

# Contracten maken

## Unsolicited proposals – Eigen initiatieven

Mr. A.G.J. van Wassenaer

### 1. Historie

Op 18 november 2003 opende Koningin Beatrix de Rijksweg 14, ook wel bekend als het Sijtwende Tunneltracé. Deze vormt een verbinding vanaf de A4 vanaf Leidschendam, dwars door Voorburg, naar de A44, op de grens van Wassenaar en Den Haag. De weg is een onderdeel van de Noordelijke Randweg, ook wel bekend als Landscheidingsweg.

Met deze handeling kwam een einde aan een proces dat vanaf 1938 had geduurd en dat vele jaren lang bijzonder omstreken is geweest. Het karakteristieke van deze weg is dat daarin een weg en een woningbouwproject zijn geïntegreerd. Sommige huizen zijn gebouwd tegen de tunnelwand en het tunneldak is openbare ruimte. Dat die weg er zo ligt, is het gevolg van een voorstel dat twee projectontwikkelaars in 1995 gezamenlijk hadden neergelegd bij Rijkswaterstaat en de betrokken gemeenten, een voorstel dat uniek was vanwege de al genoemde integratie, en dat in één klap een probleem oploste dat op het punt stond om – na een aanwijzing van de Minister van Verkeer en Watersraat – in een denderende ruzie tussen het Rijk en de gemeenten te onttaarden. Een voorstel dat met alle belangen op optimale wijze rekening hield, waarmee daarvoor nog niemand rekening hield. Een niet gevraagd voorstel, een eigen initiatief, bedacht (en uiteindelijk) gebouwd door deze twee ontwikkelaars en de daarmee verbonden aannemers. Zonder voorafgaande Europese aanbesteding, dat wel.

Op 21 juni 2005 bood ir. N.J. de Vries, lid van de Raad van Bestuur van Koninklijke BAM Groep NV, aan ir. L.J. Keijts, Directeur-Generaal Rijkswaterstaat, een groot kristallen ei aan, en een dikke map met twee plannen erin. Het 'ei' stond voor Eigen Initiatief. De twee plannen hadden betrekking op een procedurevoorstel voor het in ontvangst nemen van *Unsolicited proposals* door de overheid en op een Eigen Initiatief van de BAM Groep, een nieuwe snelweg tussen Alphen aan den Rijn en Amstelveen (de A3), die ook al vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw op het Rijkswegennet geprojecteerd was. Een snelle tolverbinding tussen Amsterdam en Rotterdam om daarmee fileproblemen en luchtkwaliteitsproblemen in één keer op te lossen. Het verschil tussen het plan van BAM en het Sijtwende-plan was dat het plan van

BAM niet inhield dat BAM de A3 ook zou moeten aanleggen.

Eigen voorstellen van bouwbedrijven zijn niet nieuw. Er zijn in ons land veel bouwprojecten bedacht en soms ook uitgevoerd die het gevolg zijn van een ooit door een private partij bedacht plan. De spoorconcessies in de negentiende eeuw, het tracé Rosmalen–Geffen in de A59, de Zuiderzeelijn, talrijke projectontwikkelinitiatieven op lokaal niveau: zij zijn alle ooit gelanceerd als eigen initiatief.

Daar waar het tot midden jaren negentig nog zo was dat een overheid zich er ook gemakkelijk van kon laten overtuigen dat dergelijke initiatieven niet zouden behoeven te worden aanbesteed, heeft in de afgelopen jaren van hoog tot laag het inzicht postgevat, dat er mogelijk ook aanbestedingsrechtelijke consequenties zijn.

Op het eerste gezicht lijkt dat de dood in de pot voor eigen initiatieven. Wie wil er nu – zonder enige vorm van beloning – een plan bedenken dat meteen door de ontvanger daarvan in aanbesteding wordt genomen? Sterker nog, voor diegenen die het aanbestedingsrecht een beetje beheersen zou het ook niet vreemd in de oren klinken als die aanbesteder de bedenker van dat plan zelfs van deelneming aan die aanbesteding zou willen uitsluiten, omdat de bedenker inmiddels zo'n voorsprong heeft op de eventuele deelnemers aan die aanbesteding dat de aanbesteder in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou handelen door die bedenker te laten deelnemen.

### 2. Rondje langs de velden

In de Verenigde Staten is het fenomeen *Unsolicited proposal* neergelegd in de Federal Acquisition Regulations. Afdeling 15.6 daarvan definieert het *Unsolicited proposal* als volgt:

*'Unsolicited proposals allow unique and innovative ideas or approaches that have been developed outside the Government to be made available to Government agencies for use in accomplishment of their missions. Unsolicited proposals are offered with the intent that the Government will enter into a contract with the offeror for research and development or other efforts supporting the Government mission, and often represent a substantial investment of time and effort by the offeror.'*

Na te hebben vastgesteld dat het simpel verzenden van brochures of ander marketingmateriaal geen *unsolicited proposals* zijn, geeft de FAR in artikel 15.603 de volgende randvoorwaarden:

*A valid unsolicited proposal must:*

- (1) *Be innovative and unique;*
- (2) *Be independently originated and developed by the offeror;*
- (3) *Be prepared without Government supervision, endorsement, direction, or direct Government involvement;*
- (4) *Include sufficient detail to permit a determination that Government support could be worthwhile and the proposed work could benefit the agency's research and development or other mission responsibilities;*
- (5) *Not be an advance proposal for a known agency requirement that can be acquired by competitive methods; and*
- (6) *Not address a previously published agency requirement.'*

Kortom: om als echt Amerikaans *unsolicited proposal* te kunnen worden gekwalificeerd, moet het voorstel nieuw zijn, mag het niet ingaan op een reeds door de overheid onderkende probleemstelling waarvoor een aanbesteding gehouden zou kunnen worden, en moet het innovatief en uniek zijn. Voldoet het *unsolicited proposal* aan die voorwaarden, dan kan de overheid – onder zeer strenge voorwaarden die te maken hebben met de hiervoor weergegeven randvoorwaarden voor *unsolicited proposals* en met vertrouwelijkheid – met de initiatiefnemer ervan om tafel. Uit de regeling blijkt overigens wel dat het bij dergelijke *unsolicited proposals* vermoedelijk zal gaan om 'uitvindingen', die vooral een toepassing zouden kunnen vinden in de defensie- en ruimtevaartindustrie en niet gauw betrekking zullen hebben op infrastructurele of andere bouwprojecten.<sup>1</sup> Dat mag dan gelden voor de federale overheid, op lokaal niveau blijkt het in Amerika heel goed mogelijk te zijn om *unsolicited proposals* in te dienen. In Virginia bijvoorbeeld bestaat een ruimhartig opgezet beleid voor *unsolicited proposals*.<sup>2</sup> Dat daaronder ook tolwegen kunnen worden gerealiseerd, blijkt bijvoorbeeld uit een persbericht van het Amerikaanse ingenieursbureau Brown & Root (een dochtermaatschappij van Halliburton) uit 2000: 'Brown & Root submits phase 2 proposal for Coalfields Expressway'.<sup>3</sup>

In Italië is het Europees aanbestedingsrecht geïmplementeerd door de Wet Merloni (wet 109/94). Op grond van de artikelen 37-bis en volgende van die wet kunnen initiatiefnemers van plannen voor concessieovereenkomsten voor infrastructuur – de zogenoemde Promotori – een voorsprong krijgen op andere marktpartijen, als de overheid hun plan in aanbesteding brengt. In de eerste plaats zullen zij altijd worden uitgenodigd voor de onderhandelingen, met twee andere potentiële bidders. In de tweede plaats hebben zij het recht van Prelazione, dat is het 'right to match'. Zij mogen de beste bidder op het plan uiteindelijk evenaren. Dat is natuurlijk een aardige beloning voor hun plan. Maar voor eventuele andere bidders daarop weinig aantrekkelijk. Vandaar dat de Europese Commissie in 2004 heeft besloten Italië hierover voor het Hof van Justitie te brengen (zaak C-412/04).

Een vergelijkbaar voorbeeld in dit rondje buitenland is Zuid-Afrika. In Zuid-Afrika heeft de South African Roads Board in 1997 een procedure neergelegd voor *Unsolicited bids*.<sup>4</sup> Deze komt op het volgende neer. De promotor van een *unsolicited bid* – dat ook weer innovatief moet zijn – dient het voorstel in in twee enveloppen: een technische en een financiële envelop. Na evaluatie van het technische deel van het *unsolicited bid*, zal de overheid – indien het wel wat ziet in het voorstel – een aanbesteding starten voor tegenvoorstellen. Als daartussen voorstellen zitten die technisch even goed zijn, maar financieel beter, dan mag de promotor – net als in Italië – dat betere voorstel 'matchen'. In tal van andere landen bestaan regels voor het indienen van *unsolicited proposals*, sommige beter dan andere.

### 3. Swiss Challenge- en Bonussystemen

Uit een publicatie van John Hodge, werkzaam bij de Wereldbank, uit 2003<sup>5</sup> blijkt dat dit 'right to match' ook wel bekend staat als het 'Swiss Challenge System', dat behalve in Zuid-Afrika ook op de Filipijnen, in Guam en de Indiase deelstaat Gujarat is ingevoerd. De Italiaanse oplossing heeft dus een Zwitserse oorsprong. Daarnaast bestaat het Bonussysteem, dat inhoudt dat de initiatiefnemer van het voorstel bij de opvolgende aanbesteding een puntenvoordeel kan krijgen (Chili en Korea). Als je daar – als overheid – niet aan wil, dan zijn de alternatieven ofwel het verbieden van *unsolicited proposals*, dan wel het simpel kopen ervan. Dat laatste is natuurlijk geen krachtige incentive voor bouwers die die plannen nu juist zouden willen ontwikkelen om ook een zekere kans te krijgen het voorstel vervolgens uit te voeren.

Op de website van de Wereldbank vond, in 2003, vervolgens een discussie over dit onderwerp plaats, gefaciliteerd door John Hodge.<sup>6</sup> De meeste deelnemers daaraan waren van mening dat – wereldwijd – het grootste probleem bij *unsolicited proposals* voortkwam uit het ontbreken van een procedure waarbij de overheid het *proposal* – door aanbestedingstechnieken – verplicht was te onderwerpen aan concurrentie. De prangende vraag die dan ook werd gesteld, was hoe je die technieken zo inricht dat je enerzijds innovatie (bijvoorbeeld door het indienen van *unsolicited proposals*) voldoende stimuleert, maar anderzijds ook garandeert dat het *proposal* goed is, zowel qua prijs als qua inhoud.

In zijn artikel analyseert Hodge ervaringen in Korea, de Filipijnen en Chili met het Swiss Challenge System en het Bonussysteem. De ervaringen in Korea en de Filipijnen leren dat dat nauwelijks effectieve mededinging opleverde, terwijl in Chili de andere deelnemers aan aanbestedingen na een *unsolicited proposal* wel een realistische kans hadden. Daarnaast signaleert Hodge dat bepaalde landen een voordeel aan de initiatiefnemers geven door het gunnen van een beperkte tijd voor het indienen van tegenvoorstellen. Het is dus zaak de juiste balans te vinden tussen een effectief beloningssysteem en effectieve mededinging.

1 Zie over het Amerikaanse *Unsolicited Proposal* verder: M.A.B. Chao-Duijvis, Cobouw 8 december 2004.

2 Zie A Guide to the Submission & Evaluation of Unsolicited Proposals, Commonwealth Competition Council, <[www.egovcompetition.com/unsolic4.htm#8](http://www.egovcompetition.com/unsolic4.htm#8)>.

3 Zie <[www.halliburton.com/news/archive/2000/brsnws\\_111400.jsp](http://www.halliburton.com/news/archive/2000/brsnws_111400.jsp)>.

4 Zie <[www.transport.gov.za/library/docs/unsolbid.html](http://www.transport.gov.za/library/docs/unsolbid.html)>.

5 John Hodge, Unsolicited Proposals Competitive Solutions for Private Infrastructure, The World Bank Group, Private Sector and Infrastructure Network, Note 258 (<<http://rru.worldbank.org/Documents/PublicPolicy-Journal/258Hodge-031103.pdf>>)

6 Te vinden op <<http://rru.worldbank.org/Discussions/Discussion.aspx?id=17top>>.

## 4. Terug naar Nederland

De bouw heeft in Nederland een behoorlijke deuk in haar reputatie opgelopen. De reden daarvoor is – zoals ongetwijfeld bekend – de nasleep van de parlementaire enquête Bouwnijverheid uit 2002. Hoewel het meeste stof nu wel is neergedwarreld, waart het bouwfraudespook nog steeds door 's lands overheidsburelen. Met man en macht zijn bouw en overheid in de weer om de verstoorde relatie te herstellen. Een van de instellingen die in dit kader is opgericht, is de Regieraad Bouw.<sup>7</sup> Zoals uit het instellingsbesluit van de Regieraad<sup>8</sup> blijkt, is deze in het leven geroepen om

*'het noodzakelijke veranderingsproces in de bouwsector te stimuleren, te faciliteren en te monitoren. Dit veranderingsproces is erop gericht de huidige verstoorde marktwerking om te zetten in volledige en onbelemmerde concurrentie in de bouwsector.'*

Uit de website blijkt verder dat de Regieraad als belangrijke pijlers van de gewenste cultuurverandering ziet 'transparantie, Innovatie en Kwaliteit/prijsverhouding binnen de sector.'

Hoe stimuleer je innovatie? Minister Peijs heeft bij tal van gelegenheden het bedrijfsleven opgeroepen om ideeën in te dienen. Toets op Google 'Peijs' en 'Innovatie' in en te zien valt dat er haast geen week voorbijgaat dat zij om ideeën vraagt. Ideeën – als zij niet door prijsvragen zijn uitgelokt – zijn in wezen *unsolicited proposals*. Maar tot dan toe bood de minister weinig uitzicht op een (eerlijke) procedure die zou regelen hoe met die eventuele voorstellen om te gaan; een brievenbus zogezegd. In de loop van 2004 hebben diverse vertegenwoordigers uit de bouw dan ook publiekelijk geroepen dat het tijd werd voor regelgeving op het gebied van *unsolicited proposals*. De bouw wilde laten zien wat ze waard was, maar had geen zin om voorstellen in te dienen waar niets mee gebeurde, of waar de initiatiefnemer ervan vervolgens niet in staat kon worden gesteld mee te dingen naar de opdracht. Om al deze redenen heeft de Regieraad Bouw een subwerkgroep in het leven geroepen om te bezien of in Nederland behoefte bestaat aan nadere regelgeving op dit punt.

In *Bouwrecht*<sup>9</sup> heb ik dit probleem beschreven en – bij wege van *unsolicited proposal* – een voorstel gedaan voor beleidsregels op dit punt, in dat geval voor infrastructuur op rijksniveau. Dat voorstel heb ik mede gebaseerd op de in 2001 door UNCITRAL<sup>10</sup> gepubliceerde 'Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects' en de UNCITRAL 'Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects'. Ik zal die procedure hier verder niet beschrijven.

Waar het natuurlijk om gaat bij *unsolicited proposals* is dat overheden verplicht zijn om opdrachten met een zekere waarde aan te besteden volgens de procedures neergelegd in aanbestedingsregelgeving. Op die verplichting bestaat eigenlijk geen zinnige uitzondering, dus ook niet als de opdracht voortvloeit uit een – uniek, nieuw, voordelig – *unsolicited proposal*. Daarnaast is het zo dat de aanbestedingsregelgeving uitgaat van het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel houdt onder meer in dat partijen die bij een aanbesteding een zodanige voorsprong op andere belanghebbenden zouden heb-

ben dat daardoor de mededinging wordt uitgesloten – bijvoorbeeld omdat door eerdere betrokkenheid zij te veel voorkennis hebben van de opdracht – van de aanbesteding zouden kunnen worden uitgesloten. Een slechtere beloning voor het indienen van een mooi *unsolicited proposal* – en dus een negatievere prikkel daarvoor – is nauwelijks denkbaar. Ook blijkt, uit de inbreukprocedure van de Commissie tegen Italië, dat de Commissie in ieder geval van oordeel is dat een beloning in de vorm van het Swiss Challenge System een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel oplevert.

## 5. Een tussenstand

Op grond van al het vorengaande kan inmiddels de volgende tussenstand worden opgemaakt:

1. Enig beleid op het gebied van *unsolicited proposals* is aan te bevelen, niet alleen voor wat betreft infrastructuur, maar ook voor ruimtelijke ordenings- en huisvestingsprojecten.
2. Niet ieder proposal is ook een *unsolicited proposal*. Daaraan zullen zekere eisen moeten worden gesteld: uniciteit, ongevoerd, in het publiek belang, zekere mate van onderbouwing, eventueel ook een 'business case'.
3. Het indienen van een *unsolicited proposal* geeft geen rechten, al helemaal niet op gunning van een opdracht.
4. Als een overheid vindt dat een *unsolicited proposal* in haar belang is, dan moet zij door middel van een transparante procedure zien daarop de beste bieding binnen te halen; in dat verband lijkt het zinvol dat *unsolicited proposals* niet al een uitwerking geven van een probleem, maar daar alleen een functionele beschrijving van geven, waarbij de voorstellers – vertrouwelijk – kunnen aangeven wat hun oplossing zou inhouden.
5. De overheid moet – als zij het *unsolicited proposal* interessant genoeg vindt – een keuze maken tussen a) het kopen van de intellectuele eigendomsrechten daarvan; of b) het organiseren van een aanbesteding waaraan de initiatiefnemer mag deelnemen. Niet alle initiatiefnemers hebben overigens belang bij deelneming (uitvinders en ingenieurs hoeven zelf meestal niet zo nodig te bouwen bijvoorbeeld).
6. Om te voorkomen dat initiatiefnemers van een *unsolicited proposal* door voorkennis een onaanvaardbare voorsprong op andere deelnemers aan de aanbesteding krijgen, moeten de andere deelnemers in ieder geval kunnen beschikken over alle achtergrondinformatie waarop de initiatiefnemer zich heeft gebaseerd bij het ontwikkelen van het plan, uiteraard niet op vertrouwelijke bedrijfsprocessen van de initiatiefnemer.
7. De sleutel tot succes lijkt te moeten worden gevonden in het ontwikkelen van een adequaat incentive-/beloningssysteem. Is daarvoor genoeg het feit dat de overheid het plan overneemt en een aanbesteding organiseert waaraan de initiatiefnemer mag deelnemen of kan de beloning alleen bestaan in de mogelijkheid dit plan één op één met de overheid te kunnen bespreken? Zou de initiatiefnemer een beloning moeten krijgen voor de voorbereidingskosten (voorzover de overheid daardoor gebaat is)? Of zou de initiatiefnemer een voorsprong, hetzij in de zin van het Swiss Challenge System, of door een puntenbonus, op de andere deelnemers moeten krijgen? Als we die laatste kant zouden uitgaan, dan zal de Europese aanbestedingsregelgeving daarop moeten worden aangepast. Hoe dan ook zal een dergelijk systeem de mededinging niet effectief

7 Zie <[www.regieraadbouw.nl](http://www.regieraadbouw.nl)>.

8 Strt. 2004, 115.

9 Niet gevraagd, toch gekregen – hoe om te gaan met 'Unsolicited Proposals', *Bouwrecht* 2005, 542.

10 United Nations Commission on International Trade Law, zie <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>.

moeten uitsluiten. Beperkte ervaringen in Chili laten zien dat dat in beginsel mogelijk moet zijn.

8. 'Eigen initiatief' is een goed Nederlands equivalent voor *unsolicited proposal*.

*Mr. A.G.J. van Wassenauer, advocaat bij Norton Rose,  
Amsterdam*