

IN DIT NUMMER

- » Uit de praktijk: wachtkamerconstructies
- » Proportionaliteit van financiële selectie-eisen

Uit de praktijk: wachtkamerconstructies

Recentelijk is een project aanbesteed, waarbij de opdrachtgever met de tweede geëindigde inschrijver een zogenaamde wachtkamerovereenkomst sluit. Wat houdt zo'n constructie in en waarop dient u bedacht op te zijn?

Een wachtkamerconstructie is in rechte al eens toegestaan bij een aanbesteding waarbij de gunning niet heeft geleid tot een overeenkomst met de als eerste geëindigde inschrijver. In dit artikel wordt echter een praktijkvoorbeeld besproken waarbij de opdrachtgever een wachtkamerconstructie wil toepassen op een project dat al is gestart.

Passage uit de betreffende wachtkamerovereenkomst:

“De opdrachtgever sluit een overeenkomst met twee inschrijvers, met de nummer één in rang, van betreffende aanbidding en een Wachtkamerovereenkomst met de nummer twee in rang, van betreffende aanbidding. De nummer één in rang is Opdrachtnemer 1; de nummer twee in rang is Opdrachtnemer 2. De Opdrachtgever sluit met de Opdrachtnemer 1 een overeenkomst. Met Opdrachtnemer 2 sluit Opdrachtgever een Wachtkamerovereenkomst op grond waarvan Opdrachtnemer 2 de opdracht uitvoert indien en zover met Opdrachtnemer 1 de overeenkomst is geëindigd. De strekking van de Wachtkamerovereenkomst tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer 2 is dat Opdrachtnemer 2 zijn inschrijving gestand doet voor de duur van de uitvoering van de opdracht zoals bepaald in de aanbestedingsdocumentatie en dat hij de opdracht gaat uitvoeren indien de overeenkomsten met de nummer 1 is geëindigd.”



De overeenkomst met Opdrachtnemer 2 is van kracht en zal de resterende werkzaamheden, die de Opdrachtnemer 1 niet heeft uitgevoerd, uitvoeren tegen het omzetbedrag van door Opdrachtnemer 2 in zijn aanbidding is opgenomen. Zolang de Wachtkamerovereenkomst voortduurt en een overeenkomst met Opdrachtnemer 2 niet van kracht is, zal de Opdrachtgever jaarlijks een overleg organiseren met Opdrachtnemer 2 om eventuele herziene prijsafspraken in verband met mogelijke prijsindexering vast te leggen.”

Eenzijdig

Deze wachtkamerconstructies komen regelmatig voor. Dat is op zich niet onbegrijpelijk in een tijd van



economische recessie. Opdrachtgevers zoeken manieren om hun project in goede orde te laten voltooien tegen de gegunde aanneemsom. Veel wachtkamerconstructies zijn echter onvoordelig voor de inschrijvers. Allereerst zijn deze nogal eenzijdig, want de 'wachtende' inschrijver is eraan gebonden, terwijl de aanbesteder vaak de vrijheid behoudt om de wachtende partij al dan niet op te roepen. Bovendien is het helemaal niet zeker of er sprake zal zijn van het overnemen van het project.

Risico's

De wachtende partij loopt ook grote contractuele risico's. Eventuele prijsaanpassingen zijn - als hiervoor al ruimte is - zeer beperkt en zullen nooit alle kosten voor het plegen van extra inspanningen in verband met het overnemen van het werk, dekken. Denk hierbij onder andere aan kosten voor het eigen maken van het project, het vaststellen van de status van het project en het controleren van de reeds uitgevoerde werkzaamheden. Veelal wordt bepaald dat de wachtende partij die het werk overneemt ook alle risico's overneemt. Dat omvat dus ook de verantwoordelijkheid voor de eventuele gebrekkige uitvoering door de eerste inschrijver en ook garanties over reeds uitgevoerde werkzaamheden.

Standpunt SMI

Als de opdrachtgever toch met de als tweede geëindigde inschrijver een overeenkomst wenst te sluiten, dan zou er hooguit sprake kunnen zijn van een intentie of verplichting, waarbij opdrachtgever en wachtende partij afspreken dat zij samen de mogelijkheden tot het overnemen van het contract onderzoeken. Op die manier kan de wachtende partij eerst de risico's inventariseren, zo nodig beprijsen of maatregelen treffen en heldere afspraken maken over de risico's die op het moment van overname bij partijen bekend zijn. Afhankelijk van de status waarin het project zich bevindt, zijn er - aanbestedingsrechtelijk gezien - hierbij wel vraagtekens te plaatsen.

Duurovereenkomsten

Wachtkamerconstructies zijn bij duurovereenkomsten zeer ongeschikt, bijvoorbeeld voor meerjarige onderhoudsovereenkomsten. Deze overeenkomsten dienen opnieuw aanbesteed te worden met hooguit een onderhandse 1-op-1 gunning, bedoeld om de periode waarin een geheel nieuwe opdracht wordt aanbesteed, te overbruggen. Wanneer bij dit soort overeenkomsten toch sprake is van een wachtkamerconstructie, dan rijst het vermoeden dat dit louter bedoeld is om de prijs gedurende de hele looptijd gestand te laten doen.

Proportionaliteit van financiële selectie-eisen

Welke selectie- en andere eisen mogen in een aanbestedingsprocedure aan een opdracht worden gesteld? In dit artikel komen twee eisen uit een recent gehouden aanbesteding aan de orde die onterecht zijn gesteld.

'Voorlopige' cijfers

In dit praktijkgeval dat dateert uit 2012, werd de volgende eis gesteld: " ... dat de gegadigde de financiële gegevens moet overleggen van het derde kwartaal 2012, te weten de Balans en Resultatenrekening zowel per 'Year To Date' als per Eindejaarprognose'."

Aan voorlopige cijfers kan in een aanbestedingsprocedure geen enkele waarde worden gehecht, want er is geen officiële definitie van 'voorlopige' cijfers. Dat betekent dat er informatie wordt gevraagd, die onderling niet te vergelijken is. Inschrijvende bedrijven kunnen immers 'voorlopig' op verschillende

wijzen interpreteren. De gevraagde informatie is dus te subjectief en daardoor te weinig betrouwbaar om er consequenties aan te verbinden of mee te laten wegen bij de beoordeling.

Bovendien hebben niet alle bedrijven deze cijfers paraat. Zij zullen de cijfers apart moeten (laten) opstellen en dat leidt tot een disproportionele belasting en extra kosten.

Aantonen financiële gezondheid

De opdrachtgever wilde de continuïteit borgen gedurende de uitvoering van deze complexe opdracht. In dit kader stelde de opdrachtgever na gunning nog



een andere eis aan de installateur: het aantonen van blijvende financiële gezondheid van zijn bedrijf gedurende de hele looptijd van de opdracht aan de hand van gangbare financiële maatstaven. "Als bewijs daarvan zal de installateur elk kwartaal financiële gegevens overleggen, te weten de Balans en Resultatenrekening zowel per 'Year To Date' als per 'Eindejaar prognose'."

Het blijft echter onduidelijk waaraan de financiële kwartaalcijfers moeten voldoen. Het blijft ook onduidelijk wat de consequenties zijn als deze cijfers - naar de mening van de opdrachtgever - onder de maat zijn.

Effectieve maatregelen

Andere maatregelen zijn daarentegen veel effectiever om de opdrachtnemers financieel gezond te houden. Denk met name aan het hanteren van kleine termijnen met korte betaaltermijnen, zodat de opdrachtnemer zaken niet of nauwelijks hoeft voor te financieren. De dagelijkse praktijk leert echter dat van installateurs verwacht wordt dat zij substantieel voorfinancieren. In deze economisch moeilijke tijd is dat een extra zware belasting en kan het tot problemen leiden.

Gids proportionaliteit

Vermoedt u dat u te maken heeft met onredelijke of onjuiste selectie-eisen, dan kunt u de Gids proportionaliteit raadplegen. Deze gids geeft meer duidelijkheid over welke eisen aanbestedende diensten mogen stellen wat betreft financiële eisen en ook aantal en omvang van referentieprojecten en minimum termijnen. Aanbestedende diensten zijn verplicht om deze richtlijnen toe te passen, zodra de nieuwe aanbestedingswet van kracht wordt op 1 april 2013.

Deze gids is te raadplegen op:

<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/09/08/gids-proportionaliteit.html>

Nieuwe aanbestedingswet op 1 april 2013 van kracht

De Eerste Kamer heeft op 30 oktober 2012 ingestemd met het wetsvoorstel Aanbestedingswet. Deze wet gaat op 1 april 2013 in.

Colofon

SMI mail is een uitgave van UNETO-VNI en verschijnt 10 keer per jaar.

Redactie: Margreet van Deurzen

Eindredactie en opmaak: CommSa BV, Pijnacker

Meer informatie: Pieter van den Eijnden of Margreet van Deurzen

T 079 325 06 50 | E info@smiweb.nl | W www.smiweb.nl