Ziet u BAM bij iedere inschrijving al een lijst met alle uitgevoerde werken in de afgelopen 5 jaar aanleveren?

Om administratieve lasten te beperken, destijds één van de doelstellingen van de Aanbestedingswet, volstaat de aanbestedende dienst daarom veelal met het vragen van een beperkt aantal referentieopdrachten, die dan natuurlijk wel naar behoren moeten zijn uitgevoerd. Volgens de wetsgeschiedenis kan met drie referenties worden volstaan. Dat klinkt mooi, maar

dat maakt het ook mogelijk dat een ondernemer die weliswaar drie opdrachten naar behoren heeft uitgevoerd, maar een veelvoud aan opdrachten niet, even geschikt wordt beoordeeld als een ondernemer die al zijn opdrachten volgens de regelen der kunst uitvoert. Nou bent u die 'goede' ondernemer. Zou u dan toch niet liever willen dat een lijst met alle werken of leveringen moet worden ingediend? De opdrachtgever die waar voor zijn geld wil zal daar vermoedelijk niet anders over denken. Past Performance, indien zuiver gehanteerd, 'schuurt' dus met het beperken van administratieve lasten.

Nieuwkomers op de markt kunnen geen referenties overleggen. Die hebben daardoor dus geen toegang tot de markt van overheidsopdrachten. Het vergroten van die toegang was ook één van de doelstellingen van de Aanbestedingswet. Bij een aanbesteding waar rekening wordt gehouden met Past Performance wordt dat doel dus niet gediend. Rijkswaterstaat heeft daar iets op gevonden: die geeft nieuwkomers standaard een instapwaardering van 7 op een schaal van 10. Uit de verdere beoordeling van de aanbieding moet dan blijken wie de opdracht gegund krijgt. Uit oogpunt van gelijke behandeling is dit wel fair, maar dit zegt dan niets meer over in het verleden behaalde resultaten. Dan kun je net zo goed iedere inschrijver een 7 geven. Of Past Performance toch buiten beschouwing laten.

Van Past Performance wordt op dit moment vooral gebruik gemaakt om inschrijvers van deelneming aan de aanbestedingsprocedure of de opdracht uit te sluiten. Op grond van de Aanbestedingswet móet een inschrijver of gegadigde worden uitgesloten na een veroordeling wegens (onder meer) omkoop of fraude



en kán hij worden uitgesloten wegens (ook weer onder meer) een ernstige fout in de beroepsuitoefening of het niet betalen van sociale premies en belastingen.

In de nieuwe Europese richtlijn, die volgend jaar in de nationale wetgeving moet zijn doorgevoerd, kán een ondernemer ook worden uitgesloten wanneer hij "blijk heeft gegeven van aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen" bij de uitvoering van een eerdere opdracht en dat dat heeft geleid tot voortijdige beëindiging van die opdracht of tot schadevergoeding.

Dus zowel bij één hele grote als bij een herhaling van meerdere kleinere tekortkomingen. Mogelijk zal dit

leiden tot juridische procedures om die beëindiging of schadevergoeding aan te vechten. Die kunnen immers aanzienlijke gevolgen hebben voor toekomstige opdrachten.

Nieuwkomers op de markt hebben niet het nadeel van een eerdere slechte beoordeling. Voorzichtige conclusie bij Past Performance: bij Rijkswaterstaat zijn nieuwkomers in het voordeel! (?)

*Per van der Kooi*  
*advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht*  
*De Clercq Advocaten, Leiden*  
*p.vanderkooi@declercq.com*

BOND VAN FABRIKANTEN VAN BETONPRODUCTEN IN NEDERLAND



Actueel is het verenigingsblad  
voor de BFBN leden

15e jaargang april 2015  
Nummer 98

**ACTUEEL**