

ROZEMOND **BREAKFAST SPECIAL**

Aanbestedingen en EMVI-boetes

donderdag 30 maart 2023

Jørgen den Houting

1. EMVI (I)

- Artikel 2.114 lid 2 Aanbestedingswet 2012

De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:

- a. beste prijs-kwaliteitsverhouding,*
- b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of*
- c. laagste prijs.*

1. EMVI (II)

- Bij het vaststellen van de *beste prijs-kwaliteitsverhouding* gelden de volgende criteria vlg. art. 2.115 lid 2 Aanbestedingswet 2012:
 - a. *Kwaliteit, waaronder technische verdienste;*
 - b. *Esthetische en functionele kenmerken;*
 - c. *Toegankelijkheid;*
 - d. *Geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers;*
 - e. *Sociale, milieu- en innovatieve kenmerken;*
 - f. *De handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;*
 - g. *De organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;*
 - h. *Klantenservice en technische bijstand;*
 - i. *Leveringsvoorwaarden, zoals leveringsdatum, leveringswijze, leveringsperiode of termijn voor voltooiing.*

1. EMVI (III)



- Veel gebruikte kwalitatieve sub-gunningscriteria:
 - plan van aanpak;
 - planning/fasering;
 - risicobeheersing;
 - duurzaamheid (CO2-prestatieladder)

1. EMVI (IV)

- Let op EMVI-eisen kunnen contractuele eisen verhogen tot onrealistische proporties!
- Formuleer in de aanbidding EMVI-beloften SMART*, maar niet te SMART...
- Belofte maakt schuld..

* specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch en tijdgebonden

1. EMVI (V)

- Bij disproportionele EMVI boetes, trek aan de bel!
- Gids Proportionaliteit, 3e herziening januari 2022, p. 64 en 65:

“Voorschrift 3.9 A:

De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.”

“Voorschrift 3.9 C:

In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.”

2. Naleving tijdens uitvoering (I)

- Waarborgen kwaliteitsmeerwaarde tijdens uitvoering
- Voorbeelden beheersmethoden opdrachtgever:
 - opnemen van de beloften in de overeenkomst
 - een audit
- A. van Daatselaar, '*Waarborgen van de meerwaarde van EMVI in de uitvoeringsfase*', bachelor scriptie Universiteit Twente 2019 (studie in opdracht IBA)
- CROW handreiking 'Omgaan met EMVI-belofte in voorbereidings-, aanbesteding- en uitvoeringsfase' 2020

2. Naleving tijdens uitvoering (II)



- RWS heeft beheersmethode gepubliceerd: Handleiding BPKV 2017 “*Sturend aanbesteden via gunnen op meerwaarde*”
- Bijlage 5: Handleiding BPKV-sanctie
- Let onder meer op dat opdrachtgever eerst ingebrekestelling moet sturen voor opleggen EMVI-boete

2. Naleving tijdens uitvoering (III)

- Artikel 16 lid 3 RWS-basisovereenkomst UAV-GC):

“Indien de Opdrachtnemer op (onderdelen van) kwaliteit- of prestatiecriteria die zijn gesteld in het kader van de aanbesteding van deze opdracht (BPKV-beoordeling), minder realiseert dan wel naar vermoeden minder zal realiseren, dan bij zijn inschrijving aangeboden zal hij schriftelijk in gebreke worden gesteld. Indien de Opdrachtnemer ten aanzien van die criteria desondanks uiteindelijk minder realiseert dan hij aangeboden heeft zal een BPKV-sanctie worden opgelegd. Deze BPKV-sanctie is een inhouding op het totaalbedrag als genoemd in artikel 2 lid 4 van deze Basisovereenkomst ter grootte van anderhalf (1,5) maal het verschil tussen de bij de BPKV beoordeling behaalde kwaliteitswaarde en de gerealiseerde kwaliteitswaarde, berekend conform de BPKV beoordelingsmethodiek.”

2. Naleving tijdens uitvoering (IV)

- art. 3 lid 2 Basisovereenkomst UAV-GC 2005

Wanneer echter de kwaliteit van het aangeboden uitgaat boven de in de Vraagspecificatie geëiste kwaliteit of de Opdrachtnemer aanbiedt het Werk op een eerder tijdstip op te leveren dan door de Vraagspecificatie wordt geëist, prevaleert de Aanbieding boven alle andere contractdocumenten [eigen onderstreping] met uitzondering van de Basisovereenkomst.

2. Naleving tijdens uitvoering (V)

“01 01 07 Kortingsregeling EMVI

- 01 Indien het bij inschrijving aangeboden ambitieniveau in het kader van het EMVI-criterium “Ambitieniveau op de CO2-Prestatieladder” op enig moment tijdens de uitvoeringsfase niet wordt gehaald, kan de opdrachtgever de aannemer een korting opleggen.*
- 02 De hoogte van de korting, genoemd in lid 01, bedraagt het verschil in meerwaarde (gehanteerd bij de EMVI-beoordeling tijdens de aanbesteding) van het bij inschrijving aangeboden niveau en het in de contractfase behaalde niveau, vermenigvuldigd met een factor 1,5.*
- 03 Kortingen worden verhaald overeenkomstig paragraaf 42 lid 6 van de UAV 2012.”*

2. Naleving tijdens uitvoering (VI)

- Opmerkelijk!

“Projectplan beheersing: Aanbesteder hecht waarde aan een aannemer die verantwoordelijkheid neemt en afspraken na komt. De inschrijver toont zijn toegevoegde waarde aan door aan te geven op welke wijze hij invulling geeft aan bovengenoemd doel en onderstaande deelaspecten: Op welke manier u het aangeboden in het projectplan gaat naleven, zonder dat daar toezicht of handhaving vanuit de Directie voor nodig is. Welke boetebeding u zich zelf oplegt indien daar van wordt afgeweken of afspraken niet nagekomen worden.”

3. EMVI-boete (I)

- Er wordt weinig geprocedeerd over de oplegging van EMVI-boetes
- Uitleg overeenkomst tijdens uitvoering werk:

Uitgangspunt is de 'redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver', waarbij uitgegaan dient te worden van de letterlijke bewoordingen van de aanbestedingsstukken; de zogenaamde 'CAO-norm'. Zie recent: vzw. rb. Amsterdam 4 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:133, r.o. 4.6

3. EMVI-boete (II)

- Inschrijvers kunnen anticiperen op lage EMVI-boetes
- Zie Vزر. Rb. Den Haag 21-11-2014, JAAN 2015/40, r.o. 4.3:

“Aangezien uit de in 2.4. geciteerde passage van de Aanbestedingsleidraad volgt dat COA waarde hecht aan een zo spoedig mogelijke oplevering, bij voorkeur vóór 1 januari 2015, is niet onbegrijpelijk dat de door [A] opgegeven opleverdatum van half maart 2015 heeft bijgedragen tot de beoordeling ‘nauwelijks toegevoegde waarde voor de opdrachtgever’. [A] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht waaruit zou moeten volgen dat de door COA gewenste opleverdatum al bij inschrijving niet realistisch was.”

3. EMVI-boete (III)

- Maar niet zonder risico ...

- Vزر. Rb. NN 27-07-2016, JAAN 2016/196, r.o. 4.4:

“Uit het voorgaande volgt dat op Tereeve uit hoofde van haar overeenkomst met de gemeente de verplichting rustte dat alle door haar bij de onderhoudswerkzaamheden in te zetten werknemers beschikten over het certificaat. Uit de dagvaarding volgt reeds dat dit niet het geval is geweest. Ook ter zitting is van de zijde van Tereeve erkend dat niet alle ingeschakelde werknemers in het bezit waren van het certificaat. Ter zake het kwaliteitsaspect Veiligheid is Tereeve dan ook ten onrechte een fictieve korting van € 20.000,-- op haar inschrijfsom toegekend. Uit de aan Tereeve verstrekte opdracht, in samenhang bezien met de paragraaf 5.4.2 van de Aanbestedingsleidraad, volgt dat zij dit bedrag in beginsel als boete verbeurt.”

3. EMVI-boete (IV)

- Een beroep op matiging ex 6:94 BW indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist
- Verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, aard van de overeenkomst, inhoud en strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen (HR 27 april 2007, LJN AZ6638, *NJ* 2007, 262 (Intrahof Bart Smit))
- Rechter is terughoudend.



3. EMVI-boete (V)

- Aanbestedende dienst maar beperkte verplichting tot toetsing van de kwalitatieve criteria
- Vzr. Rb. Den Haag 30-01-2013, JAAN 2013/178, r.o. 4.5:

“In beginsel mag de Staat ervan uitgaan dat inschrijvers naar waarheid verklaren en dat zij instaan voor de juistheid van de door hen verstrekte gegevens. De Staat mag dan ook afgaan op de juistheid van de door Zeeuwse Stromen verstrekte gegevens. Dit geldt te meer nu Zeeuwse Stromen de Staat heeft verzekerd dat zij haar inschrijving op dit punt gestand zal doen, zodat de Staat geen reden had om aan de juistheid van de inschrijving van Zeeuwse Stromen te twifelen. Dat Zeeuwse Stromen “tegen beter weten in” heeft ingeschreven op de Opdracht, terwijl zij weet dat zij bij de uitvoering van de Opdracht tekort zal schieten in de nakoming, is in dit verband niet aannemelijk geworden en al evenmin de juistheid van de stelling van De Combinatie dat Zeeuwse Stromen de in de “Concept Basisovereenkomst” opgenomen boete reeds in haar prijs heeft verdisconteerd, zodat daaraan voorbij wordt gegaan.”

3. EMVI-boete (VI)

- Het is voor de verliezende inschrijvers na een aanbesteding lastig aan te tonen dat de winnende inschrijver valse beloftes heeft gedaan en zo onterecht EMVI-punten heeft gescoord
- Grondslag: ‘wezenlijke wijziging’ ex art. 2.163g lid 3 Aw jo. art. 4.15 Aw 2012 (binnen zes maanden na wijziging art. 4.15 lid 2 onder b.)
- J. Haest, *Emvi-beloftes vaak gebroken: Liegen loont*, Cobouw 9 augustus 2018;
- I. Koenen, *Controleer of emvi-belofte (g)een luchtkasteel is: Wat zijn de valkuilen?* Cobouw: 8 oktober 2019



Heeft u nog vragen?

Jørgen den Houting

jdenhouting@rozemond.nl / 020-6227777