

In dit nummer

- Kort geding RGD
- Algemene ziekenhuizen, aanbestedingsplichtig?
- Nieuwe trend: aanbesteden in één perceel



SMI wint kort geding tegen RGD

Begin dit jaar startte de aanbesteding van het prestigieuze project van de Rijksgebouwendienst (RGD): de Jubi torens, in totaal 135.000 m². Deze twee hoge torens voor de ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties zijn gepland op de plaats van de 'Zwarte Madonna' in hartje Den Haag.

Onredelijke eisen

In de selectieleidraad stuitte SMI op nogal wat onredelijke eisen. De meest onredelijke eis was dat het project in percelen werd aanbesteed, terwijl van de per perceel winnende inschrijvers werd geëist dat zij tezamen een besloten vennootschap (BV) dienden te vormen zonder dat vooraf de betreffende voorwaarden bekend werden gemaakt. Daarnaast werd geëist dat de opdrachtbrief of het contract van de referentieprojecten moest worden getoond. Bovendien werden disproportionele omzeteisen gesteld en werden zeer specifieke ervaringseisen aan het kaderpersoneel gesteld.

Kort geding

Reden genoeg voor SMI om in overleg te treden met de RGD met als belangrijkste doel deze onredelijke gedwongen samenwerking van tafel te krijgen. Zonder resultaat, want de RGD bleef vasthouden aan deze bepalingen en weigerde zelfs, hangende het overleg, de procedure te schorsen. Jammer genoeg restte SMI niets anders dan een kort geding aan te spannen, als laatste redmiddel om de inschrijvers in het gelijk te laten stellen.

De rechter deed recentelijk uitspraak en stelde SMI op alle punten in het gelijk (zie kader). Inmiddels heeft de RGD zich bij de uitspraak neergelegd.

De uitspraak

1. **De verplichte BV-vorming na inschrijving met andere winnende perceelinschrijvers, waarvan de voorwaarden nog niet bekend zijn.**

De rechter heeft geoordeeld dat:

- het niet gerechtvaardigd is dat vooraf van inschrijvers verlangd mag worden dat zij onvoorwaardelijk toezeggen dat zij een samenwerkingsverband zullen aangaan met onbekende derden tegen onbekende, door de RGD te bepalen, voorwaarden;
- dit strijdig is met de 'contractsvrijheid' van partijen.

2. **De verplichting om op verzoek de opdrachtbrief c.q. het contract van de opgevoerde referentieprojecten te overleggen aan de RGD.**

De rechter heeft beslist dat dit niet toegestaan is onder de geldende regelgeving. Met het aantonen van de technische bekwaamheid kan volstaan worden met de tevredenheidsverklaring. Het is niet toegestaan dat de RGD op voorhand bepaalt dat zij elk stuk (o.a. opdrachtbrief, contract) betreffende de referentieprojecten mag opvragen.

3. **De ervaringseisen van kaderpersoneel.**

Hieromtrent heeft de rechter geoordeeld dat de specifieke ervaringseisen aan het kaderpersoneel onredelijk zijn. Als hoofdreden hierbij geldt dat de onderneming te veel afhankelijk wordt van één individuele werknemer of een zeer beperkt aantal werknemers.

Ziekenhuizen, wel of niet aanbestedingsplichtig?

Academische ziekenhuizen zijn en blijven aanbestedingsplichtig, maar volgens een uitspraak van de Hoge Raad is niet zeker of *algemene* ziekenhuizen (lees 'zorginstellingen') aanbestedingsplichtig zijn.

Toelichting

Een organisatie is aanbestedingsplichtig als aan drie voorwaarden wordt voldaan:

1. de organisatie dient een algemeen belang, niet zijnde een industrieel of commercieel belang;
2. de organisatie bezit een rechtspersoonlijkheid;
3. ofwel is er sprake van financiering van overheidsactiviteiten, ofwel van activiteiten waarop de overheid voor het merendeel toezicht houdt.

In eerste instantie was beslist dat ziekenhuizen aan deze drie voorwaarden voldeden. De Hoge Raad is het daarmee niet eens, want er is namelijk nog niet beoordeeld of er sprake is van een commercieel belang. Ziekenhuizen hebben immers

weliswaar geen winstoogmerk, maar worden wel bestuurd op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Bovendien dragen zij (in toenemende mate) exploitatierisico's.

Onduidelijkheid

Op dit moment is het dus onduidelijk of algemene ziekenhuizen aanbestedingsplichtig zijn. Het Hof zal zich opnieuw over de vraag moeten buigen. Als geconcludeerd wordt dat zij inderdaad een overwegend commercieel belang hebben, dan zijn algemene ziekenhuizen niet aanbestedingsplichtig. Als geconcludeerd wordt dat zij niet een commercieel belang nastreven, dan moet nog aanvullend beslist worden of hun activiteiten in belangrijke mate door de overheid gefinancierd worden.

Met het nieuwe zorgstelsel is het nog maar de vraag of de beslissing op dit punt voor de praktijk uitkomst biedt. De aanbesteding waarop de uitspraak is gebaseerd, vond namelijk nog onder de oude ziekenfondsregeling plaats.

Nieuwe trend: aanbesteden in één perceel

Aanbesteden in één perceel betekent dat een opdrachtgever in één aanbesteding alle werken, dus bouwkundig werk, werktuigbouwkundige én elektrotechnische installaties, onderbrengt. Steeds meer opdrachtgevers brengen aanbestedingen in één perceel naar de markt. Onder andere de RGD is hier zeer 'voortvarend' in; het Jubiproject dat elders in deze SMIMail wordt besproken, is op deze manier aanbesteed. Daarbij voert de RGD als argument aan dat zij af willen van de coördinatieproblematiek tijdens de bouw. Anders gezegd, de RGD stelt dat zij zich - door aan één partij te gunnen - volledig kan concentreren op haar opdrachtgeverrol. Als tweede argument voert de RGD aan dat zij meegaat met de marktontwikkeling waarbij de aannemers projecten integraal aannemen.

Terecht?

SMI stelt kritische kanttekeningen bij deze trend. Want wie in één perceel een aanbesteding uitschrijft, negeert het toenemende belang van installaties in een gebouw en

maakt deze geheel ondergeschikt. De opdrachtgever heeft bij één perceel bovendien minder controle op de kwaliteit van de installaties. Aannemers kunnen van hun kant in de verleiding komen om te gaan leuren met het installatiewerk. Opdrachtgevers kunnen dit wel voorkomen door in de selectieleidraad op te nemen dat er met een vaste installateur dient te worden ingeschreven en door kwaliteitseisen aan de installateur te stellen. Tot slot dient de opdrachtgever met nog een belangrijk nadeel rekening te houden: in één perceel aanbesteden beperkt de concurrentie met als gevolg een mogelijk prijsopdrijvend effect. Kortom, voor ons genoeg reden om deze ontwikkeling op de voet te blijven volgen.