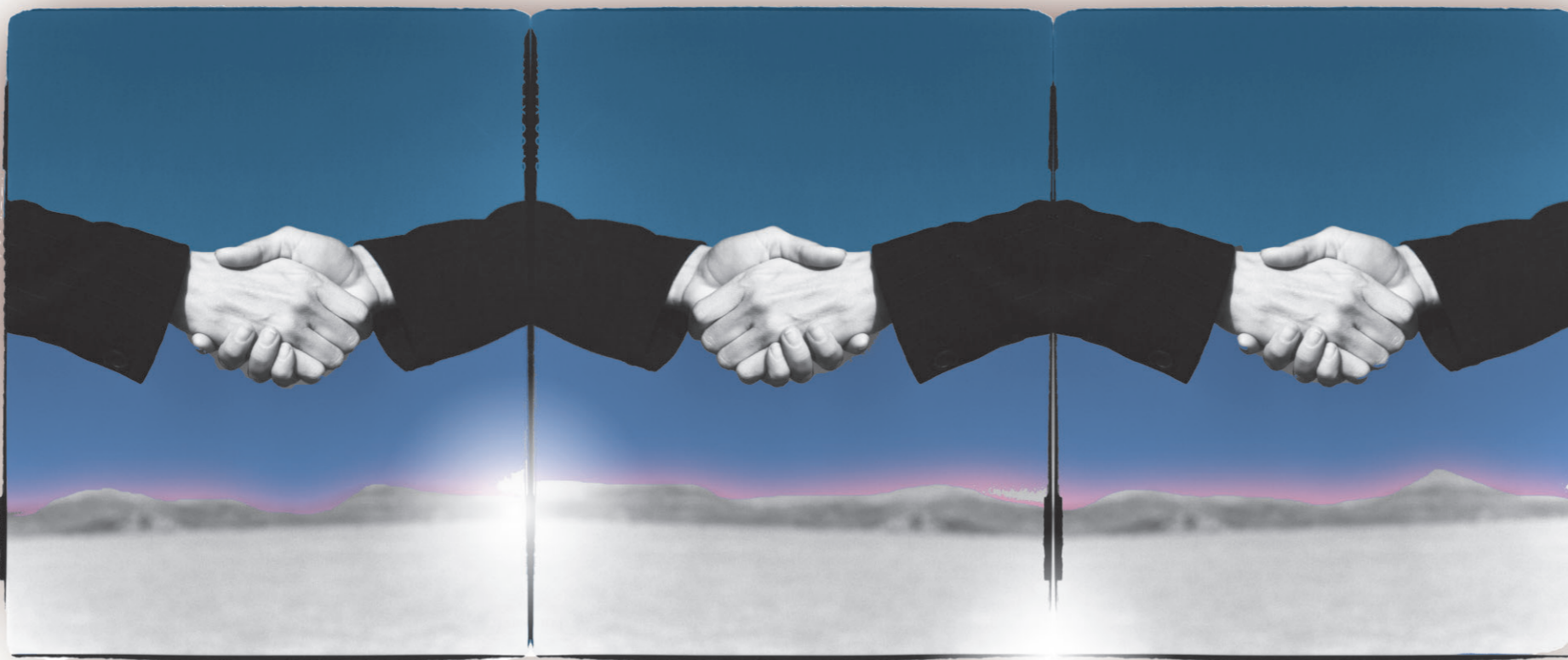


Misbruik raamovereenkomsten zeer verleidelijk



Als de Europese aanbesteding achter de rug is, willen aanbestedende diensten zolang mogelijk profiteren van de gesloten contracten.

Raamovereenkomsten, constateert Joop Schuilenburg, worden nogal eens verlengd, terwijl dat niet is toegestaan. Of de dienst verstrekt opdrachten die ten onrechte niet worden aanbesteed. Vooral bij het inhuren van ICT-expertise of -consultancy lijkt het vrij snel mis te gaan.

ICT-bedrijven in Nederland lijken alleen nog maar zaken met aanbestedende diensten te kunnen doen indien zij erin slagen een Europese aanbesteding te winnen. Dit behoort op zich geen slechte zaak te zijn. Immers, bij een Europees aanbestedingstraject behoort iedereen gelijke kansen te krijgen en meestal gebeurt dit ook. Het houden van een aanbestedingstraject is voor de aanbestedende diensten vaak een tijdrovende en complexe gebeurtenis. Een gemiddelde Europese aanbesteding heeft al gauw een doorlooptijd van vier tot zeven maanden. Vanwege de complexiteit van de regelgeving wordt er vaak ook nog kostbare externe expertise ingezet voor het samenstellen van de bestekken. Als een Europese aanbesteding dan uiteindelijk is afgerond, willen de meeste aanbestedende diensten zo lang mogelijk van de contracten gebruik maken die naar aanleiding van zo'n aanbesteding tot stand zijn gekomen. Als de gelegenheid zich daartoe ook maar even leent zijn aanbestedende diensten geneigd om zogenaamde raamovereenkomsten af te sluiten die meestal zo'n drie tot vijf jaar worden gebruikt en waarmee men voorlopig van een Europese aanbesteding af is. Het is er de ICT-bedrijven zeer veel aan gelegen om vooral zo'n raamovereenkomst in de wacht te slepen. Immers, zonder raamovereenkomst lijkt je vrijwel geen zaken meer met aanbestedende diensten te kunnen doen. Het zijn vooral de grotere ICT-bedrijven die er in slagen dit soort raamovereenkomsten af te sluiten. Het MKB slaagt hier maar in beperkte mate in en dat heeft te maken met een complex aan factoren. Zo stellen enerzijds veel aanbestedende diensten buitenproportionele eisen aan omzet en ervaring en anderzijds hebben grotere bedrijven meestal meer expertise op het terrein van aanbestedingsrecht in huis waardoor zij betere offertes in kunnen dienen en niet tegen allerlei knock outs aanlopen.

Afspraken

Springt de overheid nu altijd even zorgvuldig om met deze raamovereenkomsten? Om dit te kunnen beoordelen is het in ieder geval noodzakelijk om te begrijpen wat een raamovereenkomst nu eigenlijk is. Bij zo'n overeenkomst worden er veelal algemene afspraken gemaakt over tarieven, standaardlevertijden, aansprakelijkheid en intellectuele eigendom, die gedurende de looptijd van zo'n overeenkomst blijven gelden en waarover niet meer hoeft te worden gesproken. Daarnaast moet een raamovereenkomst natuurlijk een onderwerp hebben. Een dergelijke overeenkomst wordt vaak gebruikt voor het regelmatig bestellen van apparatuur, software en vooral dienstverlening. Een raamovereenkomst die op basis van een Europese aanbesteding wordt afgesloten mag geen andere onderwerpen regelen die de onderwerpen die in het bestek en de aankondiging daarvan zijn genoemd. Met andere woorden, de scope van een raamovereenkomst mag geen andere zijn dan die scope

'Aanbestedende dienst'

Het begrip aanbestedende dienst is een begrip dat breed moet worden uitgelegd. Zo vallen hier behalve de centrale overheid (de ministeries met hun agentschappen en zelfstandige bestuursorganen) en de lokale overheid (de gemeentes en provincies) ook allerlei organisaties onder die met overheids-geld worden gefinancierd en waar de overheid een bepalende invloed op kan uitoefenen. Om te bepalen wie zich een aanbestedende dienst moet noemen kan men naar een lijst van aanbestedende diensten kijken die als bijlage bij de EG-richtlijnen is gevoegd. Daarnaast wordt er op dit moment veel jurisprudentie ontwikkeld over dit vraagstuk omdat de hiervoor genoemde lijst niet limitatief mag worden uitgelegd. Zo lopen er discussies over de status van ziekenhuizen, zorginstellingen en aanpalende instanties en woningcorporaties. Zeker is dat het begrip breed dient te worden uitgelegd. Globaal stellen de richtlijnen drie cumulatieve eisen hieromtrent: rechts-persoonlijkheid, financiering en/of zeggenschap vanuit de overheid en (ook) werkzaamheden verrichten voor het algemeen belang. De lijst met aanbestedende diensten breidt zich gestaag uit.

pese aanbesteding zijn geweest. Op beide punten gaat het helaas nogal eens mis. Zo worden raamovereenkomsten nogal eens verlengd terwijl dit niet is toegestaan. Vaak is dit gewoon aan een slechte planning van een aanbestedingstraject te wijten. Het gebeurt echter ook wel dat men gewoonweg niet beseft dat er na verloop van tijd opnieuw een aanbesteding moet plaatsvinden (dit gebeurt nogal eens bij onderhoudscontracten). Bij het verstrekken van opdrachten tijdens de looptijd van een raamovereenkomst is de kans dat er ten onrechte niet wordt aanbesteed groot. Het is immers vrij lastig, zo niet onmogelijk, om voor een periode van drie tot vijf jaar op voorhand een behoefte te definiëren ofwel de behoefte onveranderd voor vijf jaar te handhaven. De scope van een aanbesteding wordt daarom vaak slechts globaal verwoord. Vooral bij raamovereenkomsten die worden aangegaan om externe ICT-expertise of -consultancy in te huren lijkt het vrij snel mis te gaan. Het is nauwelijks denkbaar dat in de ICT-wereld een functieprofiel voor vijf jaar onveranderd blijft terwijl dit profiel meestal de basis voor een programma van eisen vormt. Daarnaast worden in dit soort overeenkomsten vaak zogenaamde heronderhandelingsclausules met betrekking tot tariefstelling opgenomen. Aangezien bij deze 'inhuurtenders' vaak de prijsstelling een doorslaggevend gunningscriterium is, is een heronderhandeling vanuit aanbestedingsoptiek absoluut uit den boze.

Anderszins kan het vanuit de juridische systematiek van het aanbestedingsrecht bijna ook niet anders dan misgaan. Zo worden diensten vanuit het aanbestedingsrecht onderscheiden in diensten waarvoor een volledige Europese aanbesteding moet worden uitgeschreven (zogenaamde 1A-diensten) en in diensten waarbij de gunning onderhands mag geschieden en dus niet Europees behoeven te worden aanbesteed (zogenaamde 1B-diensten). Het onderscheid is vaak heel subtiel en daarmee complex.

Een vorm van deze '1B-dienstverlening' waar binnen de ICT-wereld veel gebruik van wordt gemaakt is detachering (binnen de EG-regelgeving heet dit Personeelsverschaffing). Detachering van ICT-personeel onderscheidt zich uitdrukkelijk van zogenaamde adviesdiensten die door consultants worden geleverd.

Onderhands

Wat er nu kan gebeuren is dat er complete projecten (bijvoorbeeld bouw van applicaties) onderhands via de raamovereenkomsten worden gegund aan de ICT-bedrijven die de benodigde expertise (toevallig) in huis hebben. Als een aanbestedende dienst beseft dat de opdracht buiten de scope van het contract en de oorspronkelijke aanbesteding valt vanwege de globale beschrijving ervan, maar deze toch onder de raamovereenkomst wil afroepen dan heeft hij de volgende afweging te maken. Er wordt ofwel een afroep in de vorm van een detachering gedaan, want dan bestaat er immers geen aanbestedingsplicht, en men neemt door het uitblij-

soms wordt gebruikt voor het afroepen van dienstverlening die niet Europees aanbesteed had behoeven te worden terwijl men als bijkomstig effect ook nog de mogelijkheid tot concurrentiestelling afsnijdt. Een dergelijk onkundig gebruik van aanbestedingstrajecten en raamovereenkomsten is dan ook zowel voor de ICT-markt als voor de aanbestedende diensten zelf zeer onvoordelig. Immers, door niet aan te besteden kiest een aanbestedende dienst voor een aanbieder die in een monopoliepositie verkeert en dat lijkt vanuit commercieel oogpunt niet het meest voordelig (het gaat daarnaast per definitie om grotere bedragen). De ICT-markt kan dus niet meeconcurreren op een aanbesteding en trekt dus ook aan het kortste eind. Zowel de huidige jurisprudentie als de aankomende Coördineringsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 die naar alle waarschijnlijkheid in januari 2006 bij wet van kracht zal worden) stelt strakkere regels omtrent het gebruik van raamovereenkomsten. Het kan er op neer komen dat het gebruik van raamovereenkomsten voor aanbestedende diensten grote juridische risico's kan meebrengen, terwijl dezelfde aanbestedende dienst er toch vanuit gaat dat hij met het creëren van raamovereenkomsten op basis van Europese aanbestedingen in veilige vaarwater komt te verkeren. Het is sterk de vraag of de huidige gang van zaken met betrekking tot het gebruik van raamovereenkomsten wenselijk is. Het is gezien de snel wijzigende omstandigheden in de ICT-markt niet verstandig om raamovereenkomsten een looptijd te geven van meer dan drie jaar. Het is onverstandig om een planningsprobleem op te lossen door een raamovereenkomst oneigenlijk en daarmee onrechtmatig te gebruiken. Het gebruik van aanbestedingen zou dan ook enerzijds moeten worden beperkt tot de opdrachten waarvoor daadwerkelijk een aanbestedingsplicht bestaat. Bestekken worden hierdoor veel meer concreet en minder complex waardoor de kosten voor beide partijen beheersbaar blijven. Andersom dienen opdrachten waarvoor een aanbestedingsplicht bestaat ook daadwerkelijk te worden aanbesteed. Per saldo zal er door dit meer zuivere gebruik van de aanbestedingsregels voor zowel aanbestedende diensten als de ICT-markt een situatie ontstaan die echte concurrentie mogelijk maakt en dat kan niet anders dan voor beide partijen gunstig uitpakken.

JOOP SCHUILENBURG

AG-18-02-'05

van een goede nadere overeenkomst een groot projectrisico voor lief, ofwel men neemt het risico aangesproken te worden op onrechtmatigheid en men sluit wel een goede nadere overeenkomst. Het is een ietwat wrange constatering wanneer je vaststelt dat een Europees aanbesteedde raamovereenkomst

Mr. Joop Schuilenburg is principal adviseur bij M&I/Partners BV, Adviseurs voor Management & Informatie te Amersfoort (joop.schuilenburg@mxi.nl).

'Gebruikelijke arbeid'

In februari 2000 heeft het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingen (IOEA) een zogenaamde Nieuwsbrief uitgegeven waarin zij uiteenzet waar zij de genceerde overgang van zogenaamde 1B- naar 1A-diensten ziet, dat wil zeggen: de bepaling wanneer inhuur niet en wanneer zij wel Europees dient te worden aanbesteed. Het gaat bij deze zogenaamde Personeelsverschaffing vooral om diensten waarbij er eigenschappen van een dienstverband in de relatie tussen opdrachtgever en ingehuurd persoon aanwezig zijn, terwijl deze ingehuurd persoon niet in dienst treedt bij de opdrachtgever. Het gaat hier om eigenschappen als het toekennen van een vergoeding (loon), het bestaan van een gezagsverhouding (de inhuurkracht wordt aangestuurd door een leidinggevende, hij is onderworpen aan huisregels etcetera) en hij wordt vaak op basis van zijn cv ingehuurd waardoor hij in feite de arbeid persoonlijk moet verrichten (contractueel moet zijn werkgever dan vaak een beding ondertekenen waarin wordt verwoord dat de inhuurkracht niet mag worden gewisseld). Een belangrijk kenmerk is tevens het bestaan van een inspanningsverplichting, hetgeen inhoudt dat hij zijn werk naar beste kunnen moet uitvoeren.

Een ander belangrijk vereiste bij Personeelsverschaffing is de eis dat de te verrichten werkzaamheden moeten kunnen worden gekarakteriseerd als 'gebruikelijke arbeid'. Dit betekent dat een extern advies door een consultant nooit als het verrichten van 'gebruikelijke arbeid' kan worden beschouwd. Een bekend grensgeval wordt gevormd door de functie van projectleider. Deze wordt heel vaak op zijn persoonlijke cv ingehuurd terwijl zijn arbeid toch vaak niet als 'gebruikelijk' voor de inhurende instantie mag worden beschouwd (nog even los van het gegeven dat een project zeker geen gebruikelijke arbeid kan zijn). Er zijn echter ook wel aanbestedende diensten die een pool van projectmanagers in eigen dienst hebben en in die gevallen kan een pool van buiten weer wel worden aangevuld met externe projectleiders zonder dat daarvoor een Europese aanbesteding nodig is.

I.T. [Ned] informatie technologie; ~lands (o.)

Digitaal inburgeren

Onlangs heeft minister Verdonk besloten dat alloctonen die zich bij hun familieleden in Nederland willen voegen – zogenaamde gezinsherenigers of gezinsvormers – vanaf juli in het land van herkomst een basisexamen moeten afleggen. Dat basisexamen toest hun kennis van het Nederlands en van de Nederlandse samenleving. Het examen bestaat uit een mondelinge toets waarin de taalvaardigheid wordt gemeten, op basis van ongeveer 250 uur Nederlandse les. Als je slaagt krijg je een zogeheten Machtiging tot Voorlopig Verblijf.

Op zich lijkt mij dit niet onredelijk. Als je als buitenlander hiernaartoe komt, is het handig dat je voldoende Nederlands spreekt. Bovendien is het nuttig om meer over de Nederlandse samenleving te weten. Zoals bekend zijn de spanningen de laatste tijd nogal opgelopen – vooral tussen moslims en christenen. In een voorlichtingsfilm over Nederland krijgen buitenlanders onder meer te horen dat ho-

mo's hier legaal met elkaar mogen trouwen, wat de rechten van vrouwen zijn, enzovoorts.

So far, so good. Maar waar doe je, in die landen van herkomst, kennis op over de Nederlandse taal en samenleving? Van wie krijg je 250 uur Nederlandse les?

Daar is natuurlijk op gestudeerd. In juni 2003 publiceerde het ministerie van Justitie het eindrapport 'Inburgering in het land van herkomst'. Daarin lezen we dat de meeste gezinsherenigers of gezinsvormers – ik neem het ambtenarenjargon hier even over – uit Turkije en Marokko komen. En hoe kunnen die mensen daar volgens dit eindrapport aan de slag? Op drie manieren: door zelfstudie, door zelfstudie met begeleiding, en in groepen (klassikaal onderwijs). Erg hoopvol over de slaagkansen voor het taalonderdeel was dit rapport overigens niet. Er staat: "Tevens is uit het onderzoek naar voren gekomen dat het niet eenvoudig is om taalkennis te verwerven wanneer deze taal niet in de praktijk geoefend kan worden." Hoe er moest worden getoetst, was ook nog niet helemaal duidelijk: men dacht aan 'naturalisatietesten' op de ambassade.

Inmiddels zijn we, wat betreft het toetsgedeelte, een stuk verder. Vorige week werd bekend dat het Amerikaanse bedrijf Ordinate en het Nederlandse CLNOP (Centrum voor Innovatie van Opleidingen) samen een compleet geautomatiseerde test voor gesproken Nederlands hebben ontwikkeld. De test, die werkt met de nieuwste spraakherkennings-technieken, wordt door een computer via de telefoon afgenomen en duurt elf minuten. Enkele minuten later kan de computer aangeven hoe goed de geteste persoon het Nederlands beheerst.

Volgens Ordinate wil de overheid de nieuwe test zowel in Nederland als in het buitenland, op ambassades, gaan gebruiken om de kennis van het Nederlands te toetsen van (toekomstige) immigranten. Tja – het toetsen lijkt nu dus redelijk voor elkaar. Maar hoe zit het nu met het lesmateriaal? Zijn daar ook goede voorzietingen voor? Het cursusmateriaal, zo blijkt bij navraag bij het ministerie van Justitie, is nog in ontwikkeling. Er is een film van twee uur over de Nederlandse samenleving en er komt een cursusboek (al dan niet met cassette), dat via de ambassades zal worden verspreid; men zal die basiskennis Nederlands door middel van zelfstudie moeten leren.

Wel digitaal toetsen, maar geen digitaal lesmateriaal – het komt mij onevenwichtig over. En het lijkt me een gemiste kans, want juist op dit gebied zijn de mogelijkheden heel groot.

EWOUDE SANDERS

AG-18-02-'05