



Emtio

Hoogwaardig advies op
het terrein van ICT-recht,
ICT-aanbestedingsrecht
en ICT-procurement

**Europees
Aanbestedingsrecht**
in kort bestek

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	Korte inhoud van de Aanbestedingswet	3
3.	Overheidsopdrachten	5
4.	Aanbestedende diensten	8
5.	Drempelbedragen	11
6.	Splitsen en samenvoegen van opdrachten	13
7.	Soorten opdrachten	14
8.	Aanbestedingsprocedures	16
9.	Aanbestedingsdocumenten	27
10.	Selectiecriteria en gunningscriteria	30
11.	Onrechtmatigheid	39
12.	Andere inkoopprocedures	42

1. Inleiding

Wat is Europees aanbestedingsrecht eigenlijk? Europees aanbestedingsrecht is het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers (aanbestedende diensten) rond het gunnen van opdrachten binnen de Europese Unie normeert. Het gaat om opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten. Het Europees aanbestedingsrecht is in de jaren '70 van de vorige eeuw ontstaan en vloeit rechtstreeks voort uit het EG-verdrag.

Het Europees aanbestedingsrecht komt tot stand via de zogenaamde EG-richtlijnen. De lidstaten van de Europese Unie zijn verplicht om de bepalingen uit de richtlijnen in hun nationale wetgeving op te nemen. Vaak gebeurt dat door de richtlijnen via een raamwet tot nationale wet te maken en soms gebeurt dat door de tekst in zijn geheel over te nemen in bijvoorbeeld een koninklijk besluit en deze daarbij aan te passen naar de nationale wetgeving. Een raamwet biedt een regeling op hoofdlijnen en dat betekent dat er via Algemene Maatregelen van Bestuur (AMvB's) meer gedetailleerde uitwerking van de regeling plaats vindt.

Met de inwerkingtreding per 1 april 2013 van de Aanbestedingswet 2012 in Nederland is gekozen voor de optie om de inmiddels uit 2004 stammende EG-richtlijnen middels een raamwet tot nationale wet te maken. Nadere uitwerking wordt geboden in het Aanbestedingsbesluit (AMvB) en de Gids Proportionaliteit.

Inmiddels zijn er drie nieuwe Europese richtlijnen vastgesteld. Deze richtlijnen moet nog worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Dit zal naar verwachting uiterlijk in april 2016 gebeurd zijn.

In het aanbestedingsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen 'overheidsopdrachten' en 'speciale sectoropdrachten'. De term 'speciale sectoropdrachten' heeft betrekking op opdrachten die afkomstig zijn van aanbestedende diensten in sectoren die ook wel worden aangeduid onder de benaming 'nutssectoren'.



Gezien de doelgroep van lezers van dit boekje wordt de uitleg van het Europees aanbestedingsrecht beperkt tot overheidsopdrachten met de kanttekening dat de regelgeving voor speciale sectoren slechts op enkele punten afwijkt van de regelgeving voor overheidsopdrachten. De regelgeving die binnen het aanbestedingsrecht is beschreven omtrent 'werken' wordt in dit artikel om dezelfde reden eveneens niet besproken.

2. Korte inhoud van de Aanbestedingswet

Dit hoofdstuk beschrijft in het kort de inhoud van de Aanbestedingswet. In de volgende hoofdstukken worden de hier aangestipte onderwerpen verder uitgewerkt.

Europese aanbestedingen worden uitgevoerd door middel van zogenaamde aanbestedingsprocedures. De Aanbestedingswet bevat voorschriften die door elke aanbestedende dienst dienen te worden opgevolgd. In artikel 1 van de Aanbestedingswet worden belangrijke begrippen verklaard. Zo wordt onder meer vermeld wat nu precies onder overheidsopdrachten voor bijvoorbeeld leveringen en diensten moet worden verstaan, wat raamovereenkomsten zijn en wat openbare en niet-openbare procedures zijn. Zeer belangrijk is ook te vernemen wat nu eigenlijk onder een 'aanbestedende dienst' moet worden verstaan en wie dat dan zijn. Het zijn immers de aanbestedende diensten die de opdrachten plaatsen en zij zijn daarmee steeds de geadresseerde partijen in het Europese aanbestedingsrecht.

Het Europese aanbestedingsrecht is gebaseerd op twee zeer belangrijke beginselen, te weten de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

Gelijke behandeling betekent dat iedere aanbieder gelijke kansen moet krijgen. Dat houdt bijvoorbeeld in dat alle aangeboden offertes op dezelfde wijze moeten worden beoordeeld, maar het houdt ook in dat als een functionele behoefte moet worden beschreven, dit moet gebeuren zonder het aanwijzen van een merk of het uitspreken van een voorkeur voor een merk.

Transparantie houdt bijvoorbeeld in dat overheidsopdrachten moeten worden gepubliceerd (ook wel: aangekondigd) op de door de Aanbestedingswet verplicht gestelde website voor aanbesteden (www.tenderned.nl) die

voor iedere aanbieder toegankelijk is. Transparantie houdt ook in dat selectie- en gunningscriteria duidelijk moeten worden beschreven, onder vermelding van toegepaste wegingsfactoren.

Het aanbestedingsrecht is van toepassing op overheidsopdrachten die een bepaalde drempelbedrag overschrijden. Deze drempelbedragen worden tweejaarlijks op 1 januari opnieuw vastgesteld en gepubliceerd op onder meer de website www.pianoo.nl.

De huidige drempelbedragen zijn weergegeven in hoofdstuk 5 op bladzijde 11.

De Aanbestedingswet bepaalt dat er sprake kan zijn van opdrachten voor leveringen, diensten en werken. Omdat de onderscheiden soorten opdrachten verschillende regelingen kennen is het van belang te weten hoe moet worden vastgesteld met welke soort regeling we op een bepaald moment te maken hebben, zeker als er sprake is van gemengde opdrachten (een mengeling van leveringen en diensten bijvoorbeeld).

Het grootste deel van de Aanbestedingswet is echter gewijd aan de beschrijving van de diverse soorten aanbestedingsprocedures en alle regels die daarbij in acht dienen te worden genomen, waaronder de regels voor de selectie van aanbieders en gunning van opdrachten. In de volgende hoofdstukken wordt de regelgeving meer gedetailleerd besproken.

De beginselen van gelijke behandeling en transparantie zijn voor het Europese aanbestedingsrecht zeer belangrijk.

3. Overheidsopdrachten

Het begrip ‘overheidsopdracht’ wordt in het aanbestedingsrecht beschreven als een ‘schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op de uitvoering van werken, de leveringen van producten of het verrichten van diensten’.

Het eerste belangrijke aspect dat opvalt is het woord ‘schriftelijk’. Overeenkomsten die mondeling worden aangegaan zijn echter ook rechtsgeldig en aangenomen dient te worden dat ook mondelinge overeenkomsten geheel onder de begripsduiding moeten vallen. De wetgever heeft hier mogelijk gemeend te moeten aansluiten bij de inkooppraktijk binnen de overheid waar overeenkomsten vrijwel altijd schriftelijk worden aangegaan.

Het tweede belangrijke aspect dat opvalt is de zinsnede ‘onder bezwarende titel’. Dit is een typisch juridische formulering die ook in het Burgerlijk Wetboek in Nederland wordt gehanteerd. Het begrip ‘titel’ kan vrij worden uitgelegd als de ‘juridische reden’ voor een handeling. Als iemand bijvoorbeeld geld overmaakt aan een ander dan kunnen daarvoor verschillende titels worden gehanteerd: je wilt iets kopen en je betaalt het (titel: koop), je wilt iets weggeven en maakt het geld daarvoor over (titel: schenking). Zo zijn er meerdere titels te bedenken, zoals bijvoorbeeld huur en bruikleen.

Het woord ‘bezwarend’ betekent dat er tegenover een prestatie een wederprestatie met een zekere economische waarde staat. Als iemand iets koopt bestaat de prestatie uit een levering van een goed en de wederprestatie uit het betalen van een bedrag. In de beginjaren van de aanbestedingspraktijk is wel geprobeerd de aanbestedingsplicht te omzeilen door goederen bewust tegen een te lage prijs (dat wil zeggen, onder de

aanbestedingsdrempel, zie ook hoofdstuk 5) of soms zelfs gratis over te dragen of in natura (door bijvoorbeeld te ruilen). De rechter heeft hier snel een einde aan gemaakt door te bepalen dat er een reële waarde voor de wederprestatie moet worden bepaald, vast te stellen naar algemene verkeersnormen.

Het derde en laatste belangrijke aspect is dat er wordt gesproken over overeenkomsten tussen een aanbestedende dienst enerzijds en leveranciers, dienstverleners of aannemers anderzijds. Leveranciers, dienstverleners of aannemers zijn in de regel ondernemers in de private sector. Er worden echter ook met grote regelmaat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten onderling aangegaan.

Bekende voorbeelden zijn de situaties waarbij een aanbestedende dienst als ICT-dienstverlener optreedt voor andere aanbestedende diensten. Een grotere gemeente treedt bijvoorbeeld als ICT-dienstverlener op ten behoeve van omliggende kleinere gemeenten. Ook binnen de centrale overheid vindt dergelijke samenwerking plaats. Bij overeenkomsten tussen aanbestedende diensten kan sprake zijn van inbestedingsrelaties. Bij een inbestedingsrelatie ‘verlegt’ de afnemende partij zijn aanbestedingsplicht naar de leverende partij. Bij een inbestedingsrelatie worden opdrachtgevers ‘vereenzelvigd’ met leveranciers, dienstverleners of aannemers; anders verwoord: aanbestedende diensten leveren aan zichzelf. Als een onderdeel van een ministerie tegen betaling een dienst aan een andere onderdeel van een (ander) ministerie levert, dan hebben we te maken met twee onderdelen van de rechtspersoon Staat der Nederlanden en is er sprake van (zuiver) inbesteden.



Echter, als een gemeente ICT-diensten aan andere gemeenten levert dan hebben we te maken met meerdere rechtspersonen (iedere gemeente is een aparte rechtspersoon). Er is dan geen sprake van een inbestedingsrelatie en dat betekent dat er sprake is van een overheidsopdracht die Europees moet worden aanbesteed

Bij een (quasi) inbestedingsrelatie 'verlegt' ieder der deelnemers zijn aanbestedingsplicht naar het shared service centrum.

als de waarde boven de EG-drempel uitkomt.

Om deze vorm van samenwerken zonder

aanbestedingsprobleem te creëren moet er dus eerst een vorm van 'vereenzelving' worden gecreëerd. Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden door oprichting van een shared service center dat enigszins op afstand van de deelnemers wordt geplaatst. Er wordt dan een (quasi) inbestedingsrelatie gecreëerd, waarbij ieder der deelnemers zijn aanbestedingsplicht 'verlegt' naar het shared service centrum.

4. Aanbestedende diensten

Het aanbestedingsrecht omschrijft het begrip ‘aanbestedende dienst’ als: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling alsmede een samenwerkingsverband van deze overheidsinstanties of publiekrechtelijke instellingen. In de praktijk blijkt soms dat de beantwoording van de vraag in hoeverre een organisatie als een aanbestedende dienst kwalificeert zeer complex is. Dat komt enerzijds omdat onderdelen van publiekrechtelijke organisaties soms ‘op afstand’ worden geplaatst maar dat komt vooral ook door de moeizame uitleg van de begrippen ‘publiekrechtelijke instelling’ en ‘samenwerkingsverband’. Beide laatstgenoemde verschijningsvormen van aanbestedende diensten hebben vaak ook nog eens te maken met het ‘op afstand’ plaatsen.

Bij samenwerkingsverbanden is soms sprake van deelname van partijen die wel als aanbestedende dienst mogen worden aangemerkt en partijen die niet als aanbestedende dienst worden aangemerkt. Publiek private samenwerkingsverbanden zijn hier bekende voorbeelden van. Of een dergelijk samenwerkingsverband als aanbestedende dienst kwalificeert hangt bijvoorbeeld ook af van het antwoord op de vraag of de deelnemende aanbestedende dienst een meerderheidsbelang heeft in het samenwerkingsverband en/of de deelnemende aanbestedende dienst de feitelijke zeggenschap in het samenwerkingsverband heeft. Bij bevestigende antwoorden op deze vragen kan het samenwerkingsverband ook als aanbestedende dienst kwalificeren.

De uitleg van de begrippen ‘publiekrechtelijke instelling’ en ‘samenwerkingsverband’ is moeizaam.

Het meest complex is de vraag wanneer een organisatie als een publiekrechtelijke instelling kwalificeert. Dit vraagstuk doet zich bijvoorbeeld bij ziekenhuizen, jeugdgezondheidszorg, regionale instellingen voor beschermd wonen (RIBW) en woningcorporaties voor. De Aanbestedingswet definieert een publiekrechtelijke instelling als volgt: *‘een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:*

- De activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd of
- Het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of
- De leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen’.

De uitleg is in de praktijk problematisch gebleken. Het gaat om een organisatie die wordt opgericht met het oog op behoeftes die van algemeen belang zijn. Nu is het denkbaar dat een organisatie niet alleen maar activiteiten uitvoert die van algemeen belang zijn, maar ook activiteiten uitvoert van industriële of commerciële aard.

Met andere woorden, we kunnen ons afvragen of een dergelijke organisatie alleen maar als publiekrechtelijke instelling kwalificeert en dus ook alleen maar opdrachten Europees behoeft aan te besteden voor zover deze opdrachten het algemeen belang dienen. Het Europese hof van Justitie heeft in jurisprudentie aangegeven dat geen splitsing in activiteiten kan worden aangebracht met het oog op de plicht om Europees te moeten aanbesteden. De statuten van een organisatie leren ons meestal met welk oog zij is opgericht en of deze overwegend het algemeen

belang dienen óf overwegend van commerciële en/of industriële aard zijn.

Een volgend vereiste is dat de organisatie rechtspersoonlijkheid moet bezitten. Ook hier geldt echter dat de regel niet zwart/wit wordt uitgelegd. Dit betekent in ieder geval dat het bewust niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan een organisatie, die overigens aan alle vereisten die samenhangen met het zijn van een publiekrechtelijke instelling voldoet, niet zal helpen om onder de Europese aanbestedingsplicht vandaan te komen.



De opsomming die hierboven is geschetst is vervolgens niet cumulatief. Dit houdt in dat naast de hoofdregel aan één van de opgesomde vereisten moet zijn voldoen om als publiekrechtelijke instelling te kwalificeren.

Er valt door het complexe karakter van de regelgeving nauwelijks een algemene aanwijzing te geven of een organisatie nu wel of niet als publiekrechtelijke instelling kwalificeert. De benadering is zeer casuïstisch. Een bekend voorbeeld wordt gevormd door de ziekenhuizen. Al enkele jaren is duidelijk dat academische ziekenhuizen aanbestedingsplichtig zijn. Dit geldt niet voor algemene of streekziekenhuizen. Na verschillende juridische procedures heeft de Nederlandse rechter vastgesteld dat algemene ziekenhuizen geen publiekrechtelijke instellingen zijn en daarmee ook geen aanbestedende diensten. Echter veranderende wetgeving omtrent bijvoorbeeld de financiering van instellingen vormt steeds de aanleiding om dit vraagstuk opnieuw te bezien.

5. Drempelbedragen

Drempelbedragen spelen nog steeds een grote rol bij de vraag in hoeverre het aanbestedingsrecht van toepassing is. Een drempelbedrag is het bedrag in Euro's waarboven een opdracht Europees moet worden aanbesteed. Er gelden verschillende drempelbedragen voor verschillende soorten aanbestedende diensten, terwijl er ook verschillende drempelbedragen gelden voor de verschillende soorten opdrachten. Zo is het drempelbedrag voor de centrale overheid veel lager dan voor alle andere aanbestedende diensten.

De drempelbedragen zijn vanaf 1 januari 2014 als volgt vastgesteld (exclusief BTW):

	Centrale overheid	Decentrale overheid
Leveringen	€ 134.000,-	€ 207.000,-
Diensten	€ 134.000,-	€ 207.000,-
Werken	€ 5.186.000,-	€ 5.186.000,-
Opdrachten op het terrein van onderzoek- en ontwikkeling	€ 207.000,-	€ 207.000,-
Telecommunicatiediensten	€ 207.000,-	€ 207.000,-
Diensten als bedoeld in Bijlage 2B van de Richtlijnen	€ 207.000,-	€ 207.000,-
Prijsvragen	€ 134.000,-	€ 207.000,-

Tabel 1 Drempelbedragen Europese aanbestedingen

	Speciale sector
Leveringen en diensten	€ 414.000,-
Werken	€ 5.186.000,-

Tabel 2 Drempelbedragen Speciale sector

Het drempelbedrag is voor de centrale overheid bewust lager vastgesteld. De centrale overheid wordt geacht een

voortrekkersrol uit te oefenen in relatie tot het openstellen van de Europese markt. Uitgangspunt hierbij was tevens dat de centrale overheid over een professioneel inkoopapparaat beschikt. Veel decentrale overheden beschikken hier niet over en daarom zijn aanbestedingsprocessen voor hen kostbaarder om in te richten en uit te voeren en heeft de Europese wetgever gemeend hier een hogere drempel te hanteren.

Het drempelbedrag speelt dus een belangrijke rol bij de vraag of een opdracht Europees moet worden aanbesteed. Het is daarom van belang de waarde van een opdracht zo nauwkeurig mogelijk in te schatten. Het gaat inderdaad om een schatting. Als later blijkt dat de werkelijke opdracht iets boven de drempel uitkomt terwijl er door de foutieve inschatting niet Europees is aanbesteed, behoeft dat geen probleem op te leveren. Hier gelden dan wel de grenzen van redelijkheid. Over de waardebepaling van een opdracht is veel discussie mogelijk. Zo moet de waarde van een opdracht over de gehele looptijd van de overeenkomst worden ingeschat door alle contractjaren bij elkaar op te tellen.

De bepaling van het drempelbedrag moet zo nauwkeurig mogelijk.

Bij contracten met een onbepaalde looptijd dient een termijn van 48 maanden voor de berekening van de waarde te worden gehanteerd. Moeilijker wordt de waardebepaling bij samengestelde opdrachten. Een voorbeeld van een samengestelde opdracht is bijvoorbeeld de keuze van een bedrijfsvoeringssysteem. Hier zijn een aantal delen te herkennen. Zo moet er een softwarepakket worden aangeschaft, een machine waar dit systeem op draait, het pakket moet worden geïmplementeerd en ook nog worden onderhouden. In dit voorbeeld bestaat de samengestelde opdracht uit vier delen. Hoe de waarde nu moet worden bepaald hangt samen met de inkoopstrategie die wordt gekozen. Indien alle delen als onderdeel van één opdracht worden beschouwd moet de waarde van alle onderdelen bij elkaar worden opgeteld over de looptijd van de overeenkomst.

6. Splitsen en samenvoegen van opdrachten

In de praktijk zijn opdrachten nogal eens in deelopdrachten opgesplitst om op deze wijze te voorkomen dat er Europese moet worden aanbesteed. Immers, een deelopdracht zal ten opzichte van het geheel minder snel de EG-drempel overschrijden. Om dit te voorkomen heeft de wetgever een zogenaamd splitsingsverbod in de Aanbestedingswet opgenomen. Het verbod houdt in dat het niet is toegestaan een opdracht in delen op te splitsen als daarmee wordt beoogd de aanbestedingsplicht te ontlopen. Tevens geldt dat een dergelijke deelopdracht geen hogere waarde dan € 80.000,- mag hebben en in het geval van een dienst of levering van homogene goederen daarnaast geen hogere waarde dan 20% van de totale opdracht mag hebben. Het bewijs van misbruik is echter niet altijd makkelijk aan te tonen indien er per deelopdracht daadwerkelijk concurrentie op de markt is gesteld en er meerdere inkoopdossiers zijn aangelegd.

Naast het verbod om opdrachten onnodig te splitsen geldt er ook een verbod om opdrachten onnodig te bundelen. Laatstgenoemd verbod is in de GidsProportionaliteit opgenomen om de kansen van het MKB te vergroten in Europese aanbestedingsprocedures. Hierbij kan gedacht worden aan het centraal inkopen van computerapparatuur

door aankoopcentrales.

Wanneer een aanbestedende dienst besluit opdrachten samen te voegen (ook wel clusteren genoemd) dan dient dit gemotiveerd te worden in de aanbestedingsstukken. In

die motivatie dient de noodzaak tot clustering te worden aangegeven. Eveneens dient het belang van de positie van het MKB in de markt in de motivatie betrokken worden.

Het is niet toegestaan een opdracht in delen op te splitsen als daarmee wordt beoogd de aanbestedingsplicht te ontlopen.

7. Soorten opdrachten

Voor de beschrijving van dit hoofdstuk onderscheiden we twee hoofdsoorten van opdrachten, te weten opdrachten voor leveringen en opdrachten voor diensten. Een opdracht voor leveringen heeft betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop van (fysieke) producten. Een opdracht voor diensten heeft uiteraard betrekking op het verrichten van diensten. Er moet in de publicatie van de opdracht, de zogenaamde aankondiging, reeds worden aangegeven om welke soort opdracht het gaat. Op de achtergrond hiervan komen wij hierna terug.

14

Welke keuze moet er nu worden gemaakt indien de opdracht een gemengde opdracht betreft? We komen terug op het hiervoor in hoofdstuk 5 genoemde voorbeeld van het bedrijfsvoeringssysteem. We hebben daar zowel met



leveringen als met diensten te maken. Als het geheel als één opdracht wordt beschouwd dan bepaalt de waarde van de deelopdrachten de keuze voor het geheel. Als de waarde van het dienstenaandeel in totaal

groter is dan de waarde van het leveringsaandeel dan wordt de gehele opdracht als een dienstenopdracht beschouwd.

Als vaststaat dat de opdracht een dienst betreft dan is de soort dienst ook nog eens bepalend voor de vraag of de opdracht volledig Europees moet worden aanbesteed of niet. Het aanbestedingsrecht kent hiervoor een onderverdeling in twee categorieën. Deze kunnen worden onderscheiden in de hoofdcategorie en de 2B-categorie (naar bijlage 2B bij de Europese richtlijn). De hoofdcategorieën zijn de categorieën waarvoor het

aanbestedingsrecht in zijn geheel van toepassing is. Het komt er op neer dat dit soort opdrachten door middel van één van de aanbestedingsprocedures op de markt dienen te worden geplaatst. Voor de 2B-categorie (ook wel 2B-diensten) is het aanbestedingsrecht slechts heel beperkt van toepassing. In feite mogen dit soort opdrachten onderhands worden geplaatst en moet er alleen een publicatie van de gunning van een opdracht worden geplaatst in het geval dat de opdracht de daarvoor bestemde aanbestedingsdrempel van € 207.000,- overschrijdt (zie daarvoor de tabel in hoofdstuk 5).

Het maakt dus veel uit met welke categorie diensten een opdrachtgever te maken heeft. De soort opdracht waarmee een opdrachtgever te maken heeft kan worden bepaald aan de hand van de zogenaamde CPV-codering (Common Procurement Vocabulary). Een uitgebreide tabel kan worden geraadpleegd op de website van SIMAP (<http://simap.europa.eu>). Het is de bedoeling dat de aard van de opdracht met behulp van de tabel zo nauwkeurig mogelijk wordt bepaald. Via de eveneens op genoemde website te raadplegen transponeringstabel kan de vastgestelde CPV vervolgens worden herleid naar een categorie zoals hierboven genoemd.

Het onderscheid tussen leveringen en diensten is van belang in relatie tot keuzes van aanbestedingsprocedures en de mogelijkheid om zonder Europese aanbestedingen aanvullende opdrachten te verstrekken nadat de opdracht initieel wel Europees is aanbesteed.

8. Aanbestedingsprocedures

Wij hebben nu besproken wat overheidsopdrachten zijn, wat aanbestedende diensten zijn, welke drempelbedragen er gelden en welke soorten overheidsopdrachten er zijn. We kunnen met behulp van deze begrippen bepalen of we een opdracht wel of niet Europees moeten aanbesteden. Nu komen we bij de bespreking van de aanbestedingsprocedures zelf.

Het aanbestedingsrecht hanteert een gesloten systeem. Dat betekent dat een aanbestedende dienst één van de benoemde aanbestedingsprocedures moet hanteren. Het aanbestedingsrecht noemt de volgende aanbestedingsprocedures:

- Openbare procedure
- Niet openbare procedure
- Procedure van gunning via onderhandelingen met mededeling van de aankondiging van een opdracht
- Procedure van gunning via onderhandelingen zonder mededeling van de aankondiging van een opdracht
- Concurrentie gerichte dialoog

Daarnaast kent het aanbestedingsrecht enkele bijzondere uitvoeringsvarianten:

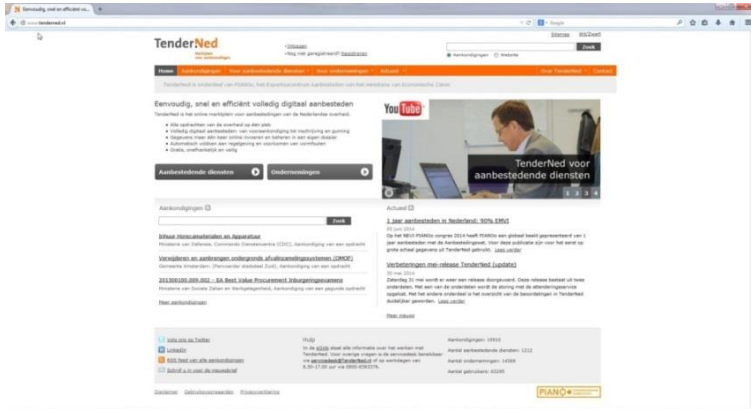
- Binnen de openbare procedure kan worden gekozen voor een 'dynamisch aankoopstelsel'
- Er kan bij alle procedures worden gekozen voor een elektronische veiling
- Prijsvragen
- Raamovereenkomsten

Bij alle procedures geldt dat binnen 48 kalenderdagen na gunning van de opdracht een openbare aankondiging moet worden gedaan van het feit dat er is gegund.

OPENBARE PROCEDURE

Een openbare procedure is een aanbestedingsprocedure waarbij iedere gegadigde aanbieder een offerte-aanvraag of bestek kan opvragen bij de opdrachtgever. Het aanbestedingsproces vangt aan met een officiële aankondiging op <http://ted.europa.eu>. Het op grond van de Aanbestedingswet verplicht gestelde platform www.tenderned.nl heeft een koppeling met <http://ted.europa.eu> waardoor alle aankondigingen voor Europese aanbestedingsprocedure automatisch op de Europese website worden geplaatst. De aanbestedende dienst dient wel aangesloten te zijn op www.tenderned.nl. Hiervoor kan de aanbestedende dienst zich aanmelden op de betreffende website voor het verkrijgen van een aansluitnummer. Het voltooiën van de aansluiting op Tenderned neemt enkele dagen in beslag. Het is dus zaak voorafgaand aan de publicatie van een Europese aanbesteding te controleren of de aanbestedende dienst een aansluitnummer heeft. Op <http://www.tenderned.nl> kunnen modelaankondigingen on line worden ingevuld.

Een on line ingevuld formulier wordt automatisch op <http://ted.europa.eu> gepubliceerd. Dit neemt enkele dagen in beslag. De dag waarop de aankondiging wordt geüpload is de ingangsdatum van een minimum termijn van 45 kalenderdagen. De datum gaat in ongeacht de wijze van verzending, het maakt niet uit of de aankondiging nu per brief, email wordt verzonden of on line wordt geplaatst. Wel geldt dat de minimum termijn met vijf dagen mag worden ingekort indien de documenten elektronisch beschikbaar zijn. De minimum termijn is de termijn waarbinnen aanbieders de gelegenheid krijgen hun offerte uit te werken en in te leveren.



om bij minimaal vijf aanbieders offerte te vragen. Hij mag in de aankondiging ook aangeven dat er boven de vijf een maximum aantal geldt. Er worden in deze procedure twee minimumtermijnen gehanteerd in plaats van één. De eerste termijn bedraagt 30 kalenderdagen. Dit is de termijn waarbinnen geïnteresseerde aanbieders kunnen aangeven dat zij als gegadigden in aanmerking willen komen voor het uitbrengen van een offerte. De tweede termijn bedraagt 40 kalenderdagen. Dit is de termijn waarbinnen de geselecteerde aanbieders hun offerte moeten indienen.

PROCEDURE VAN GUNNING VIA ONDERHANDELINGEN MET MEDEDELING VAN DE AANKONDIGING VAN EEN OPDRACHT

Opdrachtgevers kunnen vrij kiezen tussen het gebruik van een openbare of niet-openbare procedure. De overige aanbestedingsprocedures zijn voor bijzondere gevallen bedoeld. De procedure van gunning via onderhandelingen met mededeling van de aankondiging van een opdracht (kortweg: onderhandelingsprocedure met publicatie) kan in een beperkt aantal gevallen worden gehanteerd. De Aanbestedingswet beschrijft ze als volgt:

- Als een openbare of niet-openbare of concurrentiegerichte dialoog geen aanvaardbare offertes heeft opgeleverd. In dit geval mag een opdrachtgever zelfs van een aankondiging afzien als hij alleen de aanbieders wil betrekken die in de eerdere aanbesteding ook hebben meegedongen naar de opdracht. De term ‘aanvaardbaar’ is wederom een zeer lastig te interpreteren begrip. Onaanvaardbaar is in ieder geval niet een te hoge prijs naar de zin van de opdrachtgever, al geldt hier wel dat er geen plicht tot gunning bestaat. Bij ‘onaanvaardbaar’ moet eerder worden gedacht aan het feit dat geen der aanbieders precies aan de in de offerteaanvraag gestelde eisen voldoet.
- In buitengewone gevallen, wanneer de aard en de onzekere omstandigheden van de opdracht een vaststelling van de totale prijs niet mogelijk maken. Een opdrachtgever is in dit geval dus niet in staat

zijn behoefte zodanig te formuleren dat er eenduidig kan worden geoffreerd. De twijfel tussen een koop of een lease zou bijvoorbeeld een overweging kunnen zijn om voor deze procedure te kiezen indien een opdrachtgever echt niet weet hoe hij deze verschillende grootheden zou moeten vergelijken in de offertebeoordeling.

- Als de specificaties van een dienst niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld om de opdracht eenduidig te kunnen gunnen. Deze uitzondering geldt dus alleen als de opdracht als een dienst kwalificeert. Als een opdrachtgever bijvoorbeeld twijfelt of hij een dienst zal uitbesteden of deze met behulp van aan te kopen software zelf zal uitvoeren dan wordt het moeilijk om eenduidige specificaties op te stellen.



De procedure wordt ook in twee fasen uitgevoerd. Er wordt een aankondiging op de hiervoor genoemde websites geplaatst en partijen kunnen zich als gegadigde voor het maken van een offerte aanmelden. Nu dient een opdrachtgever minimaal drie aanbieders te selecteren voor het maken van een offerte. De tweede termijn, de offertetermijn, kent geen minimumtermijn maar er moet wel een redelijke offertetermijn worden gegeven. De tweede fase is vormvrij,

er mag dus vrij worden overlegd en onderhandeld met aanbieders. Wel gelden hier de vaste principes van gelijke behandeling en transparantie (dit laatste door bijvoorbeeld gespreksverslagen te maken). Daarnaast dient de keuze voor toepassing van deze procedure in de aankondiging te worden gemotiveerd.

PROCEDURE VAN GUNNING VIA ONDERHANDELINGEN ZONDER MEDEDELING VAN DE AANKONDIGING VAN EEN OPDRACHT

Ook met betrekking tot deze procedure (kortweg: onderhandelingsprocedure zonder publicatie) geldt dat hier slechts in uitzonderingsgevallen gebruik van mag worden gemaakt. Hier gelden bovendien de zwaarste voorwaarden en dat is verklaarbaar. Immers, er wordt in zijn geheel niet aangekondigd en de aanbestedingsprocedure vindt in zijn geheel onderhands plaats. Het aanbestedingsrecht beschrijft de voorwaarden als volgt:

- Indien er op basis van een openbare of niet-openbare procedure geen geschikte offertes zijn ingediend of als er helemaal geen offertes zijn ingediend. De term 'geschikt' is ook weer een begrip dat zeer moeilijk te interpreteren is. De wetgever lijkt wel te hebben bedoeld dat 'ongeschikt' iets anders is dan 'onaanvaardbaar'. 'Ongeschikt' lijkt meer buiten de macht van de opdrachtgever te liggen (overmacht) dan 'onaanvaardbaar'. Duidelijk 'ongeschikt' is een vierkant voorwerp dat in een rond gat moet passen, maar de afgrenzing met 'onaanvaardbaar' moet van geval tot geval worden bekeken. De uitleg is bepalend voor het gevolg: bij 'onaanvaardbaar' mag opdrachtgever offerte vragen bij alle deelnemers uit de voorafgaande procedure, terwijl de opdrachtgever bij de kwalificatie 'ongeschikt' in overleg kan treden met één of meerdere partijen naar eigen keuze.
- Wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming (industriële of intellectuele eigendom) slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd. Dit geldt uiteraard vanuit de

Europese aanbestedingen gaan om functionele behoeftestellingen.

gedachte dat, indien er slechts één leverancier bestaat, het ook geen zin heeft om een concurrentiestelling te doen. Bij een beroep op dit argument moet altijd wel goed in acht

worden genomen dat het bij Europese aanbestedingen om functionele behoeftestellingen gaat. Zo kan dus niet worden gesteld dat een opdrachtgever wel verplicht is bij Microsoft te kopen omdat zij nu eenmaal eigenaar is van haar producten. Wel gaat dit argument op bij bijvoorbeeld boeken. Het is moeilijk voorstelbaar dat er functioneel behoefte moet worden gesteld voor bijvoorbeeld een oorlogsroman. Dit is een echt etalageproduct met unieke kenmerken, namelijk die van de auteur (stijl, etc). Bij bepaalde soorten boekwerken is echter wel degelijk een functionele behoeftestelling mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan de bekende belastinghandboeken (zoals de bekende Almanakken). De problematiek rondom schoolboeken vormt hierin nog een bijzondere uitdaging. Vrijwel alle aanbestedingen die rondom schoolboeken worden uitgevoerd betreffen de logistieke dienstverlening rondom de schoolboeken. De schoolboeken zelf, oftewel de onderwijsmethoden, zijn geen onderwerp van een Europese aanbesteding. Om het nog complexer te maken: in een aantal gevallen kan software mogelijk tot de onderwijsmethode behoren waardoor ook hiervoor geldt dat het merk wel genoemd mag worden. Denk bijvoorbeeld aan producten als SPSS (statistiek).

- Als voorgeschreven minimumtermijnen wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen. Het aanbestedingsrecht overstelpt opdrachtgevers met vage begrippen. De term 'dwingende spoed' mag niet zomaar worden uitgelegd met 'haast'. Er moet sprake zijn van een zware overmachtsituatie en daarbij moet vooral worden gedacht aan natuurrampen, oorlogssituaties, e.d..
- Producten die worden aangeschaft voor proefnemingen, studie of ontwikkeling. Het gaat hierbij niet om de bekende proeftuinen of pilots want het aanbestedingsrecht stelt duidelijk dat de

aanschaf niet mag voorafgaan aan grote hoeveelheden of om de commerciële haalbaarheid van het product vast te stellen.

- Uitbreidingen van bestaande leveringen of installaties voor gedeeltelijke vernieuwing wanneer verandering van leverancier bij de opdrachtgever door de technische eigenschappen tot onverenigbaarheid aanleiding zou geven. Ook kunnen er zich onevenredige technische moeilijkheden voordoen. Hiervoor geldt echter wel de beperking tot drie jaar na het afsluiten van het eerste contract.
- Bij aankoop uit een failliete boedel waardoor er tegen bijzonder gunstige voorwaarden kan worden gekocht.

De uitvoering van deze procedure is geheel vormvrij. De opdrachtgever mag één of meerdere aanbieders (als er meerdere zijn) naar eigen keuze benaderen.

CONCURRENTIEGERICHTE DIALOOG

Volgens de toelichting op de wet- en regelgeving is de concurrentiegerichte dialoog in het leven geroepen voor meer complexe opdrachten. Als voorbeeld worden ICT-opdrachten genoemd. De wetgever wilde een mogelijkheid creëren tot overleg met de aanbiedersmarkt. De procedure biedt opdrachtgevers de mogelijkheid om in overleg met geselecteerde aanbieders te bepalen welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan de behoefte te voldoen. Opdrachtgevers zijn vaak op voorhand niet in staat om bij meer complexe opdrachten in te schatten in hoeverre de markt in een geschikt aanbod kan voorzien.

De procedure bestaat uit minimaal drie fasen. Allereerst wordt op basis van een beschrijvend document de opdracht zo veel als mogelijk functioneel beschreven. De opdrachtgever selecteert vervolgens de partijen waarmee hij de dialoog wil aangaan (selectiefase). De dialoofase is de tweede fase. De dialoog kan uit een aantal ronden bestaan. Het overleg mag over alle aspecten van de opdracht gaan,

dus ook de prijs. Als de opdrachtgever voldoende informatie heeft verzameld verklaart hij de dialoog gesloten en stelt hij de offerteaanvraag op. Deze wordt vervolgens in fase drie, de gunningsfase, aan deelnemers aan de dialoog gezonden waarna zij een offerte kunnen uitbrengen.

BIJZONDERE UITVOERINGSVARIANTEN

Binnen het gesloten stelsel van procedures zijn enkele bijzondere varianten benoemd. Als eerste is daar het 'dynamische aankoopstelsel'. Deze variant kan middels een openbare procedure in gang worden gezet. Een dynamisch aankoopstelsel is bedoeld om het aantal potentiële aanbieders tijdens de uitvoering van opdrachten gedurende een bepaalde periode uit te kunnen breiden. Het bijzondere van deze variant is dat het systeem middels een aankondiging wordt gepubliceerd waarna het systeem voor maximaal vier jaar 'open' mag blijven voor potentiële aanbieders. Dit betekent dat aanbieders zich gedurende maximaal vier jaar tussentijds mogen aanmelden voor opname in het dynamisch aankoopstelsel.

In de aankondiging wordt het soort en aantal opdrachten beschreven. Indien een opdracht concreet zal worden verstrekt is een opdrachtgever verplicht om nog eens een verkorte aankondiging te doen. Dit heeft een puur signalerend doel omdat

leveranciers natuurlijk niet vier jaar lang onthouden dat zij zich aan mogen melden, nog los van het feit dat er steeds weer nieuwe bedrijven ontstaan. Zich

eventueel anmeldende leveranciers worden na toetsing al of niet alsnog in het dynamisch aankoopstelsel toegelaten. Vervolgens kan de opdrachtgever onderhands offerte vragen bij elke deelnemer.

Een raamovereenkomst mag in beginsel niet voor langer dan vier jaar worden aangegaan.

Een raamovereenkomst werkt ten opzichte van een dynamisch aankoopstelsel precies tegenover gesteld. Een raamovereenkomst is juist bedoeld om gedurende de looptijd daarvan de hoeveelheid leveranciers te beperken.

Een raamovereenkomst kan op basis van elke aanbestedingsprocedure worden aangegaan. Er gelden echter wel restricties. Zo mag een raamovereenkomst in beginsel niet voor langer dan vier jaar worden aangegaan. Verder geldt dat er verplicht concurrentie moet worden gesteld indien er meerdere raamovereenkomsten voor hetzelfde doel zijn aangegaan. Belangrijk is tenslotte ook dat raamovereenkomsten ‘bepaalbaar’ moeten zijn. Dat betekent dat ze een deugdelijke kwalitatieve en kwantitatieve beschrijving van de opdracht moeten behelzen. Het gevolg is dan deze raamovereenkomsten niet buiten de scope van oorspronkelijke aanbesteding mogen worden gebruikt (waardoor er dan ten onrechte niet wordt aanbesteed).

Prijsvragen komen minder vaak voor in de aanbestedingspraktijk. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan diverse ontwerpen op het terrein van architectuur. De wedstrijd wordt door middel van een aankondiging gepubliceerd. De procedure lijkt enigszins op die van een openbare procedure. Het verschil zit ‘m vooral in de aanwezigheid van een jury en de ruime creatieve beoordelingsvrijheid van deze jury. Het winnende ontwerp mag dan de opdracht tot verdere uitwerking krijgen op basis van een onderhandelingsprocedure zonder publicatie.

Een elektronische veiling werkt eigenlijk precies andersom ten opzichte van een gewone veiling. Het gaat hier niet om het hoogste bod, maar om de laagste prijs. Een elektronische veiling noemt men om deze reden ook wel een ‘reverse auction’. Het komt er op neer dat op basis van een eenduidige specificatie via een website een termijn van enkele uren wordt opengesteld waarin aanbieders hun bod kunnen bijstellen. De aanbieders zien elkaars bod, maar niet elkaars naam. Na verloop van de vastgestelde tijd sluit de veiling en de laagste prijs wint de opdracht. Strikt genomen behoeft een veiling niet alleen op basis van het criterium laagste prijs te worden gehouden, maar het ligt wel het meest voor de hand omdat functionaliteit zich lastig laat vangen in volledig objectieve, maar toch door

aanbieders beïnvloedbare, scores. Een elektronische veiling wordt op een daartoe ingerichte website uitgevoerd.

9. Aanbestedingsdocumenten

Bij Europese aanbestedingen worden herkenbare documenten gehanteerd. We hebben hiervoor al melding gemaakt van aankondigingen en offerteaanvragen. Aankondigingen hebben een vastgesteld format en er zijn verschillende templates beschikbaar voor verschillende doelen. Zo bestaan er verschillende modellen voor aankondigingen waarmee aanbestedingen worden opgestart en waarmee aanbestedingen worden afgesloten.

Een offerteaanvraag wordt ook wel 'bestek' genoemd of 'beschrijvend document'. Om het gebruik van verschillende documenten beter te begrijpen is het zinvol de processtappen in een Europese aanbesteding te onderscheiden.

Een Europese aanbesteding vangt aan met een aankondiging. Vervolgens vindt de kwalitatieve selectie van aanbieders plaats, gevolgd door de gunning. Na gunning vindt contractering plaats en het proces wordt afgesloten met wederom een aankondiging, nu van de geplaatste opdracht. Dit zijn de formele processtappen in een Europese aanbesteding.

De selectie van aanbieders is niet hetzelfde als gunning van de opdracht aan aanbieders. Bij de selectie wordt de geschiktheid van de aanbieder zelf onderzocht terwijl bij het bij de gunning om zijn aanbod gaat. De regelgeving en de jurisprudentie scheiden deze processtappen heel strikt. Dat betekent dat de stappen weliswaar tegelijk mogen worden uitgevoerd (dat kan alleen bij openbare procedures) maar dat ze niet mogen worden vermengd. Hier wordt in het volgende hoofdstuk meer uitgebreid op ingegaan.

De selectie van aanbieders, ook wel kwalitatieve selectie genoemd, geschiedt met behulp van zogenaamde uitsluitingsgronden en criteria waarmee de economische en

financiële draagkracht, de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid kunnen worden onderzocht. Hierbij kunnen minimumeisen worden gesteld. Bij een openbare procedure zijn de selectiecriteria in een separaat hoofdstuk in het bestek terug te vinden, meestal voorafgaand aan het zogenaamde programma van eisen. Bij een aanbesteding die uit meerdere fasen bestaat, zoals bij een niet-openbare procedure, gaat de selectie vooraf aan het vragen van offertes. Het document dat hiervoor wordt gehanteerd noemt men vaak een 'selectieleidraad'.

De kern van een offerteaanvraag heet meestal het 'programma van eisen'. In dit onderdeel wordt de functionele en/of technische behoeftestelling verwoord.

Meestal bestaat een programma van eisen uit een beschrijving van de behoefte, een set van eisen en een set van vragen of wensen.

Selectie en gunningscriteria zijn onderdeel van een offerteaanvraag.

Naast de meer inhoudelijke teksten kent een offerteaanvraag ook juridische bepalingen. Deze worden gevormd door de aanbestedingsvoorwaarden, waarin meestal de selectie- en gunningscriteria staan verwoord, de manier waarop deze worden beoordeeld en gewogen en de overige procedure voorschriften (wijze van inleveren offerte, sluitingsdatum, manier van communiceren, etc.). Daarnaast bestaan de aanbestedingsvoorwaarden uit contractvoorwaarden en/of algemene inkoopvoorwaarden.



Tenslotte kent een offerteaanvraag meerdere bijlagen. Dit zijn de invulformulieren en matrices die de aanbieder voor zijn offerte moet gebruiken met als doel vergelijkbaarheid en het snel kunnen verwerken van gegevens door beoordelaars.

Naast de hiervoor genoemde documenten die de aanbieders ook echt te zien krijgen worden er door inkopers nog vele andere gebruikt zoals inkoopplannen, beoordelingsleidraden, beoordelingsmatrices (spreadsheets) en gunningsadviezen.

10. Selectiecriteria en gunningscriteria

Selectiecriteria zijn bedoeld om de geschiktheid van een aanbieder te onderzoeken voor het uitvoeren van de opdracht. Er worden zogenaamde uitsluitingsgronden gehanteerd om te voorkomen dat aanbieders naar opdrachten meedingen terwijl zij niet integer zijn of zich aan strafbare feiten schuldig hebben gemaakt. In eerste instantie wordt volstaan met het laten ondertekenen van een 'eigen verklaring'. Hierbij wordt verplicht gebruik gemaakt van een model eigen verklaring. De aanbestedende dienst kan de gevraagde gegevens op basis van de eigen verklaring van de winnende inschrijver bij een openbare procedure en geselecteerde inschrijvers bij een niet-openbare procedure, concurrentiegerichte dialoog en onderhandelingsprocedure met aankondiging verifiëren. Hiervoor kunnen er onder ede afgelegde verklaringen worden opgevraagd of zelfs 'derdeverklaringen' van rechtbanken of van de Belastingdienst.

De eigen verklaring is ook van toepassing op het toetsen van de inschrijvers of gegadigden op de economische en financiële draagkracht. De winnende of geselecteerde inschrijver kan economische en financiële draagkracht aantonen op basis van jaarcijfers en kengetallen (current ratio, rentabiliteit, etc.). Een belangrijke randvoorwaarde bij het toetsen van aanbieders in relatie tot hun economische en financiële draagkracht is proportionaliteitsbeginsel dat in de jurisprudentie is ontwikkeld. Dit beginsel houdt in dat een eis een redelijke verhouding met de omvang van de opdracht moet hebben. Aanbestedende diensten maken hier veel fouten mee door hun eisen op dit punt veel te zwaar te formuleren.

We hebben het al genoemd, ook de technische bekwaamheid kan worden onderzocht in het kader van de

selectie. Naast de hiervoor genoemde eigen verklaring kan de aanbestedende dienst ook referentieopdrachten uitvragen. Met het uitvragen van referentieopdrachten moeten aanbestedende diensten eveneens rekening houden met het proportionaliteitsbeginsel. Dat houdt in dat één referentie voldoende is om een bepaalde (kern)competentie van de inschrijver of gegadigde aan te tonen (dat wil zeggen, elke kerncompetentie mag maar eenmaal worden gevraagd). Daarnaast dienen aanbestedende diensten bij het opvragen van referentieopdrachten ook rekening te houden met de waarde van de referentieopdrachten. Zo wordt bij de gevraagde waarde van de referentieopdrachten een maximaal percentage van 60% ten opzichte van de onderhavige opdracht gehanteerd.

Van geheel andere aard zijn de gunningscriteria. Gunningscriteria hangen, zoals al is aangegeven, uitsluitend samen met de geschiktheid van het aanbod. Er mogen twee soorten gunningscriteria worden gehanteerd:

- De vanuit economisch oogpunt meest voordelige aanbidding
- De laagste prijs

Standaard wordt uitgegaan van het eerstgenoemde gunningscriterium. Wanneer de aanbestedende dienst als gunningscriterium de laagste prijs wil toepassen, moet de aanbestedende dienst dit motiveren in de aanbestedingsdocumenten. Het criterium laagste prijs is een duidelijk criterium. In de bouwwereld is dit gemakkelijk toe te passen (bij: werken). Bij leveringen- en dienstenopdrachten wordt dit criterium echter sporadische toegepast. Bij het criterium 'vanuit economisch oogpunt meest voordelige aanbidding' mogen ook andere aspecten, náást de prijs, worden beoordeeld. Hier speelt het 'programma van eisen' een grote rol. In het programma van eisen worden naast echte 'eisen' ook 'vragen' geformuleerd. Aan 'eisen' moet in de regel volledig worden gedaan en als zodanig worden zij als een knock out toegepast. Hieronder wordt verstaan dat indien niet aan een eis wordt voldaan dan wordt de offerte van verdere beoordeling uitgesloten en

ter zijde gelegd. In die zin spelen zij dan ook geen rol als gunningscriterium. De gunningscriteria worden gevormd door de verzameling vragen die in een programma van eisen is verwoord. Heel vaak zijn de vragen in rubrieken ingedeeld en deze rubrieken vormen de (sub)gunningscriteria.

Een willekeurig voorbeeld uit een bestek voor de levering van werkplekdiensten ter illustratie, waarbij een systeem van open vraagstelling wordt gehanteerd (dus geen ja/nee vragen):

Aanbieder wordt verzocht antwoord te geven op de volgende vragen:

Vraag 1: Geef in maximaal drie pagina's A4 aan welke beveiligingsmaatregelen u implementeert voor de ICT-dienst. Het aspect 'Beschikbaarheid' kunt u hier buiten beschouwing laten, dit wordt namelijk behandeld in vraag 4. Geef minimaal aan welke maatregelen u getroffen heeft om:

- Te voldoen aan NEN 7510:2011;
- Toegang tot gebruik van werkstations, applicaties en data te beheersen;

Vraag 2: Voor opdrachtgever is het van belang dat de skilled service desk medewerkers van aanbieder van een kwalitatief hoog niveau zijn, zodat zoveel mogelijk vragen direct door de service desk van aanbieder beantwoord kunnen worden. Daarnaast wenst opdrachtgever dat service desk medewerkers zo weinig als mogelijk rouleren qua bezetting, zodat zij goed op de hoogte zijn van de specifieke situatie bij opdrachtgever, en van de gemaakte afspraken qua dienstverlening aan opdrachtgever. Beschrijf in maximaal 1 pagina A4 hoe u hieraan kunt voldoen. Ga hierbij minimaal in op:

Het niveau van de service desk medewerkers, waarbij u in ieder geval representatieve voorbeeld CV's inclusief kwalificaties van de betreffende medewerkers toevoegt;

Hoe u de kennis van en over opdrachtgever en haar specifieke ICT-infrastructuur binnen de service desk borgt.

Vraag 3: bij voorkeur detecteert en meldt aanbieder incidenten eerder bij de service desk, dan dat opdrachtgever dit zelf doet. Geef in maximaal 1 pagina A4 aan hoe u dit realiseert.

Vraag 4: beschrijf in maximaal 5 pagina's A4 per dienst /applicatie hoe de gevraagde beschikbaarheid gegarandeerd kan worden. Ga hierbij minimaal in op hoe u van de door u ingezette infrastructuuronderdelen (in elk geval servers, opslagsystemen, WAN-verbindingen, LAN en werkstations) die betrokken zijn bij beschikbaar stellen van de applicaties een hoge beschikbaarheid kunt garanderen. Betrek in uw redenering ook de eventueel van derden betrokken diensten. Geef in elk geval aan welke maatregelen u getroffen heeft om:

- Uitval van delen van de infrastructuur te voorkomen;
- Uitval van delen van de infrastructuur te detecteren;
- Bij uitval van delen van de infrastructuur de impact van de uitval te beperken;
- Uitgevallen delen van de infrastructuur zo snel mogelijk te repareren.

Vraag 5: opdrachtgever wenst de overgang vanuit de huidige omgevingen naar de nieuwe systemen met het oog op de door aanbieder te leveren ICT-diensten zo effectief en efficiënt als mogelijk te organiseren. Beschrijf in een gedetailleerd projectplan wijze waarop u deze specifieke overgang/migratie vorm wilt geven. U dient daarbij in ieder geval in te gaan op de volgende aspecten:

Planning van activiteiten inclusief benodigde doorlooptijd van migratie, inclusief de tijd dat eindgebruikers niet kunnen werken, of niet van alle normaal ter beschikking staande applicaties gebruik kan worden gemaakt; Deze tijd is bij voorkeur zo kort mogelijk;

In hoeverre u de huidige registraties (CMDDB, incidentregistratie, enzovoort) zult gebruiken voor het opzetten van uw eigen registraties;

- Hoe u voorstelt om de persoonlijke en applicatiedata van de oude naar de nieuwe omgeving te migreren en hoe u daarbij de toegang tot en consistentie van data garandeert;
- In het geval dat korte tijd na migratie blijkt dat door tekortkomingen de dienstverlening onacceptabel is, is het bij voorkeur mogelijk om terug te keren naar de oorspronkelijke

situatie en de migratie uit te stellen. Geef aan hoe of en hoe u een dergelijke fallback kunt realiseren;

- Welke projectrisico's u onderkent, en welke maatregelen u hiervoor treft;
- Projectorganisatie;
- De door u te stellen randvoorwaarden;
- Mijlpaalproducten;
- De kwalitatieve en kwantitatieve inzet van zowel medewerkers van u als van opdrachtgever;
- Kwaliteitsbeheersing;
- Test- en acceptatieplan (en wijze van vaststellen van testcriteria), testorganisatie;
- Welke activiteiten, verantwoordelijkheden en resultaten u vereist van
 - A. opdrachtgever,
 - B. de huidige beheerpartij,
 - C. eventuele derden.

De beoordeling van dit criterium geschiedt aan de hand van het door opdrachtgever gepercipieerde realiteitsgehalte (verwachte haalbaarheid) van (de uitwerking van en motivatie bij genoemde aspecten in) het projectplan, waarbij iedere aanbieder in de gelegenheid wordt gesteld zijn (visie omtrent de) aanpak in een presentatie aan het beoordelingsteam van opdrachtgever toe te lichten.



Dit leidt tot de volgende berekening van de kwaliteitsscore (gunningscriteria):

Kwaliteitsscore	Vindplaats	Weging
Mate waarin de beantwoording van de vraagstelling voldoet aan de beveiligingsaspecten	Vraag 1	0,3 of 30%
Mate waarin de beantwoording van vraagstelling voldoet aan kenmerken van de service desk dienst	Vragen 2 t/m 3	0,2 of 20%
Mate waarin de beantwoording van de vraagstelling voldoet aan de beschikbaarheidsaspecten	Vraag 4	0,3 of 30%
Mate waarin de beantwoording van de vraagstelling voldoet aan de migratieaspecten	Vraag 5	0,2 of 20%

Tabel 3 Kwaliteitsscore (gunningscriteria)

Wat opvalt is dat er een één op één relatie tussen vragen en de gunningscriteria bestaat. Elke gunningscriterium moet zijn bevestigd en elke vraag moet naar een gunningscriterium zijn te herleiden. Verder zien we ook dat er een weging van gunningscriteria is toegepast. De beantwoording van vragen wordt met een puntenscore beoordeeld. Deze kan willekeurig worden gekozen. Als er bijvoorbeeld op schoolse wijze rapportcijfers worden toegekend in de range van 1-10 dan kunnen er voor het criterium 'mate waarin de beantwoording van vraagstelling voldoet aan de beveiligingsaspecten' maximaal 30 punten worden behaald. De gebruikelijke wijze om de weging toe te passen is nu als volgt: de werkelijke hoeveelheid behaalde punten wordt in een verhoudingsgetal of percentage uitgedrukt en vervolgens met de wegingsfactor vermenigvuldigd. De totaalscore bepaalt vervolgens de winnaar.

Een bijzondere uitdaging is nog gelegen in de vraag hoe nu de prijsstelling, die in Euro's wordt uitgedrukt, nu moet worden vergeleken met de functionaliteit. Dit kan op een aantal manieren. Een veel gehanteerde manier is om aan de laagste prijs de meeste punten toe te kennen en aan de hoogste prijs de minste. Door middel van een formule kunnen tussenliggende scores worden bepaald.

Een ander voorbeeld betreft de door Emtio gehanteerde, zogenaamde F-score. Van elke aanbieder wordt een score op de kwaliteit van de levering en/of dienst berekend (conform bovenstaand voorbeeld). Vervolgens wordt de prijs voor de levering en/of dienst bepaald. Deze kwaliteitsscore en de prijs worden tezamen gebracht in de onderstaande formule die leidt tot een zogenaamde F-score. Met deze unieke methodiek is het mogelijk te gunnen op de laagste prijs wanneer de kwaliteit van de aanbieders (nagenoeg) gelijk is en is het mogelijk te gunnen op hoogste kwaliteit in het geval de prijzen van de aanbieders (nagenoeg) gelijk zijn.

Op basis van de totale score op de wensen (kwaliteitsscore Q) en de prijs (uitgevraagd op basis van de opdracht, prijsscore P) wordt tenslotte volgens onderstaande formule de totaalscore F bepaald:

$$F = \frac{P^a}{Q^{1-a}}$$

waarbij:

F = totaalscore

Q = kwaliteitsscore

a = 0,3

P = prijsscore

De benaming 'F-score' is ontleend aan het effect van de formule: deze representeert de voor kwaliteitsverschillen gecorrigeerde offerteprijs (uitgaande van een geometrische weging). Op basis van de F-score wordt de winnende

aanbieder bepaald. De aanbieder met de laagst berekende F-score komt in aanmerking voor gunning van de opdracht.

Rekenvoorbeeld (Excel-sheet)

	A	B	C
1		Partij1	Partij2
2	Q-score	50,00%	60,00%
3	P-score	€ 600.000,00	€ 1.000.000,00
4	F (lager = beter)	87,93593224	90,2181931

Tabel 4 De formule in werking

Waarbij B4 = $(B3^{0,3}) / (B2^{0,7})$ en waarbij C4 = $(C3^{0,3}) / (C2^{0,7})$

De gehanteerde ‘a’ factor is de ‘stelschroef’ in de formule. Hoe hoger de a-factor wordt ingesteld des te groter de kans dat een prijsvechter de aanbesteding wint.

Er geldt een absoluut verbod om selectiecriteria met gunningscriteria te vermengen. Het is daarmee absoluut uit den boze om in één tabel een optelling van zowel selectie- als gunningscriteria te maken. Vanuit dit kader kan in bovenstaand voorbeeld worden betwist of vraag 2 (de vraag over de service desk dienst) nu een selectie criterium is of een gunningscriterium. Immers, het is nu de vraag of dit criterium, met name de vraag naar CV's van de betreffende medewerkers nu over de geschiktheid van de aanbieder gaat of over de geschiktheid van het aanbod. Hieruit blijkt reeds dat de afgrenzing tussen selectie- en gunningscriteria complex is. Veel klachten van aanbieders bij gerechtelijke procedures gaan over deze problematiek.

Tenslotte is het stellen van onredelijke eisen ook uit den boze. Ook hiervan een voorbeeld. Een aanbestedende dienst start een Europese aanbestedingsprocedure voor de levering van mobiele devices. Om de kwaliteitsbewaking in de organisatie van de aanbieder te toetsen wordt geëist dat de aanbieder een kopie van een geldig ISO9001:2008 certificaat kan overleggen. Doordat de opdrachtgever dit certificaat nu als eis stelt bij een Europese aanbesteding

voor de levering van mobiele devices begeeft zij zich op een hellend vlak. Immers, de aanbieders die mobiele devices zouden kunnen aanbieden maar niet over het certificaat beschikken zouden nu worden uitgesloten. Dit betekent dat de aanbestedende dienst in zijn selectie eisen de mogelijkheid om een met ISO 9001:2008 vergelijkbaar certificaat of managementverklaring te overleggen, moet opnemen. Doet hij dit niet dan wordt hij mogelijk gedaagd wegens schending van het gelijkheidsbeginsel.

11. Onrechtmatigheid

Onrechtmatigheid kan verstrekkende consequenties hebben. Onrechtmatigheid doet zich voor als een aanbieder (bij de selectie) of zijn aanbod (bij de gunning) op onjuiste gronden wordt afgewezen. In de praktijk wordt een aanbieder middels een korte brief van deze afwijzing op de hoogte gesteld. De aanbestedende dienst is verplicht de afwijzing in de brief te onderbouwen, waarbij per criterium (selectie- of gunningscriterium of eis) dient te worden aangegeven waarom niet de maximale score is behaald c.q. waarom niet aan een eis is voldaan. Indien de aanbieder vervolgens een afwijzing op basis van onjuiste gronden vermoedt kan hij naar de rechtbank stappen. Vrijwel altijd gebeurt dit op basis van een kort geding bij de voorzieningenrechter.

Om de aanbieder in de gelegenheid te stellen beroep tegen een afwijzingsbesluit in te stellen en om vervolgens een kort geding in te stellen bepaalt de Aanbestedingswet dat een aanbestedende dienst een wachtermijn van tenminste twintig kalenderdagen in acht moet nemen alvorens hij tot een definitieve gunning van een opdracht over gaat. Aanbestedende diensten luiden deze termijn meestal in met een 'voornemen tot gunning', dat zij in de richting van de winnende aanbieder zenden en 'bericht van afschrijving' dat zij op dezelfde dag aan de afgewezen aanbieders toezenden en waarin deze beroepsmogelijkheid wordt geboden.

De termijn van twintig dagen wordt ook wel aangeduid als de 'stand still periode' of de 'Alcateltermijn' (genoemd naar een arrest waarin Alcatel de klagende partij was en waarbij de gerechtelijke uitspraak inmiddels is gecodificeerd in het aanbestedingsrecht).

Wat wordt er nu geëist bij een dergelijk kort geding? Vrijwel altijd een verbod tot gunning en een eis om de aanbestedingsprocedure geheel of gedeeltelijk (dat wil

zeggen de beoordeling) opnieuw plaats te laten vinden. Als een aanbestedende dienst zich bovendien niet aan de regels houdt en gewoon tot gunning en contractering overgaat, loopt zij ook een risico te worden veroordeeld tot schadevergoeding. Soms beveelt de rechter zelfs ontbinding van een overeenkomst waardoor de schadevergoeding door de partij, wiens contract wordt ontbonden, wordt geëist.



Een kort geding is altijd een vervelende gebeurtenis voor een aanbestedende dienst, ook al wint zij het geding. Een kort geding levert altijd een grote vertraging op. In de praktijk wordt de datum van een kort geding tussen de advocaten van beide partijen vastgesteld en meestal zijn er twee of drie weken voorbij voordat een kort geding daadwerkelijk plaatsvindt. De rechter neemt vervolgens meestal een termijn van tien tot veertien

dagen in acht alvorens hij uitspraak doet. Vervolgens kan er nog gedurende vier weken worden nagedacht over een spoedappèl (hoger beroep). Een spoedappèl neemt vervolgens weer een maand of twee à drie in beslag. Al die tijd kan een aanbestedende dienst geen contract aangaan zonder grote juridische risico's te lopen (wel is het zo dat een appèl geen schorsende werking heeft).

De kans dat een aanbieder een kort geding aanspant is de laatste jaren toegenomen. Dat komt enerzijds omdat de hoeveelheid aanbestedingen toeneemt en aanbieders steeds meer afhankelijk worden van het winnen van aanbestedingen en anderzijds omdat aanbieders veel meer kennis van het aanbestedingsrecht hebben dan enkele jaren geleden. Het is dus zaak dat aanbestedende diensten zich goed aan de regels houden en hun communicatie met aanbieders zeer serieus nemen.

Er is echter nog een tweede categorie risico's die aanbestedende diensten lopen indien zij zich niet aan de regels houden. In toenemende mate worden aanbestedende diensten ook intern gecontroleerd op onrechtmatigheid. Zo toetsen accountantsdiensten tegenwoordig ook op rechtmatigheid van inkoopprocessen en zij betrekken hun bevindingen hieromtrent bij het toegestane

Accountantsdiensten toetsen tegenwoordig ook op rechtmatigheid van inkoopprocessen.

denkbeeldig.

afwijkingspercentage van de algehele toets. Aangezien met Europese aanbestedingen in de regel grote bedragen zijn gemoeid is dit risico niet

12. Andere inkoopprocedures

De Aanbestedingswet regelt niet alleen het proces van Europees aanbesteden. Er worden ook dwingende uitgangspunten opgelegd voor ‘meervoudig onderhandse inkoopprocedures’ en ‘nationale aanbestedingen’. Hoe zit dit nu in elkaar? Dit hoofdstuk behandelt de inkoopprocedures die gevolgd moeten worden bij opdrachten onder de aanbestedingsdrempel (zie hoofdstuk 5 voor de aanbestedingsdrempels).

Op basis van artikel 1.4 van de Aanbestedingswet is een aanbestedende dienst verplicht om op basis van objectieve criteria de keuze voor een bepaalde inkoopprocedure te motiveren. De Gids Proportionaliteit beoogt hier een nadere handreiking bij te geven in artikel 3.4: de aanbestedende dienst houdt rekening met:

- Omvang van de opdracht
- Transactiekosten voor aanbestedende dienst en inschrijvers
- Aantal potentiële inschrijvers
- Gewenst eindresultaat
- Complexiteit van de opdracht
- Type opdracht en karakter van de markt

Uitgangspunt is derhalve dat de keuze van een procedure proportioneel is in relatie met de opdracht. De volgende inkoopprocedures worden onderscheiden.

GUNNING ‘VRIJ UIT DE HAND’

De Gids Proportionaliteit hanteert een bedrag van € 50.000,- als ondergrens voor de toepassing van de regelgeving. De gedachte hierbij is dat bij aankopen onder dit bedrag de argumenten om aanbestedingen te organiseren zowel bij aanbestedende diensten als leveranciers niet opwegen tegen de administratieve lasten die ermee gemoeid gaan. Het ministerie van Binnenlandse

Zaken heeft dit uitgangspunt vervolgens in augustus 2013 in een circulaire bevestigd ('Grensbedragen voor procedures Aanbestedingswet 2012 onder de drempelwaarde', 15 augustus 2013). Dit betekent dat opdrachten tot een waarde van € 50.000,- door aanbestedende diensten 'vrij uit de hand' mogen worden gegund. Er kan derhalve zonder nadere offertestelling direct een opdracht worden verstrekt aan een leverancier naar keuze. In het spraakgebruik wordt in dit kader ook wel het begrip 'bagatel' of 'bagatelbepaling' gehanteerd.

MEERVOUDIG ONDERHANDSE OFFERTEPROCEDURE

Voor opdrachten met een waarde boven de € 50.000,- en onder de 'aanbestedingsdrempel' (zie hoofdstuk 5) stelt de hiervoor genoemde circulaire dat de 'meervoudig onderhandse' offerteprocedure de meest aangewezen procedure is. Bij deze offerteprocedures worden bij minimaal drie of meer ondernemers offertes opgevraagd. In de Aanbestedingswet wordt de procedure beschreven en daarbij wordt bepaald dat de beginselen van het aanbestedingsrecht uitdrukkelijk van toepassing zijn. Dat betekent derhalve dat inschrijvers recht hebben op gelijke behandeling en dat gunningscriteria ook hier transparant dienen te worden verwoord. Ook hebben de afvallers recht op een motivatie voor de afwijzing.

De keuze voor de drie of meer inschrijvers waar offerte gevraagd wordt is in principe vrij, maar dient toch wel te worden gemotiveerd. Dit kan onder meer worden gebaseerd op lokale aanwezigheid en/of eerder opgedane ervaring.

NATIONALE AANBESTEDING

Indien er sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' dan kiest de aanbestedende dienst voor een 'nationale aanbesteding'. De Aanbestedingswet definieert de nationale aanbesteding als een aanbesteding waarbij de aanbestedende dienst 'uit eigen beweging' een aankondiging van een opdracht publiceert. 'Uit eigen beweging' staat tegenover de verplichting om een aankondiging te publiceren in geval van een Europese aanbesteding. 'Uit

eigen beweging' suggereert vrijwilligheid, maar dat is niet per se aan de orde (al mag een aanbestedende dienst wel besluiten om vrijwillig een aankondiging te plaatsen). Het criterium is het bestaan van een 'duidelijke grensoverschrijdend belang'. Zoals wel vaker in het aanbestedingsrecht is ook dit weer een complex criterium als het gaat om de uitleg. Het gaat hierbij om de beantwoording van de vraag of het te verwachten is dat buitenlandse ondernemers zullen willen meedingen naar de opdracht. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van diverse criteria. Zo kan de vestigingsplaats van de opdrachtgever een rol spelen (grensgebied), maar ook de aard van de opdracht. Zo kunnen internet- en clouddiensten al snel een grensoverschrijdend karakter hebben. De beantwoording is echter zeer casuïstisch en Emtio kan u hieromtrent per casus adviseren.

Bij een nationale aanbesteding dient er dus een aankondiging van een opdracht plaats te vinden, waarbij het gebruik van TenderNed niet verplicht is. Afhankelijk van de opdracht kan er ook worden gekozen voor publicatie in een dagblad, vakblad of zelfs de eigen website van de opdrachtgever. Een belangrijk verschil met een meervoudig onderhandse offerteprocedure is echter dat de opdrachtgever hier niet zelf de inschrijvers uitkiest (deze melden zich op basis van de aankondiging).

Bij een nationale aanbesteding kan een aanbestedende dienst vrij beslissen over een procedure in één stap of een procedure waarbij eerst een voorselectie wordt gemaakt. Er gelden geen formele termijnen en er mag worden onderhandeld.

Indien een aanbestedende dienst zijn keuze voor een inkoopprocedure baseert op de hiervoor genoemde circulaire en dit ook in de offertedocumenten vermeldt, dan voldoet de aanbestedende dienst aan de motivatieplicht als bedoeld in artikel 1.4 van de Aanbestedingswet.

Hoogwaardig ICT-recht, ICT-aanbestedingsrecht
en ICT-procurement.

Emtio is lid van de M&I groep

T 030 227 05 10

E info@emtio.nl

I www.emtio.nl

