



Archeologisch onderzoek en aanbestedingsplicht: een overzicht

Het aanbesteden van archeologische onderzoeks- en opgravingsopdrachten is een betrekkelijk nieuw fenomeen. Een fenomeen dat de nodige weerstand oproept. Het zou ten koste gaan van de kwaliteit van het archeologisch onderzoek. Het enige dat daarbij telt is immers de prijs. In deze bijdrage wordt inge-

Inleiding

In het kader van de totstandkoming van één Europese markt zijn overheden, in het vakjargon aangeduid als *aanbestedende diensten*, al een aantal decennia verplicht

gaan op de vraag wat Europees aanbesteden inhoudt. Is een archeologische opgraving wel een 'werk' of een dienst? Zijn alle archeologische opdrachten aanbestedingsplichtig? Welke spelregels gelden voor een Europese aanbesteding? Zijn er ook andere gunningscriteria dan de laagste prijs mogelijk?

hun opdrachten conform Europese aanbestedingsrichtlijnen aan te besteden. Die verplichting geldt indien de waarde van de opdracht een bepaalde financiële drempel overschrijdt. De drempelbedragen, die twee jaarlijks worden vastgesteld (exclusief btw), zijn voor de periode 2010-2012:

Drempelbedragen Europese aanbesteding 2010-2012

<i>Klassieke overheden</i>	
Werk	4.845.000 euro
Levering: rijksoverheid	125.000 euro
Levering: overige overheden	193.000 euro
Diensten: rijksoverheid	125.000 euro
Diensten: overige overheden	193.000 euro
<i>Nutssector</i>	
Werk	4.845.000 euro
Levering	387.000 euro
Diensten	387.000 euro

Onder de rijksoverheid wordt verstaan de ministeries en de daaronder ressorterende diensten, zoals Rijkswaterstaat, Rijksgebouwendienst en Erfgoedinspectie. De overige overheden zijn: provincies, gemeenten en waterschappen. Daarnaast kennen wij nog de publiek-rechtelijke instellingen zoals onderwijsinstellingen, ziekenhuizen, politieregio's en dergelijke. Bij de nutssector moeten wij denken aan energiebedrijven, waterleidingbedrijven, openbaarvervoerbedrijven, havens en luchthavens. Voor de publieke sector geldt het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en voor de nutssector, energie-, waterleiding-, openbaarvervoerbedrijven en (lucht)havens, het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass).

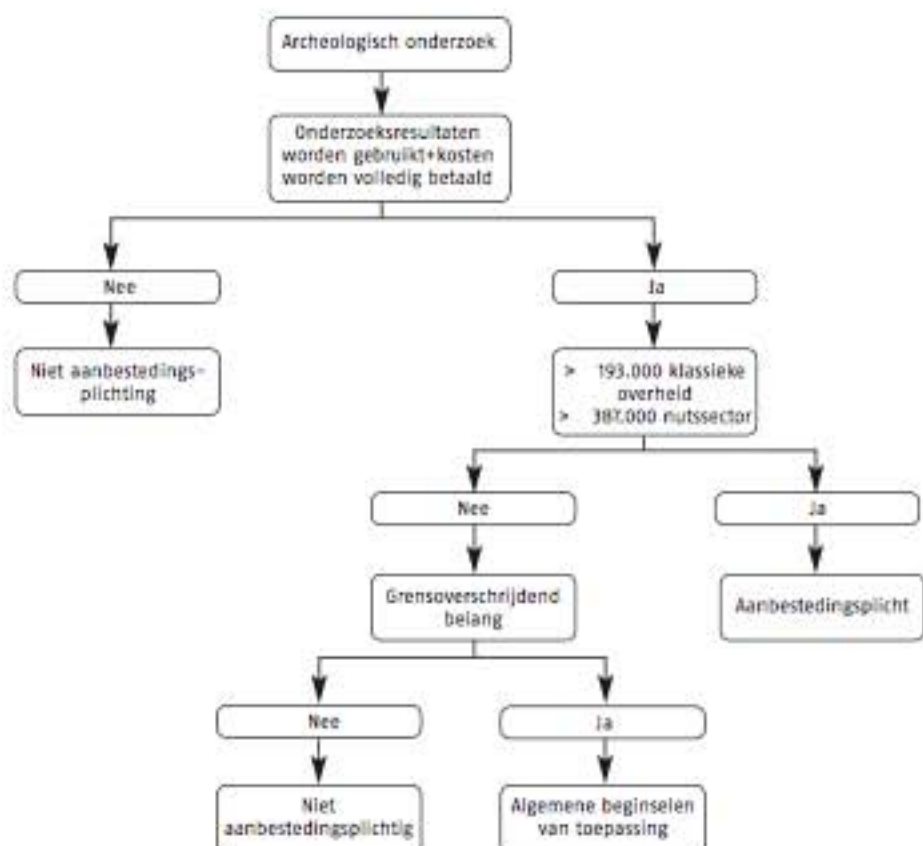
De Europese aanbestedingsrichtlijnen hebben ook de archeologie niet onberoerd gelaten. In landen als het Verenigd Koninkrijk en Ierland wordt het merendeel van de opdrachten uitgevoerd door archeologische adviesbureaus. Afhankelijk van de waarde en de aard van de archeologische opdracht worden deze regelmatig nationaal of Europees aanbesteed. Op de website van de Europese Commissie kunnen wij de Europese aanbestedingen vinden:

http://simap.europa.eu/index_nl.htm. Maar ook in Nederland worden archeologische opdrachten in toenemende mate aanbesteed. Het openen van de archeologische 'markt' heeft tot gevolg dat buitenlandse archeologische adviesbureaus dezelfde kansen moeten hebben als de nationale adviesbureaus. Of anders gezegd, het is op grond van Europese wetgeving en jurisprudentie niet toegestaan buitenlandse adviesbureaus de toegang tot de Nederlandse archeologie te ontzeggen of

discriminerende eisen te stellen en vice versa. Inmiddels is er al een Europese 'markt' voor archeologie ontstaan: Engelse adviesbureaus zijn actief in Frankrijk en Nederlandse in België.

Een werk of een dienst?

Sinds de markt voor archeologie is opengesteld voor commerciële archeologische onderzoeks- en adviesbureaus, gelden de aanbestedingsvoorschriften ook voor opdrachten op het gebied van archeologische opgravingen en andere vormen van archeologisch onderzoek. Een archeologische opgraving – het blootleggen van een Romeins schip of een oude stadswal – of een booronderzoek willen aanbestedende diensten nogal eens als een 'werk' kwalificeren. Hier worden immers graafwerkzaamheden verricht. Omdat de waarde van dergelijke opgravingen meestal het bedrag van 4.845.000 euro niet zal overschrijden, worden deze opdrachten dan ook niet Europees aanbesteed. De vraag is echter of een archeologische opdracht wel een 'werk' is? Het antwoord is neen! De van toepassing zijnde wetgeving, Bao en Bass definiëren een 'werk' namelijk als *een product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen*. Van een opgraving kan men nu niet beweren dat deze een economische of technische functie vervult. Ook in de bijlage bij beide besluiten, waarin alle activiteiten op het gebied van de bouwnijverheid uitputtend zijn opgesomd, komt geen



1 Europa zonder binnengrenzen heeft de archeologie niet onberoerd gelaten. Buitenlandse archeologische adviesbureaus kunnen niet meer buiten de deur worden gehouden. Zo heeft het Engelse adviesbureau Oxford Archaeology zijn werkterrein uitgebreid naar Frankrijk.

archeologische opgraving voor. Dat is ook logisch. Het hoofdvoorwerp van het opgraven van een Romeins schip of een oude stadswal is namelijk het verrichten van oudheidkundig onderzoek. Graafwerkzaamheden zijn ten opzichte van

Een archeologische opgraving is geen 'werk', maar een onderzoeksopdracht. Het drempelbedrag voor Europese aanbesteding van een opgraving is 193.000,- of 387.000,- euro

het oudheidkundig onderzoek slechts van bijkomstige aard. Met andere woorden een archeologische opgraving is geen 'werk', maar een onderzoeksopdracht. Dat betekent dus dat voor een archeologische opgraving niet het drempelbedrag van 4.845.000 euro geldt, maar, afhankelijk of de opdrachtgever uit de publieke sector dan wel de nutssector komt, van 193.000¹ of 387.000 euro.

Aanbestedingsplichtig?

Niet in alle gevallen zijn archeologische onderzoeksopdrachten Europees aanbestedingsplichtig. Het moge duidelijk zijn dat een archeologische opdracht die een provincie of een gemeente zelf uitvoert, niet aanbestedingsplichtig is. Of een onderzoeksopdracht door een externe partij wordt uitgevoerd aanbestedingsplichtig

is, is afhankelijk van wat het doel van de opdracht is en wie het onderzoek betaalt. Alleen onderzoeksopdrachten moeten Europees worden aanbesteed waarvan de waarde het drempelbedrag overschrijdt en die voldoen aan de volgende twee *cumulatieve* voorwaarden:

- de resultaten van het onderzoek moeten in hun geheel toekomen aan de aanbestedende dienst voor de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, en
- de opdracht wordt geheel door de aanbestedende dienst betaald.

Of anders gezegd, gebruikt de aanbestedende dienst de resultaten van het archeologisch onderzoek voor bijvoorbeeld het opstellen van een bestemmingsplan of de restauratie van een oude stadsmuur en de kosten van het onderzoek komen geheel voor rekening van de aanbestedende dienst, dan zal de onderzoeksopdracht Europees moeten worden aanbesteed.

Als de resultaten van het archeologisch onderzoek *niet* voor de uitoefening van de werkzaamheden van de aanbestedende dienst worden gebruikt, valt de opdracht geheel buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsvoorschriften. De resultaten van het onderzoek zijn in dat geval ook beschikbaar voor derden. Wij kunnen hier denken aan toegepast onderzoek dat bedoeld is om de vondst te archiveren en te documenteren en het voldoen aan de archeologische publicatieplicht. Of zuiver wetenschappelijk onderzoek. Er is evenmin een Europese aanbestedingsplicht, indien er sprake is van medefinanciering. Onder medefinanciering wordt verstaan het bijdragen in de kosten van het onderzoek door een andere rechtspersoon dan de aanbestedende dienst. Die rechtspersoon kan een overheidsinstantie zijn maar ook een private onderneming. Besteedt men echter een archeologische onderzoeksopdracht aan als een aan de bouw gelieerde adviesopdracht,² zoals dat nogal eens gebeurt, dan geldt deze uitzonderingsmogelijkheid niet.

De Europese aanbestedingsvoorschriften zijn evenmin van toepassing op archeologische bodemonderzoeken waar het principe geldt 'wie verstoort, betaalt': de



2 In de praktijk blijkt dat archeologische opdrachten veelal op grond van de laagste prijs worden gegund. Archeologisch onderzoek is echter geen standaard klus, maar maatwerk. Daar hoort een maatwerk beoordeling bij en gunning volgens de economisch voordeligste aanbieder, waar-bij ook kwaliteit een rol speelt.

3 De eis dat adviesbureaus moeten beschikken over archeologische expertise die in Nederland is opgedaan, is onwettig. Wel mag de voorwaarde gesteld worden dat men over aantoonbare kennis en ervaring op het gebied van een bepaalde bodemgesteldheid moet beschikken of van een bepaalde archeologische periode.

kosten van het onderzoek komen in dat geval voor rekening van de projectontwikkelaar of aannemer die de bodem 'verstoot'. Onder die omstandigheden wordt namelijk niet voldaan aan de voorwaarden van de overheidsopdracht: *een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel*. Met bezwarende titel wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst een in geld waardeerbare tegenprestatie levert. Als het bodemonderzoek volledig door de verstoorder wordt betaald, is er geen bezwarende titel. Onderzoekopdrachten die aan de beide eerder genoemde cumulatieve voorwaarden voldoen, maar met een waarde beneden de drempel, kunnen uit de hand worden gegund, tenzij er sprake is van duidelijke belangstelling vanuit één van de andere EG-landen. In dat geval dient op een passende wijze de opdracht bekend te worden gemaakt, zoals het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Telaustria* van 18 januari 2007 (C-220/05) oordeelde. Dat kan bijvoorbeeld een advertentie in een vakblad zijn, een aankondiging van de opdracht op www.aanbestedingskalender.nl of op de website van de desbetreffende overheidsinstelling. Voor het vaststellen of er sprake is van duidelijk grensoverschrijdende belangstelling voor een archeologische opdracht zou men de volgende criteria kunnen hanteren:

- zijn er buitenlandse archeologische adviesbureaus waarmee de aanbestedende dienst in het verleden zaken heeft gedaan;
- heeft een archeologisch adviesbureau uit een andere lidstaat belangstelling getoond;
- bevindt de archeologische vondst zich in de grensstreek;
- de waarde, de aard, omvang en specifieke kenmerken van de opdracht.

Indien een archeologische onderzoekopdracht ten onrechte niet Europees is aanbesteed, is er sprake van schending van het Europese recht: een onrechtmatige daad. Men loopt dan het risico dat andere onderzoeksbureaus via de rechter stopzetten van de aanbesteding zullen vorderen, een heraanbesteding en in bepaalde gevallen een schadevergoeding. Gedurende zes maanden na contractdatum kan zelfs iedere belanghebbende de rechter verzoeken de onwettig gesloten overeenkomst te ontbinden.

Aanbestedingsbeginselen

Een van de belangrijkste uitgangspunten van de Europese Unie is een markt met vrije en eerlijke concurrentie. Om die te kunnen waarborgen geldt een aantal beginselen en zijn er wettelijke voorschriften van toepassing. Deze beginselen zijn: non-discriminatie, transparantie, gelijkheid en proportionaliteit. Het non-discriminatiebeginsel moet waarborgen dat buitenland-



se archeologische adviesbureaus dezelfde kansen hebben om een opdracht te verwerven als Nederlandse. Een eis dat adviesbureaus moeten beschikken over archeologische expertise die in Nederland is opgedaan, is onwettig. Wel geoorloofd is, dat men over aantoonbare kennis en ervaring op het gebied van een bepaalde bodemgesteldheid moet beschikken of van een bepaalde archeologische periode.

Het gelijkheidsbeginsel moet ervoor waken dat alle partijen op gelijke voet worden behandeld en betekent dat zij onder meer over dezelfde informatie moeten beschikken. In het geval een adviesbureau een vooronderzoek heeft uitgevoerd en/of het programma van eisen

Het non-discriminatiebeginsel moet waarborgen dat alle archeologische adviesbureaus, Europees en Nederlands, dezelfde kans hebben om een opdracht te verwerven

heeft opgesteld, beschikt dat bureau over een kennisvoorsprong. Indien de kennisvoorsprong van een dusdanige aard is, dat andere adviesbureaus vrijwel kansloos zijn de opdracht te verwerven, dan zal het adviseerende onderzoeksbureau van de aanbesteding moeten worden uitgesloten. De aanbestedende dienst kan die kennisvoorsprong neutraliseren door alle informatie waarover het onderzoeksbureau beschikt ook aan de andere partijen ter beschikking te stellen en langere termijnen aan te houden.

Het transparantiebeginsel houdt naast de verplichting >

overheidsopdrachten in een Europese databank (Tender Electronic Daily) te publiceren, ook in dat specificaties, voorwaarden, selectie- en gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Aanbestedende diensten willen in het kader van duurzaamheid nog al eens bij adviesopdrachten de voorwaarde hanteren dat er maatregelen moeten zijn getroffen om de CO₂-uitstoot te verminderen. Een dergelijke voorwaarde heeft namelijk geen enkele relatie met de onderzoeksopdracht en is om die reden onwettig. Tot slot het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel schrijft voor dat voorwaarden, eisen en criteria in een redelijke verhouding met de aard, omvang en specifieke kenmerken van de opdracht moeten staan. Als een bepaalde omzeteis aan adviesbureaus wordt gesteld, dan moet deze in een redelijke verhouding met de waarde van de opdracht staan. Redelijk is driemaal de waarde van de opdracht. Maar de aanbestedende dienst is vrij een lagere omzeteis te verlangen om zo ook kleinere bureaus een kans te geven. Bij referenties moet het gaan om kennis, expertise of ervaring die noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht.

Procedures en selectie

Bao en Bass kennen een aantal aanbestedingsprocedures. De belangrijkste zijn: de openbare procedure en de procedures met voorselectie (de niet-openbare en de onderhandelingsprocedure met bekendmaking). In het geval van de openbare en niet-openbare procedure moeten de archeologische adviesbureaus 'in-één-keer-voor-goud-gaan'. Dus mag men over de offertes niet onderhandelen! Dat is alleen toegestaan als de onderhandelingsprocedure met bekendmaking kan worden gerechtvaardigd. Voor een aanbestedingsplichtige archeologische onderzoeksopdracht is deze uitzonderingsprocedure in een tweetal situaties denkbaar. Dat is in het geval dat door onzekere omstandigheden de totale kosten voor een archeologische opgraving niet kunnen worden vastgesteld, of wanneer de opdrachtgever door de aard van het oudheidkundig onderzoek niet in staat is de opdracht voldoende nauwkeurig te specificeren. Complexe archeologische opdrachten zullen al gauw aan deze voorwaarden kunnen voldoen. In de aankondiging van de opdracht, de advertentie op de Europese databank, moet de aanbestedende dienst dit wel kunnen motiveren.

Naast de aanbestedingsprocedures kent Bao voorschriften op het gebied van het selecteren van bedrijven en het beoordelen van offertes. De eerste heten selectiecriteria en de tweede gunningscriteria. Selectiecriteria hebben betrekking op de onderneming en gunningscriteria op de aanbieding. Dit onderscheid is essentieel en beide mogen niet met elkaar worden verward. Selec-

tiecriteria zijn te onderscheiden in uitsluitingsgronden, die betrekking hebben op de moraliteit van de onderneming, en geschiktheidseisen. Een selectie criterium als de toe te passen onderzoeksmethodiek is een onwettig selectie criterium. Dit criterium heeft betrekking op de uitvoering van de onderzoeksopdracht en is dus een gunningscriterium.

Aan de hand van de geschiktheidseisen moet de aanbestedende dienst vaststellen of het archeologische adviesbureau over voldoende gekwalificeerd personeel beschikt, financieel solide is en over voldoende expertise en ervaring beschikt op het gebied waarop het onderzoek betrekking heeft. Ze moeten eenduidig en meetbaar zijn. In het bestek moeten de selectiecriteria uitputtend zijn vermeld en minimumeisen moeten bovendien in de aankondiging staan, zodat belangstellenden direct kunnen zien of zij aan de gestelde eisen kunnen voldoen. Zoals eerder gezegd, moeten deze criteria in een redelijke verhouding staan met de onderzoeksopdracht. Het non-discriminatiebeginsel verbiedt zodanige criteria te gebruiken waardoor bepaalde adviesbureaus worden bevoordeeld of benadeeld. Kortom, de selectiecriteria moeten objectief zijn. Het tijdens de aanbesteding wijzigen van criteria is in strijd met de aanbestedingsvoorschriften.

Laagste prijs?

Voor de beoordeling van offertes heeft men de keuze uit de criteria 'de goedkoopste inschrijving' of 'de beste kwaliteit-prijsverhouding'. In het eerste geval spreekt men van het gunningscriterium 'de laagste prijs' en in het tweede geval van 'de economisch voordeligste in-

In de praktijk blijkt dat archeologische opdrachten veelal op grond van de laagste inschrijvingsprijs worden gegund.

schrijving'. Het criterium 'laagste prijs' leent zich goed voor eenvoudige standaardopdrachten of opdrachten die gedetailleerd zijn te specificeren. Prijs is dan het enige onderscheidende aspect. Naar mijn mening is dit

4 Het belang van de bodemverstoorder is het project binnen zijn planning en budget op te leveren. Een archeologische vondst zorgt al snel voor uitloop van het project en verhoogt de kosten.

geen criterium dat direct bruikbaar is voor een archeologische onderzoeksopdracht. Het criterium 'de economisch voordeligste inschrijving' gebruikt men wanneer ook andere criteria dan prijs een rol spelen. Voor archeologie kunnen wij denken aan criteria als kwaliteit van het onderzoeksplan, toe te passen onderzoeksmethodiek en toepassingen van nieuwe onderzoekstechnologieën. In de praktijk blijkt echter dat archeologische opdrachten veelal op grond van de laagste inschrijvingsprijs worden gegund. Wat een armoede!

De oorzaak zou kunnen gelegen zijn in het feit dat degenen die aanbestedingen voor archeologische opdrachten uitschrijven vaak nauw gelieerd zijn aan afdelingen waar aanbestedingen op het gebied van grond-, weg- en waterbouw worden behandeld. In die sector is het gebruikelijk de opdracht fijnmazig te specificeren en te gunnen op laagste prijs.

Een andere oorzaak zou wel eens gelegen kunnen zijn in het al eerder besproken beginsel 'wie verstoort, betaalt'. De projectontwikkelaar of de aannemer is op grond van dit beginsel wettelijk verplicht, voor zover het geen toevalsvondst betreft, de kosten voor het opstellen van het programma van eisen en het onderzoek te betalen. Het belang van de bodemverstoorder is het project binnen zijn budget en zijn planning op te leveren. Een archeologische vondst verhoogt zijn kosten en veroorzaakt al gauw uitloop van het project.

Archeologisch onderzoek leent zich eenvoudigweg niet voor detailspecificaties, omdat meestal vooraf niet is vast te stellen onder welke omstandigheden een archeologische vondst zal worden aangetroffen. Afhankelijk van de omstandigheden zullen wellicht in het programma van eisen meerdere scenario's moeten worden opgenomen. Hier ligt dan ook de rechtvaardiging voor de hierboven beschreven onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Gunnen op grond van de economisch voordeligste inschrijving ligt dan ook voor de hand.

Economisch voordeligste inschrijving

Het formuleren van subcriteria van het gunningscriterium de economisch voordeligste inschrijving is een zaak die met de nodige zorgvuldigheid moet gebeuren. De subcriteria van dit gunningscriterium moeten op een zodanige wijze zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, zoals het Hof van Justitie in Luxemburg in de zaak *SIAC* van 18 oktober 2001 (C-19/00) zo mooi zegt. Gemakkelijker gezegd dan gedaan. De werkwijze voor het opstellen van eenduidige en meetbare criteria is dat men in de eerste plaats ervoor moet zorgen dat er een kwalitatief goed en volledig programma van eisen is. Op basis van dat programma van eisen formuleert de



aanbesteder duidelijke vragen over de wijze waarop de archeologische adviesbureaus het onderzoek willen gaan verrichten. Vervolgens worden de subcriteria aan de desbetreffende eisen en vragen gekoppeld. Hier geldt dan ook dat de kwaliteit van het programma van eisen en de vragen in belangrijke mate de kwaliteit en beoordeelbaarheid van de offertes bepalen.

Anders dan bij selectiecriteria is de aanbestedende dienst vrij in het kiezen van de gunningscriteria. Voorwaarde is wel dat de criteria in directe relatie moeten staan met de opdracht. Niet toegestaan zijn dan ook criteria als ervaring, expertise of onderzoekscapaciteit. Deze criteria hebben namelijk geen betrekking op de uitvoering van de opdracht, maar op de bedrijfsvoering van het archeologisch adviesbureau. Het zijn dan ook selectiecriteria. Aanbestedende diensten willen nogal eens als gunningscriterium een 'optimum' ten aanzien van het door inschrijvers aangeboden prijs toe passen: het gemiddelde van de geoffreerde prijzen is het optimum. Uit oogpunt van het transparantiebeginsel is dit onwettig. In navolging van een uitspraak van de Europese rechter op 28 maart 1985 (zaak 274/83) maakte de Bredase rechter in zijn vonnis van 27 december 2007 hier mee korte metten. De toepassing van een optimale prijs als maatstaf kan tot gevolg hebben dat inschrijvers die op de overige subcriteria gelijk of nagenoeg gelijk scoren niettemin de opdracht niet krijgen omdat hun prijs te ver afwijkt van het door de aanbesteder bepaalde uursprijsoptimum. Dat kan dus niet alleen het geval zijn als hun prijs hoger is, maar ook als die lager is dan het optimum hetgeen een even onlogisch als onacceptabele consequentie van het gehanteerde systeem is.

Noten

- 1 Voor onderzoeksopdrachten van de rijksoverheid geldt het drempelbedrag van 199.000 euro en niet van 125.000 euro.